

11 MARZO 2015

La Legge 190/2012 sulla
prevenzione e repressione dei
comportamenti corruttivi nella
Pubblica Amministrazione

di Francesco Martines
Ricercatore di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Messina



La Legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione

di Francesco Martines

Ricercatore di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Messina

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il contesto internazionale ed europeo. **3.** L'approccio normativo della L. 190/2012 e le sue refluenze sui principi generali di organizzazione della P.A. **4.** La nozione ampia di corruzione. **5.** Gli strumenti di pianificazione e il ruolo del Responsabile della prevenzione della corruzione. **6.** La tutela del *whistleblower*. **7.** Conclusioni.

1. Premessa

Con Legge 6 novembre 2012, n. 190 “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*” il nostro legislatore, in ritardo rispetto ad iniziative analoghe assunte da altri paesi europei, ha adottato una puntuale disciplina finalizzata alla introduzione di principi e regole nuovi per la lotta alla corruzione nella P.A.

La corruzione nel settore pubblico, che da decenni costituisce una vera e propria piaga sociale, è divenuta negli ultimi anni – complice certamente la crisi economica che ha investito il Paese e l’exasperazione da più parti avvertita rispetto all’incapacità dell’autorità pubblica di dare risposte ai bisogni dei cittadini e degli operatori economici – un tema centrale del dibattito internazionale con evidenti ricadute nell’ordinamento interno che hanno condotto alla adozione della L. 190/2012.

Il presente contributo mira ad offrire una riflessione critica sulla disciplina introdotta dalla L. 190/2012 e dai successivi decreti attuativi che assuma quale punto di osservazione prioritario quello del rapporto fra scelte (politiche) di anticorruzione ed esercizio della funzione amministrativa. Si ritiene, infatti, che la riforma da ultimo introdotta che - come si dirà nel corso della trattazione - propone un approccio nuovo (che potremmo definire metagiuridico) al tema



della prevenzione e repressione delle condotte corruttive, non sempre si integra coerentemente con i principi generali in tema di organizzazione della P.A., con le norme sullo *status* e la responsabilità dei funzionari e dirigenti pubblici, nonché infine con il dato concreto delle condizioni effettive in cui operano gli uffici e gli organi della P.A. (dato quest'ultimo non trascurabile soprattutto se si vuole accedere ad un approccio nuovo, per l'appunto metagiuridico, al problema).

L'analisi si propone anche di giungere ad un primo bilancio della riforma che tenga conto, oltre che delle norme introdotte dalla L. 190/2012, anche dei rilievi critici messi in evidenza dalla Commissione U.E. che, con propria relazione del 3 febbraio 2014 al Parlamento Europeo, ha fatto il punto sullo stato della lotta alla corruzione negli Stati membri.

2. Il contesto internazionale ed europeo

Lo studio della disciplina interna in materia di “anticorruzione” non può prescindere da alcune considerazioni relative al contesto nel quale si sviluppa il dibattito internazionale sul tema.

Alla Conferenza delle Nazioni Unite di Merida (Messico) tenutasi il 9-11 dicembre 2003 è stata aperta alla firma la Convenzione contro la Corruzione, adottata in Europa nel corso della sessione del Consiglio Europeo del 10 maggio 2005¹.

Il testo dell'atto convenzionale, dopo un ampio preambolo che mira a richiamare l'attenzione degli Stati sulla gravità della minaccia rappresentata dalla corruzione e sulla necessità di un approccio globale e multidisciplinare per un'efficace strategia di contrasto del fenomeno corruttivo, sviluppa cinque temi centrali: le misure di carattere preventivo, la criminalizzazione, la cooperazione internazionale, il recupero dei beni di provento illecito (*asset recovery*) e l'assistenza tecnica (iniziative di formazione a più livelli).

Certamente ambiziosa negli obiettivi, la Convenzione appare poco incisiva sia sotto il profilo contenutistico, per la mancanza di specifiche regole in materia di monitoraggio e *risk management*, sia sotto il profilo della tecnica normativa utilizzata considerato che alcune norme molto significative (quali quelle sul finanziamento dei partiti politici, sulla corruzione nel settore privato

¹ Il processo di redazione del testo della convenzione ha avuto inizio con l'adozione da parte dell'Assemblea delle Nazioni Unite della risoluzione 55/61 del 4 dicembre 2000 con la quale veniva decisa l'istituzione di un Comitato aperto a tutti gli Stati avente il compito di predisporre uno “*strumento giuridico internazionale efficace contro la corruzione*” negoziabile fra gli Stati. Il 31 ottobre 2003 la 58° Assemblea ONU adottava una risoluzione recante fra l'altro l'adozione della convenzione anticorruzione aperta alla firma a Merida il 9-11 dicembre 2003.

o sulla tutela del denunciante/*whistleblower*) sono prive di carattere vincolante costituendo più che altro meri auspici per gli Stati parte.

Appare significativo, però, l'impulso dato all'approfondimento del tema a livello transnazionale attraverso l'istituzione, a decorrere dall'entrata in vigore della Convenzione (14 dicembre 2005), di una Conferenza annuale degli Stati finalizzata al monitoraggio dell'evoluzione del fenomeno corruttivo nonché all'implementazione degli accordi fra gli Stati per favorire lo scambio di informazioni sui modelli della corruzione e sui risultati delle iniziative di prevenzione messe in atto a livello interno².

L'Italia ha ratificato la Convenzione di Merida con L. 3 agosto 2009, n. 116 ponendo le basi per l'ulteriore evoluzione della disciplina confluita nel testo della L. 190/2012. In particolare, l'art. 6 della L. 116/2009 affida al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, dando a quest'ultimo la facoltà di delegare un sottosegretario di Stato, il ruolo di Autorità Nazionale AntiCorruzione (*A.N.A.C.*) *peraltro compiendo una scelta non del tutto condivisibile stante l'evidente non indipendenza dell'autorità medesima rispetto all'organo governativo. Difatti, proprio su questa scelta è intervenuto in senso correttivo il legislatore del 2012 trasferendo le funzioni dell'autorità alla medio tempore costituita Commissione Indipendente per la Valutazione, l'Integrità e la Trasparenza delle amministrazioni pubbliche (C.I.V.I.T.)*.

La ratifica della Convenzione di Merida ha consentito al nostro Paese di partecipare come Stato parte alla Terza Conferenza del 9-13 dicembre 2009 a Doha (Qatar)³ che, nell'evoluzione della disciplina internazionale anticorruzione, costituisce una tappa fondamentale. Nel corso del vertice di Doha, infatti, onde superare una sorta di *impasse* nell'attuazione effettiva degli accordi di Merida, si introduce quale meccanismo di applicazione quello della "*review*" basato sulla reciproca revisione fra gli Stati parte in ordine allo stato di attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione.

Sempre nella medesima occasione gli Stati scelgono di costituire un apposito organo propulsivo e di controllo (*l'Implementation Review Group*) cui inviare i dati risultanti dall'attività di monitoraggio affinché siano emanate raccomandazioni e conclusioni mirate per i singoli Stati⁴.

² Sul tema L. BORLINI - P.MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1/2007, p. 15 ss.

³ La prima sessione della Conferenza degli Stati membri della Convenzione di Merida si è svolta ad Amman (Giordania) il 10-14 dicembre 2006 (<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP-session1.html#report1>); la seconda sessione, invece, il 28 gennaio - 1 febbraio 2008 a Nusa Dua (Indonesia) (<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP-session2.html>).

⁴ In tal senso vd. Risoluzione 01/03 adottata nella Terza Conferenza di Doha del 9-13 dicembre 2009 (<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/IRG.html>).



Fra le iniziative di prevenzione e repressione della corruzione a livello internazionale va, inoltre, segnalata l'attività promossa dal Consiglio d'Europa che il 27 gennaio 1999 ha approvato la *Criminal Law Convention on Corruption* entrata in vigore nel 2002. La convenzione, che consta di 42 articoli, prescrive la "penalizzazione" di una pluralità di condotte corruttive; prevede inoltre l'introduzione di misure complementari rispetto alle norme di diritto penale nonché l'opportunità di un'efficace cooperazione internazionale per il perseguimento dei reati di corruzione. L'accordo, aperto all'adesione anche di Stati non membri del Consiglio d'Europa, ha previsto altresì l'istituzione di un organo di controllo denominato *Groupe d'Etats contre la Corruption* (G.R.E.C.O.). L'attività del G.R.E.C.O. si fonda sul monitoraggio periodico delle attività concretamente poste in essere dagli Stati aderenti (in tutto 49 Stati). Il processo di valutazione adottato dal G.R.E.C.O. si affida, ancora una volta, alla valutazione reciproca in contraddittorio (cd. *peer pressure*) ed è finalizzato alla predisposizione di raccomandazioni sulle opportune riforme in campo legislativo e istituzionale.

Ad oggi il G.R.E.C.O. ha avviato quattro cicli di valutazione, l'ultimo dei quali (lanciato l'1 dicembre 2012) è ancora in corso.

A fronte degli impegni internazionali connessi all'attività del Consiglio d'Europa, l'Italia ha ratificato la Convenzione penale sulla corruzione del 1999 solo nel 2012 (con L. 28 giugno 2012, n. 110), mentre appena cinque anni prima aveva formalizzato l'ingresso nel G.R.E.C.O. (30 giugno 2007).

Sempre con riferimento al contesto internazionale nel quale si inquadra l'iniziativa legislativa del 2012 in materia di anticorruzione, non può sottacersi l'operato imputabile all'O.C.S.E. (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico), organizzazione internazionale istituita nel 1960 impegnata su tematiche economiche, finanziarie, sociali e di *governance*.

L'O.C.S.E. ha svolto un ruolo fondamentale per contrastare la corruzione nell'ambito delle transazioni economiche internazionali, ritenuta elemento distorsivo della concorrenza oltre che fattore di abbassamento degli *standard* civili e politici degli Stati.

Il 17 dicembre 1999 è stata sottoscritta la *Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali* entrata in vigore il 15 febbraio 1999; essa fornisce un ampio quadro giuridico in materia di corruzione internazionale ed è vincolante per gli Stati aderenti oltre ad essere aperta anche a Stati non facenti parte dell'Organizzazione. All'accordo O.C.S.E. va ascritto il merito di avere inciso significativamente nella legislazione interna degli Stati con particolare riferimento all'inquadramento della figura del pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio. L'effetto vincolante sul diritto interno degli Stati, ancorchè



limitato alla corruzione nelle transazioni commerciali transnazionali, è stato decisivo. L'Italia con ritardo ha dato attuazione ai vincoli O.C.S.E. in due fasi: con Legge 29 settembre 2000, n. 300 è stata ratificata la Convenzione, introdotto il nuovo art. 322 *bis* c.p. e modificati gli artt. 321 e 322, secondo comma, c.p.; successivamente con D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, adottato sulla base della delega contenuta nella citata L. 300/2000, è stata introdotta la nuova disciplina recante la responsabilità amministrativa delle società per i reati di corruzione interna e internazionale.

Il compito di vigilare sul rispetto da parte dei paesi aderenti delle norme convenzionali O.C.S.E. del 1997 e delle successive raccomandazioni è stato affidato dall'art. 12 della Convenzione al *Working Group on Bribery* (W.G.B.), organo di controllo dell'O.C.S.E. istituito nel 1994 che si avvale di procedure di *peer pressure* analoghe a quelle messe in campo dal G.R.E.C.O.

La coesistenza sul piano internazionale dei due organi citati (W.G.B. e G.R.E.C.O.) se, da un lato, ha assicurato la messa a punto di efficaci meccanismi di monitoraggio e valutazione delle *practice* concretamente poste in essere dagli Stati per la prevenzione e la repressione dei comportamenti corruttivi, dall'altro lato, offre uno scenario nel quale l'azione di controllo appare troppo frammentata e priva di un adeguato coordinamento; in tal senso pare condivisibile la soluzione, già prospettata, della istituzione di una "cabina di regia" alla quale partecipino i rappresentanti delle varie istituzioni internazionali operanti a diverso titolo nel settore specifico, onde evitare duplicazioni fra i vari interventi⁵.

Per completare il quadro relativo al contesto delle fonti esterne nel quale si inquadra la disciplina italiana introdotta con la L. 190/2012 occorre fare riferimento alle iniziative assunte dall'U.E. in risposta ai vincoli assunti a livello internazionale.

In tale prospettiva, l'impegno della Commissione Europea è prioritario⁶.

Il 10-11 dicembre 2009 il Consiglio Europeo ha adottato il Programma di Stoccolma⁷ con il quale, fra l'altro, la Commissione veniva invitata a "*sviluppare, in base ai sistemi esistenti e a criteri comuni, indicatori per misurare gli sforzi nella lotta alla corruzione, soprattutto nei settori dell'acquisto (appalti pubblici, controllo finanziario, ecc.) e sviluppare una politica anticorruzione completa, in stretta cooperazione con il Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) del Consiglio d'Europa*". In ottemperanza all'invito formulato dal Consiglio, la Commissione – con comunicazione del 22 novembre 2010 n. 673 rivolta al Parlamento europeo ed al Consiglio stesso – ha assunto precisi impegni rispetto agli

⁵ S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in www.astrid-online.it, 2010, p. 11.

⁶ L'impegno comunitario in questa direzione è sancito dall'art. 67, par. 3, del TFUE che assegna alla U.E. il compito di garantire un "*livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta alla criminalità (...)*" nelle sue diverse forme (organizzata e non) all'interno della quale rientra anche la corruzione.

⁷ GUCE 4 maggio 2010, n. 115.



obiettivi del Programma di Stoccolma di una “*Europa più sicura*”, sottolineando la necessità di operare su due fronti: il controllo delle azioni dei singoli Stati e l’avvio concreto di una “*azione a livello comunitario che si fondi sullo scambio delle migliori prassi*”; nell’ambito dell’“*Obiettivo 1 - Azione 2*” (relativi specificamente al coordinamento delle politiche anticorruzione) la Commissione si è impegnata a presentare entro l’anno 2011 una proposta concreta di iniziative.

In effetti, con decisione del 6 giugno 2011, la Commissione Europea ha istituito un meccanismo di valutazioni periodiche sulla lotta alla corruzione da parte dei singoli paesi membri da pubblicarsi ogni due anni a partire dell’anno 2013. Per lo svolgimento di tale compito, con decisione del 28 settembre 2011 n. 286, è stato nominato un *work group* composto da diciassette esperti sulla corruzione, affidando loro ruoli che vanno dalla consulenza alle istituzioni comunitarie all’effettiva valutazione delle politiche dei paesi membri.

L’attività della Commissione e del gruppo di esperti ha dato il suo primo importante esito con l’*EU – Anticorruption Report*⁸, pubblicato il 3 febbraio 2014, che illustra le misure anticorruzione messe in campo nei diversi paesi membri, il loro livello di efficacia, le prospettive di miglioramento. La corposa relazione si compone di un primo capitolo di carattere generale, di ulteriori ventotto capitoli riguardanti i singoli paesi membri nonché infine di una parte dedicata ai risultati di due sondaggi Eurobarometro sulla percezione della corruzione da parte dei cittadini europei e delle imprese.

Per quanto riguarda la posizione dell’Italia la Commissione, pur dando atto dei progressi compiuti attraverso l’adozione della L. 190/2012, riconosce che la corruzione – soprattutto nell’ambito delle pubbliche istituzioni – rappresenta un fenomeno preoccupante e sistemico che dovrebbe spingere il legislatore e il governo italiani ad irrobustire le azioni di prevenzione e repressione della corruzione, indirizzandole in particolare verso alcuni settori strategici rimasti ancora privi di adeguata garanzia (finanziamento dei partiti politici, tutela del *whistleblower*, disciplina del fenomeno di *lobbismo*, conflitto di interessi dei pubblici ufficiali, regime della prescrizione dei reati).

Rispetto al quadro delle fonti internazionali ed europee sopra descritto, la legislazione interna in materia di “anticorruzione” approvata nel 2012 appare una puntuale (ed improcrastinabile) risposta agli impegni assunti dal nostro Paese con la comunità internazionale anche per il tramite dell’U.E.

⁸ <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>.



Questo dato, ad avviso di chi scrive, costituisce elemento che connota la L. 190/2012 (e le misure da essa introdotte) in modo singolare per diverse ragioni, non sempre positive.

Per un verso, infatti, non può che apprezzarsi positivamente l'impegno del legislatore domestico che – dopo lunga inerzia o attività piuttosto infruttuosa – ha ritenuto di adeguare l'ordinamento interno alle più recenti istanze provenienti dal contesto internazionale *in subiecta materia* sottraendo, di tal guisa, il nostro Paese a obiettive critiche di inadempimento rispetto agli obblighi assunti nonché di falsa volontà di accedere a riforme strutturali che possano garantire un nuovo corso nell'evoluzione dei rapporti interni e internazionali. Dalla lettura del testo dei lavori parlamentari che hanno condotto alla approvazione della L. 190/2012 tale intento adeguativo emerge con chiarezza. Per altro verso, tuttavia, detto intento pare essere stato perseguito senza la dovuta attenzione al profilo del temperamento delle nuove regole rispetto alla generale disciplina dell'organizzazione della P.A. nonché alle effettive condizioni della macchina amministrativa interna.

Il tema, a ben vedere, investe la più generale questione degli strumenti e modi di adeguamento del diritto interno ai vincoli derivanti dall'ordinamento internazionale.

La costituzionalizzazione di tali vincoli (art. 117, primo comma, Cost.) ha introdotto un modello generale di rapporti diritto interno/diritto internazionale che pone il primo in una posizione di subordinazione rispetto al secondo tale per cui lo Stato, aderendo ad una convenzione internazionale e rinunciando perciò a parte della propria sovranità, sceglie di imporre un vincolo all'esercizio della potestà legislativa interna su una determinata materia. L'effetto di tale scelta sarebbe la posizione del vincolo sui contenuti della legislazione interna di guisa che non sarebbe percorribile una soluzione legislativa difforme⁹.

⁹ Con le note sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 la Corte Costituzionale ha chiarito che l'art. 117 Cost. attribuisce alle norme internazionali di matrice pattizia il rango di "norme interposte" fra le fonti costituzionali e quelle primarie di diritto interno. In particolare al par. 6.2 della sent. 349/2007 si legge: "Non v'è dubbio (...) che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost. ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta Costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato. (...) Con l'art. 117, primo comma, Cost. si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata norma interposta". Sul tema, in dottrina, C. ZANGHÌ, *La Corte Costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 3/2007, p. 50 ss.; E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. internazionale*, 2008, p. 138; G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli obblighi internazionali: un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. internazionale*, 2008, p. 136; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/2009, p. 195; B. CONFORTI, *Sulle*



Invero si ritiene che, proprio con riferimento al caso che ci occupa, il processo di adeguamento ai vincoli dell'ordinamento internazionale (viepiù di natura programmatica) potesse essere per così dire più "elastico" garantendo, per un verso, la conformità al parametro di cui all'art. 117 Cost. e, per altro verso, un più efficace coordinamento fra le nuove norme e l'ordinamento previgente.

In effetti, l'esame del testo della L. 190/2012 (e dei relativi lavori parlamentari) evidenzia in modo netto la volontà di "adeguarsi" agli *standard* elaborati dalla comunità internazionale e recepiti dall'U.E. Il problema è che, con una scelta probabilmente frettolosa e forse anche dettata da un facile entusiasmo, si è scelto di introdurre norme che, da un lato, non si presentano facilmente compatibili con il sistema previgente e, dall'altro, introducono strumenti e approcci di politica amministrativa molto nuovi, a volte dirompenti, senza una compiuta riflessione sugli effetti concreti che ne scaturiscono rispetto al panorama esistente, riflessione che – anche se non in linea con una "marcia a tappe forzate" verso gli *standard* internazionali e comunitari – sarebbe stata molto opportuna per evitare di considerare la L. 190/2012 una riforma solo apparente.

Nei successivi paragrafi si svolgerà un'analisi di alcuni degli istituti più rilevanti introdotti dalla L. 190/2012 muovendo in una prospettiva volta a ricongiungere detti istituti al contesto generale dell'organizzazione dell'azione amministrativa.

3. L'approccio normativo della L. 190/2012 e le sue refluenze sui principi generali di organizzazione della P.A.

Prima di approfondire lo studio dei principali strumenti di prevenzione della corruzione introdotti con la legge in commento, pare utile soffermarsi sul delicato tema della convivenza e compatibilità delle nuove norme con i principi generali di organizzazione e gestione dell'azione amministrativa.

Una lettura complessiva del testo normativo, infatti, mette in evidenza come il legislatore interno con la nuova disciplina abbia voluto modificare radicalmente l'approccio ai temi della lotta alla corruzione nelle P.A. puntando in via prioritaria sulle politiche di prevenzione e analisi del rischio anziché sulle tradizionali misure di repressione dei comportamenti illeciti.

recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari, in *Foro. It.*, V, 2002, p. 229.



Il *leit motiv* della L. 190/2012 può essere individuato proprio in questo rinnovato approccio normativo (definito in premessa “metagiuridico”) non privo di conseguenze, anche rilevanti, sull’assetto dei tradizionali principi di organizzazione amministrativa¹⁰.

In effetti, sembra che - rispetto ad analoghi interventi normativi del passato - l’attenzione del legislatore si sia spostata dalla misurazione del prodotto alla progettazione dello stesso con un movimento ascendente che dalla valutazione del risultato risale alla programmazione astratta degli interventi finalizzati al conseguimento dello stesso.

Può affermarsi che la L. 190/2012 assume una dimensione innovativa più ampia rispetto a quella immediatamente apparente (ovvero l’introduzione di nuove norme e misure anticorruzione) che abbraccia il contesto della teoria generale dell’organizzazione e dell’azione pubblica. In un percorso ideale che muove i suoi primi passi con l’approvazione della L. 241/1990 sul procedimento amministrativo e che vede una evoluzione graduale verso i temi della efficienza dell’azione pubblica e del controllo delle *performance* conseguite dai pubblici uffici, la disciplina in esame sembra compiere un passo ulteriore che sposta (*rectius*, riconduce) l’attenzione dal risultato in sé considerato e misurato al processo attraverso il quale tale risultato è raggiunto nella consapevolezza, maturata di recente anche sulla scorta delle norme di diritto europeo ed internazionale, che l’astratta organizzazione e programmazione dell’azione pubblica influisce inevitabilmente ed in misura rilevante sul valore dei risultati concretamente perseguiti.

Questa considerazione, non nuova nel panorama delle teorie sulla organizzazione della P.A., nell’ultimo decennio era stata posta in secondo piano (se non addirittura accantonata) in un’ottica aziendalistica della P.A. che aveva eletto la “misurazione dei risultati” come la strada maestra per la miglior tutela dell’interesse pubblico¹¹. Sembra cioè che, sia pure rivisitati, stiano riaffiorando temi e contenuti che rinvergono un fondamento diretto nelle teorie dottrinali basilari sulla funzione amministrativa¹² secondo cui la buona amministrazione è assicurata da una organizzazione altrettanto buona dei processi e dei meccanismi di erogazione dell’*opus publicum*, ridimensionando la politica dell’efficientismo e del risultato considerato in sé.

¹⁰ Alla L. 190/2012 attribuisce “*valenza di novum*” giuridico e normativo L. GIAMPAOLINO nella sua recente relazione dal titolo “*La prevenzione della corruzione*” tenuta presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa il 3 febbraio 2014 (pubblicata su www.giustamm.it 4/2014); l’Autore sottolinea che “*trattasi di una legge fra le più importanti fra quelle emanate nel peculiare scorcio della XVI legislatura*”.

¹¹ Sul tema, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, 2001, p. 812 e ss.; ID., *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 63 e ss.

¹² Per tutti, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

E' (anche) in questa prospettiva che devono essere lette le norme della L. 190/2012 di cui agli artt. 1, commi 9 (contenuto del piano nazionale anticorruzione, P.N.A.), 10 (funzioni del Responsabile della Prevenzione della Corruzione, R.P.C.), 11 (previsione di percorsi formativi in tema di etica pubblica), 16 (esemplificazione delle principali aree a rischio di corruzione). Queste disposizioni, infatti, oltre a introdurre e regolare il funzionamento dei nuovi strumenti di prevenzione della corruzione e a definire gli ambiti delle competenze dei diversi soggetti coinvolti, propongono nel loro insieme un modello di approccio alla tematica che appare innovativo rispetto al *trend* riscontrabile nei più recenti interventi legislativi di riforma della P.A. (in particolare si fa riferimento alla c.d. “Riforma Brunetta” di cui alla legge delega 15/2009 e successivi decreti attuativi¹³).

Invero, in nome degli obiettivi di efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa (comuni alla riforma del 2009), il legislatore del 2012 propone una soluzione che pone al centro una puntuale quanto articolata attività di programmazione e pianificazione a carico delle P.A. basata principalmente sull'analisi astratta del rischio corruttivo nelle singole unità organizzative (il cd. *risk-based approach*) e destinata a confluire nella redazione e periodico aggiornamento di un piano triennale anticorruzione (Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione, P.T.P.C.) che sintetizza i risultati dello studio prognostico e suggerisce le *best practice* che devono applicarsi onde prevenire il verificarsi di comportamenti corruttivi in senso lato.

Queste misure, in armonia con quelle più specificamente riguardanti la trasparenza, dovrebbero assicurare – nelle intenzioni del legislatore – il conseguimento di *standard* di legalità più elevati nel settore pubblico (ed, in special modo, nei settori pubblici considerati maggiormente a rischio) garantendo, attraverso questo percorso virtuoso, risultati ispirati a maggiore efficienza.

Sotto altro profilo questa riforma punta a rinsaldare il rapporto fra cittadini e P.A., cercando di contrastare con misure reali le derive di sfiducia diffuse verso tutti i livelli della *governance* che, oltre ad essere un nocumento in sé per la tutela effettiva dei più elementari principi di democrazia partecipativa¹⁴, stando alle stime diffuse dalla Corte dei Conti e dagli organismi di controllo

¹³ F. TRIMARCHI, *Alcune considerazioni sulla “qualità” dell'azione amministrativa alla luce di recenti riforme. (La c.d. “riforma Brunetta”)*, in L. PANELLA – E. SPATAFORA (a cura di), *Scritti in onore di Claudio Zanghì*, vol. IV, Torino, 2011, pp. 665-682.

¹⁴ Sul tema si rinvia a F. MANGANARO, *Per una democrazia partecipativa*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 135.

sovrnazionali (in particolare la Commissione Europea), pesano come un costo reale sull'intera Nazione¹⁵.

Le norme introdotte dalla L. 190/2012 incidono altresì sulla portata e sull'evoluzione di un altro principio fondamentale dell'azione amministrativa, il principio di legalità¹⁶. Nella sua accezione "formale" il principio va inteso come dovere, comune ai consociati e alle istituzioni pubbliche, di rispettare le leggi statali espressive della volontà democratica e – come tale – pone la legge statale in rapporto di presupposizione rispetto al potere amministrativo (e a quello giudiziario) senza, tuttavia, minarne l'indipendenza soggettiva¹⁷. La legge, rispetto al potere esecutivo, diviene dunque contenitore della discrezionalità amministrativa evitando che essa scada nell'arbitrio: "*la legge ha il compito fondamentale di assicurare che l'azione amministrativa si svolga in modo imparziale, ragionevole, non arbitrario*".¹⁸ Attraverso la promozione del principio del buon andamento dell'azione pubblica, declinato nei suoi corollari dell'efficienza e dell'efficacia sanciti in norma di diritto positivo¹⁹, il principio di legalità formale è stato progressivamente emarginato a vantaggio di una accezione del medesimo principio in chiave "sostanziale" sorretta dall'idea di fondo che,

¹⁵ I dati sui costi del fenomeno corruttivo per l'Italia sono sconcertanti. Il SAet del Dipartimento della Funzione Pubblica stima (forse anche sovrastima) il costo economico annuo in sessanta miliardi di euro annui (cfr. relazione 2008 Relazione al Parlamento n. XXVII n. 6 del 2.3.2009 del Ministro per la Pubblica Amministrazione). Particolarmente gravoso è altresì il costo in termini di impatto sulla crescita del paese: la percezione della corruzione altera la libera concorrenza e favorisce la concentrazione della ricchezza in capo a coloro che accettano e beneficiano di un sistema malato a scapito di coloro che si rifiutano di accettarne le condizioni. Sul punto si richiamano i dati del *Corruption Perception Index* di *Transparency International* che, nel 2012, poneva l'Italia al 72° posto su 174 paesi valutati (http://www.transparency.it/upload_documento/eurobarometro2012.pdf) e quelli della Banca mondiale che nell'ultimo *Rating of control of corruption* (RCC) colloca il nostro Paese agli ultimi posti in Europa con un *trend* che evidenzia un costante peggioramento nel decennio 2001-2011 (dati reperibili su <http://www.worldbank.org>).

¹⁶ *Ex multis*, S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1973, p. 659 ss. ove viene affrontato il fondamentale tema del radicamento costituzionale del principio da individuare, secondo l'Autore, precipuamente nell'art. 101 Cost. ed in via indiretta nell'art. 76 Cost. o nell'art. 23 Cost. In particolare dall'art. 101 Cost. emergerebbe il principio di legalità come conformità formale, ovvero come necessità di specifica attribuzione di potere da parte del legislatore (*loc. cit.* 689 e ss.). Si veda ancora B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 1 e ss. G. AZZARITI, *Principio di legalità tra Stato di diritto e Stato costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 3/2006; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91 ss.; U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969.

¹⁷ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 670 ss.

¹⁸ V. CERULLI IRELLI, *Fondamento e limite del potere amministrativo*, relazione al convegno "La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e le ragioni dell'interesse pubblico", Siena - Certosa di Pontignano, 12-13 giugno 2009.

¹⁹ Il riferimento è chiaramente rivolto al percorso che ha condotto alla introduzione della Legge 241/1990. Sul tema non può che rinviarsi agli studi di M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1980, p. 225 ss.; ID., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la p.a. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1980, p. 252 ss.



attraverso l'esercizio ampio della discrezionalità amministrativa, è più efficacemente tutelabile l'interesse pubblico in concreto e che *“il potere esecutivo non è pura attuazione pratica dei precetti legislativi, esso è volontà che adatta la legge alla molteplicità dei fatti della vita e si esprime in modo autonomo, mediante regolamenti, per tutte le fattispecie non esplicitamente previste nella norma legislativa”*²⁰. La P.A., anche attraverso il pieno esercizio della potestà regolamentare, si distacca progressivamente dal vincolo della legalità formale e formalistica per aprirsi ad una dimensione sostanziale del principio che si realizza attraverso una attenzione rivolta, più che alla conformità dell'agire, al paradigma tipizzato per legge, al contenuto effettivo dell'azione provvedimento e all'assetto degli interessi scaturente dagli effetti dell'azione stessa.

Nelle sue fasi più recenti questo processo è stato portato ad uno stadio ulteriore che ha indotto molti autorevoli studiosi a parlare di un progressiva dequotazione del principio di legalità: il riferimento normativo più significativo di questo processo può essere individuato nella disciplina del regime di non annullabilità *ex art. 21 octies* L. 241/1990 (introdotto dalla L. 15/2005) del provvedimento amministrativo affetto da vizi formali o procedurali che non abbiano inciso, secondo un giudizio prognostico, sul suo contenuto finale²¹.

Orbene, rispetto a questo processo le scelte fatte con la L. 190/2012 paiono orientate in senso inverso. Si ritiene cioè che l'impostazione data dal legislatore alle nuove forme di lotta alla corruzione amministrativa sia in linea con un ritrovato centralismo del ruolo del principio di legalità inteso, sia pure in chiave attuale, come presupposizione della legge rispetto all'autonomia della P.A.

Invero, i diversi livelli di intervento per la prevenzione della corruzione assegnano un ruolo assolutamente primario al legislatore statale che ne disciplina gli strumenti ed al potere di pianificazione governativo attraverso la approvazione del P.N.A. E, del resto, il ruolo di pianificazione e programmazione delle singole P.A. pare fortemente condizionato dalle disposizioni generali rinvenibili nella L. 190/2012 nonché dalle norme di natura regolamentare (linee guida) del Comitato interministeriale istituito, ai sensi del comma 4 della legge stessa, con D.P.C.M. del 16 gennaio 2013.

Così se, per un verso, il ruolo assunto dal legislatore statale sembra assorbire – senza tanti distinguo – tutti gli spazi che avrebbero potuto residuare in capo alla potestà legislativa

²⁰ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, *op. cit.*, p. 679.

²¹ F. ASTONE, *Nullità ed annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Soveria Mannelli (CZ), 2009, p. 273 ss.; F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies* L. 241/1990, in www.giustamm.it, 2005; G. GRASSO, *La dequotazione dei vizi formali fra procedimento e processo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.



regionale²², la scelta di assegnare al P.N.A., redatto dal Governo ed approvato dall'A.N.A.C., il compito di porre i contenuti che dovranno osservare i piani triennali predisposti dalle singole P.A. finisce per contrarre fortemente i margini di discrezionalità delle istituzioni che dovranno recepire lo strumentario imposto a livello centrale senza margini significativi di adattamento.

Lo strumento amministrativo che la L. 190/2012 introduce è – mutuando un'espressione coniata dagli studiosi di diritto urbanistico con riferimento al rapporto fra piano regolatore generale e strumenti urbanistici attuativi – quello della “pianificazione a cascata”, basato su un rapporto di ordinazione gerarchica in senso proprio con la conseguenza che il piano triennale adottato dalle singole amministrazioni non può derogare in alcuna parte al piano nazionale²³.

Questo rigore, che evidentemente risponde all'esigenza pressante di assicurare l'introduzione in tutte le P.A. del nucleo essenziale degli strumenti di lotta alla corruzione, ha avuto quale effetto l'ulteriore irrigidimento delle P.A. che, nell'adempiere agli obblighi di programmazione imposti dalla legge, hanno di fatto acquisito le norme già determinate nella legge e nel P.N.A. senza compiere quello sforzo di adeguamento che una normazione generale meno invasiva avrebbe certamente favorito.

Va infine segnalato un ulteriore effetto rilevante che la L. 190/2012 ha sull'assetto dei principi di teoria generale.

La scelta del legislatore di investire in misura prioritaria sugli strumenti preventivi anziché su quelli più tradizionali di matrice repressiva potrà, ad avviso di chi scrive, contribuire ad un ripensamento del (dis)equilibrio esistente fra poteri esecutivo e giurisdizionale. Negli ultimi vent'anni si è assistito ad una progressiva erosione degli spazi di agibilità del potere amministrativo a vantaggio di quello giurisdizionale. Il settore delle iniziative per arginare il fenomeno della corruzione pubblica è stato quello nel quale tale erosione si è manifestata con più evidenza: la P.A., infatti, pur avendo contezza del dilagare della corruzione e dei suoi effetti negativi, ha scelto per decenni di astenersi dal prendere una posizione netta delegando *in toto* alla magistratura il compito di esercitare il potere repressivo contro gli abusi da consumarsi, quasi del tutto, in ambito penalistico.

²² I commi 15 e 36 dell'art. 1 della L. 190/2012 fanno rientrare gli strumenti di prevenzione e repressione della corruzione nonché le connesse regole sulla trasparenza fra i livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art.117 lett. m) della Costituzione sgombrando il campo – almeno in questa fase – da possibili dubbi in ordine alla applicazione delle nuove regole in modo uniforme su tutto il territorio nazionale.

²³ M. CLARICH, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 63.



Questo sistema, oltre ad avere manifestato la sua inadeguatezza (anche dovuta ad alcuni limiti del sistema di giurisdizione penale, primo fra tutti il regime prescrizione dei reati e la lentezza cronica dei processi), sotto altro profilo ha alterato completamente quel rapporto di *check and balance* che connota tradizionalmente il rapporto fra i poteri dello Stato significativamente sbilanciato, oramai da tempo, verso il potere giurisdizionale.

Sembra potersi dire che l'approccio eletto come prioritario dal legislatore del 2012, ovvero quello di prevenzione anziché di repressione della corruzione, potrebbe inaugurare una nuova stagione nei rapporti fra poteri ispirato ad un riequilibrio fra di essi o addirittura a nuove forme di collaborazione in settori nevralgici quale quello del contrasto alla corruzione.

Un ultimo profilo che merita di essere evidenziato con riferimento alle ricadute della normativa anticorruzione sui principi di teoria generale in tema di organizzazione ed esercizio del potere amministrativo concerne il ruolo “da protagonista” assunto dal legislatore nazionale rispetto a quello regionale²⁴. La conferma di questo approccio tutto statale al tema del contrasto alla corruzione è data dalla scelta di affidare ad un'autorità nazionale *ad hoc* (l'A.N.A.C.) e ad uno strumento programmatico altrettanto “nazionale” (il P.N.A.) la concreta attuazione dei principi e il perseguimento degli obiettivi predicati dalla L. 190/2012.

Tali scelte, ancorché investano un tema articolato e molto attuale (il riparto della potestà legislativa e amministrativa Stato-Regioni), non pare siano sorrette da adeguata riflessione del legislatore statale che, addirittura, nel testo originario del disegno di legge approvato in prima lettura al Senato rinviava genericamente all'impegno per le Regioni e gli enti locali all'adeguamento dei propri ordinamenti alle disposizioni della nuova legge (cfr. art. 6 dell'originario disegno di legge). Invero, il testo finale della L. 190/2012 ha introdotto un correttivo a questo primo indirizzo (l'intesa “a valle” in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni ai sensi del comma 60 dell'art. 1 della L. 190/2012) che, tuttavia, continua a dimostrare una sostanziale sottovalutazione della questione²⁵.

Per quanto concerne il titolo di legittimazione all'esercizio della funzione legislativa statale, la L. 190/2012 (art. 1 comma 1 e 15), come detto, si affida per un verso all'obiettivo di attuazione degli impegni assunti con gli accordi internazionali e per altro verso al richiamo dell'art. 117, secondo comma, lett. m) della Costituzione individuando la trasparenza dell'attività amministrativa come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili.

²⁴ F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del federalismo* 2/2013, p. 349 ss.

²⁵ F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione*, *op. cit.*, p. 353.



Sulla scorta di tali premesse il legislatore nazionale, in materia di anticorruzione, si spinge molto avanti introducendo norme che incidono in modo diretto e penetrante sull'organizzazione degli enti territoriali, sulla loro attività regolamentare e di programmazione, nonché infine sulla disciplina del personale. Orbene, l'obiettivo di dotare le P.A. di regole e strumenti che garantiscono i caratteri dell'uniformità è lodevole; ciononostante, al fine di evitare possibili difficoltà e tensioni nella fase attuativa della disciplina, avrebbe dovuto riservarsi maggiore impegno nel prevedere percorsi in parte diversi per giungere agli stessi risultati senza che gli enti locali e le regioni (enti peraltro fortemente interessati da fenomeni corruttivi di elevata gravità) avvertissero la nuova disciplina come una serie di vincoli inesorabilmente "calati dall'alto".

Come già detto, il testo definitivo della legge esitato dalle Camere fa espresso riferimento alla procedura di concertazione in sede di Conferenza Stato-Regioni per la definizione degli adempimenti connessi alla redazione dei P.T.P.C. da parte delle singole P.A., alla adozione dei codici di comportamento e delle norme regolamentari in materia di rotazione degli incarichi dirigenziali. Peraltro, tale soluzione non consente di superare le perplessità in ordine al *modus operandi* statale: in primo luogo, infatti, si tratta di una fase di concertazione a valle e non a monte della predisposizione delle norme; in secondo luogo, anche l'oggetto della concertazione medesima appare limitato, dall'art. 1 comma 60 della legge, soltanto ad alcuni degli aspetti e degli impegni scaturenti dalla nuova normativa.

Leggendo le disposizioni della L. 190/2012 e del P.N.A. si ha la netta percezione che gli spazi per l'autonomia organizzativa regionale e locale, così come quelli per la concertazione a valle di cui sopra detto, siano pressochè marginali. Tale aspetto, a poco più di un anno dalla entrata in vigore della L. 190/2012, appare una debolezza considerato che sono ancora troppo numerose le amministrazioni che – anche a causa della mancanza di un sistema sanzionatorio efficace – hanno ommesso di adempiere agli impegni scaturenti dalla Legge e dal piano nazionale (approvato dall'A.N.A.C. con delibera n. 72 dell'11 settembre 2013) o hanno comunque incontrato difficoltà operative nell'adeguarsi alle prescrizioni statali²⁶.

Il ruolo "da protagonista" dello Stato è certamente irrinunciabile per dare un assetto unitario alla materia e, del resto, è assolutamente compatibile con il principio di matrice costituzionale della sussidiarietà verticale e dei suoi corollari dell'esercizio unitario delle funzioni amministrative, della differenziazione ed adeguatezza; tuttavia, come osservato, lo stesso ruolo avrebbe potuto svolgersi più proficuamente attraverso un percorso che coinvolgesse le regioni e gli enti locali in

²⁶ Cfr. dati riportati nel *Rapporto sul primo anno di attuazione della L. 190/2012* pubblicato sul sito istituzionale nel dicembre 2013 dall'A.N.A.C.



una condivisione *ex ante* delle scelte, soprattutto di quelle macro-organizzative confluite nel P.N.A., redatto dal Ministero della Semplificazione e approvato dall'A.N.A.C.

4. La nozione ampia di corruzione

Se la L. 190/2012 ha come obiettivo primario quello di introdurre strumenti di prevenzione e repressione della corruzione nella P.A., desta non poche perplessità la scelta di non codificare in modo chiaro ed inequivoco la nozione di corruzione rilevante ai fini della legge medesima.

Soltanto nel comma 12 dell'art. 1 della legge si fa espresso riferimento alla “*commissione di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato*” facendo dunque ipotizzare che la fattispecie di corruzione presa in considerazione dal legislatore del 2012 corrisponda a quella disciplinata dal codice penale (artt. 318, 319 e 319 *ter*).

Va segnalato, peraltro, che il P.N.A. approvato dall'A.N.A.C. per il triennio 2013-2016 propone una definizione di corruzione ben più ampia di quella penale ricomprendendo al suo interno – ai fini della prevenzione – “*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*”. Chiarisce ulteriormente il Piano che per comportamento corruttivo debba intendersi qualsivoglia condotta che, a prescindere dalla sua rilevanza penale, evidenzi un “*malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso ai fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa ab externo, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo*”²⁷.

Sono queste le disposizioni, di rango secondario, che consentono di affermare che la scelta del legislatore sarebbe stata quella di estendere la nozione di corruzione ben oltre i confini della rilevanza penalistica al fine di assicurare ai nuovi strumenti preventivi e repressivi un campo d'azione il più possibile ampio, tale da coinvolgere tutti quei comportamenti che, ancorchè leciti da un punto di vista penale, sono connotati da un elevato disvalore sociale e morale e comunque arrecano un danno al buon andamento dell'azione amministrativa incidendo sulla percezione che di essa ne accusa la collettività²⁸.

²⁷ In termini analoghi si esprime il Dipartimento della Funzione Pubblica del Ministero per la Semplificazione nella Circolare n. 1 del 25 gennaio 2013 ove viene specificato che rientrano nella nozione di corruzione rilevante ai fini della L. 190/2012 “*anche le situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite*”. Una definizione così “ampia” del concetto di corruzione è adottata anche nel *Global Programme Against Corruption* delle Nazioni Unite del 2003 (reperibile al link http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-e.pdf).

²⁸ Sul punto A. ROMANO TASSONE, *Fenomeno corruttivo e strumenti di prevenzione*, relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Messina in occasione della *Giornata internazionale contro la corruzione*, 9 dicembre 2013; B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione alla corruzione*, in *Percorsi Cost.*, 1-

L'intento del legislatore - che peraltro meritava di essere esplicitato con chiarezza nel testo legislativo anziché delegare il delicato compito ai redattori del piano nazionale - è apprezzabile perché (implicitamente) muove dall'assunto che la repressione in sede di giurisdizione penale non sia idonea ad arginare il diffondersi di condotte contrarie ai canoni della *good administration*; viene restituito alla stessa P.A. il compito - attraverso poteri riconducibili da un punto di vista sistematico nell'ambito della autonomia organizzativa e di controllo²⁹ - di porre in campo azioni, tutte amministrative, di prevenzione e repressione delle condotte latamente corruttive.

Per altro verso, deve segnalarsi come tale ampliamento di confini della nozione di corruzione appaia foriero di dubbi interpretativi che possono finire per gravare negativamente sull'efficacia della nuova legge; si teme cioè (e le prime esperienze applicative paiono dare conferma di tali timori) che le singole P.A., nel dare attuazione agli adempimenti e obblighi imposti dalla L. 190/2012, possano incontrare non poche difficoltà nel districarsi fra le diverse nozioni di condotte sanzionate e, conseguentemente, ricorrere all'adozione di strumenti programmatici e di gestione del rischio talmente generici da risultare, di fatto, inutili rispetto agli obiettivi originari del legislatore nazionale.

Probabilmente la scelta di circoscrivere la nozione di corruzione nei limiti (peraltro non stretti) di quella penale avrebbe avuto un impatto "propagandistico" meno forte, ma si sarebbe rivelata più efficace.

La scelta di promuovere un approccio che va oltre la nozione penale di corruzione è stata, invero, condivisa dalla Corte dei Conti che nella relazione di apertura dell'anno giudiziario 2013 ha messo in evidenza che la corruzione da "*fenomeno burocratico/pulviscolare*" è divenuta "*fenomeno politico-amministrativo sistemico*"; secondo i Giudici contabili "*la risposta (...) non può essere di soli puntuali, limitati interventi - circoscritti, per di più, su singole norme del codice penale - ma deve essere articolata ed anch'essa sistemica. Da qui l'importanza della legge 190/2012 che assume la portata di una riforma delle pubbliche amministrazioni ai fini della prevenzione e della lotta alla corruzione*"³⁰.

Attraverso l'adesione al suddetto approccio normativo la L. 190/2012 disciplina gli strumenti che mirano a incidere, più che sulla repressione, sulla prevenzione delle condotte corruttive³¹ creando un contesto sfavorevole alla loro realizzazione e aumentando la capacità delle strutture di fare

2/2012, p. 15 ss.; F. PALAZZO, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011.

²⁹ F. MANGANARO, *Il principio di autonomia*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 259 ss.

³⁰ In dottrina, G. DE VERGOTTINI, *Una road map contro la corruzione*, in *Percorsi cost.*, 1-2/2012, p. 2 ss.

³¹ Questo profilo è puntualmente evidenziato in L. GIAMPAOLINO, *Prevenire e reprimere la corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Percorsi cost.*, 1-2/2012, p. 34 ss.



emergere i casi di corruzione. Tali obiettivi sono perseguiti, oltre che attraverso l'elaborazione del P.N.A., attraverso i P.T.P.C. delle singole amministrazioni, l'adempimento degli obblighi connessi alla trasparenza, l'adozione di codici di comportamento dei dipendenti, l'introduzione di sistemi di rotazione del personale e di regole più stringenti in tema di conflitto di interesse e di conferimento di incarichi dirigenziali ed extra-istituzionali. Nella stessa prospettiva rientrano le norme in materia di tutela del dipendente che segnala gli illeciti (cd. *whistleblower*) e gli impegni in termini di erogazione al personale di attività formativa in materia di etica pubblica.

Per completezza va segnalato che la L. 190/2012, oltre ad individuare una nozione amministrativa di corruzione più ampia di quella penale, ha altresì introdotto all'art. 318 c.p. una nuova fattispecie criminosa in sostituzione della previgente corruzione impropria³². Il riformato art. 318 punisce con la pena della reclusione da uno a cinque anni “*il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa*”. E, in forza dei richiami degli artt. 320-321 c.p., la punibilità è estesa all'incaricato di pubblico servizio ed al corruttore.

L'introduzione della fattispecie in esame (cd. corruzione per l'esercizio della funzione) risponde alla scelta politica di disancorare il patto corruttivo dall'atto d'ufficio nel senso che bene della vita oggetto prioritario di protezione (anche) penale non è più il buon andamento della P.A. bensì quello della fiducia della collettività nella correttezza e lealtà dell'amministrazione apparato. In altri termini, la riforma della fattispecie penalistica mira, in armonia con il più generale approccio normativo sopra evidenziato, a rendere oggetto di repressione penale tutte quelle condotte che, ancorché non si sostanzino nella compravendita di un determinato atto d'ufficio, comportino il pagamento di una somma di danaro in cambio dell'esercizio della funzione pubblica, come nel caso del funzionario “*a libro paga*” che asserva il proprio ufficio agli interessi del corruttore³³.

³² D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190)*, in *Cass. Pen.* 2012, suppl. al n. 11, p. 3 ss.; T. PADOVANI, *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida al Diritto*, 2012, p. 45 ss.; D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in www.federalismi.it, 2012, p. 5 ss.; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 2; G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo, Riv. trim.* 2013, p. 5 ss.

³³ F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di), *op. cit.*, p. 405 ss.



5. Gli strumenti di pianificazione e il ruolo del Responsabile della prevenzione della corruzione

Come anticipato, al fine di prevenire il compiersi di comportamenti corruttivi, la L. 190/2012 affida un ruolo prioritario alla pianificazione del rischio (dunque, all'autonomia di programmazione della P.A.).

In particolare, secondo l'impostazione prevista dal legislatore della riforma, la pianificazione del rischio opera su due livelli: a livello centrale attraverso la predisposizione del P.N.A. da parte del Dipartimento per la Funzione Pubblica presso il Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione e a livello periferico attraverso la predisposizione da parte di ciascuna P.A. del P.T.P.C.

A livello centrale, i soggetti coinvolti nell'attività di programmazione, oltre il Dipartimento ministeriale che cura la predisposizione del P.N.A., sono il Comitato interministeriale istituito dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 2013 e l'A.N.A.C. che, oltre ad approvare in via definitiva il P.N.A., assume rilevanti funzioni consultive in materia di affidamento di incarichi esterni da parte dei dirigenti dello Stato, nonché funzioni ispettive e di vigilanza (invero piuttosto blande rispetto agli obiettivi finali della L. 190/2012) nei confronti delle P.A. al fine di garantire il puntuale adempimento delle norme anticorruzione.

Ai sensi del comma secondo dell'art. 1 della L. 190/2012 le funzioni dell'A.N.A.C. sono assunte dalla C.I.V.I.T. istituita dall'art. 13 del D. Lgs. 150/2009.

Già all'indomani del Decreto 150/2009 ci si era interrogati in ordine alla natura di tale autorità: a fronte dell'orientamento giurisprudenziale tendente a riconoscere la natura di autorità indipendente (Consiglio di Stato, Sez. I, parere 22.3.2010, n.1081³⁴), la dottrina prevalente aveva espresso una posizione opposta escludendo tale configurazione soggettiva³⁵.

Le norme della L. 190/2012 (in particolare i commi 1 e 2 dell'art. 1), per molti versi, paiono confermare l'orientamento della dottrina maggioritaria. Non costituendo argomento spendibile in sé l'utilizzo della locuzione "Autorità" da parte del comma secondo né tantomeno la circostanza

³⁴ Di questo avviso, in dottrina, A. MARTONE, *Il ruolo della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni*, in *Giur. It.*, 2010, p. 2703 ss.

³⁵ M. CLARICH - B.G. MATTARELLA, *La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Roma, 2010, p. 134 ss.; G. FERRARI, *Il proliferare delle autorità amministrative indipendenti: verifica in ordine alla possibilità di riconoscere in via interpretativa tale qualificazione ad organismi pubblici di nuova istituzione*, in *Foro amm., CdS*, 2011, p. 2942 ss.; A. MAGLIONE, *Il parere del Consiglio di Stato sull'indipendenza della Commissione per la valutazione, la trasparenza, e l'integrità delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, p. 1272 ss.



che, a tale autorità, siano affidati genericamente compiti ispettivi, di vigilanza e di controllo, appare invece dirimente la considerazione che, nell'attribuire tali funzioni, il legislatore abbia ommesso di intervenire sulla poco incisiva disciplina (art. 13, comma 3, D. Lgs. 150/2009) in tema di imparzialità e terzietà dei componenti dell'organo di controllo, nonché sulla possibilità di rinnovo del loro incarico³⁶, nonché infine il fatto che la L. 190/2012 prevede per l'esercizio delle proprie funzioni uno stretto legame fra l'Autorità e gli organi governativi (Dipartimento della Funzione Pubblica e Comitato interministeriale). Si tratta di elementi che ostano alla configurabilità di tale soggetto pubblico come autorità amministrativa indipendente³⁷.

Quanto ai contenuti della programmazione (sia a livello centrale che periferico), essa è basata sul monitoraggio e la misurazione delle aree a maggiore rischio di potenziale corruzione (*risk-based approach*) in modo che le condotte illecite vengano disincentivate o comunque emergano con maggiore facilità.

Al fine di rendere la programmazione il più possibile coerente con le peculiarità delle singole amministrazioni, la L. 190/2012 (art. 1 comma 7) ha previsto che l'organo politico di ciascuna amministrazione nomini un funzionario (di norma un dirigente stabile di prima fascia) che assuma il ruolo di Responsabile della prevenzione della corruzione³⁸.

Le funzioni attribuite dalla L. 190/2012 al responsabile sono molto articolate: elaborazione della proposta di P.T.P.C. che deve essere adottato dall'organo di indirizzo politico di ciascuna amministrazione ed inviato entro il 31 gennaio di ogni anno al Dipartimento della Funzione Pubblica; organizzazione e vigilanza sulle attività svolte dai dipendenti nelle aree a rischio, monitoraggio sull'efficace attuazione del P.T.P.C. e conseguenziale elaborazione di eventuali proposte di modifica dello stesso; verifica della rotazione degli incarichi negli uffici e sul rispetto delle norme in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi stessi; individuazione di iniziative per l'erogazione al personale di attività formativa sui temi dell'etica e della legalità.

³⁶Al riguardo si segnala, peraltro, il recente intervento ad opera dell'art. 34 *bis* del D.L. 179/2012, conv. in L. 221/2012, sui requisiti per la nomina del presidente dell'autorità.

³⁷Sul tema vd. anche G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di), *op. cit.*, p. 88 ss..

³⁸In proposito la già citata Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 1/2013 ha chiarito che "considerato il ruolo e le responsabilità che la legge attribuisce al responsabile della prevenzione, è importante che la scelta ricada su un dirigente che si trovi in una posizione di relativa stabilità, per evitare che la necessità di intraprendere iniziative penetranti nei confronti dell'organizzazione amministrativa possa essere compromessa anche solo potenzialmente dalla situazione di precarietà dell'ufficio". Inoltre, l'art. 1 comma 7 prevede che negli enti locali il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione.



A tali compiti, spesso, si aggiungono quelli prescritti dalle norme in materia di obblighi di trasparenza introdotti con il D. Lgs. 150/2009³⁹. Di norma, infatti, il funzionario R.P.C. assumerà anche il ruolo di Responsabile della Trasparenza⁴⁰.

A fronte dei compiti attribuiti, la L. 190/2012 prevede consistenti responsabilità in capo al R.P.C. (art. 1 commi 12, 13 e 14).

Invero, ai sensi dell'art. 1 comma 12, in caso di accertamento definitivo di un reato di corruzione nell'amministrazione interessata, il Responsabile risponde sia sul piano dirigenziale (mancato rinnovo dell'incarico o revoca dell'incarico ex art. 21 D. Lgs. 165/2001) sia sul piano disciplinare (ai sensi del comma 13 la sanzione non può essere inferiore alla sospensione del servizio con privazione della retribuzione da un minimo di uno ad un massimo di sei mesi) per danno erariale e all'immagine della P.A. Il Responsabile potrà sottrarsi a tale responsabilità qualora provi di avere efficacemente assolto agli obblighi imposti dalla L. 190/2012 nonché di avere vigilato sulla puntuale attuazione del piano.

Inoltre, in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano, il Responsabile risponde ai sensi dell'art. 21 D. Lgs. 165/2001 nonché per omesso controllo sull'attuazione del piano.

Si segnala infine che l'art. 46 del D. Lgs. 33/2013 prevede una fattispecie di responsabilità del dirigente (che occupi anche il ruolo di Responsabile della trasparenza) per la violazione degli obblighi di trasparenza, stabilendo che l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente o la mancata predisposizione del piano triennale per la trasparenza e l'integrità sono “*elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale*” nonché “*eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione*” valutati ai fini della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale.

³⁹ Vigilanza sul rispetto degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, segnalando all'organo politico, all'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV), all'A.N.A.C. e, nei casi più gravi, all'Ufficio Procedimenti Disciplinari i casi di mancato o ritardato adempimento dei suddetti obblighi di pubblicazione; predisposizione dell'aggiornamento del Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità; controllo sulla regolare attuazione del cd. accesso civico.

⁴⁰ In dottrina i contributi recenti sul tema della trasparenza sono numerosi. Si segnala in particolare F. PIZZETTI, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in F. PIZZETTI - A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Roma, 2010, p. 29 ss.; F. TRIMARCHI, *Alcune considerazioni sulla qualità dell'azione amministrativa*, op.cit., p. 665; F. ASTONE, *Le norme in materia di personale e le novità in tema di incarichi e consulenze (nella legge n. 133/2008)*, in www.giustamm.it, 2009; R. MERCURIO – V. ESPOSITO, *Processi di misurazione, controllo ed incentivazione nella riforma Brunetta: alcune riflessioni di natura organizzativa*, in R. MELE (a cura di), *Gestione e controllo delle Pubbliche amministrazioni dopo la Riforma Brunetta*, Milano, 2010; A. LAZZARO, *Considerazioni in tema di valutazione della performance*, in www.giustamm.it, 2012. Sulla trasparenza in generale anche A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 269.

Da quanto sopra evidenziato si evince che le nuove norme in esame hanno introdotto un regime di responsabilità particolarmente gravoso che ricade in via oggettiva sul dipendente che assume, di norma senza alcuna retribuzione aggiuntiva (fatto salvo quanto potrà essere erogato a titolo di retribuzione di risultato), un compito alquanto complesso (di programmazione e controllo); rispetto a tale rigore è presumibile che la giurisprudenza possa promuovere un'interpretazione mitigatrice.

Per favorire l'instaurarsi di un percorso virtuoso di attuazione delle misure anticorruptive la L. 190/2012 affida un ruolo centrale alla formazione del personale (in via prioritaria di quello impegnato nelle aree a maggior rischio corruttivo) sui temi dell'etica pubblica con percorsi specifici a seconda dei destinatari da stabilirsi a cura della Scuola Superiore della P.A. (art. 1 commi 5 e 11).

In conclusione può dirsi che, nel breve lasso temporale di qualche anno, il legislatore abbia inteso innovare in senso radicale l'approccio al tema dell'organizzazione amministrativa (investendo fortemente nella funzione di pianificazione degli organi dirigenziali e politici dei singoli enti) senza però che tale opera di riforma radicale sia stata ispirata ad opportuni criteri di organicità e coerenza normativa. Tutte le P.A. e i singoli funzionari (in special modo coloro ai quali sono affidati i ruoli di responsabilità previsti dalla L. 190/2012 e dal D. lgs. 150/2009) si sono trovati investiti da un vero e proprio "fiume" di regole nuove e di connessi adempimenti (con scadenze molto ravvicinate) con il concreto rischio che molte di queste regole generali rimangano di fatto inapplicate o, più facilmente, applicate in maniera superficiale svuotando di effettività le importanti novità introdotte dal legislatore⁴¹.

6. La tutela del *whistleblower*

Fra le novità più significative introdotte con la L. 190/2012 merita approfondimento la disciplina di cui all'art. 1, comma 51, che ha aggiunto al D. Lgs. 165/2001 l'art. 54 *bis*, rubricato "*Tutela del dipendente che segnala illeciti*".

La disciplina di questo istituto trova il proprio antecedente in altri ordinamenti, ed in particolare nei sistemi di *common law*⁴².

⁴¹ Sul punto M. MACCHIA, *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo* in F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE - F. SAIITA (a cura di) *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del XVIII Convegno di Copanello 28-29 giugno 2013*, Milano, 2014, p. 125.

⁴² Sul punto, R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54 bis del d. lgs. 165/2001*, in B.G. MATTARELLA - M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, op. cit.*, p. 245 ss.

Nel Regno Unito, in particolare, il *Public interest disclosure act* del 1998 ha introdotto un'articolata normativa riguardante le condizioni di legittimità delle segnalazioni di potenziali illeciti sia nel settore pubblico che nel settore privato; l'obiettivo è quello di offrire una tutela al lavoratore che, venuto a contatto con condotte che ritiene abbiano un crisma di illiceità o comunque latamente corruttive, decide di segnalarne la rilevanza al proprio datore di lavoro. In tal caso al segnalante (il *whistleblower*, per l'appunto) l'ordinamento offre una tutela speciale volta ad evitare che nei suoi confronti possano consumarsi reazioni pregiudizievoli o ritorsive che, oltre a ledere la sua posizione personale e lavorativa, possano scoraggiare iniziative analoghe.

Negli Stati Uniti nel 2002 è stato introdotto il *Sarbanes Oxley Act* applicabile anch'esso a soggetti pubblici e privati; esso prevede una tutela sia di tipo civilistico che penalistico nei confronti di chi denuncia al proprio datore di lavoro comportamenti illeciti consumatisi in danno della società o ente dal quale dipende.

Anche le fonti dell'U.E. hanno previsto l'obbligo per gli Stati membri di adeguare le proprie normative su questo fronte; in particolare nella Convenzione civile sulla corruzione del 4 novembre 1999, ratificata in Italia con L. 8 giugno 2012, n. 112, il Consiglio d'Europa prescrive che *“ciascuna parte prevede nel suo diritto interno un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denuncino fatti di corruzione alle persone o alle autorità responsabili”* (art. 9 della Convenzione)⁴³.

Infine, con la Convenzione di Merida del 31 ottobre 2003, ratificata in Italia con la L. 3 agosto 2009, n. 116, le Nazioni Unite hanno previsto la facoltà (non dunque l'obbligo) di ciascuno Stato di introdurre *“misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente convenzione”* (art. 33).

In Italia, prima della introduzione della L. 190/2012, non esisteva alcuna protezione specifica per coloro i quali denunciassero comportamenti corruttivi.

A fronte di questo silenzio normativo peraltro la giurisprudenza si era orientata a ritenere che la denuncia del dipendente, operata nel rispetto della verità dei fatti e della continenza della forma espositiva, non potesse integrare una violazione del dovere di fedeltà; conseguentemente si ritenevano privi di legittimità provvedimenti disciplinari adottati dal datore di lavoro nei confronti

⁴³ La ratifica della convenzione operata con Legge 112/2012, oltre ad essere intervenuta con grave ritardo, non ha previsto l'introduzione di norme attuative esponendo così la nuova disciplina a notevoli difficoltà applicative; sull'argomento, M. CASTELLANETA, *Protezioni e premi per chi segnala i fatti illeciti; disposizioni operative già dal 28 novembre 2012*, in *Guida al Diritto*, 47/2012, p. 58.



del denunciante⁴⁴. Non si rinviene, invece, alcun precedente giurisprudenziale a tutela dell'anonimato del denunciante; il Consiglio di Stato, al contrario, ha più volte affermato il pieno diritto del soggetto sottoposto a procedimento disciplinare all'accesso alla denuncia presentata nonché all'identità del suo autore⁴⁵.

Con la nuova disposizione introdotta dalla L. 190/2012 in materia di tutela del *whistleblower* il legislatore – inserendo la norma nel testo unico del pubblico impiego – ha scelto di limitare la disciplina al settore del lavoro pubblico escludendo il settore privato, in palese controtendenza rispetto alle indicazioni rinvenibili nelle Convenzioni internazionali sopracitate. L'unica ragione plausibile per questa scelta può essere rinvenuta nella circostanza che la L. 190/2012, in effetti, assume come campo elettivo di applicazione il settore pubblico⁴⁶.

Coerentemente con la nozione ampia di corruzione accolta dalla Legge 190/2012, l'art. 54 *bis* estende la tutela al dipendente che denuncia “*condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro*”. Nel novero delle “condotte illecite” rientrano non soltanto fatti e comportamenti che assumono rilevanza penale ma anche tutte le irregolarità contabili ed amministrative.

La norma tace su un aspetto che ha un'importanza rilevante dal punto di vista applicativo. Non è chiarito, infatti, quale intensità debba avere il livello di conoscenza del fatto denunciato consentendo, astrattamente, l'applicazione dell'istituto di protezione anche all'ipotesi in cui la denuncia si basi su meri sospetti non supportati da elementi probatori certi.

Anche in questo caso il legislatore della L. 190/2012 sembra non avere considerato gli effetti negativi che possono scaturire dalla frettolosa introduzione di una disciplina che, a volte soltanto negli annunci, mira a fornire una risposta decisa a problemi sistemici, quali appunto quello della corruzione nel sistema dei rapporti pubblici.

Gli strumenti di protezione previsti dall'art. 54 *bis* T.U. 165/2001 introducono una circostanza esimente destinata ad operare in un eventuale procedimento disciplinare avviato nei confronti del

⁴⁴ Trib. Roma 19 ottobre 1995, in *Riv. it. dir. lav.* 1996, II, p. 876. Per ulteriori riferimenti, V. FERRANTE, *Rapporti di lavoro e whistleblowing. Diritto a spifferare e tutela del posto di lavoro nell'ordinamento italiano*, in G. FRASCHINI - N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Acireale-Roma, 2011, p. 127.

⁴⁵ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 27 maggio 2008, n. 2511; 23 ottobre 2007, n. 5569; 25 giugno 2007, n. 3601; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 25 febbraio 2009, n. 112; TAR Valle D'Aosta, Aosta, Sez. I, 11 dicembre 2008, n. 98; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, 24 novembre 2006, n. 2451.

⁴⁶ Giunge a questa conclusione anche R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54 bis del d. lgs. 165/2001*, *op. cit.*, p. 255.



denunciante, non potendo quest'ultimo essere “*sanzionato, licenziato o sottoposto a misura discriminatoria*” (comma 1).

L'esimente prevista dal primo comma, che costituisce lo strumento di tutela più pregnante, non opera qualora la denuncia del *whistleblower* integri la fattispecie di reato di calunnia o diffamazione ovvero un'ipotesi di responsabilità *ex art. 2043 cod. civ.* Rispetto a tale seconda fattispecie di esclusione sorge qualche ragionevole perplessità interpretativa in quanto – stando al tenore letterale della disposizione – sembrerebbe doversi concludere per la non applicabilità della tutela in tutte quelle ipotesi nelle quali la denuncia possa ledere, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., diritti o interessi di terzi; e ciò non soltanto quando tale lesione sia imputabile al denunciante a titolo di dolo (il che è più che comprensibile) ma anche quando l'effetto lesivo scaturisca da mera colpa (anche lieve). Se così fosse, i margini di operatività della protezione normativa sarebbero piuttosto ridotti, rendendo praticamente vana l'introduzione dell'istituto.

Deve, quindi, promuoversi un'interpretazione della norma ispirata al canone della coerenza con i principi desumibili dalle norme delle Convenzioni di Strasburgo e di Merida che collegano la protezione del *whistleblower* al suo comportamento di “*buona fede*”, concetto certamente più lato della “*assenza totale di colpa*”.

Il comma 2 dell'art. 54 *bis* prevede poi che il denunciante abbia diritto a mantenere l'anonimato e che la denuncia sia sottratta all'accesso *ex L. 241/1990*.

La norma non prevede, invece, alcun sistema premiante per l'iniziativa assunta da denunciante; tale scelta – in controtendenza rispetto alle analoghe normative di *common law* – rischia di rendere scarsamente incentivante la disciplina rispetto all'obiettivo finale che è quello dell'emersione dei fatti corruttivi (al di fuori di un contesto di un'eventuale indagine della magistratura)⁴⁷.

7. Conclusioni

Le riflessioni su alcuni degli istituti fondamentali introdotti dalla L. 190/2012 in materia di lotta alla corruzione nell'esercizio della funzione pubblica, necessariamente limitate a quegli aspetti che più direttamente coinvolgono temi che orbitano nell'ambito del diritto amministrativo, con non poche difficoltà possono condurre a delle vere e proprie conclusioni.

⁴⁷ E' significativo, del resto, che la Commissione Europea nella citata relazione del 3 febbraio 2014 sullo stato della lotta alla corruzione in Italia, fra i limiti rinvenibili nel sistema introdotto con la L. 190/2012, abbia segnalato proprio la “*genericità e non esaustività*” delle norme sulla tutela del *whistleblower*; la Commissione, in particolare, ha rilevato l'anomalia della disciplina che è limitata al settore pubblico e non estesa anche a quello privato nonchè la mancata previsione di puntuali norme sui “*canali di segnalazione*”.



Ciononostante, si tenterà di formulare alcune considerazioni che possano in qualche modo assumere il crisma di “prime” conclusioni sulla riforma introdotta dal legislatore.

Alla data del 30 novembre 2013⁴⁸, il quadro della nomina del R.P.C. nelle amministrazioni presenta ancora significative carenze. Ad un anno dall’entrata in vigore della L. 190/2012, infatti, la nomina del Responsabile non ha trovato piena attuazione in nessun comparto, neanche nelle amministrazioni di grandi dimensioni come i ministeri.

Viene segnalato un quadro abbastanza diversificato dal quale risulta che, a percentuali comunque relativamente elevate nei ministeri (77%), negli enti di ricerca (78%), nelle regioni (81%), nei grandi comuni (80%), nelle camere di commercio (91%) e nelle università statali (97%), fanno da contraltare percentuali basse in altri settori, tra i quali emerge, in particolare, quello dei comuni (34 %).

Un elemento significativo ai fini dell’efficacia dell’azione del Responsabile riguarda il ruolo ricoperto all’interno dell’amministrazione. In particolare, negli enti pubblici nazionali i Responsabili sono stati nominati prevalentemente dal Presidente / Commissario Straordinario (47%) e dal Consiglio di Amministrazione (36%); nelle università dal Consiglio di Amministrazione di Ateneo (51%) o dal Rettore (44%); nelle camere di commercio il 90% delle nomine è stata effettuata dalla Giunta camerale; nei comuni, per l’80% dei casi il responsabile è stato nominato dal Sindaco, il 12% dalla Giunta e il 6% dal Consiglio comunale; nelle aziende del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) il 91% delle nomine è stata effettuata dal direttore generale.

I processi gestionali maggiormente esposti ai rischi di corruzione sono stati distinti in due categorie:

- “aree a rischio diretto”, che riguardano i rapporti che intercorrono tra le società partecipate e le P.A.;
- “aree a rischio indiretto o strumentali”, così denominate in quanto si riferiscono a processi gestionali che, pur non determinando un contatto con le P.A., possono creare le condizioni per realizzare uno dei reati di corruzione o di concussione previsti dal codice penale.

Avuto riguardo alle aree a rischio diretto, la tipologia di processi interessati varia da amministrazione ad amministrazione, in base al tipo di attività svolta e in funzione delle caratteristiche che riguardano il proprio modello operativo e gestionale. Le percentuali più elevate

⁴⁸ I dati sono desunti dal già citato sul primo anno di attuazione della L. 190/2012 pubblicato nel 2013 dall’A.N.A.C.



si riferiscono alla stipula dei contratti di servizio (69%), alla determinazione della tariffa per i servizi erogati alla P.A. (41%).

In riferimento, invece, alle aree a rischio indiretto, i processi segnalati come maggiormente rischiosi sono quelli destinati all'approvvigionamenti di beni (91%), di servizi (89%), assunzioni del personale (74%), gestione degli omaggi offerti e ricevuti (60%), gestione delle risorse finanziarie dell'azienda (51%), sponsorizzazioni di iniziative promosse da P.A. o da esponenti delle amministrazioni medesime (49%).

In conseguenza dell'entrata in vigore della L. 190/2012 e dei decreti legislativi n. 33/2013 e n. 39/2013, l'A.N.A.C. è stata destinataria di numerose richieste, in significativo aumento rispetto all'anno precedente, con una netta prevalenza dei quesiti rispetto alle segnalazioni, confermando, così, l'elevata disorganicità delle fonti normative e le consequenziali questioni applicative.

Va dunque rilevato che il complessivo quadro normativo, per la sua vastità e l'intensità del grado di incidenza innovativa, si manifesta ancora disorganico⁴⁹. Sarebbe stato opportuno formulare una preliminare *road map* che consentisse, per un verso, di schematizzare l'architettura della complessiva scelta del legislatore e, per l'altro, di agevolare l'individuazione delle linee di intervento e dei relativi strumenti da introdurre, allo scopo di perimetrare il campo d'azione ed ottimizzare lo sforzo complessivo richiesto alle amministrazioni.

In tale prospettiva appare non convincente il recente intervento normativo di cui all'art. 19 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), convertito in L. 11 agosto 2014 n. 114, con il quale il Governo - nel dare una pronta risposta ai recenti scandali connessi a Expo 2015 e agli appalti per la realizzazione del Mose di Venezia - ha disposto, per un verso, la soppressione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di cui al D. Lgs. 163/2006 e, per altro verso, affidato le relative funzioni (in particolare, quelle di controllo e sanzionatoria) all'A.N.A.C. La stessa disposizione, per bilanciare tale scelta, dispone che le funzioni di misurazione e valutazione della *performance*, già attribuite dal D. Lgs. 150/2009 alla C.I.V.I.T. (ora A.N.A.C.), sono devolute al Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (comma 9 art. 19 D.L. 90/2014).

Il recente intervento normativo, chiaramente orientato dall'esigenza di realizzare risparmi alle casse erariali nonchè di dare una risposta "a caldo" alla domanda di "giustizia" dell'opinione

⁴⁹ Appare condivisibile l'opinione di chi ha osservato che "la prima via per contrastare la corruzione sarebbe quella di semplificare e facilitare il modo di fare amministrazione. (...) La criticità sta allora nella constatazione che alcuni rimedi anticorruzione incrementano in modo significativo il tasso di complicazione amministrativa." (M. MACCHIA, *La corruzione*, op. cit., p. 129).



pubblica, probabilmente costituisce un'occasione mancata per introdurre nella disciplina dei poteri dell'A.N.A.C. e degli strumenti di prevenzione della corruzione quei correttivi che la prassi applicativa dei primi due anni ed i rilievi dei commentatori più attenti avrebbero potuto suggerire.