



CORSO DI DOTTORATO IN DISCIPLINE GIURIDICHE

Curriculum Pubblicistico

XXX Ciclo

DIRITTO AMMINISTRATIVO

La patologia della prassi amministrativa e gli strumenti amministrativi
anticorruzione

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

Tutor:

Chiar.mo Prof. Enzo Cardi

Dottoranda:

Sofia Arata

*A mia madre che mi ha insegnato il valore della tenacia,
a mio padre che mi ha trasmesso l'amore per lo studio,
a Ettore, senza il quale tutto questo non sarebbe stato possibile.*

Indice

Introduzione	5
Parte Prima: La patologia della pubblica funzione	11
I. Gli strumenti di prevenzione della corruzione amministrativa.	11
1. L'intervento della L. 190/2012.	11
2. Il ruolo della trasparenza: il D.Lgs. 33/2013, il FOIA e le successive modifiche.	23
3. Il Piano Nazionale Anticorruzione.	36
4. I Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione	41
5. La disciplina dell'incompatibilità e inconferibilità degli incarichi.	50
6. La tutela del <i>whistleblower</i>	69
II. I nuovi doveri dei pubblici dipendenti e le conseguenze in caso di inadempimento.	88
1. La prima "ripubblicizzazione" del Pubblico impiego. Il D.Lgs. 150/2009 e le modifiche in tema di responsabilità disciplinare.	88
2. La seconda "ripubblicizzazione" del Pubblico Impiego. Gli obblighi pubblici dei soggetti alle dipendenze della P.A.: il nuovo Codice generale di comportamento dei dipendenti pubblici	106
3. Le novità della riforma Madia	120
III. Gli strumenti di reazione alla corruzione amministrativa: la responsabilità disciplinare.	128
1. Le ricostruzioni dottrinarie sulla natura della sanzione disciplinare.	128
2. Riconsiderazioni sulla natura della sanzione disciplinare alla luce della ripubblicizzazione dei doveri in capo ai pubblici dipendenti.	137
3. Dubbi in merito alla possibile violazione del principio del <i>ne bis in idem</i> : la forza pervasiva del diritto penale.	143
Parte Seconda: La corruzione nella contrattualistica pubblica.	152
I. Il pericolo della discrezionalità nei contratti pubblici.	152
1. Inquadramento generale	152
2. La legge Merloni.	157
3. Le direttive del 2004: la valorizzazione del criterio dell'efficienza.	164
4. Le novità del D.Lgs. 163/2006.	167
5. I protocolli di legalità e i patti di integrità.	176
6. Il rafforzamento dei poteri di vigilanza dell'A.V.C.P.	182
II. Il D.Lgs. 50/2016 e il nuovo ruolo dell'A.N.A.C.	185
1. Inquadramento generale	185

2. I poteri del Presidente A.N.A.C. ex art. 32 d.l. 90/2014	194
3. Le Linee Guida A.N.A.C.	199
4. Il conflitto di interessi nel nuovo Codice dei Contratti.....	206
5. I requisiti di ordine generale ex art. 80 e l'interpretazione resa dalle Linee Guida n. 6.....	209
6. I protocolli di intesa sottoscritti dall'A.N.A.C.....	222
III. Il mutato rapporto fra diritto amministrativo e diritto penale.....	237
1. Il ruolo dell'A.N.A.C. nel procedimento penale.....	237
2. Criticità in merito al regime di comunicazione fra l'ANAC e l'Autorità giudiziaria.....	242
Considerazioni conclusive	247
Bibliografia.....	260

Introduzione

Il fenomeno corruttivo si verifica ogni qualvolta il titolare di un potere pubblico e il titolare di un interesse privato entrano in contatto e condividono i rispettivi *desiderata* egoistici, concordando le modalità illecite e/o illegali per la soddisfazione degli stessi.

Il perseguimento di interessi egoistici da parte degli attori dello scambio corrotto determina conseguenze pregiudizievoli per l'intera collettività. La circostanza che un soggetto deputato alla realizzazione dell'interesse pubblico persegua un proprio interesse individuale causa, inoltre, una cattiva allocazione delle risorse, la distorsione del libero mercato e il proliferare di investimenti illegali.

Il pubblico funzionario, per realizzare il proprio personale interesse, agisce in violazione dei principi dell'etica pubblica e della buona amministrazione.

E, così facendo, egli – tanto quale cittadino che quale pubblico funzionario – viola i doveri di cui all'art. 54 Cost., nonché i principi di buon andamento e di imparzialità, di cui all'art. 97 Cost.

La corruzione, dunque, può essere intesa sia come patologia 'soggettiva' che come patologia della funzione, ovvero in chiave 'oggettiva'.

Si può qualificare come 'soggettiva' quella manifestazione della corruzione che determina uno scostamento del dipendente pubblico dall'assetto valoriale preconstituito, con conseguente violazione dei principi reggenti l'etica pubblica.

Sarà, invece, qualificabile come corruzione 'oggettiva' il riflesso che la suddetta disaffezione comporta sull'attività amministrativa in termini di violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità.

Lo studio di tale fenomeno, dunque, alla luce duplice connotazione suindicata, va condotto separando i due campi di indagine, al fine di meglio individuare gli strumenti predisposti dal Legislatore per prevenire e contrastare la corruzione nei rispettivi ambiti.

L'analisi della corruzione e degli strumenti predisposti al fine di contrastarla, inoltre, non può prescindere dalla valorizzazione del ruolo dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione, cui è stato attribuito un potere di intervento e di regolazione sia nell'ambito della corruzione 'soggettiva' che di quella 'oggettiva'.

Con riguardo, in primo luogo, alla c.d. corruzione soggettiva, l'analisi svolta ripercorre l'evoluzione legislativa intervenuta in materia di Pubblico Impiego, a partire dalla riforma Brunetta fino alla recentissima riforma Madia, al fine di valorizzare gli impulsi anticorrittivi attuati dal Legislatore.

In questo senso, si ritiene che il Legislatore abbia inteso prevenire il sorgere del fenomeno corruttivo attraverso una rivalorizzazione del ruolo dell'etica pubblica.

Analizzando l'assetto di obblighi imposti ai pubblici funzionari, si assiste, infatti, ad una riqualificazione in chiave pubblicistica dei doveri che il pubblico dipendente deve adempiere con una contestuale marcata erosione degli spazi riservati alla contrattazione collettiva.

I nuovi doveri pubblici dei dipendenti, infatti, non sono oggetto di accordo fra il datore di lavoro e le rappresentanze sindacali ma sono stabiliti unilateralmente dal Legislatore, con l'adozione del Codice generale di comportamento, e dai datori di lavoro pubblici in relazione ai rapporti di lavoro afferenti alla propria struttura amministrativa.

L'importanza assunta dall'etica pubblica nell'assetto di doveri imposti ai pubblici dipendenti si riflette, altresì, sulla normativa in materia di potere disciplinare, anch'esso esercitabile in via unilaterale dal datore di lavoro pubblico.

La ripubblicizzazione dei doveri comportamentali dei pubblici dipendenti e, dunque, la rivalorizzazione del ruolo dell'etica pubblica, nella logica della compiuta analisi, è il principale strumento adottato dal Legislatore per il contrasto alla corruzione 'soggettiva'.

Accanto ai suddetti obblighi pubblici di portata generale, si assiste anche ad una più puntuale individuazione degli strumenti anticorruzione.

Fra questi, un ruolo di particolare rilievo è assunto dalla disciplina del conflitto di interessi.

La posizione di alterità fra l'interesse pubblico e quello privato, infatti, determina già in potenza il pericolo che la successiva azione del pubblico funzionario sia esercitata secondo logiche distorsive rispetto alla funzione ad esso attribuita.

Per questa ragione il Legislatore, agendo in via cautelare, ha predisposto una disciplina volta ad impedire la stessa nascita del conflitto grazie ad un'anticipazione

della tutela tramite la previsione di ipotesi di inconfiribilità degli incarichi e di incompatibilità delle funzioni.

La tutela dell'etica pubblica, inoltre, è stata perseguita anche attraverso la configurazione di strumenti di *solidarietà verticale*, che sono stati predisposti al fine di tutelare il dipendente che segnali illeciti di cui sia venuto a conoscenza durante l'esercizio della propria funzione.

Il Legislatore, dunque, oltre che imporre specifici doveri comportamentali di natura pubblica, intende realizzare anche una *rete virtuosa* attraverso la protezione accordata ai soggetti segnalanti gli illeciti.

La disciplina cautelare in materia di conflitto di interessi e quella relativa alla tutela del segnalante sono state oggetto di indicazioni interpretative ad opera dell'A.N.A.C., che ne ha chiarito gli ambiti e le modalità di applicazione, oltre a riaffermarne la natura di strumenti anticorrottivi.

L'intervento unilaterale della P.A. nella determinazione dei doveri di comportamento dei pubblici dipendenti e nell'esercizio del potere disciplinare pone in luce, tuttavia, la necessità di ripensare la natura del rapporto di lavoro e, in particolare, quella della responsabilità disciplinare.

L'esigenza di contrastare il dilagare del fenomeno corruttivo tramite la valorizzazione dell'etica pubblica, infatti, si ritiene che abbia determinato una ripubblicizzazione del rapporto di impiego e una conseguente pubblicizzazione delle sanzioni disciplinari comminabili.

Accanto all'alveo delle obbligazioni di mezzi e di risultati gravanti sul pubblico funzionario, sono oggi riscontrabili nuovi e pregnanti obblighi di natura pubblica, ispirati ai principi di fedeltà, di disciplina e di onore.

In relazione a questi ultimi, ci si interroga sulla natura del potere disciplinare esercitato dalla P.A. in caso di loro inosservanza.

Se, infatti, i doveri di condotta del pubblico funzionario sono oggi posti a tutela di beni giuridici di rilievo pubblico, cui la corruzione attenta, la sanzione disciplinare assume una duplice funzione. Oltre alla funzione di matrice privatistica, ovvero quale conseguenza dell'inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, quella di tutela dell'ordinamento generale, già tradizionalmente rivestita dal potere punitivo penale.

Alla luce della funzione, talvolta speculare, che la sanzione disciplinare e quella penale possono assumere, si è tentato di verificare la compatibilità fra le due forme di reazione e, in particolare, ci si è interrogati sulla possibilità che, con una contestazione, tanto disciplinare che penale, per il medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto, si incorra nella violazione del principio del divieto del *ne bis idem*.

L'analisi si è poi spostata sulla seconda accezione che la corruzione può assumere, ovvero quella 'oggettiva'.

Il funzionario infedele, infatti, laddove sia chiamato ad esercitare la sua funzione attraverso l'esternalizzazione del potere pubblico, determinerà l'inquinamento del corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

Per verificare gli strumenti preventivi e punitivi adottati dal Legislatore a fronte della c.d. corruzione 'oggettiva', si è quindi analizzato il settore in cui il pericolo di distorsione della pubblica funzione è più penetrante, ovvero quello della contrattualistica pubblica, in ragione della rilevanza degli interessi in gioco e dell'appetibilità dei risultati illeciti.

Il settore dei contratti pubblici è luogo di incontro di due diverse esigenze. Da un lato, infatti, anche sulla spinta degli interventi eurounitari, deve essere riconosciuto il massimo *favor* concorrenziale, applicando strumenti di flessibilità che garantiscano un'ampia partecipazione degli operatori economici alla gara. D'altra parte, invece, l'emersione di gravi fenomeni corruttivi in ambito nazionale ha indotto il Legislatore a valorizzare un approccio prudente che, limitando fortemente la discrezionalità delle stazioni appaltanti, garantisca la legalità della procedura di evidenza pubblica, tramite l'apposizione di stringenti limiti d'accesso alle gare e un penetrante sistema di controlli.

Un ruolo di particolare rilievo è affidato all'A.N.A.C. la quale, recepite le funzioni precedentemente attribuite all'A.V.C.P., non solo è titolare di poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione, ma si è resa interprete del D.Lgs. 50/2016 con Linee Guida che spesso consegnano un'interpretazione particolarmente rigida delle disposizioni codicistiche.

Il ruolo anticorruptivo che l'A.N.A.C. assume nell'ambito della contrattualistica pubblica, dunque, si articola in differenti funzioni che sono state tratteggiate al fine di evidenziarne gli aspetti più rilevanti e, al contempo, più critici.

Partendo dai poteri attribuiti al Presidente dell'A.N.A.C., volti al commissariamento delle imprese già aggiudicatrici del contratto, l'analisi si è poi spostata sugli istituti codicistici disciplinanti le ipotesi di conflitto di interessi in sede di evidenza pubblica e i requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione alla gara.

La molteplicità di funzioni attribuite all'A.N.A.C. e la poliedricità assegnata al termine corruzione, ha reso, inoltre, necessario analizzare le forme di cooperazione previste fra l'Autorità e le altre Istituzioni che perseguono la *mission* della legalità della P.A.

Per indagare la *ratio* di queste forme di cooperazione e verificare gli eventuali aspetti critici, si sono analizzati i Protocolli di intesa sottoscritti dall'A.N.A.C. con l'Arma dei Carabinieri, con la Guardia di Finanza, con la Corte dei Conti e, ad ultimo, con la Procura generale della Corte di Cassazione.

Molteplici sono gli aspetti di interesse che questi accordi presentano, sia con riguardo alla loro natura che alla loro funzione, e quello che, più degli altri, ha presentato dei profili di criticità è l'accordo sottoscritto con la Procura generale della Corte di Cassazione che stigmatizza la duplice natura, amministrativa e penale, del fenomeno corruttivo.

Alla luce di tale considerazione, rileva, in primo luogo, la necessità di individuare una forma di cooperazione funzionale fra l'Autorità amministrativa e Autorità giudiziaria sia per quanto attiene alla trasmissione della notizia di reato che al coordinamento fra l'istruttoria amministrativa e le indagini preliminari.

A questo riguardo è stato necessario verificare quale ruolo possa essere riconosciuto all'A.N.A.C. al fine rendere il contenuto dell'accordo compatibile con la disciplina processul-penalistica.

In secondo luogo, evidenziato come tale accordo determini una sostanziale condivisione di informazioni rilevanti fra le due Autorità, ci si è interrogati sulla compatibilità di questa disciplina con il principio generale di riservatezza, particolarmente stringente in materia penale.

A tal riguardo, sono stati evidenziati gli aspetti di maggiore criticità e si è suggerito di inserire nel contenuto dell'accordo una clausola di segretezza, a tutela del buon esito delle indagini preliminari e dell'identità del soggetto indagato.

Così tratteggiati i piani di indagine, la ricerca ha, in sintesi, tentato, in primo luogo, di consegnare una panoramica della disciplina anticorruptiva vigente, tenendo in considerazione il duplice campo di osservazione, 'soggettivo' e 'oggettivo', di cui si è detto.

Tramite la suddetta analisi normativa si è, poi, cercato di porre in evidenza lo spirito che muove il Legislatore, valorizzando i mutamenti di prospettiva che si sono avuti tanto in materia di pubblico impiego che in materia di contrattualistica pubblica.

Si è, dunque, posto l'accento sulla assoluta rilevanza assunta dall'obiettivo anticorruptivo, sugli strumenti anticorruzione predisposti e sulle conseguenti funzioni attribuite all'A.N.A.C.

Infine, con uno sguardo critico, ci si è chiesti quali siano i riflessi delle riforme adottate e, in particolare, se le situazioni giuridiche soggettive dei destinatari dei suddetti assetti regolamentari risultino, ad oggi, comprese in nome dell'anticorruzione.

Parte Prima: La patologia della pubblica funzione

I. Gli strumenti di prevenzione della corruzione amministrativa.

1. L'intervento della L. 190/2012.

Il legislatore è intervenuto sulla disciplina del Pubblico Impiego con la legge Anticorruzione del 2012 che, fra l'altro, ha modificato il D.Lgs. 165/2001, così come riformato dal successivo D.Lgs. 150/2009.

La necessità che il legislatore si dotasse di una legge esplicitamente volta a contrastare il fenomeno corruttivo era particolarmente sentita già in ambito internazionale¹ laddove molteplici erano stati i segnali di allarme inviati all'Italia con riguardo tanto al dilagare del fenomeno corruttivo che alla sua diffusissima percezione da parte della collettività².

Tuttavia, la scelta di dare attuazione alle esigenze di contrasto della corruzione tramite la modificazione della disciplina del pubblico impiego appare di particolare

¹ La dimensione internazionale che ha assunto l'attenzione al fenomeno corruttivo può essere percepita prendendo in considerazione i diversi interventi, soprattutto di natura pattizia, che si sono succeduti. Fra questi: la Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale (Palermo 2000), la Convenzione sulla corruzione (Merida 2003), la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), l'Intergovernmental Working Group (ratificato in Italia nel 2009). L'ampiezza del fenomeno corruttivo aveva suscitato anche l'interesse e la reazione di istituzioni internazionali le quali, nell'ottica di armonizzare le discipline nazionali e di improntare le tecniche di contrasto alla corruzione su taluni principi comuni, hanno emanato rilevanti Convenzioni in materia quali, *inter alias*, la Convenzione penale sulla corruzione, sottoscritta a Strasburgo il 2 gennaio 1997, e la Convenzione dell'OCSE del 2003, finalizzata a garantire le condizioni di parità della concorrenza delle imprese sui mercati internazionali, ratificata in Italia ai sensi della legge 3 agosto 2009 n. 116.

Si ricorda che, anche prima dell'adozione della Convenzione in parola, l'OCSE aveva già intrapreso delle azioni volte al contrasto della corruzione tramite l'atto del 23 maggio 1997 "*Revised Recommendation on combating bribery in international business transactions*".

² Fra le graduatorie utilizzate volte ad evidenziare il livello di corruzione in un dato Paese di ricorda quella redatta dal Transparency International che, nella classifica del 2012, aveva posizionato l'Italia al 174esimo posto.

rilievo. La ragione che pare esserne alla base risiederebbe nella constatazione che il fenomeno corruttivo non possa né debba essere contrastato esclusivamente laddove acquisisca una valenza esterna, ma necessiti, invece, di una preventiva disciplina che intervenga, in primo luogo, laddove questo ha origine, ovvero all'interno dell'apparato amministrativo.

Un efficace contrasto del fenomeno corruttivo, dunque, richiede l'adozione di disposizioni, tanto precettive che di semplice *moral suasion*, applicabili già ai rapporti interni alla P.A., al fine di rafforzare i doveri etici dei pubblici funzionari e, di conseguenza, prevenirne il comportamento corrotto.

Limitare, viceversa, l'ambito operativo ai soli effetti che l'impulso corruttivo produce nei rapporti con i privati determinerebbe un intervento *ex post* avente una mera natura sanzionatoria, inidoneo a garantire il buon funzionamento della P.A..

Alla luce dei suddetti moniti³ e, in particolare, in attuazione degli impegni assunti in sede internazionale⁴, il Legislatore nazionale ha voluto approntare un sistema di contrasto del fenomeno corruttivo c.d. integrato, composto da tre ambiti di intervento, fra loro coordinati e complementari⁵.

Si è inteso, in primo luogo, costruire un sistema di prevenzione del fenomeno corruttivo attraverso l'introduzione di strumenti amministrativi volti ad arginare quest'ultimo fin dal momento in cui lo stesso è ancora in uno stadio di mera potenzialità, ovvero operando all'interno della Pubblica Amministrazione in relazione ai comportamenti esigibili dai pubblici dipendenti.

Nella medesima ottica, si è successivamente intervenuto tramite il rafforzamento del ruolo svolto dalla formazione etica del pubblico funzionario, così da investire

³ Un ruolo importante circa la valutazione e la percezione del fenomeno corruttivo è svolto dal GRECO (Groupe D'Etats contre la corruption), istituito presso il Consiglio di Europa che si riunisce periodicamente per aiutare gli Stati membri a lottare contro la corruzione assicurando che gli Stati rispettino le norme stabilite dal Consiglio al fine di contrastare il fenomeno. Il compito di vigilanza suddetto si realizza tramite un meccanismo di valutazione reciproca. Nel GRECO le valutazioni hanno ad oggetto, di volta in volta, diversi aspetti del fenomeno corruttivo.

⁴ Fra questi, in particolare, si ricordano: la Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003 e la Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999.

⁵ La tripartizione in parola pone subito in evidenza la stretta correlazione ritenuta sussistere fra il diritto amministrativo e il diritto penale.

sui presupposti di gratificazione del funzionario e non sulle sole reazioni alle distorsioni comportamentali da questo eventualmente poste in essere.

Dal punto di vista penalistico, infine, l'obiettivo anticorrittivo è stato perseguito tramite la consolidazione dell'impianto repressivo e attraverso l'introduzione di nuove fattispecie delittuose al fine di ampliare le maglie del penalmente rilevante e di consegnare uno strumentario più severo al giudice penale. Il Legislatore ha, dunque, esteso l'ambito soggettivo di punibilità anche a quei soggetti privati, parti dell'accordo corrotto, in precedenza esenti da responsabilità penale e aggravato il trattamento sanzionatorio previsto per i reati contro la P.A.

La suddetta ripartizione ricalca, così come espressamente indicato dallo stesso Legislatore, l'impostazione sistematica adottata in sede internazionale.

Difatti, anche la Convenzione dell'ONU del 2003 risulta ugualmente ripartita laddove dedica la prima parte ai meccanismi amministrativi di prevenzione e la seconda, successiva sia dal punto di vista sistematico che logico, alla disciplina dei riflessi punitivi e repressivi ⁶.

Ciò che si evince dall'approccio del Legislatore nazionale e internazionale, dunque, è la convinzione che l'intervento anticorrittivo debba necessariamente muovere dall'interno dell'apparato amministrativo nonché dai postulati etici che devono accompagnare la condotta del pubblico funzionario, per poi intervenire sul versante penalistico, tramite un intervento, dunque, 'bidirezionale'.

È, infatti, necessario intervenire dapprima sulla natura dei doveri gravanti in capo ai dipendenti della P.A., conseguentemente sulle reazioni disciplinari agli illeciti posti in essere in violazione dell'etica pubblica e, solo successivamente, sulle condotte penalmente rilevanti eventualmente poste in essere.

Tale impostazione sembrerebbe giustificata dal fatto che, nonostante non vi sia una piena coincidenza fra le disposizioni comportamentali prescritte con riguardo al pubblico impiego e le fattispecie incriminatrici scandite nel codice penale – quanto all'individuazione, ad esempio, dei beni giuridici tutelati o delle procedure di accertamento della responsabilità – una medesima condotta possa ad ogni buon conto rilevare tanto come fattispecie anti-etica e, quindi, sanzionabile alla luce della

⁶ Cfr. M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione*, B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

responsabilità disciplinare, tanto come ipotesi delittuosa penalmente rilevante, da ascrivere fra quei reati dei pubblici agenti contro la P.A. di cui al Libro II, Titolo II, Capo I del Codice penale.

Il sistema dei comportamenti contrari all'etica pubblica potrebbe, dunque, essere rappresentato come un insieme all'interno del quale è presente un altro insieme, di dimensioni inferiori corrispondente al fenomeno corruttivo penalmente rilevante.

Si intende, appunto, affermare che una condotta contraria all'etica pubblica può non perfezionare la fattispecie criminosa corruttiva laddove non comporti la lesione, né consumata né tentata, dei beni giuridici protetti dalle norme penali, ovvero l'ordine pubblico, l'ordine economico e il buon andamento della P.A.

Al contrario, la condotta costituente ipotesi delittuosa, ascrivibile nell'alveo delle fattispecie corruttive, non può non aver, allo stesso tempo, configurato una condotta contraria all'etica pubblica e passibile, dunque, in astratto, anche di tale rimprovero oltre che di quello penale⁷.

La condotta rilevante ai fini del rimprovero disciplinare sembra, dunque, poter essere intesa come un antecedente logico necessario per la concretizzazione del fenomeno corruttivo di rilievo penale.

Alla luce di questa duplice natura, si è, dunque, acquisita la convinzione secondo la quale, per potere approntare un efficace strumentario volto al contrasto del fenomeno corruttivo, sia necessario operare su due diversi piani, attraverso una politica di contrasto integrata, volta tanto al rafforzamento dei rimedi repressivi penali, che all'introduzione di strumenti di prevenzione idonei ad incidere

⁷ Unica eccezione ravvisabile rispetto a tale ricostruzione si individua nelle ipotesi di corruzione privata. L'art. 2635 c.c. è stato modificato con il D.Lgs. 38/2017, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 31.03.2017, recante "*Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*".

Le novità introdotte dal provvedimento, entrato in vigore il 15 aprile, sono la riformulazione del delitto di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c.; l'introduzione della nuova fattispecie di istigazione alla corruzione tra privati (art. 2635-bis); la previsione di pene accessorie per ambedue le fattispecie; la modifica delle sanzioni di cui al d.lgs. n. 231/2001 in tema di responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Tale fattispecie, ad un tempo, ridisegna i confini delle ipotesi corruttive ampliando le maglie delle fattispecie delittuose, e sottrae tale fattispecie dalla sua classica colorazione pubblicistica ammettendo forme di corruzione di tipo privatistico in ambito societario.

Nel caso della corruzione fra privati, dunque, è evidente che la colorazione pubblicistica viene completamente a mancare, così come l'etica pubblica cede il passo al più generale dovere di lealtà che caratterizza i rapporti di lavoro privatistici.

razionalmente e organicamente sulle occasioni ‘a monte’ del fenomeno corruttivo, nonché su quei fattori che ne favoriscono la diffusione^{8 9}.

Al fine di intervenire sulla c.d. corruzione ‘soggettiva’, ovvero sulla corruzione in fase embrionale, il Legislatore del 2012, come anticipato, è intervenuto modificando, fra le altre, la disciplina del Pubblico Impiego¹⁰.

L’intervento legislativo in parola sembra sintomatico di una specifica volontà legislativa che, come si vedrà, nel tentare una propria piena affermazione, determina altresì una modifica ontologica degli istituti sui quali interviene.

L’obiettivo anticorruzione, difatti, muovendo dalla pressante necessità di prevenire e contrastare un fenomeno – *rectius*, un sistema – assai diffuso tanto a livello nazionale che sovranazionale, non può essere perseguito con la semplice imposizione di modelli comportamentali conformi ai canoni di legalità e di legittimità ovvero adottando uno strumentario precipuamente volto a tal fine.

⁸ Cfr. R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, www.dirittopenalecontemporaneo.it

⁹ Ciò che tuttavia sfugge all’osservatore – nell’interpretazione della riforma legislativa – è quale sia lo strumento attraverso il quale individuare il momento in cui una condotta contraria ai propri doveri di ufficio assume le fattezze di una condotta costituente reato. Se, da un lato, appare evidente la volontà del Legislatore di discernere le ipotesi penalmente rilevanti da quelle che non lo so, sembrerebbe tuttavia mancare la predisposizione di appositi strumenti ermeneutici atti a tal fine.

Stante, dunque, la stretta compenetrazione fra la condotta del funzionario pubblico e i possibili risvolti penalistici della stessa, il Legislatore del 2012, ha ritenuto opportuno intervenire anche sulla normativa amministrativa disciplinante la materia.

¹⁰ Di interesse la visione proposta da C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in *Corruzione pubblica* a cura di F. PALAZZO, Firenze, 2011, spec. p.2.

Secondo l’Autore la strada intrapresa dal nostro legislatore, in linea con le tendenze di livello internazionale, “*si caratterizza perché volto a creare un’organizzazione, dei poteri e delle regole speciali, per contrastare il fenomeno corruttivo: una nuova autorità (l’Autorità nazionale anticorruzione), dei nuovi piani (il piano nazionale anticorruzione e i piani delle altre amministrazioni), dei nuovi poteri [...], delle nuove regole sulla trasparenza, sugli incarichi, sulla tutela del denunciante. È una logica che, come molti interventi dedicati al superamento di circostanze anomale, richiama quella dell’amministrazione d’emergenza*”, che l’Autore contrappone ad un modello di amministrazione ordinaria. Per una ricostruzione, anche della recente legislazione, in materia di prevenzione alla corruzione del nostro ordinamento si veda la Relazione annuale dell’Autorità Nazionale Anticorruzione 2014, Roma, 2015.

Inoltre, si rinvia a D. BOLOGNIGNO, *Per una risposta corale dell’amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l’auspicabile task force della prevenzione* (L. N. 190/12), in *Lav.Publ. Amm.*, 5, 2013.

Con riferimento al settore pubblico, in particolare, G.GALBIATI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Dir. Rel. Indus.*, 4, 2013.

O meglio, la realizzazione di tale intervento anticorrittivo non si limita a quanto suddetto ma implica anche una riqualificazione degli ambiti di intervento sui quali opera.

Sebbene già nell'impostazione della L. 190/2012, si sia dato rilievo alla differenza sussistente fra la prevenzione amministrativa e il contrasto penale, ciò non di meno l'allarme corruttivo comporta una forte mitigazione della differenza in parola, già solo alla luce della circostanza che l'intervento, per poter essere efficace, debba necessariamente essere un intervento integrato.

Il rischio corruttivo, nel senso penalistico del termine, permea con la sua forza anche il settore propriamente amministrativo, trasformando la portata degli istituti anticorruzione adottati e i relativi precipitati applicativi.

Dalle modifiche normative adottate nell'ultimo decennio, figlie dell'impianto della L. 190/2012, infatti, è possibile trarre un precipitato logico di un certo rilievo laddove ci si avveda della profonda trasformazione intervenuta.

La suddetta riflessione può prendere le mosse dal Preambolo della Convenzione ONU del 2003, a mente del quale espressamente si considera la corruzione come una minaccia alla stabilità e alla sicurezza della società, idonea a minare e l'istituzione e i valori democratici, idonea a compromettere lo sviluppo sostenibile e lo stato di diritto.

La qualificazione del fenomeno corruttivo compiuta in quella sede consegna un quadro pienamente incentrato sulla rilevanza pubblica del fenomeno e, addirittura, sulla portata etica e democratica dei valori da tutelare.

La necessità di salvaguardare lo stato di diritto, i valori democratici e l'istituzione apre lo scenario del contrasto della corruzione ad una prospettiva prettamente pubblica che inevitabilmente contamina i settori sui quali tale disciplina interviene, mutandone il dato ontologico.

La stessa Convenzione ONU, a rafforzare maggiormente la percezione pubblica del fenomeno e la conseguente qualifica pubblica delle reazioni a tutela, si apre con una vistosa sottolineatura della caratura pubblica dei soggetti destinatari, ad ultimo, della disciplina anticorruzione, ovvero i 'pubblici funzionari'.

E il carattere pubblico della qualifica non è solo marginale ma ispira l'intera Convenzione e ne anima i contenuti.

V'è di più, la reazione 'integrata' anticorruptiva che, come visto, prevede tanto una fase di prevenzione che una fase di vero e proprio contrasto, fonda l'intera fase cautelare proprio sull'intervento da compiere all'interno della P.A. sui soggetti alle dipendenze pubbliche.

La disciplina preventiva è possibile e deve essere applicata proprio partendo dal postulato etico e comportamentale che i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni devono riscoprire e valorizzare.

Muovendo, dunque, dalle definizioni e, in particolare, da quella di pubblico ufficiale, passando per i doveri che agli stessi debbono essere imposti in funzione anticorruptiva, la percezione internazionale ritiene necessaria l'istituzione, da parte di ciascuno Stato aderente, di un organo autonomo dall'esecutivo, *“al riparo da ogni indebita influenza.”*¹¹

Condividendo le premesse metodologiche e in attuazione della suddetta Convenzione, il Legislatore nazionale ha fatto proprio l'interno anticorruptivo, scandendo i relativi obiettivi già all'art.1 della L. 190/2012 che, rubricato *“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*, nel primo comma prevede, che: *“In attuazione dell'art. 6 della convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009 n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012 n. 110, la presente legge individua, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.”*

¹¹ Art. 6 Convenzione ONU contro la Corruzione 2003.

1.1. Le attribuzioni dell'A.N.A.C.

In risposta alle molteplici istanze di intervento e, come detto, in attuazione dell'art. 6 della Convenzione dell'ONU contro la corruzione¹², il Legislatore nazionale, con la legge n. 190/2012, la c.d. legge anticorruzione, ha istituito, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, l'attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione.

La necessità di intervenire con un sistema di monitoraggio dell'attività amministrativa, idoneo ad assicurare la legalità della P.A. e a contrastare il fenomeno corruttivo, ha condotto all'istituzione dell'A.N.A.C. e all'attribuzione delle suddette funzioni ad un soggetto specifico, già deputato alla vigilanza dell'andamento della Pubblica Amministrazione, ovvero la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, istituita dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, e rinominata con la L. 125/2013, "Autorità nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche."

La Commissione in parola era deputata a svolgere la propria funzione in collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato.

I compiti affidati alla nascente Autorità erano molteplici.

Fra questi, si ricordano, in particolare, quello di adottare il Piano nazionale anticorruzione, analizzare le cause e i fattori della corruzione e individuare gli

¹² Particolarmente significativo appare il Preambolo della Convenzione in parola, a mente del quale, fra l'altro: "Gli Stati Parte alla presente Convenzione, preoccupati dalla gravità dei problemi posti dalla corruzione e dalla minaccia che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni ed i valori democratici, i valori etici e la giustizia e compromettendo lo sviluppo sostenibile e lo stato di diritto, preoccupati anche dai nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica, compreso il riciclaggio di denaro, preoccupati inoltre dai casi di corruzione relativi a considerevoli quantità di beni, i quali possono rappresentare una parte sostanziale delle risorse degli Stati, e che minacciano la stabilità politica e lo sviluppo sostenibile di tali Stati, convinti che la corruzione non sia più una questione locale ma un fenomeno transnazionale che colpisce tutte le società e tutte le economie, ciò che rende la cooperazione internazionale essenziale per prevenire e stroncare tale corruzione, convinti anche che un approccio globale e multidisciplinare sia necessario per prevenire e combattere efficacemente la corruzione (...)".

interventi che ne possano favorire la prevenzione e il contrasto; di esprimere parere obbligatorio sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico; di esercitare la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure di contrasto alla corruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa.

La stessa, inoltre, poteva esercitare poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni e ordinare l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani anticorruzione, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza.

La circostanza che la funzione anticorruzione fossero attribuite ad un organismo volto proprio a monitorare il corretto svolgimento del pubblico impiego rafforza la convinzione che l'intenzione legislativa fosse proprio quella di intervenire sui rapporti interni alla P.A. dove il fenomeno corruttivo si annidava e *in nuce* si manifestava, al fine di stroncarlo sul nascere.

Con particolare riferimento al settore della contrattualistica pubblica, inoltre, particolare rilievo assume il decreto legge n. 90/2014, con il quale le competenze attribuite alla A.N.A.C. sono state ulteriormente ampliate.

Con l'art. 19 del decreto legge n. 90/2014¹³, infatti, è stata soppressa l'A.V.C.P. e le sue funzioni, relative al controllo e alla vigilanza in materia di contratti pubblici, sono state devolute all'Autorità Nazionale Anticorruzione per la valutazione e la trasparenza, la quale è stata rinominata, ai sensi del secondo comma del suddetto art. 19, Autorità Nazionale Anticorruzione ed espressamente qualificata, per mezzo dell'art. 22, come Autorità Amministrative Indipendenti.

Tale trasferimento di competenze ha comportato, tuttavia, non solo l'incremento delle funzioni ma la contestuale ridefinizione della missione istituzionale affidata all'A.N.A.C.

¹³ Convertita con modificazione nella 11 agosto 2014 n. 114 denominata “*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*”.

Quest'ultima, infatti, da garante dei principi di buona amministrazione in relazione agli apparati burocratici – quindi con funzioni prettamente interne – ha visto esteso il suo margine di intervento anche a quelle funzionalità della P.A. che implicano l'esternalizzazione della sua potestà, ovvero la contrattualistica pubblica.

Dunque, oltre alle competenze già elencate, l'A.N.A.C. ha assunto un ruolo centrale di vigilanza tanto nel settore dei contratti e degli appalti pubblici che in quello delle amministrazioni pubbliche, delle società partecipate e controllate e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente si ritenga a rischio di fenomeni corruttivi.

L'A.N.A.C., dunque, ha acquisito una veste multiforme, in cui le attribuzioni e le competenze ad essa spettanti non sono agevolmente riconducibili ad un particolare ambito, lambendo, a ben vedere, una pluralità di settori a condizione che in questi fosse ravvisabile un interesse pubblico e un potenziale pericolo di lesione del buon andamento della P.A.

Volendo, dunque schematizzare le funzioni dell'A.N.A.C. a seguito della soppressione dell'A.V.C.P. si può dire che questa abbia funzioni di garanzia, funzioni di regolazione e potere d'ordine¹⁴ ovvero, per seguire una diversa nomenclatura, potere di regolazione, potere di vigilanza e potere sanzionatorio.

Per quanto attiene ai compiti relativi agli apparati amministrativi, l'A.N.A.C. svolge attività di vigilanza con riguardo al corretto funzionamento degli apparati amministrativi e alla corretta adozione degli strumenti preposti alla prevenzione dei fenomeni corruttivi, all'idonea applicazione della disciplina sulla trasparenza nonché di quella relativa all'inconferibilità e incandidabilità; in materia di contratti pubblici, invece, ha acquisito tutte le competenze previamente spettanti all'A.V.C.P. Avendo riguardo all'ambito oggettivo, la vigilanza viene esercitata con riferimento ai contratti, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e nei settori speciali¹⁵.

¹⁴ G. PIPERATA, *Corruzione e contratti pubblici alla luce dell'aggiornamento del PNA 2015*, relazione al convegno "La prevenzione della corruzione alla luce dell'aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione", Bologna, 2016.

¹⁵ Gli obiettivi della funzione in parola sono quelli di garantire l'osservanza dei principi di trasparenza e di correttezza nelle procedure di scelta del contraente, di tutelare le piccole e medie imprese attraverso un'adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali, di assicurare

A ben vedere, la riforma ha tracciato nuove linee direttrici della materia, al fine di disegnare un nuovo impianto in tema di politica della prevenzione della corruzione e di trasparenza della Pubblica Amministrazione.

L'obiettivo era quello di superare l'approccio della L. 190/2012, che aveva istituito un apparato bicefalo fra l'organo deputato al controllo sui contratti pubblici e, viceversa, quello incaricato di vigilare in materia di trasparenza¹⁶, e che aveva dato luogo a delle storture derivanti dall'intervento congiunto ma non coordinato delle suddette attività in un medesimo settore.

L'A.N.A.C., dunque, è un organo che non rappresenta solo la sommatoria delle funzioni prima attribuite alla C.I.V.I.T. e all'A.V.C.P., ma ha anche funzioni nuove, ex l. n. 90/2014, che consentono di renderla un'Autorità volta a sanare la frattura fra le istanze sovranazionali e quelle nazionali, così come fra quelle proprie della strategia nazionale di prevenzione e coordinamento della sua attuazione e quelle di controllo e vigilanza sull'effettiva applicazione ed efficacia delle misure adottate dalle amministrazioni ¹⁷.

un'efficiente ed economica esecuzione dei contratti, nonché di verificare il rispetto delle procedure di gara.

Alla medesima Autorità sono state poi riconosciute anche importanti funzioni di segnalazione, esercitate attraverso l'attribuzione alla stessa della competenza a segnalare l'esistenza di situazioni in cui fossero stati riscontrati fenomeni di grave inosservanza o di distorta applicazione della normativa in materia di contratti pubblici al Governo e al Parlamento tramite apposita relazione annuale.

Proprio in relazione a tali evidenze, all'Autorità è stato attribuito anche il compito di proporre al Governo le modifiche necessarie alla legislazione in tema di contratti pubblici.

Con particolare riferimento, poi, alle procedure non concorsuali, alla pubblicità degli atti, alle ipotesi di sospensione delle esecuzioni o all'approvazione di varianti, così come in relazione all'inadempimento contrattuale o all'insorgenza di contenziosi sugli appalti pubblici, l'A.N.A.C. è stato affidato il compito di relazionare al Governo.

Inoltre, alla suddetta Autorità sono stati attribuiti anche poteri sanzionatori e ispettivi, per i quali alla stessa è consentito di avvalersi dell'ausilio esecutivo e investigativo della Guardia di Finanza.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 19, l'Autorità è abilitata a ricevere notizie e segnalazioni di illeciti o di violazioni di legge, di irregolarità procedurali relative ai contratti pubblici. Nel caso in cui, alla luce di tali segnalazioni, emergano profili aventi una rilevanza penale delle condotte contestate, l'Autorità dovrà segnalare le suddette condotte all'Autorità giudiziaria.

¹⁶ Venivano, difatti, distinte le funzioni attribuite alla C.I.V.I.T. da quelle proprie del Dipartimento della Funzione pubblica.

¹⁷ Venendo, in particolare, alla disciplina dell'A.N.A.C. così come definita a seguito della legge delega del 2014, appare opportuno analizzare brevemente le disposizioni di particolare interesse.

In primo luogo, si richiama l'art. 19 che, come visto, prevede la soppressione dell'A.V.C.P. e la conseguente istituzione dell'A.N.A.C. Al fine di rendere effettivo il trasferimento di funzioni dalla vecchia alla nuova Autorità è, tuttavia, necessario che si stabilisca un piano di riordino strutturale volto, fra l'altro, anche alla razionalizzazione della spesa.

La configurazione dell'A.N.A.C., così come risultante dalle attribuzioni a suo favore effettuate in termini di competenza, porta con sé una riflessione sulla portata del fenomeno corruttivo, così come inteso dagli osservatori nazionali e internazionali, e un'ulteriore riflessioni in ordine alle conseguenze che una politica di contrasto della corruzione.

Come si avrà modo di osservare nell'analisi che segue in relazione ai singoli istituti preposti al contrasto della corruzione, la prima percezione che si ha è che il sistema della corruzione abbia una nettissima dimensione pubblica.

La caratteristica 'pubblica' del fenomeno potrebbe, a prima vista, apparire scontata.

In particolare, potrebbe ritenersi per sua stessa natura pubblica in quanto ispirata alla disciplina penale incentrata sulla qualifica di pubblico ufficiale del soggetto autore della condotta di corruzione.

A tale fine, stante l'evidente complessità della struttura, l'A.N.A.C. ha emanato il 26 giugno 2014 la delibera n. 102 con la quale espressamente stabilisce che le linee da seguire e gli obiettivi da raggiungere nell'opera di riorganizzazione e fusione delle due strutture.

Si è previsto, a tal fine, che, con l'adozione del Piano Nazionale Anticorruzione, si indicassero le modalità di trasferimento delle risorse umane, de mezzi e di capitali da un'Autorità.

La riorganizzazione della struttura amministrativa era ben complessa perché, oltre alle riduzioni di spesa sopracitate, era necessaria una procedura di revisione, soprattutto funzionale, che consentisse un'effettiva compatibilità fra le funzioni della C.I.V.I.T. e quelle dell'A.N.A.C.

Il comma 5 dell'art. 19, devolvendo all'Autorità le funzioni prima spettanti al Dipartimento della funzione pubblica in materia di trasparenza, attribuisce, inoltre, alla stessa il compito di garantire e tutelare la trasparenza nelle Amministrazioni e nell'attività amministrativa da queste posta in essere.

La necessità di tutelare il principio di trasparenza attraverso dei precisi obblighi in capo alle PP.AA. nonché l'affidamento della vigilanza rispetto a tali obblighi dall'Autorità anticorruzione evidenzia l'importanza assegnata dal legislatore allo strumento in parola, al fine di contrastare e prevenire al meglio i fenomeni corruttivi.

Con particolare riferimento, dunque, alle funzioni volte alla promozione della trasparenza, l'art. 19 comma 15 attribuisce all'A.N.A.C. i poteri di cui all'art. 48 del D.Lgs. 33/2013, stabilendo che essa *“definisce criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, nonché relativamente all'organizzazione relativamente all'organizzazione della sezione Amministrazione trasparente”*.

La seconda disposizione che viene in rilievo è quella dell'art. 22 che espressamente inserisce l'ANAC fra le Autorità indipendenti.

Nonostante le indubbie peculiarità che hanno portato parte della dottrina a dubitare della possibile riconduzione dell'A.N.A.C. nell'alveo delle autorità indipendenti, la sua classificazione come tale le consente, ad oggi, di collaborare e interloquire con tutte le organizzazioni internazionali di lotta alla corruzione nonché con le Autorità amministrative di altri Paesi che, attraverso l'elaborazione di soluzioni organizzative diversificate, si occupano di prevenzione della corruzione.

Questa apparente placida analogia, tuttavia, è da mettere in discussione valorizzando proprio la differenza che deve necessariamente sussistere fra corruzione amministrativa e corruzione penale.

Se così non fosse la stessa distinzione perderebbe di senso.

L'accento che, invece, si vuole dare proprio alla corruzione amministrativa necessita un'indagine circa gli elementi indefettibili per la sua configurazione.

Fra questi, così come già indicato in sede internazionale e come recepito in sede nazionale, il principale, quello dal quale prendere le mosse per strutturare il sistema di prevenzione della corruzione, è proprio la qualifica pubblica del soggetto cui la disciplina si rivolge.

Questo dato, che potrebbe apparire scontato, deve invece essere il punto di partenza del ragionamento che segue in ordine alla corruzione soggettiva, punto di partenza che può condurre a risultati diversi rispetto alla nostra ordinaria percezione degli assetti amministrativi.

2. Il ruolo della trasparenza: il D.Lgs. 33/2013, il FOIA e le successive modifiche.

La trasparenza¹⁸ può essere intesa come uno strumento oggettivo di contrasto alla corruzione e costituisce un presupposto per l'attivazione di una forma di controllo diffusa e generalizzata dei cittadini sull'operato della P.A., che può comportare l'emersione tanto della corruzione che di una più generalizzata *maladministration*¹⁹.

Se, infatti, gran parte degli strumenti preventivi anticorruzione si rivolgono a determinati soggetti e attengono a specifiche qualifiche personali, quello della

¹⁸ Sulla nozione di trasparenza si rinvia allo studio di F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; in particolare, sull'evoluzione dei rapporti tra potere pubblico e segreto nel diritto amministrativo si veda G. CORSO, *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁹ Nel senso specificato da S.CASSESE, *Maladministration*, in *Foro.it*, 1992.

trasparenza è uno strumento prettamente oggettivo che, fungendo da veicolo verso l'esterno, si applica alla struttura amministrativa nel suo complesso, all'apparato interamente inteso.

Le finalità della trasparenza, dunque, secondo parte degli osservatori²⁰, sono essenzialmente due: consentire al cittadino una verifica sulla funzionalità della P.A. e far emergere situazioni di cattiva amministrazione al fine di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa.

L'affermazione del principio di trasparenza come diretto corollario del principio di legalità, di imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., è stato oggetto di una lunga evoluzione storica e teorica i cui ultimi approdi giungono fino ai giorni d'oggi²¹.

Con l'evoluzione teorica e giurisprudenziale²² in merito alle posizioni giuridiche soggettive in capo al privato, il concetto di *accountability*, ovvero il dover della P.A. di dar conto del proprio operato ai cittadini, è diventato un vero e proprio diritto.

Com'è noto, la cristallizzazione del diritto alla conoscibilità dell'operato della P.A. è intervenuta già con la legge 241/1990, i cui artt. 22 e ss. riconoscono al cittadino, titolare di un interesse qualificato, uno specifico strumento di azione ovvero l'accesso agli atti^{23 24}.

²⁰ F. MERLONI, B. PONTI, *La trasparenza*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, L. VANDELLI E F. MERLONI (a cura di), Astrid, 2013.

²¹ Difatti, per lungo tempo, si era ritenuto che lo Stato, nella sua veste autocratica, non dovesse dar conto delle informazioni in suo possesso né delle motivazioni del suo agire e che, viceversa, gli *arcana imperii*, esplicazione del diritto di segretezza, fossero una congrua trasposizione della supremazia statale. G. MIGLIO, *Genesi e trasformazione del termine-concetto di Stato*, Milano, 1981.

²² La giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato, già a partire dagli anni 80, aveva riconosciuto, in applicazione del principio del giusto procedimento, il diritto del privato ad ottenere la visione e a estrarre copia degli atti riguardanti un proprio procedimento, affermando di un "*diritto di accesso di qualsiasi cittadino agli atti della amministrazione dello Stato*". Così: Cons. Stato, Ad. Plen., 10 giugno 1980, n. 22, in Foro It., 1980, 3.

²³ Sull'evoluzione del concetto di segreto a quello di riservatezza e sull'istituto dell'accesso agli atti si veda: G. ARENA, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991.

²⁴ Sull'esercizio del potere di accesso si rinvia a: M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996.

La suddetta previsione legislativa, nel riconoscere il diritto di accesso a determinati atti amministrativi ha, in parte, reso coercibile il principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

La trasparenza così realizzata viene qualificata come 'trasparenza reattiva', ad indicare la reazione che la P.A. pone in essere in ragione dell'istanza avanzata dal privato^{25 26}.

Sulla base di importanti spinte sovranazionali²⁷, si è affermata, tuttavia, tanto globalmente che nazionalmente, una diversa concezione della 'trasparenza reattiva', fondata sul valore intrinseco della stessa e tradotta in termini di pubblicità, ovvero quale diritto dei cittadini di prendere visione delle determinazioni amministrative rispetto alle quali la legge impone un onere di pubblicazione senza la necessaria sussistenza in capo al privato di un interesse qualificato.

La funzione della trasparenza, per lungo tempo intesa come principio regolante i rapporti bilaterali fra soggetto privato e Pubblica Amministrazione, è, difatti, mutata con l'emersione dei *Freedom of Information Act* (FOIA). Quest'ultimi, propri del mondo anglosassone e diffusi all'inizio del XXI secolo, connotano la trasparenza come strumento volto a garantire il diritto a conoscere in funzione democratica²⁸.

²⁵ M. Savino, *The right to Open Public Administration in Europe*, Paris, OECD, 2011.

²⁶ Si è sostenuto che sussistano due diverse forme di 'trasparenza reattiva', distinte in ragione del valore, strumentale o intrinseco, assunto dalla trasparenza.

Nel caso dell'accesso procedimentale, disciplinato dalla L. 241/1990, la 'trasparenza reattiva' assume valore strumentale nel senso che l'accesso ai documenti è garantito esclusivamente ai soggetti interessati che lo richiedono in funzione della partecipazione a uno specifico procedimento e della eventuale impugnazione del provvedimento finale.

Il legislatore nazionale, infatti, pur riconoscendo al privato un diritto di accesso ai documenti amministrativi, aveva conservato in capo alla P.A. un margine discrezionale riconoscendo solo al privato titolare di un interesse diretto, concreto e attuale – così ritenuto dall'Amministrazione destinataria dell'istanza – la possibilità di avanzare istanza di accesso agli atti.

²⁷ Fra gli strumenti convenzionali adottati in sede internazionale si richiama la *Convention on Access to Official documents*, adottata dal Consiglio d'Europa il 27 novembre 2008. Con la richiamata convenzione si afferma, per la prima volta in maniera univoca, "the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by authorities" (art. 2, pg. 1) e si stabiliscono degli standard minimi in materia di accesso che gli Stati aderenti devono garantire.

²⁸ A. ROBERTS, *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age*, Cambridge MA, Cambridge University Press, 2006. Ciò implica il venir meno delle restrizioni in termini sia oggettivi sia soggettivi tipici dell'accesso procedimentale: fatto salvo il rispetto di alcuni limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, viene riconosciuto il diritto di accesso generalizzato all'intero

Si assiste, in questo modo, al passaggio dalla trasparenza ‘reattiva estrinseca’ o ‘strumentale’ alla trasparenza ‘reattiva intrinseca’ che determina l’emersione di una regola di condotta interna alla P.A., che prescinde dalla sollecitazione del privato.

L’affermazione della suddetta regola di condotta, oltre che essere espressione della democraticità del potere, svolge anche la funzione di strumento di prevenzione della distorsione del potere stesso, secondo il consolidato assunto che un potere controllato è un potere meno soggetto a malfunzionamenti.

Il *favor* internazionale per la forma di trasparenza ‘reattiva intrinseca’, difatti, si coglie anche nella Convenzione dell’ONU del 2003 che, all’art. 9, nel definire la trasparenza quale strumento di particolare importanza nella prevenzione della corruzione, ha disposto che gli Stati adottino delle particolari misure che garantiscano la trasparenza con particolare riguardo agli appalti pubblici.

La suddetta Convenzione, inoltre, ha espresso il suo orientamento anche sulla trasparenza ‘reattiva estrinseca’, all’art. 10, invitando gli Stati aderenti alla diffusione di misure che *“permettano agli utenti di ottenere, se del caso, informazioni sull’organizzazione, il funzionamento e i processi decisionali della pubblica amministrazione”*²⁹.

Come detto, dunque, la trasparenza ‘reattiva intrinseca’ viene a configurarsi come concetto equivalente a quello di ‘pubblicità’, ovvero un diritto da riconoscere in capo alla generalità dei cittadini sulla scorta dei doveri gravanti sulla P.A.

La conoscibilità degli atti e delle informazioni in possesso della P.A. consente, ad un tempo, di prevenire le distorsioni all’interno della P.A. e di compiere una

universo delle informazioni detenute dalle Pubbliche Amministrazioni, prescindendo dalla sussistenza di un interesse qualificato rispetto a uno specifico procedimento.

²⁹ M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in Enc. Diritto Aggiornamento IV, Milano, 2004. In questo senso si coglie la differenza con il diritto di accesso così come inteso a livello nazionale. L’accesso agli atti e ai documenti della P.A., infatti, non sembra essere qualificabile come una forma di controllo sull’operato della P.A. bensì *“costituisce in primo luogo una forma di garanzia riconosciuta a titolo particolare a tali soggetti, al fine di porli in grado, attraverso una più completa rappresentazione della situazione di fatto e di diritto che più direttamente loro interessa, di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive - che l’ordinamento attribuisce loro a tutela di tale posizione”*, comportando, solo come effetto indiretto, un condizionamento della P.A. a agire in maniera imparziale.

verifica a posteriori sull'attività dei pubblici poteri, ovvero un controllo diffuso circa il rispetto dei principi di imparzialità e il buon andamento³⁰.

In molti contesti sovranazionali, inoltre, l'obiettivo della trasparenza, sulla scorta del principio di trasparenza 'reattiva intrinseca', è stato perseguito configurando particolari forme di 'trasparenza proattiva', rese possibile grazie all'implementazione delle politiche di *open government*³¹.

In questo senso, l'obiettivo degli Esecutivi è stato quello di proporre una politica di 'pubblicità' volta a garantire una definizione minima di trasparenza con il fine di concretizzare il modello della 'casa di vetro' dell'apparato pubblico. L'*open government*, tuttavia, non persegue il fine proprio dell'*accountability*, ovvero di rendere possibile il controllo diffuso delle scelte pubbliche, quanto, piuttosto, impronta la sua funzionalità alla mera conoscibilità, senza preludere al necessario controllo e sindacabilità delle decisioni pubbliche.³²

In Italia, tardando il recepimento del modello FOIA, è stato inaugurato, con il Codice delle Amministrazioni digitali, D.Lgs. 82/2005, il modello dell'*open government*.³³

³⁰ Sulla concezione della pubblicità quale strumento di certezza pubblica si veda M. S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in Enc. Dir., VI, Milano, Giuffrè, 1960.

³¹ S. PIOTROWSKI, *The "Open Government Reform" Movement*, in *American Review of Public Administration*, vol. 47, n. 2, 2017.

³² G. COGLIANESE, *The Transparency President? The Obama Administration and Open Government*, in *Governance*, vol. 22, n. 4, 2009; M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza e la loro codificazione (art. 1 commi 15-16 e 26-36)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, B.G. MATTARELLA E M. PELLISERO (a cura di), Giappichelli, 2013. L'autore evidenzia che, come affermato dai sostenitori della *proactive transparency*, la pubblicità degli atti è la formula che massimizza l'interesse dei cittadini alla conoscenza con quello della P.A. a risparmiare le risorse che, altrimenti, sarebbero state impiegate nella lavorazione delle istanze di accesso.

³³ La scelta dell'internalizzazione di questo modello, tuttavia, non si pone, come visto, nel solco di una volontà di ampliare l'ambito oggettivo di informazioni accessibili ma ha come obiettivo primario quello di modificare le modalità di accesso, fermi restando i limiti soggettivi e oggettivi già cristallizzati nella concezione strumentale della 'trasparenza'. Questa forma di trasparenza viene, tuttavia, denominata 'proattiva' perché è definita da una spontanea intenzione legislativa che prescinde dalla corrispettività di un interesse dei destinatari dell'azione. Tale connotazione consente proprio di cogliere la differenza fra le due forme di trasparenza in parola. Se, infatti, si parla di trasparenza 'proattiva' quando lo stimolo all'applicazione di strumenti di trasparenza proviene dalla stessa Amministrazione e si atteggia, fondamentalmente, come modifica in merito alle modalità di esternazione delle informazioni; la trasparenza si dice 'reattiva' quando risponde ad esigenze, tanto procedurali che sostanziali del singolo o della collettività destinataria dell'azione e, dunque, le modifiche in questo senso si pongono nell'ottica di un ampliamento contenutistico e personalistico che prevede la rimozione di vincoli soggettivi o oggettivi. Il CAD, Codice dell'Amministrazione

I modelli di *accountability* di cui il legislatore, alla vigilia della L. 190/2012, disponeva era dunque due.

Da un lato quello di trasparenza ‘reattiva’ funzionale, di cui agli artt. 22 e ss. L. 241/1990, con le limitazioni di cui si è detto; dall’altro quello della ‘trasparenza proattiva’ introdotto con il Codice dell’Amministrazione digitale.

Ciò che mancava era, a ben vedere, il recepimento del FOIA ovvero di uno strumento di ‘trasparenza reattiva intrinseca’³⁴.

L’importanza di dotare l’ordinamento nazionale e di arricchire lo strumentario dei cittadini con la previsione di una possibilità generalizzata di conoscenza degli atti, fondata sul principio di pubblicità, tuttavia, oltre che essere in una qualche misura imposta, come visto, dalle esperienze transnazionali, si rendeva altresì necessaria per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi.

La pubblicità degli atti e delle informazioni possedute dalla P.A., consentendo un controllo sull’operato di quest’ultima, costituiva, infatti, un importante strumento deterrente e, dunque, anche preventivo per il contrasto del fenomeno corruttivo.

L’importanza attribuita alla trasparenza e agli strumenti che di questa sono esplicitazione nella lotta alla corruzione emerge dalla L. 190/2012, all’art. 1, commi 15 e 16 e 26 e ss.³⁵.

La normativa nazionale anticorruzione muta l’angolo prospettico dal quale la materia della trasparenza era stata sino a quel momento analizzata in ambito nazionale, da un lato, ampliando l’ambito oggettivo del diritto di informazione e, di conseguenza, gli obblighi della P.A. in relazione all’attuazione del principio di

Digitale, veniva emanato a seguito della delega al Governo contenuta all'[articolo 10 della legge 29 luglio 2003, n. 229](#) (Legge di semplificazione 2001). Entrato in vigore il 1 gennaio 2006 ha lo scopo di assicurare la fruibilità digitale delle informazioni in possesso della P.A. da parte dei cittadini. Con il suddetto codice è stata anche disciplinato l’utilizzo della firma digitale e dei documenti informatici nello scambio di informazioni e determinazioni con i privati. Il CAD è stato oggetto di numerosi interventi di modifica.

³⁴ Sulla necessità di distinguere, con riguardo al diritto comunitario di accesso, il profilo collegato al principio di trasparenza e di democrazia, da una parte, e quello che rappresenta la proiezione del diritto di difesa, dall’altra parte, cfr. R. GAROFOLI, *Profili comunitari del diritto di accesso*, Riv.it.dir.pubbl.com., 1998.

³⁵ F. FAINI, *Legge anticorruzione: analisi della legge n.190/2012*, in *altalex.it*

trasparenza e, dall'altro, prescindendo dalla qualificazione dell'interesse del privato.

Il mutamento di prospettiva, infatti, è dettato dalla constatazione che la trasparenza e la conoscenza di determinati atti trovano un ambito di applicazione distinto.

Se, infatti, la conoscenza di taluni atti – obiettivo cui è volto l'esercizio del diritto di accesso – è essenzialmente giustificato dalla necessità di partecipazione endoprocedimentale del destinatario dell'atto e dei controinteressati con evidenti risvolti in ordine all'esercizio del diritto di difesa; la pubblicazione dei documenti incardina una finalità ben distante.

In quest'ultimo caso, infatti, non è l'interesse del singolo ad acquistare una determinata rilevanza ma l'interesse della collettività nel suo complesso, che ha diritto ad essere resa edotta dei processi decisionali della P.A.

La peculiarità di questo mutamento di prospettiva è che viene riconosciuto, di fatto, come interesse generalizzato e collettivo quello al buon andamento e all'imparzialità della P.A., rispetto al quale il diritto alla pubblicità dei documenti rappresenta la forma più idonea di soddisfacimento.

Per quanto attiene all'ambito soggettivo di applicazione, la nuova disciplina si rivolge a tutte le Amministrazioni indicate nell'art. 1, comma 2 del D.Lgs. 165/2001, ivi inclusi gli enti pubblici nazionali e le società partecipate *“limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione Europea”* (Art. 1, comma 34).

La finalità della trasparenza è chiara in quanto la stessa integra *“l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione.”* (Art. 1 comma 36)³⁶.

La legge anti corruzione individua, poi, nuovi e precisi obblighi di pubblicazione in capo alle Amministrazioni.

³⁶ In merito all'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni si ricorda che questa, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m Cost., è materia di competenza esclusiva dello Stato, di talché le Regioni possono disciplinare autonomamente la materia solo al fine di accrescere il grado di trasparenza individuato dal legislatore nazionale ovvero prevedere ulteriori oneri di pubblicazione.

In primo luogo, ai sensi del comma 15, è previsto che le PP.AA. pubblichino sui propri siti istituzionali i bilanci, i conti consuntivi e “*i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini*”.

In questo modo, dunque, il legislatore punta ad accrescere l'*accountability* finanziaria delle amministrazioni implementando il meccanismo di trasparenza dei processi finanziari e di evidenza pubblica.

Il secondo obbligo di pubblicazione attiene, in particolare, alla c.d. *customer satisfaction* e riguarda l'obbligo di pubblicare le indicazioni necessarie a verificare il rispetto dei termini procedurali così da consentire una “tempestiva eliminazione delle anomalie”.

Attraverso la pubblicazione dei termini attesi di conclusione dei singoli procedimenti, dunque, sarà più agevole il monitoraggio dei risultati e la stessa P.A. sarà incentivata a migliorare la propria prestazione in termini di efficienza e celerità³⁷.

Infine, il terzo obbligo, concerne i provvedimenti di cui al comma 16, ovvero quelli riguardanti le autorizzazioni e le concessioni, la scelta del contraente nella procedura di evidenza pubblica, le attribuzioni di vantaggi economici a enti pubblici o privati, i concorsi e le prove selettive per l'assunzione del personale o per l'avanzamento di carriera. È chiaro che lo specifico riferimento a queste aree è espressamente volto ad evidenziare la finalità anti corruttiva dell'obbligo di pubblicazione, posto che interviene proprio in quei settori che, alla luce delle valutazioni compiute e delle analisi di rischio effettuate – riprese poi anche nel Piano nazionale anticorruzione – risultano essere i settori maggiormente vulnerabili.

Dunque, in attuazione della L. 190/2012 e al fine di dare una più compiuta attuazione del principio di trasparenza di cui all'art. 1 della L. 241/1990 e delle indicazioni fornite con la L. 190/2012, è stato emanato il D.Lgs. 33/2013 che, nell'ottica di riordinare ed integrare le disposizioni concernenti gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni, definisce la trasparenza

³⁷ Si è osservato che tale obbligo, più che muoversi nel senso del rafforzamento degli strumenti anticorrittivi, sulla scorta dell'applicazione del principio di imparzialità, è piuttosto volta ad implementare il generale buon andamento dell'attività amministrativa. In questo senso: M. SAVINO, op. cit.

come: “*accessibilità totale delle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni*” (art. 1, comma 1).

La finalità della suddetta normativa è quella, infatti, di garantire un più pregnante e diffuso controllo sullo svolgimento delle attività della P.A. al fine di rafforzare i principi costituzionali di democrazia, di eguaglianza, di imparzialità, di buon andamento, di integrità e lealtà nel servizio della Nazione.³⁸

Infine, in attuazione della L. 124/2015, è stato adottato nel nostro ordinamento – così da recepire definitivamente il modello FOIA di cui si è detto – il D.Lgs. 97/2016, che ha determinato il definitivo accoglimento nel nostro ordinamento del principio della ‘trasparenza reattiva intrinseca’.

Tale normativa ha modificato in parte il D.Lgs. 33/2013 e, in parte, le applicazioni discendenti dalla L. 190/2012 puntando, dunque, in misura congiunta, da un lato ad estendere l’accesso ai documenti quale forme di efficientamento e di buon andamento della P.A. e, d’altro canto, a rivedere la disciplina della trasparenza nell’ottica della corruzione al fine di migliorare gli strumenti già previsti e adottati nei PTPC.

Nell’ottica di ampliamento della disciplina della pubblicità, infatti, viene ridefinito e ampliato l’ambito oggettivo di applicazione, ai sensi dell’art. 2, stabilendo che non più limitato alla sola individuazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza delle Pubbliche Amministrazioni, ma volto ad assicurare la libertà di accesso (c.d. accesso civico), da parte di chiunque ai dati e documenti detenuti dalle P.A. nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati. Si prevede una nuova forma di accesso civico (art. 6), con estensione della titolarità ad effettuare l’accesso.

Si prevede la soppressione dell’obbligo, per le Pubbliche Amministrazioni, di redigere il Programma triennale per la trasparenza e l’integrità (PTTI), demandando a ciascuna P.A. il compito di indicare, in un’apposita sezione del Piano triennale per la prevenzione della corruzione (PTPC), i responsabili della trasmissione e della pubblicazione dei documenti, delle informazioni e dei dati.

³⁸ G. ROSSI, *Principi del diritto amministrativo*, II ed., Giappichelli, 2015.

Si amplia il novero dei dati di carattere normativo e amministrativo generale oggetto di pubblicazione obbligatoria alle misure integrative della prevenzione, ai documenti di programmazione strategico-gestionale e agli atti degli Organismi Indipendenti di Valutazione.

In conseguenza della soppressione dell'obbligo di redazione del PTTI, viene modificato anche l'art. 43 del D. Lgs. 33/2013 che individua i compiti del Responsabile per la Trasparenza. Si estende inoltre ai dirigenti responsabili della Pubblica Amministrazione il compito di controllare e assicurare la regolare attuazione dell'accesso civico.

Si attribuisce all'A.N.A.C. il potere di ordinare, nei confronti di una Pubblica Amministrazione inadempiente, la pubblicazione, entro un termine di 30 giorni, degli atti oggetto di pubblicazione obbligatoria, nonché di segnalare il mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione (che costituisce illecito disciplinare) all'ufficio disciplinare della Pubblica Amministrazione, ai fini dell'attivazione del relativo procedimento a carico del responsabile della pubblicazione e del dirigente tenuto alla trasmissione delle informazioni.

La modifica normativa ad ultimo richiama segna in maniera evidente la duplice natura da riconoscersi alla trasparenza.

Quest'ultima, infatti, è sì strumento di conoscibilità e di collaborazione procedimentale con i destinatari dell'azione ma, con l'evoluzione avutasi, diviene sempre più uno strumento essenziale di controllo dei processi decisionali della P.A. così da consentire tanto una funzione deterrente dovuta alla consapevolezza della diffusione delle informazioni riguardanti determinati 'settori caldi', quanto una funzione di effettivo controllo successivo in chiave inquisitoria.

2.1. Le Linee Guida A.N.A.C. in materia di trasparenza.

Avendo riguardo alla concreta applicazione del D.Lgs. 33/2013 e del D.Lgs. 97/2016 deve darsi conto delle Linee Guida adottate dall'A.N.A.C.

Infatti, nella seduta del 28 dicembre del 2016, sono state approvate sia le Linee guida relativa al FOIA, per l'attuazione dell'accesso civico generalizzato³⁹, che le Linee guida sull'attuazione degli obblighi di pubblicazione previsti dal decreto Trasparenza, così come modificato dal D.lgs. 97/2016⁴⁰.

Può dirsi, in via di prima approssimazione, che le indicazioni fornite hanno uno spiccato carattere preventivo in relazione al controllo sull'operato della P.A.

A tal proposito, infatti, si specifica che le modifiche apportate dal D.Lgs. 97/2016 al D.Lgs. 33/2013 hanno avuto il pregio di rafforzare il valore della trasparenza qualificandolo come principio dell'attività amministrativa.

Le indicazioni fornite dall'ANAC possono dirsi suddivise in tre parti.

Nella prima parte vengono illustrate le modifiche di carattere generale che sono state introdotte dal D.Lgs. 97/2016, con particolare riferimento all'ambito

³⁹ Il documento ha ottenuto l'intesa del Garante della privacy, il parere favorevole della Conferenza unificata e ha recepito le osservazioni formulate dagli enti territoriali. Un apposito tavolo tecnico, con la partecipazione del Garante e delle rappresentanze degli enti locali, è incaricato di monitorare l'applicazione delle Linee guida in modo da giungere a un aggiornamento entro i successivi 12 mesi. Con particolare riguardo alle Linee Guida del FOIA, si segnala che l'ANAC ha evidenziato che queste sono essenzialmente volte a definire i limiti dell'esclusione e i limiti al diritto di accesso civico di cui all'art. 5, comma 2 del D.Lgs. 33/2013 recante misure concernenti il «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni».

In primo luogo l'A.N.A.C. puntualizza la distinzione fra accesso generalizzato (FOIA) e accesso civico (ex D.Lgs. 33/2013) evidenziando che il primo, proprio ai sensi dell'art. 5 comma 5, si applica *“fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria”*. In questo senso viene precisato che: *“L'accesso generalizzato si delinea come affatto autonomo ed indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione e come espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati all'art. 5 bis, commi 1 e 2, e dall'altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5 bis, comma 3)”*, perseguendo comunque lo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

In relazione al c.d. accesso generalizzato vengono indicati i limiti oggettivi e soggettivi all'accesso; le distinzioni fra eccezioni assolute al diritto di accesso e quelle relative; i limiti derivanti da ragioni di interesse pubblico; le modalità con cui le Pubbliche Amministrazioni devono rendere accessibili le informazioni e i dati nonché quelle relative al registro delle istanze ricevute.

⁴⁰ Le Linee Guida si soffermano sulla portata delle modifiche intervenute sottolineando il mutamento dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulla trasparenza, l'introduzione del nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato agli atti e ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, l'unificazione fra il Programma triennale di prevenzione della corruzione e quello della trasparenza, l'introduzione di nuove sanzioni pecuniarie nonché l'attribuzione ad A.N.A.C. della competenza all'irrogazione delle stesse.

Le modifiche di maggior rilievo previste dalla normativa constano nell'introduzione di nuove sanzioni pecuniarie per i soggetti inadempienti, che d'ora in poi saranno irrogate direttamente dall'A.N.A.C., e l'unificazione fra il Piano triennale di prevenzione della corruzione e quello della trasparenza. L'Autorità ha infine evidenziato alcune criticità che saranno oggetto di segnalazione al Governo e al Parlamento ai fini di una eventuale modifica.

soggettivo di applicazione, alla programmazione della trasparenza e alla qualità dei dati pubblicati.

Nella seconda parte si dà conto delle principali modifiche o integrazioni degli obblighi di pubblicazione disciplinati nel D.Lgs. 33/2013.

Nella terza parte sono fornite alcune indicazioni circa la decorrenza dei nuovi obblighi e l'accesso civico in caso di mancata pubblicazione di dati.

Tra le modifiche più rilevanti si segnala quella dell'integrazione del Programma triennale della trasparenza e dell'integrità con il Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPCT) che, oggi, raccoglie, dunque, tanto le disposizioni sulla trasparenza che quelle sulla corruzione, al fine di approntare un contributo sinergico alla lotta del fenomeno corruttivo.

Le amministrazioni e gli altri soggetti obbligati sono tenuti, pertanto, ad adottare, entro il 31 gennaio di ogni anno, un unico Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT) in cui sia chiaramente identificata la sezione, da pubblicare sul sito istituzionale tempestivamente, relativa alla trasparenza della P.A.

Ai sensi dell'art. 1, comma 8, così come modificato dal D.Lgs. 97/2016, è necessario che gli obiettivi strategici avuti di mira nel piano siano definiti da parte degli organi politici e siano, altresì, coordinati con gli obiettivi degli altri documenti di natura programmatica e strategico-gestionale dell'Amministrazione, così da assicurare la coerenza e l'effettiva sostenibilità degli obiettivi posti.

La neo-introdotta sezione sulla trasparenza viene, dunque, ad assurgere la funzione di atto organizzativo fondamentale dei flussi informativi al fine di garantire, all'interno di ogni ente, l'individuazione/l'elaborazione, la trasmissione e la pubblicazione dei dati, con precisa indicazione dei soggetti responsabili della trasmissione degli stessi.

Alla luce della intervenuta modifica legislativa, tanto gli obiettivi strategici in materia di trasparenza, da pubblicare unitariamente a quelli di prevenzione della corruzione, tanto la sezione della trasparenza con l'indicazione dei responsabili della trasmissione e della pubblicazione dei documenti e delle informazioni, costituiscono contenuto necessario del PTPCT la cui mancanza può comportare

l'irrogazione di sanzioni da parte dell'A.N.A.C. ai sensi dell'art. 19, co. 5, del d.l. 90/2014.

L'accorpamento del Piano Anti Corruzione con quello di Trasparenza comporta, altresì, che il Responsabile della Prevenzione della Corruzione già individuato presso ogni Amministrazione acquisirà ora la qualifica anche di Responsabile della Trasparenza⁴¹.

Di particolare rilievo fra i dati soggetti ad obbligo di pubblicazione sono quelli relativi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, di cui al nuovo art. 4 *bis*⁴².

Alla luce di quanto brevemente analizzato pare evidente la sempre maggiore interrelazione che vi è fra l'obiettivo di anticorruzione e il rispetto del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, sulla scorta della constatazione che la segretezza e l'inaccessibilità delle informazioni e dei documenti relativi agli uffici e alla loro attività è stato per lungo tempo il viatico del sistema della corruzione.

A fronte dell'evidenza del principio in parola, tuttavia, la disciplina anticorruzione e quella che ne è seguita, hanno inteso trasformare lo strumento della trasparenza da strumento oggettivo a strumento soggettivo o, meglio, a responsabilità soggettiva.

Attraverso la personalizzazione dell'obbligo di trasparenza, infatti, l'inadempienza da parte dell'istituzione pubblica non si configura più come semplice *maladministration*, ma viene a qualificarsi come preciso inadempimento di un obbligo pubblico gravante su un soggetto alle dipendenze della P.A.

Questa 'personalizzazione' costituisce un forte stimolo per la responsabilizzazione dei soggetti funzionari della P.A. i quali, oltre a dover adempiere a talune mansioni espressamente correlate alla propria qualifica,

⁴¹ La possibilità di avere due diversi responsabili è ammessa, dalle Linee Guida, in senso restrittivo, laddove ciò sia assolutamente necessario in ragione della struttura organizzativa della Pubblica Amministrazione di riferimento.

⁴² Al fine di definire e circoscrivere la portata dell'obbligo, le Linee Guida individuano in via di prima approssimazione – in attesa di un più puntuale intervento legislativo sul punto – le voci di spesa che possono essere ritenute oggetto del presente obbligo, stabilendo che debba trattarsi di spese afferenti a risorse tecniche e strumentali strettamente connesse al perseguimento della propria attività istituzionale. Individuata ogni spesa la P.A. è tenuta, poi, ad evidenziare tanto i beneficiari del pagamento che il tempo dello stesso.

assumono anche il ruolo di garanti del rispetto del principio pubblico, assumendo, in altre parole, un obbligo pubblico.

Attraverso questa assunzione di responsabilità verso la collettività e verso l'ente pubblico, si suscita nello stesso funzionario una rivalorizzazione del senso di appartenenza all'istituzione pubblica, si compie un'opera di rieticizzazione, si addivene ad una *morale suasion* "alla rovescia": le norme da applicare non svolgono un ruolo persuasivo nei confronti dei soggetti ultimi destinatari delle stesse ma già condizionano le percezioni e i convincimenti dei soggetti tenuti alla loro applicazione.

3. Il Piano Nazionale Anticorruzione.

In data 11 settembre 2013, l'Autorità nazionale Anticorruzione ha approvato con la delibera CIVIT n. 72/2013, su proposta del Dipartimento della funzione pubblica, il Piano Nazionale anticorruzione, così come previsto dall'art. 1 comma 2 lett. b) della L. 190/2012, con vigenza dal 2013 al 2016.

In seguito alle modifiche intervenute con il d.l. 90/2014, convertito, con modificazioni dalla l. 114/2014, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in data 28 ottobre 2015, ha approvato l'aggiornamento del P.N.A. con la Determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015.

Il successivo Piano Nazionale Anticorruzione, approvato nel 2016, è il primo predisposto e adottato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, ai sensi dell'art. 19 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, e ha trasferito interamente all'Autorità le competenze in materia di prevenzione della corruzione e della promozione della trasparenza nelle Pubbliche Amministrazioni⁴³.

Il Piano costituisce un atto di indirizzo per le Amministrazioni chiamate ora ad adottare o ad aggiornare concrete e effettive misure di prevenzione dei fenomeni

⁴³ Ai sensi del novellato art. 1 della l. 190/2012, da parte dell'art. 41, co. 1, lett. b) del d.lgs. 97/2016, il PNA è, invece, adottato dall'ANAC, sentito il Comitato interministeriale istituito con d.p.c.m. del 16 gennaio 2013 e la Conferenza unificata di cui all'art. 8, co. 1, del decreto legislativo. 28 agosto 1997, n. 281.

corruttivi. Sulla base delle indicazioni fornite nel PNA, dunque, le singole Amministrazioni dovranno predisporre gli strumenti ritenuti adeguati per conformarsi alle indicazioni fornite e al raggiungimento degli obiettivi di legalità e di efficienza predisposti.

Ad un primo livello, dunque, “nazionale”, l’A.N.A.C. predispone e approva il Piano Nazionale Anticorruzione⁴⁴.

Il PNA, dunque, costituisce, a tutti gli effetti, uno strumento oggettivo di prevenzione della corruzione, un monito per tutte le PP.AA. all’individuazione e all’osservanza di nuovi obblighi pubblici.

Al secondo livello “decentrato”, ogni Amministrazione pubblica definisce un Piano Triennale di prevenzione della corruzione che, sulla base delle indicazioni del Piano Nazionale, effettua l’analisi e la valutazione dei rischi specifici di corruzione nel proprio settore e conseguentemente indica gli interventi organizzativi volti a prevenirli⁴⁵.

Le funzioni del Piano Nazionale Anti corruzione sono: *“quella di assicurare l’attuazione coordinata delle strategie di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, elaborate a livello nazionale e internazionale”, “quella di garantire che le strategie nazionali si sviluppino e si modifichino a seconda delle esigenze e del feedback ricevuto dalle amministrazioni, in modo da mettere via via a punto degli strumenti di prevenzione mirati e sempre più incisivi.”*

Per poter assicurare dei risultati efficienti e corrispondenti alle esigenze di prevenzione e tutela, è necessario che la predisposizione degli strumenti idonei e l’analisi dei diversi fenomeni sia ciclica, così da assicurare che le strategie e gli strumenti vengono via via affinati, modificati o sostituiti in relazione ai risultati derivanti dalla loro applicazione.

Il Piano Nazionale, adottato di concerto con i membri del Governo, le principali Autorità istituzionali in materia, la S.N.A., nonché la *World Bank* e la *O.N.G. Transparency-It*, consta di tre sezioni.

⁴⁴ Il PNA è in linea con le rilevanti modifiche legislative intervenute recentemente, in molti casi dando attuazione alle nuove discipline della materia, di cui le amministrazioni dovranno tener conto nella fase di attuazione del PNA nei loro Piani triennali di prevenzione della corruzione (di seguito PTPC), in particolare a partire dalla formazione dei PTPC per il triennio 2017-2019.

⁴⁵ Per le seguenti indicazioni si veda: www.anticorruzione.it

Nella prima sezione sono esposti gli obiettivi strategici e le azioni previste, da implementare a livello nazionale in un arco di tempo pari ad un triennio.

La seconda sezione è dedicata all'illustrazione della strategia di prevenzione a livello decentrato, ossia a livello di ciascuna amministrazione, e contiene le direttive alle Pubbliche Amministrazioni per l'applicazione delle misure di prevenzione.

La terza sezione contiene indicazioni circa le comunicazioni dei dati e delle informazioni e la finalizzazione, successivamente alla raccolta, dei dati per il monitoraggio e lo sviluppo di ulteriori strategie.

Il PNA deve essere inteso quale atto di indirizzo contenente indicazioni che devono orientare le amministrazioni nell'esercizio delle pubbliche funzioni nonché nelle attività esposte a rischi di corruzione al fine di adottare concrete misure di contrasto del fenomeno corruttivo.

Trattandosi di atto di indirizzo, tale modello contempera l'esigenza di uniformità nel perseguimento di effettive misure di prevenzione della corruzione con l'autonomia organizzativa delle Amministrazioni, le quali dovranno definire i caratteri della propria organizzazione e, all'interno di essa, le misure organizzative necessarie a prevenire i rischi di corruzione rilevati.

Al fine consentire che il PNA sia in concreto attuato, vengono devoluti all'A.N.A.C., ai sensi dell'art. 1, commi 2 e 3, della legge 6 novembre 2012, n. 190, specifici poteri di vigilanza sulla qualità di Piani adottati dalle singole Amministrazioni.

Laddove l'A.N.A.C., a seguito della suddetta vigilanza, riscontri elementi perfettibili ovvero inadempimenti parziali da parte delle singole Amministrazioni, ha la facoltà di emanare raccomandazioni o ordini affinché le Amministrazioni si conformino alle indicazioni del P.N.A.

Nel caso in cui le Amministrazioni non adottino affatto i Piani Triennali di prevenzione della corruzione, l'A.N.A.C. dispone, ai sensi dell'art. 19, comma 5 del d.l. 90/2014, di poteri sanzionatori.

Come già ricordato, l'obiettivo del PNA è quello di svolgere una funzione di prevenzione della corruzione, attraverso la predisposizione di misure volte alla tutela anticipata del buon andamento della P.A.

Le misure preventive indicate nel P.N.A. possono avere tanto un'applicazione soggettiva che oggettiva.

Le misure di prevenzione 'soggettive' sono quelle volte a garantire la posizione di imparzialità del funzionario pubblico la cui attività implica una partecipazione nel processo decisionale della P.A. di appartenenza.

Le misure di prevenzione 'oggettive' mirano, invece, a ridurre ipotesi di conflitti di interessi o di parzialità dell'azione amministrativa tramite la predisposizione di soluzioni che attengono all'organizzazione amministrativa.

Il P.N.A. non ha la funzione di individuare esplicitamente le possibili misure in esame, essendo tale specificazione rimessa alle singole Amministrazioni che conoscono *“la propria condizione organizzativa, la situazione dei propri funzionari, il contesto esterno nel quale si trovano ad operare.”*

La funzione del P.N.A., dunque, non è quella di imporre delle soluzioni conformi per tutte le Amministrazioni – al fine di evitare di determinare un'intrusione innaturale nelle diverse realtà organizzative che ne determinerebbe, paradossalmente, una compromissione dell'efficacia preventiva avuta di mira – bensì, quella di orientare le scelte anti-corruttive delle Amministrazioni con la proposizione di modelli adottabili⁴⁶.

Il P.N.A., poi, oltre a indicare talune misure preventive adottabili e declinabili dalle singole Amministrazioni in ragione delle specifiche esigenze anti-corruttive, individua gli assetti che presentano un particolare fattore di rischio ovvero le azioni che risultano necessarie per la riduzione dell'endemico rischio corruttivo in determinati settori⁴⁷.

⁴⁶ Difatti, in attuazione della l. 190/2012, il co. 1, lett. a) e b) dell'art. 41 del D.Lgs. 97/2016, modificando la l. 190/2012, specifica che il P.N.A. *«costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all'art. 2-bis, co. 2 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a)»*.

⁴⁷ Uno dei fattori di maggior rischio individuati nel P.N.A. 2016 è, ad esempio, quello della c.d. personalizzazione della funzione.

Nelle indagini effettuate e a seguito delle segnalazioni ricevute, infatti, l'A.N.A.C. ha riscontrato che la permanenza per un lungo lasso di tempo di un dipendente nella medesima funzione determina in capo a questo un atteggiamento 'proprietario' della funzione svolta e, nei destinatari dell'azione amministrativa, la convinzione che la confidenza personale con un dato soggetto – adibito sempre alle stesse mansioni – consenta l'elargizione di favori o di facilitazioni.

In relazione a questo ambito di rischio, dunque, il P.N.A. 2016 ha individuato delle misure di carattere organizzativo volte alla riduzione o all'eliminazione del rischio suddetto.

Fra queste si segnala, in primo luogo, la necessaria mobilità dei dipendenti, da realizzare attraverso i meccanismi di rotazione, da applicarsi, salve le particolari categorie di soggetti legati alla P.A. da un rapporto di lavoro non contrattualizzato, a tutti i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni.

Garantire la mobilità dei dipendenti, infatti, riduce il rischio che questi ultimi, in ragione della permanenza in una data funzione, vengano sottoposti a pressioni, sia interne che esterne, in ragione del maggiore grado di 'confidenza' che si instaura, stante la protrazione nel tempo dello svolgimento di una medesima funzione nel medesimo luogo.

La misura della rotazione, tuttavia, rispecchiando lo spirito stesso della L. 190/2012, non è volta solamente a ridurre il rischio di fenomeni corruttivi ma anche a incrementare le competenze e le professionalità dei lavoratori pubblici, così come avviene anche nel settore privato.

Per le ragioni esposte e in considerazione di una generale azione di riorganizzazione della P.A., l'azione volta alla rotazione deve essere intesa dalle Amministrazioni come uno strumento ordinario di organizzazione e utilizzo ottimale delle risorse umane, non invece quale strumento avente carattere emergenziale o valenza punitiva.

Stante il carattere utile e necessario dell'azione di rotazione, il P.N.A. stabilisce che, in caso di impossibilità di esecuzione dell'azione in parola – per ragioni derivanti dalla dimensione o dalla particolare struttura organizzativa di riferimento – l'Amministrazione dovrà individuare delle azioni alternative che contribuiscano, in ogni caso, alla realizzazione dell'effetto che la rotazione avrebbe prodotto, ovvero quello della 'spersonalizzazione' della funzione.

Una seconda azione richiesta dal P.N.A. 2016 è quella relativa alla revisione dei processi di privatizzazione e esternalizzazione di funzioni, attività strumentali e servizi pubblici.

In relazione a questo profilo, l'ANAC, nell'indicare le azioni necessarie in questo settore, richiama gli interventi legislativi che hanno interessato la materia e, in particolare, il T.U. 175/2016.

Nel settore delle società partecipate pubbliche il P.N.A. ha individuato specifici ambiti di rischio.

In primo luogo, si segnala la minore garanzia di imparzialità di coloro che operano presso gli enti, sia amministratori che funzionari, nonché le molteplici ipotesi di conflitto di interessi che si sono riscontrate; in secondo luogo, lo scarso controllo che viene esercitato dalla P.A. nei confronti delle attività di pubblico interesse affidate al soggetto privato; infine, la maggiore esposizione delle attività di pubblico interesse affidate agli enti privati alle pressioni di interessi particolari, anche in ragione dell'assenza delle garanzie assicurate dall'applicazione della L. 241/1990.

Alla luce di tale assetto motivazione necessario, il P.N.A. del 2016 ritiene necessario che le Amministrazioni, proprio in ragione delle funzioni di prevenzione e contrasto del fenomeno corruttivo, valutino attentamente, dandone atto in una compiuta motivazione, l'opportunità di esternalizzare le funzioni, considerando l'adeguatezza di tale assetto societario rispetto alla garanzia dei principi di trasparenza e imparzialità.

Al fine di non compromettere il corretto esercizio della funzione amministrativa, viene auspicato il ricorso a società partecipate solo in quei settori che risultino 'lontani' dal diretto svolgimento di funzioni amministrative.

Ancora, il P.N.A. segnala la necessità di ricorrere alle procedure concorrenziali in caso di costituzione di società miste per la selezione del socio privato da individuare sulla base, fra gli altri, anche di criteri di moralità e onorabilità.

Per garantire l'imparzialità della pubblica funzione si richiede alle Amministrazioni di promuovere, negli statuti di questi enti, la separazione, anche dal punto di vista organizzativo, di tali attività da quelle svolte in regime di concorrenza e di mercato.

Tutte le indicazioni sopra fornite hanno il preciso scopo di limitare possibili ingerenze privatistiche e, quindi, opportunistiche nell'esercizio della pubblica funzione, arginando possibili fenomeni di conflitti di interessi ovvero di pressioni esterne per il raggiungimento di fini estranei a quelli pubblici.

4. I Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione

Il tema della pianificazione di interventi anticorruptivi ad opera delle singole amministrazioni non è, a ben vedere, una novità del Legislatore del 2012 in quanto già la c.d. riforma Brunetta, all'art. 11 comma 2, prevedeva che ogni Amministrazione, in persona dell'organo di indirizzo politico-amministrativo, adottasse un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che indicasse le specifiche iniziative volte a garantire la legalità e la trasparenza⁴⁸.

In particolare, nel Programma erano indicate le concrete modalità di attuazione, le risorse e gli strumenti volti alla realizzazione delle iniziative intraprese e la mancata adozione dello stesso comportava il divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti inadempienti⁴⁹.

La necessità di individuare dei meccanismi anticorruptivi che avessero un'effettiva incidenza sulla singola Amministrazione e, allo stesso tempo, fossero idonei a contrastare gli specifici fenomeni emersi in un dato contesto amministrativo, aveva comportato la necessità di approntare un sistema decentrato di prevenzione della corruzione, benché coordinato rispetto a quello generale e di indirizzo adottato a livello nazionale.

Se, dunque, da un lato, era emersa la necessità di una risposta puntuale della singola Amministrazione, dall'altro la valorizzazione della funzione manageriale del dirigente pubblico, alla luce della riforma Brunetta, aveva consegnato a quest'ultimo uno strumentario assai peculiare che gli consentiva e, anzi, necessitava

⁴⁸ Come ricorda F. DI CRISTINA, *I piani di prevenzione della corruzione (art. 1 commi 5-14) in La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione: "In base all'art. 13 del decreto Brunetta, la Civit adotta le linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Presso la Commissione è istituita la Sezione per l'integrità nelle amministrazioni pubbliche con la funzione di favorire, all'interno delle amministrazioni pubbliche, la diffusione della legalità e della trasparenza e sviluppare interventi a favore della cultura dell'integrità."*

⁴⁹ La legge 15/2009, infatti, richiede ai dirigenti responsabili uno specifico impegno volto alla definizione di misure idonee al contrasto della corruzione e a controllare il rispetto di tali misure da parte dei dipendenti, cfr. P. BARRERA, *Istituzioni locali, controlli interni e garanzie di legalità*, in F. MERLONI -L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, 2013.

l'applicazione di metodi usati in abito societario per la gestione e la risoluzione del fenomeno corruttivo.

Il dirigente pubblico, nell'ottica di un'amministrazione 'dei risultati' (a fronte dell'abbandono della concezione dell'Amministrazione 'delle procedure') doveva utilizzare gli strumenti manageriali propri della veste societaria non solo per conseguire i risultati sperati in relazione alla *performance* produttiva – ovvero nell'ambito di attività amministrativa – bensì per individuare i settori a maggior rischio corruttivo e le relative azioni di prevenzione e contrasto.

È stato affermato, in questa ottica che: *“Nonostante la corruzione sia stata definita in passato un fenomeno ‘immisurabile e imponderabile’, esistono ormai numerosi metodi e strumenti di rilevazione e misurazione dell’illecito, che si pongono alla base del funzionamento dei modelli gestionali. Mappature e programmi strategici, mezzi di promozione della cultura del rischio all’interno dell’organizzazione, sistemi di identificazione degli eventi rilevanti (c.d. indicatori di rischio), strumenti di analisi, valutazione e trattamento del rischio, previsione di strutture di auditing, ruolo dei risk manager e responsabilità, assetto di risposte al rischio, modelli di verifica e controllo di tutte le attività, piani di comunicazione e circolazione interna ed esterna delle informazioni, sono solo alcuni degli elementi costitutivi di un efficace modello di prevenzione della corruzione”*⁵⁰.

Si assiste, tuttavia, con la L. 190/2012 ad un'evoluzione degli strumenti di pianificazione e programmazione del contrasto alla corruzione che, alla luce della rinnovata visione prospettica del fenomeno e del diverso *appeal* sovranazionale, giustificano un mutamento della disciplina.

Le principali differenze, infatti, fra i Programmi *ex art.* 11, comma 1 della legge Brunetta e i nuovi Piani, oltre che attenere al soggetto competente⁵¹ all'adozione e

⁵⁰ Così: *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, Roma, 2012.

⁵¹ Nei Programmi il soggetto responsabile era l'organo di indirizzo politico-amministrativo mentre nei Piani è, di norma, un dirigente amministrativo di prima fascia.

alla responsabilità⁵² in caso di mancata adozione, insistono più che altro sull'ampiezza e sulla determinatezza del contenuto delle previsioni.

Con riguardo, in primo luogo, al valore della trasparenza, infatti, mentre nei Programmi questo aspetto, declinato in termini di 'totale accessibilità', era uno strumento volto essenzialmente al raggiungimento dell'ottimo nella gestione manageriale della Pubblica Amministrazione⁵³; nei Piani, invece, ha come primo e diretto fine quello di incentivare il contrasto alle ipotesi di corruzione⁵⁴.

Con riferimento al contenuto dei Piani, invece, si evidenzia come questi ultimi, rispetto ai Programmi, hanno un contenuto molto più ristretto e centrato prevalentemente sull'evidenziazione degli uffici che presentano un maggior grado di rischio corruttivo, volto all'individuazione delle iniziative di formazione e selezione dei pubblici funzionari e alla predisposizione di forme di trasparenza maggiori di quelle ordinarie già previste dall'ordinamento⁵⁵.

Così delineata la nuova fisionomia dei Piani anticorruzione può dirsi che questi, come accennato, operano ad un livello decentrato rispetto al P.N.A. e, proprio in attuazione di quest'ultimo, sono predisposti dalla singola Amministrazione⁵⁶ al fine

⁵² Con riguardo al sistema della responsabilità per la mancata adozione del piano questa, invece che determinare il divieto di erogazione della retribuzione da risultato – così come previsto per la mancata adozione dei Programmi – comporta l'insorgere di una responsabilità disciplinare e dirigenziale.

⁵³ AI sensi dell'art. 11 comma 1 della D.Lgs. 150/2009, infatti, la trasparenza "è intesa come accessibilità totale (...) delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione...".

⁵⁴ Sulla natura dei Piani si richiama F. DI CRISTINA, op. cit. L'Autore evidenzia che "*I Piani appartengono al novero degli strumenti di fire alarm*" in quanto "*le attività più esposte al rischio di corruzione (risk-based approach) vengono sì monitorate da determinati soggetti preposti ma, al contempo, la pianificazione degli interventi consente che la potenziale corruzione o illegalità venga disincentivata o emerga con maggior evidenza*". In questo senso, dunque, si valorizza il ruolo deterrente oltre che preventivo che i Piani in parola assumono posto che la loro stessa predisposizione incentiva i funzionari ad agire legalmente.

⁵⁵ F. Di Cristina, op. cit.

⁵⁶ Alla luce delle indicazioni fornite dal Comitato interministeriale, le amministrazioni tenute all'adozione dei PTPC sono le amministrazioni centrali, compresi gli enti pubblici non economici nazionali, le agenzie e le università, nonché le amministrazioni delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, degli enti pubblici e degli enti locali.

di effettuare l'analisi e la valutazione dei rischi specifici di corruzione e di indicare gli interventi organizzativi volti a prevenirli⁵⁷.

Il PTPC si presenta, dunque, come uno strumento di natura programmatica che, previa indicazione degli obiettivi avuti di mira, delle risorse disponibili e dei soggetti preposti alla sua attuazione, consente alle singole Pubbliche Amministrazioni di definire le proprie strategie di prevenzione, tenendo conto delle attività più esposte al fenomeno della corruzione e individuate dall'art. 1, comma 16, della legge n. 190 del 2012.

Ai sensi del comma 8 dell'art. 1, legge n. 190/2012⁵⁸ ogni organo di indirizzo politico deve adottare entro il 31 gennaio il proprio PTPC e trasmetterlo al Dipartimento della Funzione Pubblica esclusivamente per via telematica utilizzando, così come previsto dal comunicato del 30 gennaio 2014 con specifico riferimento agli enti locali, il sistema integrato denominato PERLA P.A.⁵⁹.

Laddove le amministrazioni non ottemperino secondo le modalità prescritte e tempestivamente all'adozione e alla trasmissione del PTPC, è attribuita all'ANAC la competenza ad esercitare un potere sanzionatorio, così come previsto dall'art. 19, comma 5 della L. 190/2012⁶⁰.

Alla luce della natura programmatica, il PTPC deve fornire una valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici dell'Ente al rischio di corruzione e le azioni e gli interventi organizzativi, sia obbligatori che ulteriori, per prevenirlo. Le metodologie necessarie per la suddetta valutazione sono fornite nelle linee guida del PNA che delinea il contenuto minimo in termini di dati e informazioni che ciascun Piano Triennale deve possedere.

Sono essenzialmente quattro i gruppi di informazioni dal quale il PTPC deve essere composto.

⁵⁷ R. CANTONE – F. MERLONI, *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli Torino, 2015.

⁵⁸ Così come modificato dall'art. 41 del d. lgs. n. 97 del 2016.

⁵⁹ Tale sistema consente di unificare la gestione degli adempimenti previsti a carico delle amministrazioni pubbliche in materia di comunicazione di dati statistici e monitoraggio.

⁶⁰ I. A. NICOTRA, *L'autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2016.

Il primo è relativo al processo di adozione e deve, dunque, indicare, la data del documento di approvazione del PTPC da parte dell'organo di indirizzo politico e l'individuazione dei soggetti interni ed esterni all'Amministrazione che hanno partecipato alla predisposizione e gli strumenti da questi utilizzati.

Il secondo riguarda la c.d. gestione del rischio – che costituisce il fulcro della strategia di prevenzione della corruzione – ossia l'indicazione delle misure e dei correlati indicatori volti a ridurre la rischiosità del fenomeno corruttivo in quei processi dell'Amministrazione che risultano più vulnerabili.

Le misure volte a ridurre il rischio, rispetto a ciascuna delle quali viene individuato un responsabile e il relativo termine di applicazione, si suddividono in due gruppi: da un lato vi sono quelle obbligatorie poiché previste dal PNA.; dall'altro quelle scelte in aggiunta e di concerto con i dirigenti preposti alle specifiche aree rischiose.

Per poter agire ed applicare le misure suddette è necessario che la singola Amministrazione individui, attraverso un procedimento di analisi che utilizzi gli strumenti del *Risk Management*, i processi che, per le loro caratteristiche strutturali, economiche o relazionali si presentino maggiormente a rischio corruzione.

Occorre, dunque, che sia svolta un'analisi dell'organizzazione tramite la ricostruzione del sistema dei processi svolti all'interno dell'Ente e una valutazione in termini di probabilità e impatto di manifestazione del rischio di corruzione.

La legge 190/2012 ha individuato un gruppo di aree particolarmente esposte al rischio di corruzione rinvenibili in tutte le Amministrazioni, ovvero: processi finalizzati all'acquisizione e alla progressione del personale; processi finalizzati all'affidamento di lavori, servizi e forniture; processi finalizzati all'adozione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari privi di effetto economico diretto e immediato per il destinatario (ad esempio procedimenti relativi ad autorizzazioni o concessioni); processi finalizzati all'adozione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari con effetto economico diretto ed immediato per il destinatario (ad esempio processi finalizzati all'erogazione di sovvenzioni o vantaggi economici di qualunque genere)⁶¹.

⁶¹ Queste aree, a ben vedere, sono fortemente simmetriche con quelle già individuate dal Comitato Cassese nel 1993 che, infatti, all'epoca aveva rilevato che l'Italia conoscesse un grado di capillarizzazione della corruzione maggiore degli altri Paesi europei, elencando tre diverse aree in

Queste aree, data la presunzione assoluta di rischio corruttivo, devono obbligatoriamente essere analizzate e indicate nei Piani Triennali di tutte le Amministrazioni assieme alle correlate misure preventive.

Ogni singola amministrazione, rispetto al suddetto contenuto minimo di analisi, dovrà ampliare la gestione del rischio alla luce dei risultati emersi dai procedimenti di analisi attuati.

La discrezionalità di cui dispone il RPC non è, dunque, illimitata dovendo muoversi nel rispetto del minimo comune denominatore imposto dall'A.N.A.C.⁶².

La metodologia utilizzata per l'analisi dei rischi di corruzione, ai fini della stesura del Piano Triennale Anticorruzione, si ispira al modello adottato dal "UN Global Compact"⁶³, a fronte di una molteplicità di modelli possibili individuati a livello sovranazionale e sperimentati, anche con successo⁶⁴.

Le caratteristiche del modello italiano sono essenzialmente quelle di essere interno e decentralizzato, plasmato su di una concezione della prevenzione della corruzione tipica delle imprese private⁶⁵.

cui la corruzione appariva in particolare invasiva: la spesa della pubblica amministrazione per i beni e i servizi offerti dai privati (ovvero l'attività contrattuale della P.A.); le prestazioni e i servizi offerti dalla Pubblica Amministrazione (distribuzione di risorse, concessioni); l'esercizio di poteri autoritativi (imposizione di oneri ai privati). In questi termini: Atti parl. – XIII Legislatura, Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, documento CXI n. 1 (Camera dei Deputati, Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, La lotta alla corruzione, Laterza, Bari, 1998).

⁶² La dottrina (F. DI CRISTINA, op. cit) ha osservato che ciò garantisce che le Amministrazioni non si facciano concorrenza neppure a rialzo, garantendo il rispetto omogeneo del c.d. level playing field.

⁶³ L' United Nations Global Compact è un'iniziativa delle Nazioni Unite nata per incoraggiare le aziende di tutto il mondo ad adottare politiche sostenibili e nel rispetto della responsabilità sociale e per rendere pubblici i risultati delle azioni intraprese. È uno strumento che riunisce dieci principi nelle aree dei diritti umani, lavoro, sostenibilità ambientale e anticorruzione. Tale modello è fortemente utilizzato, a livello internazionale, soprattutto per le imprese private.

⁶⁴ Ci si riferisce, fra gli altri, al modello IRM (*Integrity Risk Management*) che è applicato a livello internazionale per identificare i rischi di corruzione all'interno degli apparati pubblici per prevenire la corruzione e promuovere l'integrità dei funzionari; altro modello è quello australiano, denominato *Australian Queensland Crime and Misconduct Commission* che consiste in un organismo indipendente che promuove comportamenti etici all'interno della P.A.

⁶⁵ È forte, infatti, il richiamo all'art. 6 comma 1 del D.Lgs. 231/2001 che dispone che i funzionari che rappresentano, amministrano, dirigono, controllano o gestiscono di fatto l'ente o sue unità funzionalmente autonome, siano tenuti ad adottare ed attuare efficacemente "modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati."

L'organo di indirizzo politico, ai sensi del modificato comma 7 dell'art. 1 della L. 190/2012, deve nominare il Responsabile della Prevenzione e della Corruzione (d'ora in poi R.P.C.) fra i dirigenti amministrativi di prima fascia. Negli enti locali, invece, il quest'ultimo corrisponde, di norma, o al segretario o al dirigente apicale, salva diversa e motivata determinazione⁶⁶.

La latitudine e l'indeterminatezza della legge in merito alle procedure di nomina e ai requisiti richiesti al soggetto che si intende nominare R.P.C. ha necessitato l'intervento del Dipartimento della Funzione Pubblica tramite la circolare n. 1 del 2013 che ha chiarito, in primo luogo, la necessità che le nomine intervengano tempestivamente nonostante l'assenza di un termine perentorio e, in secondo luogo, ha individuato alcuni requisiti necessari per la scelta del Responsabile.

Il soggetto incaricato, oltre a rivestire la qualifica di dirigente in servizio di prima fascia, non deve essere stato destinatario di provvedimenti giudiziari di condanna, né di provvedimenti disciplinari e deve aver mantenuto nel tempo un comportamento integerrimo.

Lo stesso, inoltre, deve trovarsi in una posizione di relativa stabilità, al fine di evitare che le iniziative poste in essere per la prevenzione della corruzione possano portare a risultati precari in ragione della instabilità dell'incarico.

È, altresì, necessario valutare, al momento della nomina del R.P.C., l'esistenza di situazioni di conflitto d'interesse, evitando la designazione di dirigenti incaricati in quei settori maggiormente esposti al rischio di corruzione⁶⁷.

Il R.P.C. rappresenta uno dei principali interlocutori dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ed è tenuto a verificare il livello di attuazione delle misure di prevenzione della corruzione adottate dall'ente e a proporre la modifica del Piano quando siano accertate significative violazioni delle prescrizioni o quando

⁶⁶ F. FAINI, *Legge anticorruzione: analisi della legge n.190/2012*, in *altalex.it*. In merito alla flessibilità delle procedure di nomina del RPC negli enti locali è stato analizzato, in questi termini V. TESTA, *Anticorruzione: come individuare il responsabile della prevenzione*, in *Guida al pubblico impiego*, n. 3, marzo 2015, che la legge pone, relativamente all'individuazione di questo organo, soltanto una regola generale esprimendo un criterio di preferenza, ma non contiene una regola rigida: l'espressione "di norma", infatti, ammette una certa flessibilità nella scelta del RPC a patto che vi siano ragioni giustificate da specificità organizzative.

⁶⁷ Dipartimento della Funzione Pubblica, *Circolare 1/2013*, in *www.funzionepubblica.gov.it*

intervengano mutamenti dell'organizzazione o nell'attività dell'Amministrazione (art. 1, comma 10, lett. a).

Il Responsabile provvede anche alla verifica, d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione e ad individuare il personale da inserire nei programmi di formazione (art. 1, comma 10, lett. b e c).

Per la corretta ed efficiente esecuzione dei compiti delicati affidatigli, al R.P.C. devono essere assicurate adeguate risorse umane, strumentali e finanziarie, nei limiti della disponibilità in bilancio, così come stabilito nel circolare suindicata del 2013.

L'adeguatezza va intesa non solo a livello quantitativo, ma anche qualitativo, dovendosi garantire la presenza di elevate professionalità destinatarie di una specifica formazione⁶⁸.

Il rapporto che si instaura fra il R.P.C. e l'A.N.A.C. è di stretta interrelazione in quanto l'uno deve essere considerato garante della legalità attraverso la predisposizione dei Piani e l'altra svolge un ruolo di supporto e di indirizzo, ponendosi anche come il garante ultimo della loro condizione di indipendenza⁶⁹.

Il R.P.C., proprio alla luce dell'importanza del ruolo rivestito, è sottoponibile a giudizio di responsabilità in caso di mancato adempimento delle attività da svolgersi. Fra queste di particolare evidenza risulta la mancata adozione del piano e la mancata adozione delle procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti, che costituiscono elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale⁷⁰.

Laddove l'A.N.A.C. ritenga che il R.P.C. non abbia assolto diligentemente l'incarico in materia di anticorruzione può, a fronte del potere di intervento

⁶⁸ A. CONZ - L. LEVITA, *La legge anticorruzione*, Dike, 2012.

⁶⁹ R. CANTONE - F. MERLONI, *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli Torino, 2015.

⁷⁰ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 8.

riconosciutogli ai sensi dell'art. 1 comma 82 della L. 190/2012, revocare il soggetto dall'incarico di R.P.C.

Di conseguenza, se, nei casi più gravi, la responsabilità del dirigente può comportare la relativa revoca e anche l'eventuale decurtazione della retribuzione da risultato per un importo pari all'80%, è altresì possibile che l'incarico, a fronte di inadempienza di minore momento, non venga rinnovato⁷¹.

In ogni caso, a fronte di un'accertata responsabilità disciplinare, non può essere inflitta una sanzione minore di quella della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un mese ad un massimo di sei mesi⁷².

Il R.P.C. che venga condannato per reati contro la P.A. accertati con sentenza passata in giudicato sarà inoltre imputabile, oltre che per danno erariale e per danno all'immagine della P.A.⁷³, anche per responsabilità disciplinare, così come espressamente previsto dall'art. 1 comma 12 della legge 190/2012⁷⁴.

Alla luce di quanto brevemente accennato, risulta che il sistema anticorruptivo decentrato, oltre che a individuare in un soggetto il centro di responsabilità per le politiche di prevenzione della corruzione, è volto a rispettare i canoni stabiliti a livello centrale soprattutto per quanto attiene alle aree di rischio già individuate e alle misure da predisporre per far fronte al rischio corruttivo.

Fra quelle che destano maggiore preoccupazione c'è senz'altro il settore della contrattualistica pubblica per la quale, come visto, in ambito interno possono essere adottate talune misure preventive di massima ma che, a ben vedere, riceve la più pregnante tutela attraverso l'applicazione degli strumenti legislativi da attuare nella fase di esternalizzazione dell'attività amministrativa.

⁷¹ D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 21, comma 1-bis.

⁷² Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 13.

⁷³ L'imputabilità del danno al RPC con corrispondente diritto della P.A. al risarcimento in caso di lesione di immagine trovano fondamento costituzionale, secondo la giurisprudenza contabile (in particolare Corte dei Conti, sezioni riunite, sent. 23 aprile 2003, n. 10) tanto nel principio di solidarietà sociale e, dunque, nell'art. 2 Cost., che nel generale principio di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

⁷⁴ Unica eccezione, ai sensi delle lettere a) e b) della richiamata disposizione si avrà nei casi in cui il dirigente abbia predisposto, prima della commissione del fatto, il Piano triennale di Prevenzione della Corruzione e abbia vigilato sul funzionamento e sull'osservanza dello stesso.

5. La disciplina dell'incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi.

L'imparzialità nell'esercizio dell'attività amministrativa è principio che governa la legittimità degli atti amministrativi e, in particolare, la loro corrispondenza agli interessi pubblici avuti di mira nella scelta legislativa.

Tale principio, con una chiara valenza oggettiva, è stato ed è tuttora un baluardo nella valutazione dei vizi dell'atto amministrativo soprattutto nella veste dell'eccesso di potere.

La valutazione circa il rispetto dell'imparzialità nella scelta si compie, dunque, a valle, sull'oggetto del potere.

Nell'ottica dell'anticorruzione, invece, si è avvertita la necessità di plasmare il dogma dell'imparzialità come canone soggettivo di valutazione, adoperando tale parametro per verificare se, già a monte, il soggetto presso cui il potere è incardinato sia idoneo a svolgere una determinata funzione.

Com'è chiaro il principio dell'imparzialità è legato a filo doppio con l'istituto del conflitto di interessi, intervenendo proprio in quelle circostanze in cui la sovrapposizione fra un proprio interesse privato e l'interesse pubblico da perseguire mina la serenità di valutazione del pubblico funzionario con il rischio che sia emanato un atto, appunto, imparziale.

L'importanza rivestita dal principio in parola, dunque, ha necessitato un intervento concreto del Legislatore, attraverso la predisposizione di strumenti *ad hoc*, che rendessero precettivo e vincolante il suddetto principio.

Fra questi appare, in primo luogo, di rilievo la disciplina relativa all'incompatibilità degli incarichi.

L'esperienza giuridica, fino a tempi recenti, ha ritenuto che la disciplina in parola fosse uno fra i più efficaci strumenti per garantire l'imparzialità della Pubblica Amministrazione e, di conseguenza, assicurare che l'esercizio dell'attività amministrativa fosse scevro da vizi.

Con l'emergere della percezione relativa ai fenomeni corruttivi, tuttavia, il concetto di imparzialità ha assunto un ulteriore significato ed è stato inteso come espressione di una condotta pubblica non solo non viziata ma altresì estranea alle forme di corruzione.

Non, è dunque, la sola attività amministrativa cristallizzata nell'atto finale ad essere sottoposta al vaglio di imparzialità, quanto piuttosto l'intero rapporto amministrativo, fin dalla sua instaurazione.

L'ulteriore funzione attribuita al principio di imparzialità, dunque, comporta l'impossibilità di ridurre la valutazione sulla correttezza dell'azione amministrativa al solo momento esplicativo del pubblico potere, tramite la verifica della legittimità del provvedimento amministrativo, ma implica la necessità che sia assicurata una tutela anticipata, volta a prevenire l'insorgenza di situazioni portatrici di un pericolo corruttivo⁷⁵.

È, infatti, già dal momento in cui il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. si incardina che risulta necessario compiere una valutazione in ordine ai requisiti posseduti dall'aspirante pubblico funzionario, al fine di svolgere una prima operazione cautelare volta ad evitare il successivo verificarsi di fenomeni corruttivi. In ragione dell'esigenze anticorruttive in parola, dunque, la L. 190/2012 all'art.1

⁷⁵ Sulla problematica generale dell'imparzialità dei funzionari si veda F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Franco Angeli, 2009 e B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012.

commi 49⁷⁶ e 50⁷⁷ ha delegato il Governo⁷⁸ ad adottare un testo di legge che stabilisse in maniera precisa le prescrizioni da applicarsi alla suddetta materia, alla luce dei criteri e dei principi dettagliati nella legge di delega.

⁷⁶ Il comma 49 stabiliva che: “*Ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione, nonché della prevenzione dei conflitti di interessi, il Governo è delegato ad adottare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi diretti a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e negli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, da conferire a soggetti interni o esterni alle pubbliche amministrazioni, che comportano funzioni di amministrazione e gestione, nonché a modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l’esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate.*”

⁷⁷ Ai sensi del comma 50, invece:

“*I decreti legislativi di cui al comma 49 sono emanati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:*

a) prevedere in modo esplicito, ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione, i casi di non conferibilità di incarichi dirigenziali, adottando in via generale il criterio della non conferibilità per coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale;
b) prevedere in modo esplicito, ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione, i casi di non conferibilità di incarichi dirigenziali, adottando in via generale il criterio della non conferibilità per coloro che per un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno, antecedente al conferimento abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato sottoposti a controllo o finanziati da parte dell’amministrazione che conferisce l’incarico;
c) disciplinare i criteri di conferimento nonché i casi di non conferibilità di incarichi dirigenziali ai soggetti estranei alle amministrazioni che, per un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno, antecedente al conferimento abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive. I casi di non conferibilità devono essere graduati e regolati in rapporto alla rilevanza delle cariche di carattere politico ricoperte, all’ente di riferimento e al collegamento, anche territoriale, con l’amministrazione che conferisce l’incarico. È escluso in ogni caso, fatta eccezione per gli incarichi di responsabile degli uffici di diretta collaborazione degli organi di indirizzo politico, il conferimento di incarichi dirigenziali a coloro che presso le medesime amministrazioni abbiano svolto incarichi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive nel periodo, comunque non inferiore ad un anno, immediatamente precedente al conferimento dell’incarico;

d) comprendere tra gli incarichi oggetto della disciplina:

1) gli incarichi amministrativi di vertice nonché gli incarichi dirigenziali, anche conferiti a soggetti estranei alle pubbliche amministrazioni, che comportano l’esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione;

2) gli incarichi di direttore generale, sanitario e amministrativo delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere;

3) gli incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico;

e) disciplinare i casi di incompatibilità tra gli incarichi di cui alla lettera d) già conferiti e lo svolgimento di attività, retribuite o no, presso enti di diritto privato sottoposti a regolazione, a controllo o finanziati da parte dell’amministrazione che ha conferito l’incarico o lo svolgimento in proprio di attività professionali, se l’ente o l’attività professionale sono soggetti a regolazione o finanziati da parte dell’amministrazione;

La scelta di fondo operata dal legislatore delegante si è articolata su diversi profili⁷⁹.

In primo luogo, si è inteso riformulare l'ambito di applicazione soggettiva della disciplina in parola e le misure in concreto applicabili; in secondo luogo, si è avvertita l'esigenza di avviare una completa revisione del sistema degli incarichi di collaborazione esterna⁸⁰; in terzo luogo, è stata introdotta una rigorosa disciplina del fenomeno del *pantouflage*, ovvero della c.d. incompatibilità successiva⁸¹.

Con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione, si evidenzia che l'indirizzo legislativo è stato quello di estendere la disciplina a tutti i funzionari amministrativi con esclusione, invece, di quelli politici⁸².

In apparente controtendenza rispetto a tale esclusione, sono stati ricompresi fra i destinatari della disciplina anche i funzionari amministrativi di vertice i quali, pur non essendo titolari di un effettivo potere di gestione, godono di una forte influenza sull'operato dei dirigenti amministrativi e, per tale ragione, necessitano di essere sottoposti al canone dell'imparzialità, con conseguente applicazione della disciplina in parola.

f) disciplinare i casi di incompatibilità tra gli incarichi di cui alla lettera d) già conferiti e l'esercizio di cariche negli organi di indirizzo politico.”

⁷⁸ Per delle prime considerazioni in relazione alla delega in parola si veda: F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1, commi 49 e 50)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, B.G. MATTARELLA E M. PELLISSERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

⁷⁹ F. MERLONI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, 2013.

⁸⁰ Introducendo modifiche direttamente nell'art. 53 del D.Lgs. 165/2001

⁸¹ La disciplina si articola fundamentalmente nel divieto inserito con il comma 16 ter dell'art. 53 del D.Lgs. 165/2001, consistente nel divieto di assumere incarichi in imprese private dopo la cessazione del servizio svolto presso le amministrazioni pubbliche al fine di eludere eventuali dubbi in merito all'imparzialità del funzionario nell'esercizio delle funzioni affidate; ad ultimo si propugnava la modifica della disciplina del regime di incompatibilità con particolare riguardo agli incarichi dirigenziali. A tal riguardo si introduceva il netto principio della distinzione tra le competenze degli organi di indirizzo politico e gli organi amministrativi, facendo ricadere solo su questi ultimi la responsabilità in relazione all'adozione di atti amministrativi e di atti di gestione.

⁸² Tale esclusione ha trovato il disappunto deciso di parte degli osservatori che hanno evidenziato come la scelta legislativa si apparsa, sul punto, irrazionale posto che anche con riguardo ai funzionari politici sussiste la forte esigenza di assicurare l'esercizio imparziale della pubblica funzione, fin dall'instaurazione del rapporto di lavoro. In questo senso: F. MERLONI, *op. cit.*

Per quanto attiene, in particolare, ai concreti strumenti da applicare, il Legislatore ha introdotto, oltre a quello dell'incompatibilità, già noto all'esperienza giuridica, anche la nuova misura dell'inconferibilità.

L'inconferibilità, infatti, sconosciuta all'esperienza giuridica amministrativa pregressa, consiste nell'impossibilità di attribuire un dato incarico ad un soggetto che si trovi temporaneamente in una situazione tale da far ritenere non garantita l'imparzialità dell'azione⁸³.

La scelta è motivata sulla scorta del rilievo che non sia più sufficiente un regime di sole incompatibilità al fine di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, ma sia necessario anche un regime che disciplini il momento dell'accesso all'incarico, ovvero la stessa astratta possibilità di conferire l'incarico a soggetti che provengano da posizioni che possano pregiudicare l'aspettativa di un esercizio imparziale dell'incarico medesimo, non condizionato da interessi e da posizioni di provenienza.

Tramite il suddetto strumento, dunque, non si preclude in modo definitivo l'accesso ad un dato incarico ma si inibisce in via temporanea il conferimento al fine di impedire la compromissione dell'imparzialità della funzione in ragione di una preesistente qualifica soggettiva.

Difatti, *“la legge vuole impedire che il soggetto che si trovi in una posizione tale da compromettere l'imparzialità acceda all'incarico senza soluzione di continuità. E' necessario un periodo di raffreddamento, utile a garantire la condizione di imparzialità all'incarico”*⁸⁴.

La circostanza che l'intervento preventivo sia, nell'ottica del Legislatore, di particolare importanza è riscontrabile anche laddove si osservi che, nella legge delega, le ipotesi di inconferibilità, disciplinate dalle lettere a), b), c) e d) dell'art. 1 comma 50 sono nettamente prevalenti rispetto a quelle dell'incompatibilità, di cui alle lettere e) e f).

⁸³Sul momento del conferimento dell'incarico come occasione di condizionamento dell'imparzialità e dell'indipendenza soggettiva del dirigente pubblico, B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012.

⁸⁴ F. MERLONI, op. cit.

Da questo riscontro emerge la constatazione secondo la quale, a ben vedere, le ipotesi di incompatibilità degli incarichi sembrano essere intese come meri precipitati logici delle indicazioni già fornite con riguardo al non conferimento, con la conseguenza che la relativa disciplina non necessita di una puntuale specificazione, essendo sufficiente un rinvio a quanto già dettato in materia di inconfiribilità.

È stato, difatti, osservato, che la logica disciplinatoria adottata dal Legislatore sembra essere ispirata al seguente assioma: *“Se vi sono situazioni di conflitto che sconsigliano di attribuire un incarico dirigenziale, le stesse situazioni, almeno tendenzialmente e salvo verifiche più attente, sconsigliano la permanenza in carica”*⁸⁵.

A dispetto di quanto finora evidenziato, anche il regime dell'incompatibilità, così come delineato dalla legge delega, presenta tuttavia delle peculiarità riscontrabili, in particolare, nella tipizzazione delle cause che la giustificano.

La prima, disciplinata dall'art. 1, comma 50 lett. e), prevede l'incompatibilità dell'incarico nel caso di assunzione, dopo il conferimento, di *“attività, retribuite o no, presso enti di diritto privato sottoposti a regolazione, controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che ha conferito l'incarico, o lo svolgimento in proprio di attività professionali, se l'ente o l'attività sono soggetti a regolazione o finanziati da parte dell'amministrazione”*. L'obiettivo di questa previsione è esattamente quello di evitare che si creino situazioni di conflitto di interessi che possano compromettere l'imparzialità soggettiva del funzionario.

La seconda ipotesi normativamente, poi, si verifica laddove vi sia l'assunzione da parte del funzionario, nel corso dell'incarico, di altri incarichi negli organi di indirizzo politico. Anche in questo caso, infatti, la partecipazione ad un gruppo politico potrebbe pregiudicare l'imparzialità del funzionario⁸⁶.

In attuazione della suddetta delega il Governo, su proposta della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, ha adottato il D.Lgs. 39/2013.

⁸⁵ F. MERLONI, op. cit.

⁸⁶ F. MERLONI, *Inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi*, www.treccani.it

Il d.lgs. n. 39 del 2013, in attuazione della legge delega e nel rispetto dei criteri direttivi ivi previsti, disciplina tanto il regime delle inconferibilità che dell'incompatibilità.

Per quanto attiene, in particolare, alle ipotesi di inconferibilità degli incarichi, applicando la tripartizione prevista dal comma 50 dell'art. 1 della L.190/2012, sono individuate tre distinte ipotesi.

In primo luogo, il capo II, all'art. 3, in osservanza della lett. a) del comma 50 dell'art.1, prevede l'inconferibilità di taluni incarichi in caso di condanna per i reati contro la Pubblica Amministrazione, previsti al capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, anche a fronte di sentenze di condanna non definitive ovvero di sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, ex art. 444 c.p.p.

In queste ipotesi l'inconferibilità può avere carattere permanente o temporaneo.

Si avrà inconferibilità permanente nel caso in cui sia stata inflitta la pena accessoria dell'interdizione legale dai pubblici uffici ovvero sia intervenuta la cessazione del rapporto di lavoro a seguito di procedimento disciplinare o la cessazione del rapporto di lavoro autonomo. Nel caso in cui, invece, l'interdizione sia temporanea l'inconferibilità degli incarichi avrà la medesima durata della pena accessoria⁸⁷.

L'art. 3, inoltre, individua quegli incarichi che possono comunque essere affidati ai dirigenti durante la vigenza della causa di inconferibilità temporanea, distinguendo fra i dirigenti interni alla P.A. e quelli esterni, anche in vigenza delle cause di cui all'art. 3.

Mentre per i dirigenti interni è ammessa l'assunzione di incarichi diversi da quelli che comportano l'esercizio delle competenze di amministrazione e gestione⁸⁸, per i dirigenti esterni, mancando un rapporto di lavoro subordinato e, dunque, non essendo possibile affidare incarichi diversi a quel dato soggetto, è

⁸⁷ Nel caso in cui, invece, la condanna anche non definitiva non sia stata accompagnata dalla pena accessoria dell'interdizione, l'inconferibilità ha una durata pari al doppio del tempo della pena ma, in ogni caso, non superiore a cinque anni.

⁸⁸ Il comma 4 dell'art. 3, infatti, prevede che sia in ogni caso escluso *“il conferimento di incarichi relativi ad uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati, di incarichi che comportano esercizio di vigilanza o controllo”*.

prevista la sospensione dell'incarico e del relativo contratto per tutta la durata dell'inconferibilità, con conseguente perdita del trattamento economico.

Rispetto agli esterni, inoltre, l'ultimo periodo del comma 6 attribuisce alla P.A. anche la possibilità di valutare discrezionalmente l'opportunità, al termine della causa di inconferibilità, di mantenimento dell'incarico in capo al soggetto esterno, anche alla luce del tempo trascorso.

Tale previsione, più che consentire alla P.A. una valutazione in termini di efficienza ed economicità dell'attività, sembra quasi attribuirle la facoltà di valutare l'incarico da un punto di vista fiduciario, consentendole di recedere dallo stesso proprio in ragione della rottura del rapporto di fiducia dovuto alla sentenza di condanna penale.

La disciplina dell'inconferibilità è, come visto, fortemente correlata all'esistenza di una sentenza di condanna penale per i reati di cui si è detto.

Ora, tale disciplina viene diversamente modulata a seconda che alla pena principale sia stata aggiunta anche la pena accessoria dell'interdizione ovvero nel caso in cui tale pena accessoria non sia comminata.

Rispetto a questo punto si osserva che, mentre nel caso di comminazione della pena accessoria, l'inconferibilità risulta un semplice precipitato di una valutazione già compiuta in sede penale e, per questa ragione, appare in qualche modo necessitata la sua previsione, laddove tale pena accessoria non sia stata applicata la situazione appare diversa.

In questo caso, infatti, nonostante il giudice penale non abbia ritenuto necessario precludere al soggetto l'esercizio della pubblica funzione alla luce degli elementi di prova assunti in dibattimento, tale valutazione viene compiuta dallo stesso Legislatore il quale, a ben vedere, applica una misura interdittiva di natura prettamente punitiva nei confronti di quel dato soggetto.

La circostanza che tale misura abbia carattere punitivo ovvero afflittivo appare ancor più rafforzata dalla previsione legislativa che computa il tempo dell'inconferibilità a quello della pena principale, salvo il limite dei cinque comunque non valicabile.

In secondo luogo, seguendo, poi, le indicazioni della legge delega, il Legislatore ha disciplinato la seconda causa di inconfiribilità al capo III art. 4, ovvero il fenomeno del c.d. *pantouflage*.

In particolare, infatti, è stato previsto il divieto, ai sensi dell'art. 4, di attribuire incarichi pubblici a coloro che, nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi in enti di diritto privato finanziati dall'amministrazione conferente o abbiano svolto in proprio un'attività professionale regolata, finanziata o retribuita.

La ragione di tale divieto risiede nell'esigenze di evitare che attraverso l'assunzione dell'incarico pubblico e in ragione dello stretto rapporto ancora intercorrente fra il soggetto e l'ente di diritto privato, il conferimento consenta al soggetto di agire da *intraneus* dell'ente privato presso l'Amministrazione, veicolando all'esterno le informazioni assunte in ragione del ruolo rivestito.

Con la disposizione in parola, dunque, il Legislatore effettua una sorta di presunzione circa la sussistenza del conflitto di interessi in capo al soggetto in ragione dell'incarico in precedenza ricoperto e del poco tempo trascorso dalla precedente funzione.

In terzo luogo, al capo IV, è prevista l'inconfiribilità degli incarichi a quei soggetti che siano componenti di organi di indirizzo politico.

In particolare, all'art. 6 è prevista un'inconfiribilità permanente per quei soggetti che abbiano rivestito, a livello nazionale, particolari posizioni negli organi di indirizzo politico fra le quali la carica di Presidente del Consiglio, di Ministro, di Viceministro, di Sottosegretario di Stato e di Commissario straordinario di Governo.

Viceversa, di inconfiribilità circoscritta trattasi all'art. 7, laddove nei due anni precedenti il soggetto abbia rivestito precisati incarichi presso gli organi politici di livello regionale o locale.

Infine, l'art. 8 prevede un'inconfiribilità 'qualificata' in relazione alle posizioni dirigenziali presso le Aziende Sanitarie locali nei confronti di quei soggetti che nei cinque anni precedenti abbiano partecipato in qualità di candidati a competizioni elettorali specificamente individuate.

Le conseguenze relative alla violazione delle disposizioni in tema di inconfiribilità attengono tanto alla validità degli atti che alla responsabilità del soggetto.

Con riguardo al regime di validità, l'art. 17 del d. lgs. n. 39 del 2013 stabilisce che *“Gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni del presente decreto e i relativi contratti sono nulli”*.

La nullità di cui trattasi è dovuta alla violazione di una norma di legge ed è, quindi, insanabile.

Con riguardo al profilo della responsabilità dei soggetti che hanno attribuito l'incarico violando le relative disposizioni, sono due le conseguenze previste. Il comma I dell'art. 18 stabilisce che *“I componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli sono responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati. Sono esenti da responsabilità i componenti che erano assenti al momento della votazione, nonché i dissenzienti e gli astenuti”*.⁸⁹

In secondo comma della medesima disposizione, invece, prevede l'inibizione dei soggetti che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli a conferire diversi incarichi a favore di altri soggetti per un periodo di tre mesi dall'accertata violazione.⁹⁰

Se, dunque, il D.Lgs. 39/2013 si occupa in particolare del nuovo regime dell'inconfiribilità, la disciplina dell'incompatibilità è rimessa, salve ipotesi peculiari⁹¹, al D.Lgs. 165/2001, così come modificato dalla L. 190/2012.

⁸⁹Le “conseguenze economiche” cui si fa riferimento comprendono tanto i danni diretti cagionati alla Pubblica Amministrazione a causa del pagamento di compensi senza un titolo, quanto i danni derivanti dagli effetti patrimoniali derivanti dalla nullità degli atti adottati dagli organi dirigenziali il cui incarico sia stato dichiarato nullo, che i danni non patrimoniali ma economicamente quantificabili derivanti dal danno all'immagine dell'Amministrazione

⁹⁰ B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9, 2013.

⁹¹ Si fa, in particolare, riferimento alle disposizioni di cui al capo VI del D.Lgs. 39/2013, relative alle ipotesi di incompatibilità fra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati di controllo pubblico e le cariche di componenti di organi di indirizzo politico.

Il regime conseguente alla violazione delle norme disciplinanti l'incompatibilità prevede che, non applicandosi la sanzione della nullità degli atti posti in essere, sorga, tuttavia, per l'interessato un obbligo di opzione, da esercitarsi entro quindici giorni dalla contestazione della causa da parte del Responsabile della Prevenzione, tra la permanenza nell'incarico e lo svolgimento di attività, cariche ed incarichi con esso incompatibili.

Laddove l'opzione non venga esercitata tempestivamente, l'art. 19 del d. lgs. n. 39 del 2013 prevede la decadenza dall'incarico e la risoluzione del relativo contratto di lavoro subordinato o autonomo.

Ulteriore ipotesi da ascrivere nell'alveo delle conseguenze è, infine, quella prevista dal comma 2 dell'art. 19, ai sensi del quale il pubblico funzionario può essere collocata in aspettativa.

Si evidenzia che la ragione che ha condotto il legislatore dell'anticorruzione ad intervenire direttamente, per quanto attiene all'incompatibilità, sulla normativa generale dettata in materia di pubblico impiego è duplice. Da un lato è risultato più congruo introdurre le novità relative alla disciplina del pubblico impiego ampliando le ipotesi già ivi indicate; dall'altro, la ragione giustificativa a fondamento del D.Lgs. 39/2013 risiedeva, come detto, nel profilo innovativo caratterizzante il suddetto regime. Al contrario, il regime dell'incompatibilità era già ben noto all'esperienza giuridica e la sua dislocazione in un plesso normativo autonomo avrebbe comportato un affastellamento di fonti.

In disparte le ragioni sistematiche, l'intervento sulla materia della legge anticorruzione evidenzia l'attenzione riservata proprio al profilo dell'imparzialità nello svolgimento delle funzioni quale strumento idoneo a contrastare il fenomeno corruttivo.

L'intervento in parola, difatti, risulta animato dalla convinzione che il contemporaneo esercizio di più funzioni, da un lato, determina una minore attenzione del funzionario all'attività pubblica da esercitare, comportando una dispersione di energie e dunque un risultato più scarso in termini di efficienza, dall'altro lato implica la possibile configurazione di conflitti di interessi fra la funzione pubblica esercitata e le altre tipologie di incarichi rivestiti.

La legge anticorruzione, dunque, ha modificato l'art. 53 del d. lgs. n. 165 del 2001, estendendo anche ai rapporti contrattualizzati⁹² la disciplina prevista agli artt. 60-64 del D.P.R. n. 3/1957⁹³ per il pubblico impiego non contrattualizzato.

Analizzando la portata della modifica di cui trattasi è necessario evidenziare, in primo luogo, che l'art. 53 individua una serie di cause di incompatibilità tanto

Per un commento sulle conseguenze normative in tema di violazione delle disposizioni relative all'incompatibilità di veda B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, 2013.

⁹² A. CONZ – L. LEVITA, *La legge anticorruzione*, Roma, Dike Giuridica editrice, 2012.

⁹³ Secondo gli artt. 60-64 del D.P.R. n. 3 del 1957 sono vietate le attività industriali, commerciali, agricole e professionali (tranne che si tratti di cariche in società per le quali la nomina è riservata allo Stato o è intervenuta l'autorizzazione del Ministero competente) svolte in modo continuativo, intenso e professionale

assolute che c.d. relative, in quanto riferite ad attività non propriamente configgenti coi doveri d'ufficio⁹⁴.

Il comma 2 della disposizione in parola, invece, – prevedendo che “*Le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati*” – se, da un lato, stigmatizza il necessario rispetto del principio di legalità, dall'altro è volto ad assicurare che il dipendente pubblico impieghi le proprie energie lavorative, intellettuali e professionali al servizio esclusivo della Nazione al fine di garantire l'efficienza ed il buon andamento dell'amministrazione, con lo scopo di evitare che l'esercizio della pubblica funzione sia condizionato da interessi diversi rispetto a quelli che sono legittimati ad incidere su di esso⁹⁵.

Al fine di rendere operativo il divieto in parola è stato, poi, specificato, al comma 3-bis⁹⁶, che, in aggiunta alle incompatibilità già indicate per mezzo del rinvio agli artt. 60-64 del D.P.R. n. 3 del 1957, il catalogo delle attività che sono vietate ai dipendenti pubblici che, ai fini di cui al comma 2 dello stesso articolo, deve essere definito in termini analitici per ciascuna amministrazione secondo criteri differenziati per ruoli e qualifiche professionali, attraverso appositi regolamenti da emanarsi su proposta del Ministro della Pubblica Amministrazione, di concerto con l'amministrazione interessata (art. 17, co. 2, l. n. 400/1988).

Oltre al catalogo legislativo di rango ordinario, dunque, la modifica legislativa comporta che la Pubblica Amministrazione che intenda introdurre ulteriori ipotesi

⁹⁴ Il cui esercizio è, però, consentito solo previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza: autorizzazione che potrà essere concessa dalla pubblica amministrazione solo laddove sussistano i criteri individuati dal Dipartimento della Funzione Pubblica.

⁹⁵ F. MERLONI – L. VANDELLI, op. cit.

⁹⁶ AI sensi del quale: “*Ai fini previsti dal comma 2, con appositi regolamenti emanati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con i Ministri interessati, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, sono individuati, secondo criteri differenziati in rapporto alle diverse qualifiche e ruoli professionali, gli incarichi vietati ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2.*”

di incompatibilità dovrà farlo attraverso la fonte regolamentare e nel rispetto dei criteri differenziati in rapporto alle diverse qualifiche e ruoli professionali⁹⁷.

La necessaria preventiva indicazioni tramite fonte legislativa o regolamentare delle ipotesi di incompatibilità è da intendersi quale misura di carattere preventivo, idonea ad un'anticipata individuazione di quei casi in cui il pericolo di perturbazione dell'interesse pubblico sia ritenuto, attraverso un giudizio prognostico, di particolare gravità in ragione del conflitto tra l'interesse affidato alle sue cure e l'interesse del soggetto conferente.

Nelle ipotesi in cui il rischio del conflitto di interessi non appaia altrettanto evidente, è affidata alla Pubblica Amministrazione di appartenenza la valutazione dell'effettiva compatibilità dell'incarico con l'interesse pubblico⁹⁸.

Inoltre, la l. n. 190 del 2012 è intervenuta sui commi 5, 7 e 9 dell'art. 53 del D. Lgs. n. 165 del 2001 al fine di rendere più pregnante il controllo che le amministrazioni di appartenenza devono eseguire ai fini del rilascio ai propri dipendenti dell'autorizzazione a svolgere incarichi esterni retribuiti offerti da soggetti privati o da enti pubblici economici.

È, infatti, previsto che la valutazione della pubblica amministrazione non deve esaurirsi nella verifica circa l'assenza di cause di incompatibilità ma deve estendersi alle eventuali situazioni di conflitto di interesse, anche solo potenziali⁹⁹.

L'espressa imposizione di una valutazione relativa alla possibile sussistenza di un conflitto di interessi non configura una novità per il nostro ordinamento, posto che il principio in parola è un diretto corollario del principio di esclusività del servizio affermato dalla Costituzione e confermato dalla giurisprudenza¹⁰⁰.

Tuttavia, la cristallizzazione dell'obbligo di valutazione è da ritenersi in ogni caso degna di nota poiché, se da un lato impone esplicitamente a tutte le

⁹⁷ B. G MATTARELLA – M. PELISSERO, op. cit.

⁹⁸ B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della P.A. (art. 1, commi 39, 40, 42 e 43)*, in www.treccani.it

⁹⁹ F. FERRARO, S. GAMBACURTA, *Anticorruzione*, Maggioli Editore, 2013.

¹⁰⁰ E. A. APICELLA, F. CURCURUTO, P. SORDI, V. Tenore, *Il pubblico impiego privato nella giurisprudenza*, Giuffrè, 2005.

amministrazioni di valutare sempre tale profilo, impedendo così ad esse di sottrarsi a tale valutazione, dall'altro introduce un parametro di valutazione uniforme per tutte le amministrazioni, con contestuale ridimensionamento del ruolo differenziante connesso alle peculiarità di ciascuna amministrazione¹⁰¹ e del relativo margine di discrezionalità.

Un ulteriore aspetto significativo introdotto dalla legge anticorruzione nel D.Lgs. 165/2001, in relazione al regime di incompatibilità, simmetricamente a quanto avvenuto con il D.Lgs. 39/2013 in relazione alle ipotesi di inconfigurabilità, attiene al c.d. *pantouflage*, fenomeno nel quale i pubblici funzionari passano dal servizio nel settore pubblico al servizio alle dipendenze di soggetti privati e viceversa.

Così come evidenziato dalla Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, al fine di attenzionare anche la fase successiva alla cessazione del rapporto di lavoro e non solo quella antecedente, il legislatore ha introdotto il comma 16-ter nell'art. 53 del d. lgs. n. 165 del 2001, a completamento del quadro dei meccanismi a presidio della dedizione esclusiva del funzionario, sotto il profilo di tutela dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche¹⁰².

Con la disposizione in parola viene introdotto il divieto per i dipendenti pubblici che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto della Pubblica Amministrazione di appartenenza, di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorative o professionali presso i soggetti privati destinatari dell'attività amministrativa svolta attraverso i medesimi poteri.

La nuova causa di incompatibilità ha carattere temporaneo e la sua applicazione richiede l'adozione di un criterio di misto di valutazione.

Per un verso occorre verificare la natura dei poteri esercitati nel triennio precedente alla cessazione del servizio (autoritativo o negoziale), dall'altro la

¹⁰¹ B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, op. cit.

¹⁰² F. FERRARO - S. GAMBACURTA, op. cit.

concreta riferibilità del soggetto privato ai soggetti destinatari degli atti adottati dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei poteri medesimi.

Di conseguenza, anche il comma 16-*ter* si pone nell'ottica della prevenzione dei fenomeni corruttivi fondati su una promessa di future ricompense.

L'ambito di applicazione soggettivo della disposizione in esame è limitato alla categoria dei soggetti privati¹⁰³ da intendersi comprensiva anche di quei soggetti che, seppur formalmente privati, operano sotto un controllo pubblico posto che, in tal caso, il criterio della selezione concorsuale non opera e, viceversa, occorre tutelare il regime concorrenziale e la *par condicio* fra operatori¹⁰⁴.

Per rendere effettivo e precettivo il divieto in parola sono state predisposte tre differenti conseguenze 'sanzionatorie' a fronte della sua violazione.

È, in primo luogo, comminata la radicale nullità dei contratti stipulati e degli incarichi conferiti in violazione del divieto; è fatto divieto ai soggetti che abbiano violato la suddetta disposizione di contrarre con le pubbliche amministrazioni per un periodo di tre anni che decorre a partire dalla data di stipulazione del contratto o del conferimento dell'incarico; è posto l'obbligo per il dipendente cessato di restituire i compensi percepiti ed accertati riferiti ai contratti stipulati o agli incarichi ottenuti in violazione del divieto affermato dal comma 16-*ter*¹⁰⁵.

In conclusione, come si è detto, la disciplina dell'incompatibilità e dell'inconferibilità perseguono lo specifico obiettivo di prevenire l'insorgere di fenomeni corruttivi legati in particolare ai conflitti di interesse.

La situazione del conflitto di interesse, dunque, alla luce dell'intervento della L. 190/2012 e degli obiettivi da essa avuti di mira, non è più il mero indice dell'imparzialità della pubblica funzione ma diviene pericolo concreto

¹⁰³L'esclusione dell'applicazione della norma ai soggetti pubblici trova il suo fondamento nella circostanza che i soggetti pubblici possono accedere ad incarichi presso la P.A. normalmente tramite concorso. A ciò si aggiunga, che la mancanza della suddetta previsione è altresì giustificata dalla scelta del legislatore di rimettere la regolamentazione del fenomeno al successivo decreto legislativo, destinato a definire i casi di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi dirigenziali da emanarsi sulla base dei criteri di delegazione legislativi di cui all'art. 1, commi 49 e 50, l. n. 190/2012.

¹⁰⁴ B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della P.A. (art. 1, commi 39, 40, 42 e 43)*, in www.treccani.it

¹⁰⁵ B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO, *La legge anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.

dell'insorgenza di fenomeni corruttivi che, in via diretta, ledono il buon andamento e l'imparzialità della P.A. e, in via indiretta, possono determinare anche forme patologiche negli atti adottati dai medesimi soggetti.

5.1. Segue: Le Linee Guida A.N.A.C. sull'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi.

Per meglio chiarire la specifica funzione anticorruptiva della disciplina adottata con il D.Lgs. 39/2013, l'A.N.A.C. è intervenuta con lo strumento delle Linee Guida, così da fugare ogni dubbio tanto in merito alla suddetta funzione che con riguardo alle specifiche modalità di attuazione della disciplina in parola.

Con la delibera n. 833 del 3 agosto 2016 l'A.N.A.C. ha, dunque, emanato le *“Linee guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili e incompatibili.”*

Viene, in particolare, chiarito che l'obiettivo del D.Lgs. 39/2013 è quello di prevenire situazioni ritenute anche potenzialmente portatrici di conflitto di interessi o di una situazione contrastante con il principio di imparzialità.

La vigilanza in merito all'osservanza della predisposta normativa è attribuita tanto al Responsabile della Prevenzione della Corruzione (oggi anche della Trasparenza) che all'A.N.A.C.

Ai sensi dell'art. 15, infatti: *“Il responsabile del Piano anticorruzione di ciascuna amministrazione pubblica, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico, di seguito denominato «responsabile», cura, anche attraverso le disposizioni del Piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi. A tale fine il responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al presente decreto”.*

Le attribuzioni dell'A.N.A.C. sono invece stabilite all'art. 16, a mente del quale l'Autorità “*vigila sul rispetto da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi.*”

Laddove l'A.N.A.C. riscontri una situazione di possibile conflitto di interessi è abilitata a sospendere la procedura di conferimento dell'incarico e, eventualmente, effettuare una segnalazione alla Corte dei Conti affinché avvii un procedimento di accertamento di eventuali responsabilità.

Le Linee Guida ricordano che all'A.N.A.C., ai sensi del comma 3 dell'art. 16, è attribuita anche la facoltà di emanare pareri obbligatori sulle direttive o sulle circolari ministeriali con riguardo alla corretta applicazione del D.Lgs. 39/2013.

Alla luce del duplice controllo previsto dalla normativa, affidato al Responsabile e all'A.N.A.C., le Linee Guida distinguono fra ‘vigilanza interna’ in relazione al controllo del primo e ‘vigilanza esterna’ con riguardo al controllo operato dall'Autorità.

Il Responsabile è, quindi, il soggetto, secondo la normativa e la stessa interpretazione resa dall'A.N.A.C., al quale spetta il potere di avvio del procedimento, di verifica della sussistenza della situazione di inconferibilità o incompatibilità, di dichiarazione di nullità dell'atto di nomina nonché dell'esercizio del conseguente potere sanzionatorio nei confronti degli autori della nomina nulla¹⁰⁶.

Secondo l'interpretazione fornita dall'A.N.A.C., dunque, il responsabile va qualificato come *dominus* del procedimento sanzionatorio¹⁰⁷.

Rispetto alle funzioni svolte dal Responsabile, il compito dell'A.N.A.C. è quello di verificare che il potere sanzionatorio sia stato esercitato correttamente, che la

¹⁰⁶ A questo riguardo le Linee Guida di cui trattasi richiamano una pronuncia del TAR Lazio n. 6593/2016 che nel confermare la legittimità delle delibere nn. 66 e 68 adottate dall'ANAC in materia di inconferibilità degli incarichi di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 39/2013, ha sostanzialmente chiarito che l'art. 18 attribuisce la competenza in ordine all'attività sanzionatoria esclusivamente al RPC dell'ente interessato, il quale, qualora ritenga configurabile una violazione del d.lgs. n. 39/2013, “*accerta ai sensi dell'art. 15, che la nomina sia inconferibile o incompatibile e, con specifico riferimento alle fattispecie di inconferibilità, dichiara la nullità e valuta se alla stessa debba conseguire l'applicazione delle misure inibitorie di cui all'art. 18*”.

¹⁰⁷ www.anticorruzione.it

funzione sia svolta con la massima autonomia e indipendenza e che il procedimento di accertamento sia stato svolto nel rispetto del principio del contraddittorio, assicurando la partecipazione tanto del soggetto interessato che di coloro i quali hanno proceduto alla nomina.

Con riguardo al procedimento sanzionatorio da avviarsi a seguito della dichiarazione di nullità della nomina, *ex art. 17 del D.Lgs. 39/2013, l'A.N.A.C.* evidenzia che, benché la legge non richieda un accertamento in ordine all'elemento soggettivo in capo al soggetto autore della procedura nulla, sia in ogni caso da evitare l'applicazione automatica della sanzione, essendo, invece, necessaria una verifica molto attenta circa la sussistenza del dolo o della colpa.

La necessità di tale verifica è giustificata dall'applicazione in via analogica dei principi generali in materia di sanzioni amministrative, fra i quali quelli di razionalità e parità di trattamento con le altre sanzioni amministrative di cui alla L. 689/1981. Viene, infatti, affermato che tale verifica è necessaria *“in base all'art. 12 della legge n. 689/81”* e che, viceversa, la norma sarebbe incostituzionale *“per violazione del diritto di difesa e del principio di legalità dell'azione amministrativa di cui agli articoli, rispettivamente, 24 e 97 Cost.; non solo, ma detto procedimento si porrebbe in evidente contrasto anche con i principi della convenzione EDU, in particolare, con l'art. 6 di detta Convenzione, secondo l'interpretazione che più volte ne ha dato la Corte di Strasburgo.”*

Con l'espresso richiamo alla L. 689/81 l'A.N.A.C., pur non esplicitandolo, compie un'importante affermazioni di principio che, a parere di chi scrive, dovrebbe orientare l'interprete nell'analisi del sistema delle sanzioni disciplinari.

Equiparare, infatti, dal punto di vista procedurale e garantista, le norme dettate dal legislatore in materia di sanzioni amministrative – ritenute, per molti versi, aventi natura penale in quanto particolarmente afflittive – a quelle disciplinari significa, in qualche misura, riconoscere a quest'ultime la medesima caratura afflittiva e, in particolare, la medesima fonte pubblicistica.

Se, infatti, alcun dubbio sussiste in merito alla natura pubblica delle sanzioni amministrative, tanto in ragione del soggetto dal quale vengono irrogate che alla luce dei beni giuridici da queste tutelati, allo stesso modo, attraverso l'equiparazione compiuta alla luce degli artt. 3, 24 e 97 Cost. nonché *ex art. 6*

CEDU, anche le sanzioni disciplinari assumerebbero una valenza pubblicistica con necessario ripensamento in ordine ai principi cui queste debbono conformarsi e con riguardo alle conseguenze applicative da queste derivanti.

Per quanto attiene, in particolare, alle funzioni di vigilanza assunte dall'A.N.A.C., le Linee Guida in commento distinguono fra quelle relative alla sospensione nei procedimenti di affidamento degli incarichi, di cui all'art. 16, comma 2, e quelle relative all'accertamento delle singole fattispecie di inconferibilità e di incandidabilità, di cui al comma 1 della medesima disposizione.

Rispetto alle prime si specifica che il potere è attivabile o su segnalazione del privato o d'ufficio e consente di applicare una misura, qualificata come 'cautelare', volta a richiamare l'attenzione dell'Amministrazione conferente al rispetto del D.Lgs. 39/2013. Nel caso in cui la P.A. ritenga di procedere ugualmente al conferimento dovrà rendere adeguata motivazione relativa all'insussistenza di motivi che avrebbero dovuto comportare l'inconferibilità o l'incompatibilità della nomina.

Con riguardo, invece, al potere di vigilanza in relazione a singole fattispecie, le Linee Guida specificano che tale potere potrà essere attivato, oltre che nei modi suddetti, anche nel caso di richiesta di parere all'Autorità e che tale intervento sarà effettuato *ex post*, una volta che la nomina sia già stata posta in essere.

Viene, tuttavia, in evidenza una lacuna normativa nel caso in cui il Responsabile non si adegui al parere reso dall'A.N.A.C. attraverso un comportamento inerte ovvero tramite un provvedimento non conforme alle indicazioni fornite.

Dando atto di ciò, le Linee Guida ritengono estendibile a queste ipotesi il potere di ordine conferito in via generale all'A.N.A.C. ai sensi dell'art. 1, comma 3 della legge 190/2012, ovvero l'adozione degli atti richiesti dal PNA, e ai sensi del comma 5 della medesima disposizione, e dei Piani triennali, contenenti le misure idonee ad evitare i casi di inconferibilità e incompatibilità.

In ogni caso, a fronte dell'inerzia del Responsabile, è attribuito all'A.N.A.C. tanto un potere sostitutivo, consistente anche nella nomina di un commissario *ad acta*, che un potere di impulso all'accertamento della responsabilità disciplinare, amministrativa e penale del Responsabile.

Lo strumento dell'imparzialità, volto a contrastare il conflitto di interessi e concretizzato nella disciplina dell'incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi, benché denso di una portata soggettiva, così come si è già detto, non sembra attribuire un dovere pubblico nuovo al pubblico dipendente, a differenza degli altri strumenti anticorruzione adottati in attuazione della Convenzione dell'ONU del 2003.

La disciplina dell'incompatibilità e dell'inconfiribilità, infatti, non agisce sulla morale individuale, facendo perdurare un margine di valutazione in capo al dipendente, ma regola dall'alto, con valore di presunzione assoluta, tutte le situazioni rispetto alle quale il pericolo della parziarietà appare già manifesto.

Il riflesso soggettivo di tale strumento, tuttavia, si intravede nell'analisi delle conseguenze in tema di responsabilità nel caso in cui le disposizioni anticorruptive non siano assolte.

Come si è visto, infatti, oltre ad operare un regime di nullità per gli atti compiuti dal soggetto in posizione di inconfiribilità e incompatibilità, sorge altresì una responsabilità in capo al soggetto tenuto all'osservanza della disciplina in parola.

Se, quindi, questo strumento non connota di ulteriori doveri pubblici il singolo funzionario, connota di ulteriori responsabilità il soggetto deputato all'applicazione dei suddetti limiti alle investiture, con la conseguenza che per questi, il controllore, che il novero dei doveri pubblici da osservare si amplia, così come si amplia l'alveo delle conseguenze pregiudizievoli a lui addebitabili in caso di inosservanza delle disposizioni.

6. La tutela del *whistleblower*.

Un ulteriore strumento normativo di rilievo in tema di prevenzione dell'illegalità e della corruzione all'interno della P.A. è quello relativo alla tutela del c.d. *whistleblower*, introdotta con la L. 190/2012.

Con il termine “whistleblower”¹⁰⁸ si intende far riferimento a quel dipendente che, venuto a conoscenza di una condotta illecita ovvero di una situazione illegale posta in essere nella pubblica amministrazione di appartenenza, compie una segnalazione a riguardo^{109 110}.

Una definizione comune del termine, in contesto internazionale, non era stata fornita¹¹¹.

A livello nazionale, invece, una definizione è stata resa dalla Commissione per lo studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, istituita con Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione del 23 dicembre 2011, che ha definito il *whistleblowing* come la “*rivelazione di fatti che possono integrare la fattispecie astratta del reato di corruzione, fatta di propria iniziativa ed in forma anonima da un soggetto appartenente ad una determinata organizzazione (inside whistleblowing), privata o pubblica, alle competenti autorità esterne a tale organizzazione (external whistleblowing), anche in mancanza di una espressa autorizzazione da parte della prima (unauthorized whistleblowing), trattandosi di fatti collegati all’attività dell’organizzazione di appartenenza*”.

Fino all’emanazione della legge 190/2012 il *whistleblower* non riceveva una tutela nel nostro ordinamento posto che né lo Statuto dei lavoratori né la legge n.

¹⁰⁸ Da tradursi con “l’arbitro che fischia nel fischietto”, cioè colui il quale “spiffera” al proprio “capo” i comportamenti illeciti dei propri colleghi.

¹⁰⁹ Per un approfondimento dell’istituto si veda C. BOVA, *Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti: il whistleblowing*, in *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, Roma, 2013; P.GHINI, *L’utilizzo di un sistema di whistleblowing quale ausilio nella prevenzione delle frodi e dei reati*, in *Resp. Amm. Soc. Ent.*, 2, 2001.

¹¹⁰ Si veda, fra tutti, sul tema: R. CANTONE, *La tutela del whistleblower. L’art. 54 bis del D.Lgs. 165/2001 (art. 1 comma 51)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

¹¹¹ Sia nella Convenzione di Merida (2003), sia nel Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, stabilito dal Consiglio dell’Unione europea (27 settembre 1996), sia nella Convenzione penale sulla corruzione (2003) non è riportata una definizione comune del fenomeno. Tuttavia la dottrina, al fine di delineare i confini dello stesso, è solita prendere a riferimento la definizione fornita in uno studio commissionato dal Parlamento europeo e realizzato da Rohde-Liebeneu (*Whistleblowing Rules: Best practice; Assessment and revision of rules existing in EU institutions*) nel 2006 che definisce il fenomeno quale “*the insider disclosure of what is perceived to be evidence of illegal conduct or other serious risks, out or in to an organisation’s activities including the work related activities of its staff*”.

108/1990 (in materia di licenziamento discriminatorio) qualificavano il *whistleblowing* come possibile strumento discriminatorio ai danni del dipendente, consentendo, di fatto, la possibilità di porre in essere atti ritorsivi nei confronti del soggetto che segnalasse condotte, potenzialmente configuranti ipotesi delittuose, senza al contrario prevedere alcuna specifica tutela¹¹².

Alla luce della suddetta lacuna, la dottrina aveva ipotizzato che tale *vulnus* fosse giustificato da una precisa volontà legislativa, ovvero quella di ‘punire’ la mancata fedeltà del lavoratore – manifestata attraverso la suddetta segnalazione – in violazione dell’art. 1205 c.c.¹¹³.

La disciplina del fenomeno, dunque, veniva ricondotta al rapporto contrattuale e, in particolare, gestita tenendo in considerazione i doveri di stampo civilistico imposti al dipendente, alla luce della natura privatistica riconosciuta al rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione.

Con la L. 190/2012, il Legislatore è intervenuto a disciplinare il fenomeno, dando attuazione agli specifici obblighi assunti dall’Italia in sede internazionale.

Si noti, infatti che le convenzioni internazionali in più occasioni si erano occupate della necessità di adottare norme a tutela dei dipendenti pubblici (o privati) che avessero segnalato illeciti rispetto ai quali fossero estranei¹¹⁴.

¹¹² L’assenza di una disciplina *ad hoc* nell’ambito del diritto del lavoro non equivale, tuttavia, ad un’assenza generalizzata di disciplina del fenomeno. Difatti, quest’ultima, in termini penalistici, era già desumibile dal combinato disposto degli artt. 311, 361 e 362 c.p.p. dai quali si evince che sussiste un obbligo, penalmente sanzionato, in capo al pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio, di denunciare senza ritardo i fatti illeciti di cui essi hanno avuto notizie nell’esercizio o in occasione delle proprie funzioni.

¹¹³ In questo senso, F. GANDINI, *La protezione del whistleblowers*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), Astrid, 2010. L’Autore richiama la Cass. 4 aprile 2005 ai sensi della quale: “*dal collegamento dell’obbligo di fedeltà, di cui all’art. 2105 c.c., con i principi generali di buona fede e di correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c., deriva che il lavoratore deve astenersi non solo dai comportamenti espressamente vietati dal suddetto art. 2105, ma anche da qualsiasi altra condotta che, per natura e per le sue possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi all’inserimento del lavoratore nella struttura e nell’organizzazione dell’impresa o crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima o sia comunque idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto.*”

¹¹⁴ L’interesse sovranazionale alla tutela del segnalante, tuttavia, si limitava alla constatazione circa la necessità di adottare strumenti che impedissero azioni ritorsive nei confronti del soggetto. Non già, invece, in merito all’opportunità che gli Stati si dotassero di disposizioni che, applicando un trattamento sanzionatorio più favorevole con connotati di premialità, stimolassero i soggetti del rapporto corruttivo a collaborare con gli inquirenti. In questo senso: il rapporto WGB dell’OCSE del 2011 che, anzi, sembra essere addirittura contrario all’introduzione di questa tipologia di norme.

Ci si riferisce, in particolare, alla Convenzione civile sulla corruzione (Strasburgo, 1999), ratificata in Italia con legge 8 giugno 2012 n. 112.

L'art. 9 della Convenzione in parola, senza fare particolari distinzioni fra il pubblico e il privato, aveva stabilito che: “*ciascuna parte prevede nel suo diritto interno un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti dei dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denuncino fatti di corruzione alle persone o alla autorità responsabili.*”

La soluzione posta in sede internazionale era, dunque, volta a bilanciare i doveri di fedeltà e confidenzialità nei confronti del datore di lavoro con la necessità di riferire i fatti corruttivi¹¹⁵.

La tutela accordata al dipendente si traduceva, nel caso in cui la denuncia fosse fatta in buona fede – con esclusione, dunque, del *malicious report* –, nell'impossibilità di sanzionare, con funzione ritorsiva, il dipendente che avesse denunciato un fatto di corruzione, qualificando come ingiustificata qualsiasi sanzione applicata al *whistleblower*.

L'art. 1 comma 51 della L. 190/2012¹¹⁶, dunque, conformandosi al *trend* inaugurato in sede internazionale, ha sancito per la prima volta la tutela del *whistleblower* introducendo nel D.Lgs. 165/2001 una specifica norma, l'art. 54 *bis*, rubricato “*Tutela del dipendente che segnala illeciti*”, subito dopo la sezione dedicata ai codici di comportamento¹¹⁷.

Il legislatore del 2012, dunque, aveva scelto di non creare una normativa completa e indipendente sul *whistleblowing* ma ha optato per l'inserimento della materia all'interno della normativa giuslavorista vigente per il settore del pubblico impiego.

Sul punto si veda: L. SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici*, in Cass. Pen. 2012.

¹¹⁵ R. Cantone, op. cit.

¹¹⁶ Fra i primi commenti: R. RAZZANTE, *Whistleblowing e nuova legge anticorruzione*, in *www.diritto24, il sole24ore.com*; G. FRASCHINI, *Whistleblowing e sistemi di protezione: stato dell'arte e considerazioni. Rapporto sulla ricerca svolta da transparency international-Italia*, in AA.VV. *Il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania, 2011.

¹¹⁷ Si segnala, sul punto, anche C. BOVA, *Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti: il whistleblowing*, in *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, Roma, 2013.

La scelta sistematica non è stata di poco conto e, anzi, costituisce un ulteriore appiglio idoneo a qualificare i doveri del pubblico dipendente come prettamente pubblici.

L'obiettivo, infatti, della tutela del *whistleblower* nell'ottica nazionale non è stato tanto e solo quello di individuare un punto di equilibrio fra il dovere di fedeltà nei confronti del datore di lavoro e il dovere di riferire i fatti illeciti quanto, piuttosto, quello di costituire un sistema di controllo diffuso della legalità, affidando ad ogni pubblico dipendente il compito di vigilare affinché non si commettano fatti corruttivi nella struttura amministrativa di appartenenza.

L'introduzione dello strumento di tutela in parola, infatti, ha perseguito il fine di incoraggiare i dipendenti a divenire i primi osservatori delle illegalità commesse, così da realizzare una sorta di solidarietà verticale fra il dipendente e l'organo gerarchicamente superiore, al fine di garantire un più diffuso e capillare controllo sulla legalità dell'azione amministrativa.

Al dipendente, quindi, oltre che essere attribuiti, come visto, nuovi 'doveri pubblici' sono stati riconosciuti anche nuovi 'diritti pubblici', con ulteriore caratterizzazione pubblicistica del rapporto di impiego.

La tutela accordata al dipendente in relazione ad eventuali condotte ritorsive poste in essere nei suoi confronti a seguito della segnalazione compiuta, inoltre, non è stata limitata alle denunce aventi ad oggetto fatti di reato ma si è ritenuta applicabile, dal punto di vista oggettivo, ad ogni segnalazione di "condotte illecite"¹¹⁸.

Tale ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, dunque, ha fatto emergere un rafforzamento dell'importanza del ruolo collaborativo del dipendente, il quale non è chiamato ad agire solamente al fine di contrastare la corruzione penalmente intesa, ma è divenuto strumento di osservazione anche di quei fenomeni distorsivi che, pur non configurando un'ipotesi delittuosa, risultano essere indici rilevatori di *maladministration*.

¹¹⁸ Secondo gli osservatori, *in primis*, R. CANTONE, op. cit: "quest'ultimo è un concetto interpretabile ad ampio spettro, potendoci rientrare le irregolarità contabili, le false certificazioni di pagamenti in nero, ma anche le violazioni delle norme in materia ambientale o di sicurezza sul lavoro. Dubbia è, invece, la possibilità di estenderlo fino alle violazioni contrattuali, che forse potrebbero rilevare nei limiti in cui dovessero integrare atti illeciti."

Venendo alla disciplina in concreto predisposta con la legge anticorruzione, il comma 1 dell'art. 54 *bis* del D.Lgs. 165/2001, ha previsto che: *“Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., il pubblico dipendente che denuncia all'Autorità Giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia”*.

La legittimazione attiva è stata riconosciuta in capo a colui che abbia appreso le notizie “in ragione del rapporto di lavoro”, ricomprendendo con tale espressione sia quanto appreso in virtù dell'ufficio rivestito che le notizie di cui il dipendente si sia venuto a conoscenza casualmente in occasione dello svolgimento di mansioni lavorative¹¹⁹.

Per quanto riguarda, in particolare, l'attendibilità delle informazioni riferite dal segnalante, la disposizione non ha chiarito se le stesse possano avere ad oggetto anche meri sospetti ovvero se sia necessario che queste siano connotate da una peculiare serietà¹²⁰.

Nonostante l'assenza di una precisa indicazione sul punto si è, inizialmente, ritenuto che non possano essere tutelati i soggetti che abbiano fondato i propri *report* su meri sospetti, anche al fine di tutelare i soggetti destinatari degli stessi da indagini interne pregiudizievoli.

L'informazione riferita, dunque, deve essere in qualche modo corredata dal carattere della credibilità.

La natura di esimente della segnalazione ha trovato, tuttavia, ai sensi del primo comma dell'art. 54 *bis*, tre puntuali eccezioni.

¹¹⁹ Sembra da escludersi l'ipotesi delle informazioni di scienza privata.

¹²⁰ Parte della dottrina (S. SPADARO, A. PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012 n. 190)*, in *Il penalista*, 2012, n. speciale) ha ritenuto che, in relazione alla probità delle informazioni, questa disciplina vada tenuta distinta da quella penalistica di cui all'art. 331 c.p. che richiede un grado di consapevolezza maggiore. La ragione della mitigazione della probità dell'informazione sarebbe, infatti, direttamente proporzionale al dovere in capo al soggetto venuto a conoscenza della notizia. Se, infatti, l'art. 54 *bis* attribuisce una mera facoltà, l'art. 331 c.p. impone un vero obbligo, penalmente sanzionato, in capo al pubblico ufficiale.

In primo luogo, si è stabilito che questa non operi laddove il *report* configuri il reato di calunnia, nell'ipotesi in cui il soggetto fosse conscio, al momento della segnalazione, dell'innocenza del destinatario rispetto ai fatti segnalati costituenti reato.

In secondo luogo, nel caso di diffamazione, laddove il soggetto denunciante abbia, con comunicazione rivolta ad almeno due altri soggetti, leso l'onore e la reputazione del destinatario del report.

In terzo luogo, l'esimente non è configurabile laddove emerga una responsabilità extracontrattuale a carico del dipendente segnalante in ragione della condotta di segnalazione posta in essere.

L'esclusione dell'operatività della scriminante in caso di responsabilità *ex art.* 2043 c.c. sembra apportare un utile contributo interpretativo in relazione al grado di certezza richiesto nella predisposizione del report di segnalazione.

Infatti, com'è noto, l'imputabilità della responsabilità civile è ammessa, per quanto attiene all'elemento psicologico, in caso di dolo ovvero di colpa. Di conseguenza, l'eccezione alla tutela – laddove il soggetto si sia reso responsabile, *ex art.* 2043 c.c., di un danno nei confronti del soggetto segnalato – porta ad escludere l'operatività dell'esimente nel caso in cui la condotta del segnalante sia colposa e, dunque, quando le informazioni siano state tratte per mezzo di una condotta imperita, imprudente o negligente.

Il richiamo all'assenza della colpa, inoltre, sembra in linea con le indicazioni rese in sede internazionale che, infatti, richiedevano una condotta improntata sulla buona fede che, per sua natura, esclude la colpa¹²¹.

La tutela della c.d. segretezza della identità del segnalante è riconosciuta dal comma 2 che prevede che *“nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto*

¹²¹ S. SPADARO, A. PASTORE, op. cit.: *“sarebbe da preferire una lettura della clausola che metta in luce la differenza tra integrazione oggettiva dell'illecito, civile o penale, e l'attribuibilità soggettiva dello stesso, sia sotto il profilo penalistico che sotto quello della colpa ex art. 2043 c.c.; così ragionando il presupposto per l'operatività sarebbe la buona fede”*.

o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato"¹²².

Al fine di proteggere la riservatezza del segnalante ed evitare, di conseguenza, l'adozione di condotte ritorsive nei suoi confronti, durante i procedimenti di accertamento degli illeciti avviati nei confronti delle persone accusate all'interno di una segnalazione, l'identità del *whistleblower* non può essere rivelata senza il suo consenso. Le informazioni oggetto della segnalazione, inoltre, sono sottratte al diritto di accesso agli atti, salva l'ipotesi in cui il contenuto dell'informazione sia stato il fondamento, totale o parziale, della contestazione dell'illecito.

Il meccanismo di tutela approntato avverso i provvedimenti ritorsivi è stato delineato dall'art. 54 *bis* comma 3 il quale, piuttosto che prevedere un intervento diretto sui provvedimenti illegittimi, ha stabilito che: *“L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della Funzione Pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere”*.

L'ambito di operatività della delineata tutela, come osservato dai primi commentatori, è stato limitato alla possibilità di proporre, in sede di impugnazione dei provvedimenti disciplinari illegittimi, l'azione fondata sulla violazione del divieto di atti ritorsivi, senza una previsione legislativa volta a porne nel nulla gli effetti^{123 124}.

¹²² Le segnalazioni vanno pertanto ad aggiungersi alle categorie di atti esclusi dal diritto d'accesso da parte della persona interessata, contemplate ai sensi dell'art. 24 D.Lgs. n. 241/1990. L'ipotesi eccezionale prevede che l'identità del *whistleblower* possa essere rivelata nei casi in cui la conoscenza dell'identità del segnalatore sia assolutamente necessaria per la difesa della persona segnalata.

¹²³ R. CANTONE, op. cit.

¹²⁴ R. LATTANZI, *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare «ad occhi chiusi»?*, in *Riv. Ital. Dir. Lav.*, 2, 2010. L'Autore, in particolare, si sofferma a approfondire l'analisi delle misure c.d. *anti-retaliation*. Si tratta, in estrema sintesi, di introdurre misure per prevenire, nelle ipotesi più gravi, il licenziamento ma anche demansionamenti, trasferimenti o, più in generale, qualsiasi comportamento volto a ledere il lavoratore come il *mobbing* o fenomeni di *bossing*.

6.1. Segue: Le Linee Guida A.N.A.C. sulla tutela del *whistleblower*.

Con la Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, l'A.N.A.C. ha emanato le "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)" al fine di chiarire l'ambito di applicazione e modulare la concreta gestione del procedimento a tutela del segnalante¹²⁵.

Tuttavia, prima di procedere alla concreta regolamentazione dell'istituto, l'ANAC ha espressamente affermato che l'art. 54 *bis* nel D.Lgs. 165/2001 è volto a prevedere una "*forma di tutela nell'interesse oggettivo dell'ordinamento, funzionale all'emersione di fenomeni di corruzione e mala gestio*".

La tutela accordata al dipendente, dunque, ha come primo obiettivo quello di tutelare l'ordinamento del suo complesso, attraverso un controllo diffuso sull'operato della P.A., al fine di realizzare un adeguato contrasto dei fenomeni corruttivi, possibile solo laddove si tuteli il dipendente perseguitato con atti di ritorsione¹²⁶.

L'ulteriore funzione svolta dalle segnalazioni che, dunque, prescinde dalla semplice valenza interna con riguardo all'apparato burocratico di appartenenza ma si spinge fino a rendere un servizio di segnalazione volto anche a tutelare l'esercizio dei poteri contrattuali della P.A., sottolinea in misura ancora maggiore la portata pubblicistica dell'istituto.

Quanto poi all'interpretazione più specifica dell'istituto in parola, le Linee Guida si soffermano, in primo luogo, sull'ambito soggettivo di applicazione.

A tal riguardo queste evidenziano, da un lato, che le strutture amministrative di riferimento sono quelle qualificate come PP.AA. dall'art. 1, comma 2 del D.Lgs.

¹²⁵ Già il PNA del 2015 aveva ricondotto esplicitamente la tutela del segnalante fra le misure generali finalizzate alla prevenzione della corruzione, in particolare fra quelle obbligatorie, in quanto disciplinate direttamente dalla legge.

¹²⁶ Gli elementi di pubblicità introdotti, dunque, dovrebbero portare sempre più l'interprete nella direzione di rivalutare la natura del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. secondo una logica nuova, improntata all'affermarsi di doveri e di diritti di spiccata natura pubblica.

Le Linee Guida hanno ricordato, inoltre, che la disciplina di cui trattasi è stata ripresa anche dalla L. 90/2014 che ha stabilito che, anche per le funzioni di vigilanza in materia di contratti pubblici, l'ANAC possa avviare i procedimenti ispettivi a seguito di segnalazioni pervenute ai sensi dell'art. 54 *bis* del D.Lgs. 165/2001.

165/2001, e, dall'altro, che per "dipendente pubblico" debba intendersi il soggetto che presta la propria attività lavorativa alle dipendenze delle medesime PP.AA.

Nella nozione di pubblico dipendente sono, dunque, ricompresi tanto i dipendenti con rapporto di lavoro di diritto privato (art. 2, co. 2) quanto, compatibilmente con la peculiarità dei rispettivi ordinamenti, i dipendenti con rapporto di lavoro di diritto pubblico (art. 3 del medesimo decreto).

Il diritto del dipendente, quindi, sorge in ragione del servizio reso in funzione di tutela dell'interesse pubblico generale. C'è, dunque, corrispettività non fra posizioni sinallagmatiche di stampo civilistico, bensì alla luce di un interesse pubblico, da un lato, e un servizio alla Nazione, dall'altro.

Con riferimento, invece, alle nozioni di anonimato e di riservatezza, volte a tutelare il segnalante al fine di proteggerlo da eventuali ritorsioni, viene specificato che *“il procedimento di gestione della segnalazione deve garantire la riservatezza dell'identità del segnalante sin dalla ricezione della segnalazione e in ogni fase successiva. Naturalmente la garanzia di riservatezza presuppone che il segnalante renda nota la propria identità. Non rientra, dunque, nella fattispecie prevista dalla norma come «dipendente pubblico che segnala illeciti», quella del soggetto che, nell'inoltrare una segnalazione, non si renda conoscibile. In sostanza, la ratio della norma è di assicurare la tutela del dipendente, mantenendo riservata la sua identità, solo nel caso di segnalazioni provenienti da dipendenti pubblici individuabili e riconoscibili”*¹²⁷.

Per meglio delineare la disciplina da applicare in tema di segnalazione di illeciti, inoltre, sono espressamente richiamate le norme processuali penali di cui agli artt. 331, 361 e 362 c.p.p.

Le Linee Guida si premurano, infatti, di precisare che la disciplina in parola mantiene fermo l'obbligo gravante su determinati soggetti, previsto dalle suddette disposizioni, di riferire all'Autorità Giudiziaria fatti aventi una caratura penale ma, in aggiunta, prevede in capo agli stessi la facoltà di segnalare anche i meri comportamenti illegittimi non configuranti illecito penale.

¹²⁷ Ciò tuttavia non comporta l'impossibilità di prendere in analisi anche le segnalazioni anonime che risultino sufficientemente circostanziate e, dunque, *“in grado di far emergere fatti e situazioni relazionandoli a contesti determinati.”*

Il parallelismo effettuato appare, a parere di chi scrive, particolarmente suggestivo.

Sembrerebbe, da un lato, che sia stata avvertita l'esigenza di evidenziare la diversa natura delle previsioni ribadendo la portata facoltativa dell'una e quella obbligatoria dell'altra ma, allo stesso tempo, l'avvicinamento concettuale fra gli istituti sembra far intendere che, anche nelle intenzioni del legislatore, la previsione normativa di segnalazione degli illeciti persegua lo stesso fine di interesse generale ascrivibile agli artt. 331, 361 e 362 c.p.p.¹²⁸.

Con riguardo, poi, all'oggetto della segnalazione, le Linee Guida chiariscono che per 'condotte illecite' debbano intendersi *“non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione di cui al Titolo II, Capo I, del codice penale”* ma anche *“le situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati, nonché i fatti in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un mal funzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite, ivi compreso l'inquinamento dell'azione amministrativa ab externo.”*

Il dipendente, quindi, ha diritto di essere tutelato laddove segnali la commissione di fatti che, a prescindere dalla loro rilevanza penale, concretino in ogni caso fenomeni di c.d. corruzione amministrativa.

La tutela accordata al dipendente, chiariscono le Linee Guida, consiste nel sistema di riconoscimento dell'illegittimità degli atti ritorsivi compiuti ai suoi danni salvi i limiti già menzionati, ovvero nel caso in cui la condotta del segnalante abbia configurato l'ipotesi delittuosa di calunnia, di diffamazione o di responsabilità extracontrattuale per i medesimi fatti¹²⁹.

¹²⁸ Viene, in ogni caso chiarito, che *“la segnalazione al superiore gerarchico, al Responsabile della prevenzione della corruzione o all'A.N.AC., non sostituisce, laddove ne ricorrano i presupposti, quella all'Autorità Giudiziaria e consente all'amministrazione o all'A.N.AC. di svolgere le opportune valutazioni sul funzionamento delle misure di prevenzione della corruzione adottate ai sensi della legge 190/2012 e di acquisire elementi per rafforzarne l'efficacia.”*

¹²⁹ Sul punto si segnalano anche recenti arresti della giurisprudenza di merito fra i quali Tribunale Ravenna, 06/12/2017, n. 376 secondo il quale: *“Non integra giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento la condotta del lavoratore che denunci all'autorità giudiziaria o all'autorità amministrativa competente fatti di reato o illeciti amministrativi commessi dal datore di lavoro, a meno che non risulti il carattere calunnioso della denuncia o la consapevolezza della insussistenza dell'illecito, e sempre che il lavoratore si sia astenuto da iniziative volte a dare*

Secondo l'interpretazione resa dall'A.N.A.C., tuttavia, l'ambito di operatività delle suddette eccezioni è limitato alle ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna che abbia definitivamente accertato la responsabilità penale o civile del dipendente.

Non è, dunque, sufficiente la mera instaurazione del procedimento di accertamento della responsabilità, ma è richiesta una condanna definitiva.

Se così non fosse, infatti, si porrebbe chiaramente nel vuoto la tutela accordata perché, intervenuta una segnalazione da parte di un soggetto del quale l'identità è emersa, ben potrebbe il destinatario della stessa procedere con querela nei suoi confronti, ovvero con un atto di citazione per risarcimento dei danni, mettendo 'fuori gioco' il dipendente 'infedele'.

Per quanto attiene, in particolare, al diritto alla riservatezza è ricordato, poi, che vi sono ipotesi in cui lo stesso cede il passo alla necessità di una contestazione puntuale degli addebiti e al diritto di difesa del segnalato.

Le Linee Guida sottolineano la particolare importanza da riconoscere al momento valutativo in parola e stabiliscono che *“spetta al responsabile dell'ufficio procedimenti disciplinari valutare, su richiesta dell'interessato, se ricorra la condizione di assoluta indispensabilità della conoscenza del nominativo del segnalante ai fini della difesa.”*

Per quanto attiene, infine, allo svolgimento della procedura, è previsto che *“Nell'ambito del Piano di prevenzione della corruzione, adottato dall'organo di indirizzo, le amministrazioni disciplinano la procedura di gestione delle segnalazioni definendone ruoli e fasi. In tale procedura il ruolo del Responsabile della prevenzione della corruzione è centrale visto che, come già sottolineato, è il destinatario delle stesse nonché il soggetto competente a svolgere una prima istruttoria circa i fatti segnalati.”*

pubblicità a quanto portato a conoscenza delle autorità competenti. Proprio la presenza e la valorizzazione di interessi pubblici superiori porta ad escludere che nell'ambito del rapporto di lavoro la sola denuncia all'autorità giudiziaria di fatti astrattamente integranti ipotesi di reato, possa essere fonte di responsabilità disciplinare e giustificare il licenziamento per giusta causa, fatta eccezione per l'ipotesi in cui l'iniziativa sia stata strumentalmente presa nella consapevolezza della insussistenza del fatto o della assenza di responsabilità del datore. Perché possa sorgere la responsabilità disciplinare non basta, quindi, che la denuncia si riveli infondata e il procedimento penale venga definito con la archiviazione della notizia criminis o con la sentenza di assoluzione, trattandosi di circostanze non sufficienti a dimostrare il carattere calunnioso della denuncia stessa.”

Laddove, all'esito di una prima istruttoria, non si ravvisino elementi di manifesta infondatezza, il Responsabile dovrà trasmettere la segnalazione e la documentazione raccolta ai soggetti terzi, competenti all'emanazione dei successivi provvedimenti.

Fra questi vengono individuati: il dirigente della struttura, l'ufficio dei procedimenti disciplinari, l'Autorità giudiziaria nel caso in cui vengano in rilievo ipotesi delittuose, l'A.N.A.C. e la Corte dei Conti per i profili di rispettiva competenza e il Dipartimento della Funzione pubblica.

Le Linee Guida auspicano l'adozione, da parte dei suddetti soggetti, di adeguati sistemi di valutazione e di monitoraggio volti tanto alla corretta gestione delle segnalazioni ricevute che alla tutela del diritto alla riservatezza del soggetto segnalante.

6.2. Segue: la nuova disciplina a tutela del *whistleblower*.

La richiamata disciplina è stata, tuttavia, modificata con un recente intervento del Legislatore che, con la L. 179/2017 ha, da un lato, integrato la disciplina già prevista a seguito della L. 190/2012 con disposizioni volte a rafforzare la tutela del dipendente e, dall'altro, ha esteso l'applicazione della suddetta normativa anche ai dipendenti privati.

Espressamente la rubrica della normativa, infatti, fa riferimento alla tutela degli autori di segnalazioni di reati o di irregolarità di cui siano venuti a conoscenza tanto nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico che privato.

La suddetta specificazione risulta, a prima vista, piuttosto singolare almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, rileva l'espressione lessicale utilizzata dal legislatore che, abbandonata l'ormai tradizionale dicitura di 'rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze della P.A.', ha recuperato la dicotomia 'rapporto di lavoro pubblico – rapporto di lavoro privato', quasi riqualificando *tout court* il rapporto di lavoro alle

dipendenze della P.A. come un rapporto di lavoro pubblico, in totale antinomia rispetto alla tendenza ormai consolidata¹³⁰.

In secondo luogo, appare piuttosto rilevante l'intenzione del legislatore di intervenire a regolamentare, con normativa di carattere unilaterale, anche il rapporto di lavoro privato pur di garantire l'implementazione del contrasto all'illegalità e ai fenomeni corruttivi.

Quest'ultima innovazione appare coerente, tuttavia, con la modificazione dell'istituto della c.d. corruzione fra privati, introdotta con il D.Lgs. 38/2017 (in attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio Europeo relativa alla lotta della corruzione nel settore privato), di cui all'art. 2635 c.c.

È evidente, infatti, l'attenzione riposta dal Legislatore tanto alla corruzione intesa nella sua essenza pubblicistica – di cui si è ampiamente detto – quanto al fenomeno della corruzione fra privati che, pur non comportando un pregiudizio avente rilievo pubblicistico immediato, è comunque sintomatica di un distorto funzionamento del mercato e, conseguentemente, determina un indiretto pregiudizio economico allo Stato.

La modifica della disciplina relativa alla tutela dei dipendenti pubblici segnalanti illeciti è affidata all'art. 1 del D.Lgs. 179/2017.

Il Legislatore della riforma, proprio alla luce del duplice ambito di applicazione della normativa in parola, ha ritenuto opportuno specificare che cosa debba intendersi per pubblico dipendente. In tal senso è stato affermato che per dipendente pubblico si intende il soggetto alle dipendenze della P.A. ex art. 2 del D.Lgs. 165/2001, la categoria di soggetti richiamati all'art. 3 del medesimo e i soggetti che sono alle dipendenze dell'ente pubblico economico ovvero di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c.

¹³⁰ Al fine di meglio delimitare l'ambito di applicazione della suddetta disciplina e proprio nell'ottica di rafforzare la portata onnicomprensiva delle disposizioni di cui al primo comma, il secondo comma dell'art. 52 bis del D.Lgs. 165/2001 è stato come segue modificato: *“Ai fini del presente articolo, per dipendente pubblico si intende il dipendente delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, ivi compreso il dipendente di cui all'articolo 3, il dipendente di un ente pubblico economico ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. La disciplina di cui al presente articolo si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica.”*

La suddetta specificazione risulta di particolare rilievo. Com'è noto, infatti, la disciplina applicabile ai soggetti di cui all'art. 2 e a quelli di cui all'art. 3 del D.Lgs. 165/2001 è stata, fin dall'emanazione del T.U.P.I., differenziata proprio nell'ottica della privatizzazione cui il suddetto decreto mirava. Se, infatti, i soggetti di cui all'art. 2 sono stati sottoposti alla disciplina comune con piena applicabilità delle norme contenute nel Codice Civile e conseguente giurisdizione del giudice ordinario, i soggetti di cui all'art. 3 – alla luce delle peculiari qualifiche da essi rivestite – hanno continuato ad essere sottoposti ad una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella comune, in evidenza della forte connotazione pubblica della funzione rivestita, con giurisdizione del giudice amministrativo.

Con l'equiparazione intervenuta con il D.Lgs. 179/2017 in relazione alla tutela del segnalante, sembra che il Legislatore abbia, in qualche misura, superato la modulazione finora caratterizzante le due categorie, uniformandone la disciplina applicabile.

Ciò premesso può osservarsi brevemente che, con la riforma in parola, il legislatore ha, in primo luogo, inteso, per quanto riguarda la tutela nel settore 'pubblico,' modificare l'art. 54 *bis* del D.Lgs. 165/2001 rendendo precettivo e imperativo il divieto già precedentemente previsto.

A seguito della suddetta novella legislativa, infatti, il comma I della richiamata disposizione, dispone il divieto assoluto di porre in essere qualsivoglia condotta ritorsiva nei confronti del dipendente che abbia segnalato un illecito al Responsabile, all'A.N.A.C., all'Autorità giudiziaria o a quella contabile.

L'assunto da cui il Legislatore muove è, dunque, che tutti i provvedimenti emanati nei confronti del dipendente a seguito della sua segnalazione (licenziamento, demansionamento, trasferimento, sanzione disciplinare e qualsiasi altra misura organizzativa avente contenuto afflittivo nei confronti del soggetto) sono vietati.

Il Legislatore, inoltre, al fine di rendere effettivo tale precetto tramite la previsione di un adeguato controllo, ha previsto che l'adozione dei suddetti

provvedimenti debba essere celermente comunicata all'A.N.A.C. e alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative¹³¹.

All'A.N.A.C., in particolare, viene riconosciuto un penetrante potere istruttorio e sanzionatorio nel caso in cui emerga la natura ritorsiva del provvedimento in oggetto.

Pervenuta, infatti, la notizia del provvedimento discriminatorio, l'A.N.A.C. deve rivolgersi all'adottante per chiedere la produzione di giustificativi idonei a dimostrare l'estraneità della segnalazione dall'assetto motivazionale del provvedimento negativo.

Nel caso in cui l'onere probatorio non sia assolto, ovvero l'istruttoria conduca comunque a ritenere che il provvedimento in esame sia stato emanato proprio per ragioni di ritorsione, l'A.N.A.C. è legittimata ad emanare una sanzione pecuniaria personale nei confronti del soggetto che ha emanato il provvedimento, ovvero del suo responsabile, fino a un massimo di 30.000 €.

Il provvedimento illegittimo, inoltre, deve essere annullato e deve essere predisposto l'ordine di reintegrazione laddove il provvedimento abbia comportato il licenziamento o il trasferimento¹³².

Nel caso in cui, invece, si constati che il responsabile della P.A. di appartenenza non abbia adempiuto adeguatamente agli oneri imposti a tutela del dipendente pubblico, l'A.N.A.C. potrà condannarlo ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di 50.000 €.

¹³¹ Pervenuta la suddetta notizia l'ANAC è tenuta a informarne il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri e gli altri organismi di vigilanza.

¹³²La norma non brilla di chiarezza con riferimento al procedimento di annullamento e all'obbligo di adozione del provvedimento conseguente. In particolare, non è chiaro se tale obbligo di annullamento gravi sulla P.A. di appartenenza ovvero sia relativo alla pronuncia del giudice adito.

Entrambe le soluzioni appaiono problematiche. Rispetto alla prima, difatti, non si vede come possa essere imposto, dietro ordine dell'ANAC, l'annullamento d'ufficio di un provvedimento che, secondo costante giurisprudenza, ha natura eminentemente privata. Ugualmente contraddittorio sarebbe imporre, ancora, l'esercizio del potere in autotutela violando i presupposti di discrezionalità che connotano la stessa. (A ben vedere si riproporrebbe la stessa criticità già riscontrata con riferimento all'art. 211 nella prima versione del D.Lgs. 50/2016, che ha comportata la necessaria modifica ad opera del decreto correttivo del 2017).

Altrettanto critica sarebbe la soluzione che prevede l'obbligo di annullamento del provvedimento da parte del giudice ordinario poiché in questo caso si attribuirebbe all'ANAC il potere di emanare un parere vincolante nei confronti di un'amministrazione giudiziaria di norma assolutamente esclusa, per diretta applicazione dei principi costituzionali, da questi meccanismi consultivi.

Resta fermo il divieto di esercitare il diritto di accesso agli atti con riferimento alle suddette segnalazioni, salva l'ipotesi in cui tale accesso sia necessario per assicurare il diritto di difesa.

La segnalazione è, in ogni caso, sottoposta a particolari diritti di riservatezza a seconda del processo nel quale viene utilizzata. Mentre nel processo penale questa deve essere garantita dall'obbligo di segreto, *ex art. 329 c.p.p.*, nel processo contabile l'obbligo di segreto perdura fino alla chiusura della fase istruttoria. Diversamente, nel processo disciplinare l'identità del segnalante non può mai essere rilevata laddove il procedimento contenga anche documenti e dati ulteriori rispetto alla segnalazione. In alternativa, l'identità del segnalante potrà essere comunicata solo ove ciò sia indispensabile per la difesa del soggetto e vi sia il consenso del segnalante.

Con riguardo, invece, alla tutela dei dipendenti privati, l'art. 2 del D.Lgs. 179/2017 provvede a modificare l'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 inserendo un'apposita disciplina. Le modifiche apportate sono articolate in due direzioni: da un lato sono volte a decretare l'illegittimità dei provvedimenti ritorsivi posti in essere dal datore di lavoro nei confronti del dipendente segnalante, dall'altro perseguono l'obiettivo di prevedere l'inserimento, anche nelle realtà aziendali, di canali idonei alle suddette segnalazioni, al fine di delineare una disciplina uniforme per la segnalazione degli illeciti.

Di particolare rilievo appare anche l'art. 3 della richiamata riforma.

Difatti, proprio al fine di chiarire le intenzioni del Legislatore e di eliminare i dubbi che erano sorti in merito all'effettiva volontà di temperare il dovere di fedeltà richiesto al dipendente, è espressamente previsto che il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, tanto pubbliche che private, costituisca giusta causa per la rilevazione di quelle informazioni coperte da segreto.

Come si era già evidenziato, infatti, parte degli osservatori aveva ritenuto che l'assenza, nel nostro ordinamento, di una disciplina a tutela del segnalante illeciti fosse ascrivibile alla volontà di tutelare, ad ogni costo, il dovere di fedeltà di cui all'art. 1205 c.c. che, difatti, avrebbe impedito di ritenere legittima la divulgazione di notizie riservate, a prescindere dal fatto che queste fossero relative ad illeciti commessi all'interno dell'amministrazione di appartenenza.

La mancanza di una tutela nei confronti del dipendente segnalante si sarebbe atteggiata come una risposta sanzionatoria al comportamento infedele dello stesso.

Per superare le suddette perplessità, dunque, il Legislatore è intervenuto direttamente su questo aspetto espressamente sancendo l'insussistenza della violazione del dovere di fedeltà in quelle ipotesi in cui la segnalazione sia finalizzata ad assicurare l'integrità dell'amministrazione.

Questa specificazione appare di rilevante entità perché starebbe a evidenziare l'imponente ri-pubblicizzazione dei doveri del dipendente della P.A.

La suddetta ri-pubblicizzazione, più che manifestarsi tramite un completo svuotamento degli obblighi di carattere privatistico ricadenti sul dipendente, si esprimerebbe tramite l'anteposizione dei doveri di carattere pubblico rispetto a quelli meramente contrattuali.

Laddove, infatti, tali doveri risultino in contrasto, quelli di natura pubblica saranno ritenuti preminenti perché preminente, secondo la logica del Legislatore, è la necessità di recuperare l'integrità della P.A. rispetto all'obiettivo della cieca privatizzazione dei rapporti di lavoro.

Sembrirebbe, dunque, che le esigenze di legalità e di integrità della P.A. siano, ad oggi, talmente dirompenti ed impellenti da necessitare un profondo ripensamento della stessa natura del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. che, finché compatibile con le suddette esigenze, può conservare la sua natura privatistica ma che, una volta emerso l'interesse pubblico prevalente, si trasforma in un vero e proprio rapporto di lavoro pubblico – così come qualificato anche dallo stesso Legislatore – al fine di assicurare, in primo luogo, il rispetto dei principi di rilevanza costituzionale.

Alla luce delle intervenute modifiche in punto di disciplina, il Legislatore ha incaricato l'ANAC di redigere nuove Linee Guida relative alle procedure per la gestione delle segnalazioni degli illeciti, che andranno a sostituire quelle *medio tempore* adottate.

La delega in parola si inserisce, come già detto, nell'intenzione legislativa di attribuire all'ANAC un potere pressoché illimitato in tema di anticorruzione e di contrasto alla mala amministrazione, che spazia dai poteri di *soft regulation* a quelli istruttori fino giungere a poteri sanzionatori e ordinatori.

II. I nuovi doveri dei pubblici dipendenti e le conseguenze in caso di inadempimento.

1. La prima “ripubblicizzazione” del Pubblico impiego. Il D.Lgs. 150/2009 e le modifiche in tema di responsabilità disciplinare.

La natura del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. ha subito, com'è noto, un'evoluzione significativa nell'ultima metà del secolo scorso a seguito di istanze, soprattutto politiche, che hanno inteso, *in primis*, riformulare l'assetto fra politica e amministrazione.

Si ricorda che, fino agli anni '90 del secolo scorso, il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. veniva qualificato come avente natura pubblicistica in quanto fondato sulla 'supremazia speciale'¹³³ esercitata dalla P.A. nei confronti del pubblico dipendente ¹³⁴.

¹³³ Si configurava il rapporto di supremazia speciale alla luce dell'esistenza di tre requisiti. In primo luogo, era necessario che sussistesse un vincolo continuativo fra il titolare del potere di supremazia e il soggetto verso cui il potere era esercitato; in secondo luogo, la Pubblica Amministrazione doveva trovarsi in una posizione di preminenza rispetto ai soggetti destinatari del potere in ragione della subordinazione di questi ultimi; il terzo luogo, era richiesto che il rapporto di lavoro fosse formalmente riconosciuto ovvero risultasse istituzionalizzato tramite il riconoscimento di precisi requisiti formali. La supremazia speciale, dunque, poteva essere definita quale quella potestà autoritativa esplicitata tramite l'esercizio di un potere direttivo della Pubblica Amministrazione in relazione ad un rapporto delimitato, autonomo, con caratteri propri e destinatari individuabili ed esclusivi.

¹³⁴ Si riteneva, invero, che il rapporto di pubblico impiego dovesse essere considerato alla stregua di ogni altro rapporto sussistente fra privato e Pubblica Amministrazione. In quest'ottica, dunque, il potere autoritativo esercitato dalla Pubblica Amministrazione e la connaturata situazione di soggezione del privato si esplicitava nella riconosciuta facoltà pubblica di vantare i privilegi storicamente ad essa riconosciuti. La supremazia speciale, su cui il rapporto si riteneva fondato, determinava, dunque, il convincimento che i rapporti professionali instaurati con la P.A. non potessero essere ricondotti al *genus* dei rapporti di lavoro subordinati disciplinati dal Codice Civile ma necessitassero di una disciplina speciale a questo derogatoria.

A fondare questa ricostruzione interveniva anche il dato ontologico relativo alla consistenza della posizione contrattuale della P.A. In forza del principio di legalità formale e sostanziale, infatti, il potere autoritativo della P.A. risultava volto e limitato al perseguimento dell'interesse pubblico per legge individuato, giacché quest'ultima non era legittimata a contrattare il contenuto obbligatorio

La natura prettamente pubblicistica del rapporto, consacrata nella Carta costituzionale e codificata con il Testo Unico n. 3/1957¹³⁵, interveniva sull'assetto dei doveri, tanto prestazionali che etico-comportamentali, riconosciuti in capo al funzionario, legittimando l'intervento punitivo della P.A. laddove il dipendente li avesse violati ¹³⁶.

Il pubblico funzionario, dunque, non poteva atteggiarsi, rispetto alla Pubblica amministrazione, in posizione antagonista o conflittuale¹³⁷, ovvero qualificarsi come 'parte' di un rapporto contrattuale. Né i suoi doveri potevano essere modulati

delle prestazioni da eseguire nell'ambito del rapporto di lavoro, essendo le suddette obbligazioni già al dato normativo. Non sarebbe stata ammissibile, difatti, una gradazione del rapporto o una sua modulazione sinallagmatica sulla base di indici di valutazione diversi da quelli necessari per il perseguimento di un interesse pubblico, così come cristallizzati nella Carta Costituzionale. Sul punto, infatti, è stato osservato che l'amministrazione-datore di lavoro non potesse disporre dei principi costituzionali, Cfr. B.G. MATTARELLA, *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*, in Riv. it. dir. pubbl. com. 2002. Secondo l'Autore, infatti, la necessaria sottrazione delle obbligazioni del pubblico dipendente alla contrattazione collettiva era da ricondurre alla "non negoziabilità dei doveri dei dipendenti pubblici, che derivano dalla natura stessa del rapporto e dai principi costituzionali".

Nello stesso senso, già Santi Romano, nel definire il ruolo del pubblico funzionario, affermava che: "il funzionario amministrativo è lo Stato medesimo che vuole". (S. ROMANO, *Il funzionario*, in *Digesto italiano*, vol. XI, Utet, Torino, 1892.1898).

¹³⁵ Alla luce della supremazia speciale, dunque, anche il rapporto di lavoro di pubblico impiego si connotava di tre caratteristiche peculiari relative alla disciplina, al rapporto e agli atti. In primo luogo, rilevava l'unilateralità della disciplina generale del rapporto di lavoro, sottratto alla contrattazione collettiva e completamente rimesso alla potestà normativa della Pubblica Amministrazione ovvero a fonti di diritto pubblico. In secondo luogo e di conseguenza, il contenuto obbligatorio dello stesso era predeterminato in via unilaterale, non residuando alcun margine di contrattazione. La Pubblica Amministrazione, infatti, pur essendo di fatto qualificabile quale datrice di lavoro non assumeva tuttavia l'effettivo ruolo di controparte nel 'contraddittorio contrattuale'. Infine, si riscontrava la natura pubblicistica e autoritativa di tutti gli atti compiuti dalla Pubblica Amministrazione in relazione al rapporto di servizio instaurato con il funzionario, finendo per affermare la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle controversie eventualmente sorte.

¹³⁶ Con la codificazione in parola, dunque, il legislatore intese cristallizzare il contenuto obbligatorio del rapporto di lavoro, abbandonando "il terreno dei 'sacri principi'". In questo senso, infatti, si decise di puntualizzare i principi a fondamento del rapporto di lavoro pubblico inserendo gli stessi in precise regole. L'osservanza delle stesse era assicurata dalla 'gerarchizzazione della funzione' che, da un lato, consentiva l'imposizione dall'alto di norme etiche di riferimento e, dall'altro, attribuiva alla Pubblica Amministrazione la potestà punitiva a fronte dell'inosservanza di tali precetti. Così cfr.: G. MOR, *Le sanzioni disciplinari e il principio del nullum crimen sine lege*, Giuffrè, 1970, 63.

¹³⁷ S. BATTINI, *Il lavoro pubblico dopo la "riforma Brunetta": la prima valutazione*, in il "Piano Brunetta" e la riforma della pubblica amministrazione, in *Atti del seminario tenuto nella Facoltà di scienze statistiche della Sapienza Università di Roma il 13 maggio 2009*, R. PEREZ (a cura di), Maggioli editore, 2009.

alla luce di corrispondenti diritti, in un'ottica sinallagmatica propria dello scambio negoziale privato¹³⁸.

Alla fine del secolo scorso, la descritta ontologia del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti è stata completamente modificata.

Il Legislatore, infatti, con una progressiva riforma di imponenti dimensioni¹³⁹, ha inteso riqualificare il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. alla stregua di un rapporto di diritto privato, compiendo una sostanziale mutazione genetica del suddetto rapporto, culminata nell'emanazione del D.Lgs. 165/2001¹⁴⁰.

La suddetta privatizzazione ha inciso sostanzialmente sui tre elementi caratterizzanti la materia: la disciplina, il rapporto e gli atti ad esso conseguenti.

¹³⁸ I doveri del pubblico funzionario infatti, come già ricordato, discendevano, direttamente dagli artt. 54 e 97 della Costituzione, così come le conseguenze della loro violazione erano già scandite nell'art. 28 Cost.

¹³⁹ La suddetta riforma, alla luce della sua prorompente, è stata definita come il più importante cambiamento del diritto amministrativo del XX secolo. Così; S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, S. CASSESE E S. BATTINI (a cura di), Giuffrè, 1997.

¹⁴⁰ Le ragioni che, secondo gli osservatori, hanno portato a tale radicale mutamento di prospettiva sono molteplici, anche meramente contingenti.

L'analisi del contesto economico e politico ha condotto alcuni Autori a ravvisare, fra le altre, l'esigenza di sottrarre l'apparato politico da una posizione di cedevolezza rispetto ai più compatti interessi privati di categoria. In questo senso, infatti, si è osservato, che *"nel processo decisionale politico (legge o regolamento), l'interesse pubblico, in quanto più generale e diffuso, [era divenuto] cedevole rispetto a quelli, più concentrati e meglio organizzati, di singole categorie di dipendenti pubblici. Quando disciplinano il pubblico impiego, Parlamento e Governo sono regolatori particolarmente esposti alla cattura dei regolati, perché questi ultimi – i dipendenti pubblici – sono anche cittadini, il cui voto deve essere conquistato o mantenuto."* Così: S. BATTINI, *Il lavoro pubblico dopo la "riforma Brunetta": la prima valutazione*, in il *"Piano Brunetta" e la riforma della pubblica amministrazione*, Atti del seminario tenuto nella Facoltà di scienze statistiche della Sapienza Università di Roma il 13 maggio 2009, R. PEREZ (a cura di), Maggioli editore, 2009.

Ruolo propulsore è stato ricoperto anche dall'esigenza di soddisfare gli obiettivi di efficienza e di economicità pressoché sconosciuti all'esperienza pubblica. La struttura gerarchica del pubblico impiego, infatti, a causa della ramificazione organizzativa e della conseguente dispersione delle risorse, non consentiva il raggiungimento dei suddetti risultati ottimali e, anzi, comportava uno svilimento tanto dell'operato dei propri dipendenti che del prestigio della stessa attività amministrativa.

Le suddette avvertenze hanno determinato un progressivo distanziamento dal modello organizzativo e di azione pubblicistico con l'obiettivo di avvicinarsi al modello più 'flessibile' dell'impresa privata che, alla luce dell'esperienza maturata, sembrava più congeniale al raggiungimento dell'efficienza e del buon andamento. Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2016.

Per un'indagine esaustiva delle ragioni e dei precipitati della privatizzazione si veda: M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle 'leggi Bassanini'*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 1998.

In questo senso, dunque, fatte salve particolari categorie di dipendenti della P.A. per le quali permane il regime pubblicistico puro¹⁴¹, la disciplina del rapporto di lavoro è stata affidata alla contrattazione collettiva, il contenuto del rapporto di lavoro subordinato è stato definitivo in un'ottica di sinallagmaticità e gli atti emanati dalla P.A. nell'ambito del suddetto rapporto sono stati affidati alla giurisdizione del giudice ordinario.

È stato, in questo modo, realizzato ciò che è stato definito il “trasloco dei dipendenti pubblici nella casa del diritto civile”¹⁴² con un'effettiva rottura dell'impianto gerarchico che aveva caratterizzato la Pubblica Amministrazione fino a quel momento, nel quale tutte le scelte erano assunte dal vertice politico sulla base di regole costruite intorno all'ontologica e ideologica specialità del pubblico impiego¹⁴³.

In ragione del contratto di lavoro subordinato instaurato con la P.A. secondo il regime privatistico, dunque, il pubblico dipendente è chiamato a svolgere le mansioni ad esso affidate con la diligenza richiesta in relazione alla sua qualifica contrattuale e l'inadempimento, o il parziale adempimento delle stesse, è ascrivibile nell'alveo dell'art. 1218 c.c..

Se, dunque, prima della privatizzazione, la violazione degli obblighi pubblicistici comportava l'attivazione del potere disciplinare della P.A. in ragione del rapporto gerarchico sottostante, con l'intervento della privatizzazione anche la reazione all'inadempimento degli obblighi di comportamento da parte del dipendente viene ad essere privatizzata ovvero regolata dal diritto comune.

In particolare, il potere disciplinare riconosciuto al datore di lavoro è ricondotto al disposto dell'art. 2106 c.c., come conseguenza della violazione delle specifiche

¹⁴¹ Le categorie di dipendenti il cui rapporto rimane riservato ad uno stretto regime pubblicistico sono indicate nell'art. 3 del D.Lgs. 165/2001, rubricato “Personale in regime di diritto pubblico”. Si tratta, in particolare, di magistrati ordinari, amministrativi e contabili, avvocati e procuratori di Stato, personale militare e forze di Polizia di Stato nonché del personale della carriera diplomatica e prefettizia.

¹⁴² U. ROMAGNOLI, *Così uguali e così diversi*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1993.

¹⁴³ Cfr. G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 5, 2010.

obbligazioni di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c.¹⁴⁴, e viene ad essere definito e disciplinato compiutamente dalle disposizioni derivanti dalla contrattazione collettiva.

Il datore di lavoro pubblico, dunque, alla stregua di quello privato, esercita il potere sanzionatorio laddove il dipendente non abbia svolto le sue mansioni con la dovuta diligenza ovvero le abbia svolte non rispettando gli obblighi di fedeltà imposti.

Com'è chiaro, la finalità che permea il potere sanzionatorio del datore di lavoro privato non è quella volta a dotare quest'ultimo di un potere sanzionatorio "d'ordine", ovvero volto al mero rispetto dei principi (*rectius*: obblighi di comportamento) previsti dal rapporto di subordinazione, bensì è da ricondurre all'esigenza di assicurare allo stesso un concreto mezzo di reazione avverso quelle condotte che, se lasciate impunte, comporterebbero un pregiudizio all'impresa in termini di efficienza e economicità.

In particolare, dunque, è riconosciuto al datore di lavoro il potere di applicare sanzioni disciplinari a fronte dell'inosservanza di quelle disposizioni volte a garantire la corretta esecuzione delle prestazioni e il rispetto dei divieti di concorrenza e di divulgazione, alla luce della gravità dell'infrazione.

A fronte del riconoscimento della suddetta potestà disciplinare civilistica anche al rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, le concrete modalità di attuazione ed esecuzione delle sanzioni, nonché le tipologie di infrazioni legittimanti l'attivazione della potestà sanzionatoria, sono state rimesse alla contrattazione collettiva.

Per le stesse ragioni già esaminate in ottica civilistica, la necessità di declinare la responsabilità disciplinare in termini privatistici risulta, dunque, dettata dalla convinzione che il malfunzionamento della P.A., analizzato in termini di inefficienza e di scarsa funzionalità, fosse causato dal c.d. fannullonismo dei

¹⁴⁴ Secondo le richiamate disposizioni, infatti, grava sul prestatore di lavoro l'obbligo di usare la dovuta diligenza alla luce della natura della prestazione dovuta e dell'interesse dell'impresa (art. 2104, I comma c.c.) in applicazione del più generale dovere di diligenza di cui all'art. 1176 c.c.; l'obbligo di osservare le disposizioni impartite dal datore di lavoro e dai soggetti gerarchicamente sovraordinati (art. 2104, II comma c.c.); l'obbligo di comportarsi con fedeltà nei confronti del datore di lavoro ovvero di non agire in conflitto di interessi e il divieto di divulgazione al fine di garantire la riservatezza in merito all'attività (art. 2015 c.c.)

dipendenti pubblici. Gli osservatori, infatti, avevano rilevato che la dimensione pubblicistica del rapporto di lavoro aveva disincentivato i dipendenti pubblici rispetto al raggiungimento di obiettivi di efficienza, Quest'ultimi si erano limitati a ricoprire la propria funzione senza alcuna precisa mira verso un risultato economicamente apprezzabile per l'amministrazione di appartenenza.

La scelta della privatizzazione era stata dettata, quindi, dalla volontà di suggestionare l'*agere* pubblicistico tramite i risultati di efficienza tipici dell'approccio imprenditoriale, con l'auspicio che nuove responsabilità sul raggiungimento degli obiettivi motivassero altresì i dipendenti pubblici a svolgere la propria prestazione con maggior fedeltà e serietà.

Gli obiettivi avuti di mira dalla riforma del pubblico impiego, tuttavia, non sono stati raggiunti nei termini sperati e, anzi, l'astrazione del dipendente pubblico dal suo ruolo istituzionale – alla luce del suo inquadramento, quanto a obiettivi e a responsabilità, nella categoria dei dipendenti privati – ha comportato una sua progressiva disaffezione rispetto alla funzione istituzionale insita nella propria qualifica, una crescente attenzione verso obiettivi egoistici e un conseguente allontanamento dalla *mission* pubblicistica da svolgersi¹⁴⁵.

Il precipitato della privatizzazione, dunque, è stato quello di mutare la veste del dipendente da pubblico a privatizzato con un conseguente disancoraggio dai principi costituzionali inizialmente conformanti l'attività pubblica.

Si è, difatti, assistito ad una sostituzione – e non già un affiancamento – dell'assetto valoriale pubblico con quello privatistico, con conseguente progressiva perdita dei connotati di etica pubblica definiti in Costituzione.

¹⁴⁵ Ulteriori sono stati effetti negativi riscontrati a seguito della privatizzazione. Sul punto, infatti, è stato osservato, in primo luogo, che, con la contrattazione collettiva la politica aveva di fatto ceduto ai sindacati determinando un 'unilateralismo' alla rovescia; in secondo luogo che, sul piano della gestione dei rapporti di lavoro, la dirigenza non veniva valutata in base ai risultati né adoperava gli strumenti che il datore di lavoro privato di regola utilizza per incentivare il rendimento dei dipendenti.

Rispetto al primo degli effetti indicati si veda il capitolo dedicato al personale in *Il sistema amministrativo italiano*, L. TORCHIA (a cura di), Bologna, 2009.

Tale stato di fatto ha comportato l'incremento dell'attenzione mediatica, scientifica e politica verso le forme di c.d. fannullonismo, assenteismo e vera e propria illegalità all'interno della Pubblica Amministrazione¹⁴⁶.

Alla luce dei descritti malfunzionamenti, il Legislatore è nuovamente intervenuto con il D.Lgs. 150/2009 al fine di 'ri-pubblicizzare', almeno in parte, il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. con una conseguente, seppur parziale, 'ri-specializzazione' della disciplina applicabile rispetto al diritto comune¹⁴⁷.

L'idea di fondo alla quale la c.d. ripubblicizzazione è stata ispirata si fonda sulla tradizionale simmetria fra il diritto pubblico e l'imparzialità dell'agire amministrativo.

Si è ritenuto, infatti, necessario che il pubblico impiego riscoprisse l'assetto etico derivante dalla Costituzione, con conseguente rinnovata attenzione ai doveri pubblici che quest'ultima attribuiva, e attribuisce, in capo ai funzionari della P.A.

Alla luce del convincimento secondo il quale con la privatizzazione il dipendente avesse perso il senso dell'etica pubblica e, per tale ragione, avesse finito per svolgere la propria funzione istituzionale con lassismo e mediocrità, è sorta la necessità di riaffermare la natura pubblica dei doveri del pubblico dipendente al fine di delineare un assetto etico nuovo che, se da un lato non può trascurare l'esigenza di efficientamento della pubblica funzione, dall'altro, tuttavia, necessita, in primo luogo, di sensibilizzare l'apparato amministrativo rendendolo maggiormente consapevole dei doveri istituzionali ad esso imposti.

E tale obiettivo è chiaramente esplicitato nell'art. 7 della legge delega n. 15 del 2009, il quale, appunto, qualifica tale intervento normativo come un mezzo per

¹⁴⁶ Sul punto, infatti, si ricorda, fra gli altri: VIOLA, *Nullafacenti e sommerso amministrativo: due facce della stessa medaglia?*, in Rip. Riv. Imp. Dirig. Pubbl, 2007, in www.impiegopubblico.info ; NESPOR, *Considerazioni sul dibattito in merito ai dipendenti nullafacenti: e ora, che si fa?*, in Rip. Riv. Imp. Dirig. Pubbl, 2007; BUSICO, *La questione dei "nullafacenti pubblici"*, in www.lavoroeprevidenza.com, 2007; TENORE, *Perseguire i nullafacenti è possibile e non è facoltativo*, in Riv. Dir. Lav. 2006.

¹⁴⁷ Secondo parte degli osservatori, la riforma in parola non ha comportato un vero e proprio ritorno al passato quanto, piuttosto, si è tentato di realizzare un c.d. restauro conservativo, ovvero di implementare l'assetto privatistico derivante dal D.Lgs. 165/2001 con nuove istanze di natura pubblica dettate dalle contingenze politiche e sociali emerse. In questo senso si veda: G. D'ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006.

“potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici, contrastando i fenomeni di scarsa produttività e di assenteismo”.

Il medesimo obiettivo è, poi, esplicitato all’art. 1 del D.Lgs. 150/2009 laddove è espressamente prevista la necessità di intervento sulla materia della contrattazione collettiva e della responsabilità disciplinare, oltre che in relazione alle materie della struttura organizzativa e del personale, della valorizzazione del merito, della promozione delle pari opportunità e della dirigenza pubblica.

L’ottica in cui si è mosso il Legislatore del 2009, dunque, è quella di coniugare l’efficientamento della P.A. con la ripubblicizzazione dei doveri dei pubblici dipendenti.

Se, infatti, la percezione è quella della perdita del senso dell’etica pubblica ovvero del mancato recupero della stessa tramite la privatizzazione del pubblico impiego, non per questo gli obiettivi di razionalizzazione e di efficientamento dell’azione amministrativa possono essere di per sé considerati dannosi o non desiderabili.

La prima direzione in cui muove la riforma, così come risulta evidente anche alla luce della collocazione topografica delle norme¹⁴⁸, dunque, è quella di implementare ancora di più la connotazione dell’organizzazione amministrativa come improntata al raggiungimento di risultati efficienti, strutturando un sistema fortemente fondato sul ruolo del dirigente e sul perseguimento di obiettivi di *performance* tanto in capo a quest’ultimo quanto in capo ai dipendenti di cui il primo risponderà in relazione all’operato svolto^{149 150}.

¹⁴⁸ Dal titolo I al titolo III la riforma, infatti, si iscrive in una logica di continuità con la privatizzazione, approntando una molteplicità di strumenti volti proprio all’efficientamento dell’azione amministrativa.

¹⁴⁹ Sul ruolo del dirigente si vedano, *ex multis*: G. D’ALESSIO, op. cit.; M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e spoils system* (Nota a Corte Costituzionale 23 marzo 2007 n. 103 e 104, www.astrid-online.it)

¹⁵⁰ Fra i principi ispiratori di tale indirizzo di riforma possono essere brevemente ricordati quelli volti ad assicurare “*elevati standard qualitativi ed economici del servizio tramite la valorizzazione dei risultati e della performance organizzativa e individuale*” (art. 2), quello di garantire una misurazione e una valutazione aperta della *performance* al fine di assicurare la “*trasparenza dei risultati delle amministrazioni pubbliche e delle risorse impiegate per il loro perseguimento*” (art. 3, comma 1), quello di individuare dei sistemi di premialità per la corresponsione dei quali è necessario adoperare, fra gli altri, anche il criterio del “*soddisfacimento dell’interesse del destinatario dei servizi e degli interventi*” (art. 3, comma IV).

Non muta, dunque, la convinzione che l'efficientamento della P.A. debba passare tramite la mutuazione dei sistemi funzionali propri del mercato. Tuttavia, emerge, di pari passo, la necessità di individuare nuove forme di responsabilità da valutare alla luce della violazione di nuovi codici etici volti a caratterizzare la natura pubblicistica della prestazione.

La riforma, infatti, non muove nel senso di una ripubblicizzazione *tout court* della materia, senza più considerare le effettive disfunzioni della macchina pubblica lasciata operare in un regime lontano da quello imprenditoriale, ma ha l'obiettivo di affiancare alla scelta 'privatistica' un assetto valoriale prettamente pubblico, necessario per garantire il recupero dell'etica pubblica da parte dei dipendenti della P.A., con funzione tanto preventiva che repressiva.

La convinzione dalla quale si muove, infatti, è quella che occorra riadoperare strumenti di natura pubblicistica al fine di rendere maggiormente vincolanti taluni doveri così da 'ristrutturare' dall'interno il palazzo del potere.

La tecnica utilizzata per il raggiungimento di tale obiettivo è quella della sottrazione di aree tematiche dall'intervento della mano privatistica e, in particolare, della contrattazione collettiva.

In particolare, sulla valutazione della performance amministrativa in relazione al servizio prestato all'utenza: F. PATRONI GRIFFI, *Sistemi di valutazione collettiva e rispetto degli standard*, in *Il Piano Brunetta e la riforma della Pubblica amministrazione*, Atti del seminario tenuto nella Facoltà di scienze statistiche della Sapienza Università di Roma il 13 maggio 2009, R. PEREZ (a cura di), Maggioli editore, 2009. L'Autore ripercorre brevemente l'*iter* che ha portato alla concezione di 'performance' insita nella riforma Brunetta affermando che: "*Dall'idea – propria di una diffusa cultura giuridico- burocratica degli anni Ottanta – di "buona performance" quale "corretto adempimento normativo", si è infatti registrato un passaggio, negli anni Novanta, ad un'idea di performance quale efficienza manageriale – che accresce la centralità del ruolo del cittadino nell'ambito delle politiche pubbliche – fino all'attuale modello di performance intesa come "creazione di valore pubblico" secondo il c.d. "triangolo strategico" di Moore (supporto all'azione pubblica dei cittadini; valore prodotto dell'amministrazione nel contesto socio-economico di riferimento; capacità operativa delle amministrazioni pubbliche derivante dalla congruenza fra risorse e obiettivi), tale da valorizzare il rilievo che i risultati conseguiti dalle amministrazioni pubbliche nel contesto socio-economico di riferimento assumono ai fini della valutazione dell'azione amministrativa.*"

Ancora, in un'ottica spiccatamente manageriale viene disposta l'adozione di "*strumenti di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa informati a principi di selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera e nel riconoscimento degli incentivi*" (art. 17, comma II).

Infine, l'intero Capo II del Titolo III del D.Lgs, in commento è dedicato ai "premi" da corrispondere ai dipendenti pubblici che abbiano ottenuto valutazioni positive a fronte della performance effettuata.

Fermo restando il postulato secondo il quale il rapporto di lavoro con la P.A. è regolato dal diritto civile, si fanno “*salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto.*”

Con il D.Lgs. 150/2009, dunque, il Legislatore non si è limitato a modificare o integrare l’assetto stabilito con il D.Lgs. 165/2001, quanto piuttosto ha reintrodotta la logica fondata sul ‘riparto di competenze’ fra la legge e la contrattazione collettiva. E il suddetto obiettivo è chiaramente espresso all’art. 1, comma II laddove si afferma che le disposizioni del suddetto decreto sono volte, fra l’altro, ad assicurare “*il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva.*”

In particolare, è stato escluso che la contrattazione collettiva possa svolgersi su tutte le materie rientranti nel pubblico impiego, stabilendo, invece, che alla stessa spettasse “*determinare i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro*” restando, invece, riservate alla legge le altre materie fra le quali l’organizzazione degli uffici, l’autonomia professionale, il regime delle incompatibilità tra l’impiego pubblico e altre attività professionali e, in particolare, quello della responsabilità dei pubblici dipendenti.

La gerarchizzazione delle fonti di disciplina del pubblico impiego emerge con chiarezza già nel novellato art. 2 il quale, mentre in precedenza consentiva alla contrattazione collettiva di derogare alla disciplina legislativa, salvo espresso divieto, senza che la stessa incontrasse limiti in relazione al contenuto delle prescrizioni adottate, a seguito della riforma, prevede, invece, puntuali limiti di subordinazione gerarchica della contrattazione collettiva alla legge, che ne inibisce la libera determinazione degli obblighi contrattuali, così come delle relative infrazioni e delle conseguenti sanzioni.

E che la strada della ripubblicizzazione passasse necessariamente attraverso una limitazione degli spazi operativi della contrattazione collettiva era già evidente alla luce della legge delega.

Difatti, con l’art. 1 comma 1 della L. 15/2009, poi recepito nell’art. 33, comma 1 lett. a) del D.Lgs. 150/2009, si è stabilito che, ferma restando l’applicazione del diritto comune ai rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. – che determina la persistenza della natura privatistica degli stessi – sono fatte salve “*le diverse*

disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate dai successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge.”

Il sistema disciplinare derivante dall'intervento della riforma Brunetta, dunque, risulta essere caratterizzato da un'accentuata relativizzazione del ruolo della contrattazione pubblica a favore della fonte legislativa o di altra fonte, parimenti unilaterale, rappresentata dal Codice di comportamento (di cui, oggi, al D.P.R. 62/2013).

Fra le materie che hanno subito un completo svuotamento del potere di intervento della contrattazione collettiva, quella della responsabilità disciplinare appare di particolare rilievo.

La rilevanza della suddetta materia si apprezza laddove si evidenzia la stretta interdipendenza che sussiste fra la natura della reazione e la natura dell'obbligo o del dovere la cui violazione giustifica la reazione stessa.

Se, infatti, la reazione privatistica prevista dal Codice Civile appare giustificata dalla natura privatistica degli obblighi violati, la ricomprensione della disciplina sanzionatoria in materia di pubblico impiego nella disponibilità della P.A. suggerisce un ripensamento della stessa natura degli obblighi violati.

Se, infatti, come si è detto, la violazione degli artt. 2104 e 2015 c.c. giustifica la reazione sanzionatoria di cui all'art. 2106 c.c., l'intervenuta sottrazione della potestà sanzionatoria alla contrattazione collettiva – e, dunque, alla forma contrattuale e consensuale che legittima il datore di lavoro ai sensi dell'art. 2106 c.c. – sembra far propendere per una contestuale ripubblicizzazione degli stessi obblighi imposti al dipendente.

Analizzando più da vicino l'ambito di intervento si osserva che viene ad essere modificato il nucleo duro della disciplina, costituito dagli artt. 54-65, tramite l'inserimento di clausole indicanti proprio la volontà del legislatore di ridurre

dell'ambito di operatività della contrattazione collettiva e, contestualmente, di disciplinare in via unilaterale il procedimento sanzionatorio¹⁵¹.

Infatti, mentre la tipologia di infrazioni e le relative sanzioni sono definite dai contratti collettivi, ad eccezione delle ipotesi introdotte dall'art. 68, comma 2, il procedimento disciplinare è completamente affidato alla fonte unilaterale, salva la sanzione del rimprovero verbale per la quale è applicabile la disciplina stabilita nel contratto collettivo, ai sensi dell'art. 69, comma 1.

Nello stesso senso rileva, in primo luogo, la modifica apportata all'art. 55, comma 1 del D.Lgs. 165/2001 che qualifica come aventi natura imperativa le disposizioni dettate in materia di responsabilità disciplinare contenute nel medesimo art. 55 e quelle degli articoli successivi¹⁵².

Ai sensi del novellato articolo 55 del D.Lgs. 165/2001, infatti, *“le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'art. 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2.”*

Con la qualificazione delle richiamate disposizioni quali aventi natura imperativa, il Legislatore ha individuato un meccanismo di superamento delle antinomie fra le richiamate disposizioni e quelle contrattualmente stabilite in sede di contrattazione collettiva, sancendo la nullità parziale delle disposizioni

¹⁵¹ I criteri direttivi cui ispirarsi per la riforma legislativa in parola sono stati, ex art. 76 Cost., individuati all'art. 7 della L. 15/2009. La norma in parola richiedeva che fosse disposta la previsione di: la semplificazione delle fasi del procedimento disciplinare con particolare riferimento a quelle di minore gravità, tramite la razionalizzazione dei tempi del procedimento; la previsione della non necessaria sospensione del procedimento disciplinare in pendenza di quello penale salva la previsione di strumenti idonei ad evitare contrasti di giudicato; l'indicazione delle infrazioni che comportavano la sanzione del licenziamento per la loro particolare gravità; rigorosi controlli medici per evitare e arginare l'assenteismo; l'obbligo di risarcimento del danno cagionato alla P.A. di appartenenza in ragione dell'ingiustificato periodo di assenza; il divieto di aumenti e promozioni per i dipendenti inefficienti o improduttivi; la responsabilità disciplinare del dipendente che con colpa abbia cagionato un danno patrimoniale alla P.A.; procedure di mobilità per i dipendenti che abbiano arrecato un grave danno alla P.A.; la possibilità del dirigente di erogare sanzioni conservative; la responsabilità del dirigente che non abbia esercitato la potestà disciplinare; l'abolizione dei collegi arbitrali di disciplina per l'impugnazione delle sanzioni.

¹⁵² In merito alla ritrovata gerarchia delle fonti nel settore del pubblico impiego si veda TOSCHEI, *Il procedimento disciplinare in generale*, in AA.VV. *Riforma Brunetta: l'analisi degli esperti*, speciale Guida al diritto, ins. 12, n. 47, 2009.

contrastanti con le previsioni legislative e la conseguente sostituzione automatica delle stesse, in applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 1339 e 1419 c.c.

La modifica suddetta consegna all'interprete un mutato quadro gerarchico a mente del quale si trae la conseguenza che, da un lato, la fonte legislativa è, a fronte della riforma, in grado di ampliare le ipotesi di infrazione già previste dalla contrattazione collettiva e che, dall'altro, nel caso in cui le previsioni contrattuali risultino difformi rispetto alle disposizioni legislative anche sopravvenute dovranno essere sostituite *ex lege* con le previsioni normative disciplinanti la materia, evidenziando una netta scelta legislativa in ordine alla prevalenza della fonte unilaterale su quella contrattuale.

In capo alla contrattazione collettiva, dunque, residua la possibilità di individuare autonomamente le tipologie di infrazioni e le conseguenti sanzioni, con il monito, tuttavia, della prevalenza di quelle aventi natura legislativa laddove risultino in contrasto con le prime¹⁵³.

La natura imperativa attribuita alle disposizioni disciplinari richiamate e la modifica della gerarchia delle fonti in materia di pubblico impiego rende ancor più evidente la volontà del Legislatore di evitare che, a causa dell'intervento della contrattazione collettiva – che, per la propria connaturata impostazione, tende a svuotare il paniere dei doveri dei dipendenti per aumentare quello dei diritti – non sia possibile raggiungere gli obiettivi di efficienza pubblica e di recupero dell'etica dei pubblici dipendenti.

Per assicurare il raggiungimento dei suddetti obiettivi, inoltre, la riforma opera anche nel senso di semplificare e scadenzare il procedimento disciplinare al fine di renderlo maggiormente utilizzabile e certo.

Uno dei rilievi critici che, difatti, era stato mosso alla privatizzazione si fondava proprio sullo scarso utilizzo, da parte del dirigente, dello strumento disciplinare nei confronti dei dipendenti, con conseguente deresponsabilizzazione tanto della figura dirigenziale che del destinatario della procedura di contestazione.

¹⁵³ Su questo aspetto si richiama anche la giurisprudenza: Cass. Sez. Lav. 1 Dicembre 2016 n. 24574.

Per tentare di semplificare l'utilizzo del sistema disciplinare e, allo stesso tempo, garantire una maggiore tutela anche al dipendente, il procedimento in parola viene scandito in fasi ben precise.

L'art. 55 *bis*, rubricato “*Forme e termini dei procedimenti disciplinari*” individua i soggetti competenti all'irrogazione delle sanzioni in ragione della loro gravità e i termini intercorrenti fra le varie fasi della procedura¹⁵⁴.

Il legislatore, inoltre, codifica espressamente le ipotesi ritenute di particolare gravità all'art. 55 *quater*, rispetto alle quali l'unica sanzione disciplinare applicabile, al fine di tutelare in maniera efficace il buon andamento della P.A., è quella espulsiva, ovvero il licenziamento del pubblico dipendente. Si tratta, come detto, di ipotesi di condotta particolarmente gravi valutate in relazione alla lesione del principio di buon andamento dell'amministrazione di appartenenza ovvero alla luce delle conseguenze pregiudizievoli cagionate rispetto alle relazioni interpersonali. Tali condotte, dunque, necessitano l'allontanamento definitivo del lavoratore e, data la loro gravità e pregiudizialità, non possono essere oggetto di contrattazione collettiva volta a restringere l'elencazione legislativa compiuta¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Veniva, in particolare, semplificata la procedura di irrogazione delle sanzioni minori, ovvero il rimprovero verbale.

¹⁵⁵ La legge, difatti, compie una vera propria elencazione di condotte gravi rispetto alle quali la contrattazione collettiva può, al più rendere un contributo rafforzativo, indicando ulteriori fattispecie a fronte delle quali intervenire con lo strumento del licenziamento, non potendo, invece ridurre quelle già individuate.

In particolare è prevista l'applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare per le seguenti infrazioni: a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia; b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione; c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio; d) falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera; e) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui; f) condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro.

La medesima sanzione è applicata nel caso di valutazione di insufficiente rendimento e questo è dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento di cui all'articolo 54.

Ancora, viene espressamente delineata e qualificata, ai sensi dell'art. 55 *quinquies*, la condotta di “*falsa attestazione della presenza*”, tramite la previsione di dure sanzioni disciplinari affiancate dalla previsione del dovere di risarcimento del danno patrimoniale inferto alla P.A.

Uguualmente, viene individuata, ai sensi dell'art. 55 *sexies*, l'imputabilità al dipendente della responsabilità patrimoniale nei confronti della P.A. per condotte pregiudizievoli da questo poste in essere.

Infine, ai sensi dell'art. 55 *septies*, viene stabilito un sistema di controlli sulle assenze dei lavoratori dal posto di lavoro al fine di tentare di disincentivare l'assenteismo pretestuoso, favorendo condotte più virtuose.

Al fine di rendere più efficaci i sistemi di controllo, inoltre, si assiste ad un ampliamento dei meccanismi ispettivi con l'individuazione di specifici soggetti addetti all'istruttoria.

Alla luce della rassegna normativa esposta, appare chiaro che l'intenzione del Legislatore, con particolare riferimento alla responsabilità disciplinare, fosse quella di restituire carattere pubblico alla potestà punitiva, sottraendo la materia ad un intervento eccessivamente invasivo della contrattazione collettiva.

E le ragioni che entrano in gioco sono essenzialmente già intuibili laddove si abbia riguardo ai beni giuridici tutelati dalle norme.

È evidente, infatti, che la spiccata connotazione pubblica degli interessi perseguiti – che si aggiunge e non si sostituisce alle ragioni prettamente economiche e manageriali che hanno animato la prima parte della riforma – dovesse far propendere per un'attribuzione della funzione di controllo e di sanzione che garantisse il pieno rispetto della normativa in parola.

L'importanza attribuita al procedimento disciplinare dal Legislatore nonché le sue peculiarità emergono anche dall'introduzione dell'art. 55 *ter* che disciplina il rapporto fra quest'ultimo e il procedimento penale.

La norma in parola, mutando la precedente prassi, stabilisce che, al fine di evitare una paralisi dell'azione disciplinare a fronte di un procedimento penale in corso, il procedimento disciplinare non debba, di norma, essere sospeso, ad eccezione dei casi più gravi.

La richiamata disposizione, pur evidenziando la rinnovata attenzione legislativa rispetto al buon funzionamento dei procedimenti disciplinari, denota tuttavia un approccio ‘ibrido’ del Legislatore.

Difatti, da un lato, l’impianto della riforma muove nel senso di ri-pubblicizzare i doveri del dipendente pubblico e la reazione alla loro violazione, dall’altro la sopraevidenziata ‘insensibilità’ del procedimento disciplinare al coevo procedimento penale risulta ancorata alla risalente concezione ‘privatistica’ dei doveri del pubblico dipendente nella misura in cui non si dubita della possibilità di sovrapporre i procedimenti di accertamento della responsabilità penale e disciplinare.

Sembra, in tal modo, intendersi che il procedimento di contestazione dell’infrazione dei doveri posti in capo al dipendente pubblico, pur se disciplinato da un procedimento scandito in via unilaterale, non assume, per ciò solo, una natura sanzionatoria equiparabile al procedimento penale poiché i due procedimenti opererebbero su piani differenti, l’uno pubblico e l’altro privato.

Di conseguenza, sarebbe pienamente compatibile un duplice procedimento in capo al dipendente pubblico, l’uno di matrice pubblicistica e l’altro di matrice privatistica, benché entrambi scanditi in via unilaterale dal soggetto pubblico.

La ragione che sembra risiedere nell’affermata compatibilità di una duplicazione procedimentale ha ad oggetto la natura dei doveri violati e dei beni giuridici protetti dalle norme.

Il procedimento penale, infatti, è volto a tutelare beni giuridici di rilievo pubblicistico e presenta un carico di afflittività legittimata, *ex artt. 25 e 27 Cost.*, dalla riserva di legge e mitigata dall’irretroattività sfavorevole¹⁵⁶.

Al contrario, il procedimento disciplinare reagisce alla violazione di doveri di ordine contrattuale, è posto, dunque, a tutela di interessi aventi anche una matrice privatistica e presenta un grado di afflittività inidoneo a richiedere l’operatività della fonte legislativa e dei principi relativi alla successione delle leggi nel tempo.

¹⁵⁶ In accoglimento dell’interpretazioni rese dalla Corte europea dei Diritti dell’Uomo è stata, altresì, riconosciuta l’operatività dell’obbligo di retroazione favorevole *ex art. 7 CEDU*. Nel nostro ordinamento il suddetto principio ha trovato pieno ingresso per il tramite dell’art. 3 *Cost.* laddove è richiesto il rispetto del principio di uguaglianza, che si assume violato laddove si ritenesse legittima una reazione punitiva differente rispetto a due condotte identiche per il solo iato temporale intercorso fra le due.

Nonostante la suddetta impostazione bicefala, il legislatore ha previsto che laddove il procedimento penale finisca per assolvere l'imputato, già condannato in sede disciplinare, il procedimento disciplinare dovrà essere riaperto per tentare una sua conformazione al giudicato penale.

Sembra affermarsi la convinzione che i due procedimenti, benché correnti su binari autonomi e paralleli, trovino invece un meccanismo di incontro e di auspicata convergenza quanto ai rispettivi esiti.

Questa previsione, a ben vedere, sembrerebbe stridere con la logica della piena compatibilità e sovrapposibilità degli accertamenti che avrebbe come suo naturale precipitato l'affermazione della 'insensibilità' reciproca soprattutto con riferimento al momento decisionale.

L'apparente aporia porta a prospettare una necessaria alternativa: o gli accertamenti penali e disciplinari sono volti ad accertare due responsabilità diverse perché derivanti da condotte che hanno leso beni giuridici diversi, e allora saranno autonome tanto le procedure che le risultanze; ovvero, questi accertamenti sono volti a valutare la medesima condotta, che ha violato i medesimi beni giuridici e, di conseguenza, non sarebbero ammissibili giudicati contrastanti.

Ciò che risulta, dunque, dall'analisi compiuta è che il Legislatore ha inteso dotare nuovamente la materia disciplinare di un forte connotato pubblicistico, pur muovendo da presupposti in parte contraddittori.

Se, infatti, da un lato si intende valorizzare la portata precettiva degli artt. 54 e 97 della Costituzione, individuando un sistema sia di controlli che di incentivi che determini una nuova fidelizzazione del dipendente e, allo stesso tempo, un efficientamento dell'attività amministrativa, dall'altro lato, l'enucleazione dei precisi doveri da cui far scaturire i procedimenti di contestazione e l'eventuale comminazione di sanzioni sono comunque rimessi alla contrattazione collettiva, cui è, appunto, affidato il compito di individuare le prestazioni dei pubblici dipendenti.

L'impianto legislativo, dunque, da un lato sembra mantenere, per quanto attiene ai contenuti della prestazione lavorativa e, quindi, ai doveri in capo ai dipendenti, una veste privatistica, rimettendo la loro identificazione alla contrattazione collettiva; d'altra parte, invece, per quanto attiene alla vigilanza del rispetto degli stessi e, in generale, al potere disciplinare, assume un connotato pubblicistico che

configura il potere sanzionatorio come di dominio esclusivo del datore di lavoro pubblico e lo giustifica proprio in ragione della necessaria attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 54 e 97 Cost.

La strada prescelta non convince quanto a risultati applicativi. La necessaria attuazione dei precetti costituzionali, infatti, avrebbe dovuto comportare una legittimazione esclusiva del datore di lavoro nell'individuazione di quegli obblighi che i dipendenti avrebbero dovuto osservare perché i precetti costituzionali fossero adeguatamente garantiti. Viceversa, l'individuazione degli stessi è rimessa ad una fonte bilaterale.

Per quanto attiene, invece, al meccanismo sanzionatorio applicabile in caso di inosservanza di tali doveri, la potestà punitiva è disciplinata unilateralmente.

Questa ambiguità rende altresì ambigua la natura dei doveri imposti.

Alla luce della riforma in parola, infatti, i doveri del dipendente pubblico devono essere comunque ispirati al rispetto dei principi costituzionali di cui agli artt. 54 e 97 Cost.

L'esatto contenuto del dovere, ovvero il modo in cui tale dovere viene ad essere in concreto definito, è, invece, di spettanza della contrattazione collettiva.

Tuttavia, se si vuole assecondare un ragionamento che muova dalla natura dei doveri per individuare la natura della responsabilità e, di conseguenza, la titolarità del potere punitivo, i doveri previsti dalla contrattazione collettiva, così come avviene in tutti gli ambiti retti dal diritto civile, dovrebbero essere tutelati su accordo delle parti, rimettendo alla legge la sola disciplina residuale; il potere punitivo unilaterale, invece, dovrebbe essere conseguenza logica della violazione di doveri di valenza generale, stabiliti unilateralmente.

Sembra, dunque, che nella disciplina risultante dalla riforma vi sia una scissione ontologica fra doveri e sanzioni.

I doveri dei dipendenti sono posti dalla contrattazione collettiva per definire il contenuto privatistico del rapporto; la potestà punitiva unilaterale, invece, è prevista per un fine diverso e superiore, il buon funzionamento della macchina amministrativa, che poggia sul corretto assolvimento degli obblighi di natura privata.

L'evoluzione della materia, forse muovendo proprio da queste incertezze applicative, così come si tenterà di dimostrare, finirà per consegnare un nuovo assetto valoriale che, pur mantenendo fermi i doveri di natura prettamente privata, prevedrà, altresì, dei veri e propri obblighi di natura pubblica che renderanno, in qualche modo, coerente il potere sanzionatorio unilaterale.

Si tratta, a ben vedere, di una disciplina complessa che, come è stato osservato, non ha colto nel segno di una ricodificazione unitaria della materia – nonostante l'indiscutibile pregio di aver introdotto importanti integrazioni rispetto agli illeciti e alle sanzioni applicabili – e ha determinato nell'interprete una certa difficoltà applicativa¹⁵⁷.

2. La seconda “ripubblicizzazione” del Pubblico Impiego. Gli obblighi pubblici dei soggetti alle dipendenze della P.A.: il nuovo Codice generale di comportamento dei dipendenti pubblici.

La L. 190/2012, intervenendo in primo luogo in un'ottica di prevenzione del fenomeno corruttivo ha inciso, come detto, sul D.Lgs. 165/2001 introducendo strumenti amministrativi tanto di carattere preventivo che volti a favorire il recupero dell'etica pubblica.

Se, infatti, da un lato, sono stati introdotti nuovi strumenti di prevenzione degli illeciti nonché nuove ipotesi di illecito derivante da fonte unilaterale quali, fra gli altri, la mancata attuazione o la scarsa vigilanza sull'osservanza dei precetti da parte del responsabile anticorruzione *ex art. 1 comma 12*, ovvero quelle derivanti dai

¹⁵⁷ Che la stratificazione normativa, fosse un problema già presente nella disciplina del rapporto di lavoro del pubblico impiego non v'è, tuttavia, dubbio.

Anzi, parte degli osservatori, ha evidenziato a più riprese come una delle cause del malfunzionamento del pubblico impiego, tanto in termini di efficienza che di legalità, potesse essere proprio individuata nella stratificazione normativa derivante dalla contrattualizzazione del rapporto di lavoro. Proprio a fronte di tale riscontro, difatti, si era da più parti evidenziata la necessità che, con la riforma del 2009, tale problematica venisse congiuntamente alle altre, affrontata e risolta. In questo senso: TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, 2017.

ritardi procedurali *ex art.* 1 comma 48 della stessa legge, dall'altro, fra le novità di maggior rilievo, spicca quella relativa all'art. 54 del D.Lgs. 165/2001.

Tale articolo, nella sua originaria formulazione, prevedeva l'adozione, da parte del Dipartimento della funzione pubblica, sentite le confederazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'articolo 43, di un Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Il Codice di comportamento è tradizionalmente inteso come una forma di garanzia della moralità individuale e è rivolto a quei soggetti che, autonomamente, non attenderebbero alle proprie funzioni con la dovuta correttezza e uniformità¹⁵⁸
159.

Il contenuto dei obblighi comportamentali previsti costituisce indice rilevatore tanto della natura degli stessi che della finalità perseguita attraverso l'adozione della suddetta disciplina.

In questo senso, si evidenzia come, prima dell'intervenuta modifica, il Codice fosse volto ad assicurare *standard* di qualità nei servizi che la Pubblica Amministrazione elargiva ai cittadini, prevedendo le necessarie misure organizzative.

Dalla formulazione della suddetta norma emergevano chiaramente i due elementi essenziali sui quali il D.Lgs. 165/2001 si fondava.

Da un lato il ruolo essenziale svolto dai sindacati e, dall'altro, l'obiettivo primario avuto allora di mira nell'esercizio della pubblica funzione, ovvero l'efficienza dell'attività amministrativa.

¹⁵⁸ In questo senso, C. GREGORATTI, R. NUIN, *I codici di comportamento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. V, a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, II, Utet, Torino, 2004.

¹⁵⁹ I codici di comportamento non vanno confusi né con i codici etici né con i codici deontologici. Se, infatti, i codici etici sono uno strumento di *moral persuasion* non dotati di un preciso connotato giuridico, in quanto non accompagnato dalla previsione di un'imputazione di responsabilità, i codici deontologici invece sono di norma volti a regolare aspetti relazionali propri di una particolare categoria o associazione, al fine di elevare gli standard etici della stessa. Tali due differenti forme possono costituire una fonte di integrazione di doveri imposti ai destinatari ma mai sostituirsi ad essa, essendo la loro applicazione rimessa ad un atteggiamento di spontanea aderenza da parte dei destinatari dei codici. I codici etici, in particolare, sono qualificabili come esempi di *soft law* in grado di integrare positivamente le norme giuridiche che necessariamente debbono avere un contenuto più rigido.

La valorizzazione di questi due aspetti era perfettamente coerente con l'impostazione privatizzata del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. che, appunto, era connotato proprio dal maggior ruolo riconosciuto alle organizzazioni sindacali e dagli obiettivi, propri anche della prestazione lavorativa privata, di efficientamento produttivo.

Con la L. 190/2012, in attuazione dell'art. 8 della Convenzione dell'ONU del 2003, la suddetta disposizione è stata modificata.

L'impulso sovranazionale, infatti, oltre a qualificare i Codici di comportamenti come strumenti di prevenzione della corruzione, espressamente intravedeva la loro utilità rispetto all'obiettivo di incoraggiare l'integrità, l'onestà e la responsabilità dei funzionari.

I Codici di comportamento, dunque, costituiscono, nell'ottica internazionale, gli strumenti idonei ad assicurare un esercizio corretto, onorevole e adeguato delle funzioni pubbliche¹⁶⁰.

Nel recepire le suddette indicazioni, dunque, con la L. 190/2012 si è stabilita anche una diversa legittimazione attiva e un diverso assetto valoriale cui ispirarsi nella redazione del Codice¹⁶¹.

Per quanto attiene alla legittimazione attiva, questa viene attribuita al Governo, incaricato di definire un Codice generale di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, senza il preventivo accordo con le organizzazioni sindacali.

Avendo, invece, riguardo all'obiettivo del Codice e all'assetto valoriale sul quale lo stesso deve essere improntato, all'originaria esigenza di garantire *standard*

¹⁶⁰A mente dell'art. 8, commi I e II, infatti: "1. *Ai fini della lotta alla corruzione, ciascuno Stato Parte incoraggia in particolare l'integrità, l'onestà e la responsabilità dei propri funzionari pubblici, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico.*

2. *In particolare, ciascuno Stato Parte si adopera al fine di applicare, nell'ambito dei propri sistemi istituzionale e giuridico, codici o norme di condotta per un esercizio corretto, onorevole ed adeguato delle funzioni pubbliche.*"

¹⁶¹ Per un puntuale analisi del contenuto dell'art. 54 del D.Lgs. 165/2001 prima dell'intervenuta modifica si veda: Aa.Vv., *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005; sul precedente art. 54 e la relativa disciplina dello strumento del codice di comportamento, cfr. E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto pubblico*, 1, 2002.; C. GREGORATTI, R. NUNIN, *I codici di comportamento*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004.

minimi nell'erogazione del servizio pubblico, si aggiungono obiettivi di diverso respiro.

In particolare, viene stabilito che il fine del Codice di comportamento in parola è quello di *“prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico.”*

Le suddette modifiche risultano sintomatiche del mutamento di approccio avuto dal Legislatore nella disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici.

Le esigenze anticorruptive, aventi natura pubblica e generale, determinano il mutamento della natura delle prescrizioni comportamentali con necessaria conseguente modificazione anche della legittimazione attiva all'emanazione delle suddette disposizioni.

Da un lato, infatti, il ruolo delle organizzazioni sindacali viene notevolmente ridimensionato, dall'altro gli obiettivi che le regole comportamentali devono perseguire non sono più solo quelli di efficientamento ma, viceversa, sono quelli volti proprio al contrasto della corruzione e al rafforzamento dei valori dell'etica pubblica.

Entrambi questi rilievi possono essere intesi come sintomatici della crescente ripubblicizzazione del pubblico impiego.

L'estromissione delle organizzazioni sindacali dalla definizione dei doveri comportamentali da inserire nel Codice determina il superamento della c.d. natura ibrida del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.

Se, infatti, prima dell'intervento legislativo in commento, il contenuto obbligatorio dei Codici di comportamento era stabilito in accordo con le organizzazioni sindacali ed era qualificato come facente parte della prestazione lavorativa del dipendente, residuando il momento pubblico alla sola applicazione della responsabilità disciplinare, con la legge Anticorruzione tanto il momento dispositivo che quello sanzionatorio sono affidati alla fonte unilaterale.

Anche dal punto di vista contenutistico gli obblighi di condotta dei dipendenti pubblici mutano la loro funzione e sono, come detto, volti ad ispirare la condotta dei pubblici funzionari non solo all'efficientamento della prestazione dei servizi, ma soprattutto all'osservanza dei doveri costituzionali di etica pubblica, ovvero a

quelli di diligenza, imparzialità e lealtà, proprio al fine di contrastare il fenomeno corruttivo.

La legge anticorruzione, allora, “*si pone come consapevole superamento dei limiti della disciplina previgente*”, e, nell’imporre l’adozione di un codice di comportamento di natura pubblica, comporta una rivisitazione della collocazione gerarchica della disciplina in parola.

Attraverso lo strumento della rilegificazione, inoltre, la legge anticorruzione intende recuperare una disciplina che, oltre a individuare i comportamenti da ritenersi corretti ovvero scorretti, è volta soprattutto a rimarcare un rapporto di specialità del rapporto di lavoro in ambito pubblicistico.

La suddetta specialità emerge proprio dalla collocazione della richiamata fonte nell’assetto gerarchico di riferimento e dalla sua sottrazione al confronto dialettico con le organizzazioni sindacali.

Il Codice di comportamento, da emanare alla luce del novellato art. 54, oltre a fornire una più puntuale elencazione dei doveri da osservare da parte dei pubblici dipendenti¹⁶², ha mutato altresì la natura degli obblighi imposti ai dipendenti pubblici i quali, da obblighi volti essenzialmente al miglior rispetto delle obbligazioni di mezzo e di risultato derivanti dal rapporto di lavoro, diventano allora veri e propri obblighi pubblici, volti a rafforzare il rinnovato ruolo da riconoscere all’etica pubblica.

In attuazione delle delega al Governo, con il D.P.R. 62/2013 è stato, dunque, emanato il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

Tale Codice appare come una vera e propria fonte normativa avente contenuto precettivo, stante la sua adozione, in ossequio al disposto di cui all’art. 17 della L. 400/88, con decreto del Presidente della Repubblica (n. 62 del 16 aprile 2013), previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione e previa intesa in sede di Conferenza unificata.

Anche alla luce di tali requisiti formali, la normativa in parola racchiude in sé “*un vero e proprio obbligo giuridico dei funzionari e dipendenti pubblici correlato*

¹⁶² Cfr. F. MERLONI, *I codici di comportamento*, in Libro dell’anno del diritto Treccani 2014.

al diritto relativo degli amministrati, siano essi i destinatari particolari di quell'azione amministrativa o siano essi coloro che rispetto ad essa sono controinteressati"¹⁶³.

La finalità sottesa al Codice in commento è quella di donare nuova credibilità alle Amministrazioni, tramite il rafforzamento dei doveri comportamentali dei soggetti che rappresentano la Pubblica Amministrazione nei rapporti con i destinatari dell'azione¹⁶⁴.

Il suddetto fine è realizzato, di fatto, attraverso la codificazione dei principi costituzionali sottesi al concetto di etica pubblica, ovvero quelli di cui all'art. 54, 97 e 98 Cost.

Il codice, denominato 'generale', costituisce dunque un modello al quale ogni singola amministrazione dovrà ispirarsi nell'emanazione del proprio codice di comportamento, modulato secondo le proprie specifiche esigenze di disciplina.

Tale regolamento, dunque, deve costituire *"la base minima e indefettibile di ciascun codice di comportamento adottato dalle varie amministrazioni. Questo significa che, a prescindere dai contenuti specifici di ciascun codice, il regolamento n. 62/2013 trova applicazione in via integrale in ogni amministrazione inclusa nel relativo ambito soggettivo di applicazione"*¹⁶⁵.

Il codice, difatti, all'art. 1, definisce i doveri minimi¹⁶⁶ di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i dipendenti pubblici sono tenuti ad osservare.

¹⁶³ R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI – R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano 2009.

¹⁶⁴ In particolare, i dipendenti pubblici saranno obbligati ad un facere diverso ed ulteriore rispetto ai dipendenti privati. In questo senso si è affermato: *"la "attività lavorativa" costituisce un momento nel quale si intrecciano la dimensione prestazionale (di norma, privatistica) e quella funzionale (pubblicistica), secondo combinazioni, e gradazioni, che variano in relazione alla posizione professionale, al settore di intervento, all'amministrazione di riferimento."*: così, E. CARLONI, *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 2013, issue 2.

¹⁶⁵ Cfr. Delib. ANAC n. 75/2013, in www.anticorruzione.it

¹⁶⁶ Si è notato come, mentre l'art. 1 del codice di comportamento del 2000 faceva riferimento alle "specificazioni esemplificative degli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità, l'attuale codice invece mira a fissare i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che il funzionario pubblico deve rispettare. Dunque, mentre nella prima formulazione il riferimento era delle mere esemplificazioni, i secondi sono dei doveri che hanno un diretto precipitato sulla responsabilità disciplinare attivabile a fronte della loro violazione. In questo senso, F. MERLONI, *Codici di comportamento, Libro dell'anno 2014*, Treccani.

Rispetto al suddetto nucleo essenziale, è evidente che occorrerà svolgere un'opera di implementazione attraverso ulteriori previsioni contenute nei singoli codici delle Pubbliche Amministrazioni che assumeranno, dunque, una funzione non solo specificativa ma anche integrativa dei doveri richiamati nel codice di comportamento in esame.

Per quel che riguarda i principi generali, questi sono, ai sensi dell'art. 3, i doveri costituzionali impressi negli articoli 54 e 97 della Costituzione, ai quali si aggiunge, in maniera esplicita, la necessità di porre in essere una condotta che rientri nei perimetri della legalità e che sia volta al perseguimento dell'interesse pubblico, senza forme di abuso della posizione pubblica rivestita.

A queste indicazioni para-costituzionali se ne aggiungono altre che tendono a declinare i principi generali suddetti alla luce della particolare condotta richiesta al pubblico funzionario.

In questo senso, dunque, è previsto che il pubblico dipendente sia tenuto al rispetto dei principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e che agisca in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi.

Ancora, il dipendente non deve usare a fini privati le informazioni di cui dispone per ragioni di ufficio, deve evitare situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei compiti o nuocere agli interessi o all'immagine della Pubblica Amministrazione.

Si dispone espressamente che le prerogative e i poteri pubblici devono essere esercitati unicamente per le finalità di interesse generale per le quali sono stati conferiti.

Oltre alle suddette generali prescrizioni comportamentali, tuttavia, il codice si spinge oltre. È infatti espressamente previsto che in capo al funzionario pubblico siano ascrivibili delle qualità personali, qualificate come indefettibili dallo stesso codice, che consentono al soggetto di svolgere adeguatamente la propria funzione.

L'obiettivo del nuovo codice di comportamento, dunque, sembra essere quello di costruire una “*ethics infrastructure*” di regole, doveri, sanzioni e meccanismi di *accountability*¹⁶⁷.

Analizzando la struttura dispositiva del Codice in parola, si è osservato che l'analisi debba essere condotta distinguendo gli obblighi attivi, ovvero il “fare”, e quelli a contenuto negativo, il “non fare”, da contenuti che, invece, attengono all'“essere” del soggetto.

Un conto, infatti, è imprimere sul pubblico dipendente un alveo di doveri comportamentali che si risolvono, in termini giuridici, fundamentalmente nell'assunzione di obbligazioni, negative o positive¹⁶⁸; altro conto è prescrivere un “essere”, in assenza del quale non sarebbe possibile che un dato soggetto svolga adeguatamente la missione pubblica.

Con i doveri etici imposti al dipendente pubblico, dunque, non si intende operare semplicemente sul complesso di obbligazioni positive e negative derivanti dal rapporto di lavoro subordinato in sé considerato, ma sembra volersi operare su un altro piano, quello dell'etica, che in qualche misura prescinde dalla doverosità di una certa condotta.

Molte delle previsioni del Codice, infatti, sono volte a conformare lo “spirito” dei dipendenti pubblici ad un'etica pubblica di carattere oggettivo, che viene estrinsecata nei principi ivi previsti e che deve essere soggettivizzata, attraverso un'opera di fidelizzazione, nelle morali individuali dei pubblici funzionari.

La previsione di condotte conformate all'etica pubblica – quale concetto derivante dalle previsioni costituzionali di cui agli artt. 54 e 97 Cost - sembra, dunque, stridente in misura anche maggiore con la concezione giuridica che qualifica come aventi natura privatistica gli obblighi imposti ai dipendenti pubblici.

¹⁶⁷ Cfr. G. SIRIANNI, *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*; in merito, cfr. il documento Ocse, *Government at Glance*, 2009, che collega la “culture of integrity” ad una serie di interventi sistemati di individuazione di standard, indirizzo, controllo: sul punto, cfr. M. FOA, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 2013.

¹⁶⁸ R. CAVALLO PERIN, M. GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Diritto amministrativo*, 2009: “la tendenza a ridurre i valori deontologici ad un sinallagma dare-avere tra dipendente e datore di lavoro [...] porta a ritenere che l'efficienza dell'amministrazione sia data dal mero raggiungimento di risultati verso il datore di lavoro in ragione del numero di pratiche disbrigate o di prestazioni erogate, che porta inevitabilmente a trascurare l'imparziale erogazione delle stesse”.

Imporre ad un soggetto l'obbligo di un "essere", relativo alla sua particolare qualifica di pubblico dipendente, significa applicare un parametro valoriale estrinseco, rendendo precettivo ciò che, tuttavia, contrattualmente non lo sarebbe.

Né può ritenersi che un precedente giuridico in tal senso sia riscontrabile nel dovere di buona fede ovvero nella diligenza del buon padre di famiglia di cui agli artt. 1175 e 1337 c.c.

In entrambi i casi, infatti, la diligenza si concreta in un *facere* diligente, ovvero si valuta alla luce della condotta posta in essere per adempiere l'obbligazione. Non è, viceversa, una qualità morale, come sembra essere quella richiesta posta ai funzionari pubblici.

Ai funzionari pubblici, infatti, sono richiesti comportamenti integri, etici e onesti non già di per sé, bensì quali riflessi esteriori di un essere interiore.

Si tenta, in tal modo, così come già si tentò con le previsioni costituzionali fondanti i doveri del dipendente pubblico, di "eticizzare", ovvero rendere etica non già una condotta – che per sua natura non può essere etica ma, al più, conforme all'etica – bensì un soggetto.

A distinguere ulteriormente il concetto di etica da quello di buona fede e correttezza sopraggiunge anche la tradizionale riconduzione degli uni e degli altri in due ambiti di operatività differenti quanto a riflessi sul mondo giuridico.

Se, infatti, la correttezza e la buona fede sono parametri da valutare al fine di verificare il corretto equilibrio fra le prestazioni obbligatorie di due o più soggetti, l'etica, declinata in termini di integrità, onestà e probità, servirebbe piuttosto come parametro di autovalutazione, solo eventualmente idoneo a manifestarsi all'esterno in un rapporto di sinallagmaticità con le aspettative dei consociati.

In questo senso, infatti, si è affermato che tali connotazioni pubbliche sono necessarie per un rapporto equilibrato fra il fine da perseguire e i mezzi impiegati per il suo raggiungimento, quasi a dire, che si tratterebbe di modalità dell'azione e non di parametri di valutazione.

Attraverso l'imposizione dell' "essere etico", dunque, il Codice di comportamento sembra prendere le distanze dalla concezione meramente contrattuale del rapporto di lavoro, andando invece a rivalorizzare il contenuto

obbligatorio della prestazione del pubblico dipendente alla luce della riscoperta c.d. funzione pubblica.

Venendo, più in particolare, al contenuto del codice di comportamento in parola, le novità di maggior rilievo attengono all'ambito soggettivo di applicazione del Codice e, in secondo luogo, agli obblighi comportamentali ivi previsti.

Con riguardo, in primo luogo, all'ambito di applicazione soggettivo, l'art. 2, comma 1 prevede che il Codice di comportamento si applichi agli stessi soggetti di cui all'art. 2 del D.Lgs. 165/2001. Rispetto a questi il valore delle norme sarà precettivo, ovvero accompagnato da sanzione disciplinare nel caso in cui le disposizioni vengano violate.

Con riguardo, invece, ai soggetti di cui all'art. 3 del D.Lgs. 165/2001 il secondo comma dell'art. 2 del Codice espressamente prevede che la valenza delle norme ivi previste sarà quella di norme di principio, o meglio, di principi di comportamento, rispetto ai quali l'opera di codificazione delle singole Amministrazioni richiederà una rielaborazione contenutistica.

Interessante è, poi, la previsione del comma 3 a mente del quale i principi del codice dovranno essere applicati da parte delle Amministrazioni Pubbliche anche a quei soggetti che, pur non avendo un rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione, si trovino a collaborare con la stessa o comunque a prestare, a favore della stessa, la propria opera.

La disposizione appare di particolare rilievo proprio perché sposta il dato dirimente dell'applicazione normativa da quello prettamente formale a quello sostanziale, recuperando, ancora una volta, uno strato di senso fortemente pubblico nella disciplina delle regole di condotta.

È chiaro, infatti, che una disposizione di tal fatta non potrebbe rinvenirsi in un codice di condotta fra privati posto che, in questo caso, il codice di condotta altro non è che un'integrazione rispetto al complesso delle prestazioni che le parti si obbligano reciprocamente ad adempiere. E, di conseguenza, per potersi aver un'obbligazione, ovvero una situazione giuridica soggettiva di carattere passivo, è necessario che si sia instaurato un rapporto che legittimi tale pretesa¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Proprio sulla scorta di tale argomentazione, sembra ulteriormente confermata la diversa natura delle suddette norme comportamentali rispetto alle obbligazioni di mezzo e di risultato ascrivibili all'ordinario rapporto di lavoro.

Nel pubblico impiego, invece, la natura pubblica del rapporto rende in qualche misura irrilevante la qualifica giuridica del soggetto, valorizzando invece la prestazione svolta e, in particolare, il fine pubblico perseguito¹⁷⁰.

Con riguardo, dunque, ai soggetti che collaborano con la Pubblica Amministrazione in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, lo strumento per l'estensione dei doveri del Codice è attuato tramite l'inserimento, nei contratti di collaborazione o di consulenza, di clausole che determinano la risoluzione o la decadenza del rapporto nel caso di violazione dei suddetti obblighi.

Sempre avendo riguardo all'ambito soggettivo di applicazione si segnala la particolare attenzione dedicata alle figure dirigenziali per le quali l'art. 54 del D.Lgs. 165/2001 imponeva che fosse predisposta un'apposita sezione speciale del nuovo codice nazionale.

Nonostante tale espresso monito, il nuovo codice non dedica ai dirigenti una sezione apposita bensì una sola norma, l'art. 13, che individua ulteriori obblighi gravanti sui dirigenti.

Fra questi possono essere ricordati, in particolare, l'obbligo concernente la situazione personale del dirigente al momento dell'accettazione dell'incarico¹⁷¹ e i pregnanti doveri relativi alla gestione del personale, che si concretano nell'adozione di un comportamento organizzativo adeguato (comma5), nella cura del benessere

¹⁷⁰ Sul punto c'è chi, tuttavia ha osservato: *“Quanto alla nozione di “funzionari”, alla luce degli interventi nel loro insieme, appare non ancora pienamente matura quella tendenza, presente nello scenario comparato e da più parti invocata, alla definizione di un sistema di regole rivolte, in modo differenziato ma sostanzialmente comune, tanto al personale politico che a quello dipendente, comunque incaricato di pubbliche funzioni. In termini complessivi, assistiamo ad una gradazione di interventi: la gran parte rivolti al personale dipendente, talora estesi al personale legato all'amministrazione da rapporti di tipo diverso (incarichi, consulenze), infine, in misura minore, orientati verso il personale politico.”*, così, E. CARLONI, *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 2013.

¹⁷¹ Ai sensi dell'art. 13, comma 3, infatti: *“Il dirigente, prima di assumere le sue funzioni, comunica all'amministrazione le partecipazioni azionarie e gli altri interessi finanziari che possano porlo in conflitto di interessi con la funzione pubblica che svolge e dichiara se ha parenti e affini entro il secondo grado, coniuge o convivente che esercitano attività politiche, professionali o economiche che li pongano in contatti frequenti con l'ufficio che dovrà dirigere o che siano coinvolti nelle decisioni o nelle attività inerenti all'ufficio. Il dirigente fornisce le informazioni sulla propria situazione patrimoniale e le dichiarazioni annuali dei redditi soggetti all'imposta sui redditi delle persone fisiche previste dalla legge.”*

del personale, nell'equa ripartizione degli incarichi di lavoro e nella valutazione imparziale del personale medesimo (comma 6).

Così delineati gli aspetti di maggior interesse in relazione ai profili soggettivi del Codice di comportamento, si possono analizzare, in secondo luogo, i contenuti del Codice medesimo.

Oltre alla fonte obbligatoria costituita dal contratto di lavoro subordinato, dalla quale discendono le obbligazioni di fare tipiche di un contratto di prestazione professionale, infatti, con l'introduzione del Codice di comportamento il funzionario è gravato da obblighi ulteriori relativi alla funzione pubblica rivestita, che assumono una particolare pregnanza proprio alla luce dell'interesse pubblico perseguito.

In questo senso si è detto che il dipendente pubblico risponde ad una logica di doppio binario "doveri pubblici-obblighi privati"¹⁷².

Per garantire un corretto espletamento dei doveri pubblici particolarmente denso è il richiamo alla normativa in materia di prevenzione della corruzione, di cui all'art. 8, e relativa alla trasparenza, di cui all'art. 9.

La prima disposizione prevede infatti che *"Il dipendente rispetta le misure necessarie alla prevenzione degli illeciti nell'amministrazione. In particolare, il dipendente rispetta le prescrizioni contenute nel piano per la prevenzione della corruzione, presta la sua collaborazione al responsabile della prevenzione della corruzione e, fermo restando l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, segnala al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell'amministrazione di cui sia venuto a conoscenza."*

Mentre la prima parte della disposizione prevede l'obbligo di attenersi alle prescrizioni in materia di corruzione, la seconda parte si focalizza sul ruolo del c.d. *whistleblowing*, ovvero del soggetto che, come si è già visto, sia venuto a conoscenza di un comportamento illecito da parte di un collega lo segnala al responsabile della prevenzione alla corruzione affinché venga intrapresa un'azione di accertamento sulla condotta del segnalato.

¹⁷² Cfr. E. CARLONI, op. ult. cit. Secondo l'Autore si assiste alla formazione di *"Un modello, quello della duplice lista di situazioni doverose, pubbliche e private, unilaterali e contrattuali, che convergono in sanzioni irrogate con poteri privatistici e quindi sindacabili in un ambiente "privatizzato", certo complesso ma non privo di una sua coerenza teorica e che, in ultima istanza, risponde all'esigenza di conciliare l'inconciliabile: doveri non sindacabili e contrattazione."*

Oltre che essere una facoltà attribuita al dipendente, la disposizione in commento la colora di una connotazione di obbligatorietà che assume la funzione di garantire una certa “solidarietà etica” all’interno della Pubblica Amministrazione più verticale che orizzontale. A fronte di tale segnalazione, tuttavia, il dipendente viene tutelato dall’anonimato così da non inficiare la sua serenità nei rapporti relazionali con gli altri dipendenti.

Tale istituto, divenuto obbligatorio, rivela un’ottica inquisitoria del Legislatore che, proprio per cercare di arginare il fenomeno corruttivo, si dota di uno strumento di controllo diffuso.

Con riguardo, invece, agli obblighi di trasparenza, l’art. 9 stabilisce che: *“Il dipendente assicura l’adempimento degli obblighi di trasparenza previsti in capo alle pubbliche amministrazioni secondo le disposizioni normative vigenti, prestando la massima collaborazione nell’elaborazione, reperimento e trasmissione dei dati sottoposti all’obbligo di pubblicazione sul sito istituzionale. La tracciabilità dei processi decisionali adottati dai dipendenti deve essere, in tutti i casi, garantita attraverso un adeguato supporto documentale, che consenta in ogni momento la replicabilità”*.

Ancora, un preciso obbligo è quello dell’imparzialità, che da qualità dell’azione diventa qualità soggettiva del dipendente.

Difatti, viene specificato al comma 5 dell’articolo 3, che, nei rapporti con i destinatari dell’azione amministrativa, *“il dipendente assicura la piena parità di trattamento a parità di condizioni, astenendosi, altresì, da azioni arbitrarie che abbiano effetti negativi sui destinatari dell’azione amministrativa o che comportino discriminazioni basate su sesso, nazionalità, origine etnica, caratteristiche genetiche, lingua, religione o credo, convinzioni personali o politiche, appartenenza a una minoranza nazionale, disabilità, condizioni sociali o di salute, età e orientamento sessuale o su altri diversi fattori”*.

La peculiarità della disposizione consiste, ancora una volta, nella soggettivizzazione delle regole di condotta che finiscono per assurgere a parametri di valutazione etica e non più solo a canoni di valutazione dell’azione amministrativa.

Ulteriore elemento di interesse che il codice di comportamento presenta è quello relativo alla rinnovata attenzione al profilo dei conflitti di interesse.

In questa ottica si segnalano diverse disposizioni, quali quella di cui all'art. 4 comma 6, disciplinante il divieto di accettare “*incarichi di collaborazione da soggetti privati che abbiano, o abbiano avuto nel biennio precedente, un interesse economico significativo in decisioni o attività inerenti l'ufficio di appartenenza*”, parallelamente al divieto di assunzione di incarichi presso questi stessi soggetti anche successivamente alla cessazione del servizio¹⁷³; quella di cui all'art. 6 che impone l'obbligo di comunicazione di eventuali interessi finanziari in conflitto ovvero dell'appartenenza del funzionario ad associazioni o della presenza di rapporti di collaborazione retribuiti nel triennio precedente; infine quella di cui all'art. 7 che disciplina il dovere di astensione nel caso di conflitto di interessi anche solo potenziale.

Per ciò che concerne, infine, il valore da assegnare al Codice in parola, e il rapporto fra quest'ultimo e la disciplina della responsabilità disciplinare di cui al D.Lgs. 165/2001, così come modificato dal D.Lgs. 150/2009, un'importante indicazione è fornita dall'art. 54, comma 3.

Difatti, ai sensi dell'art. 54, comma 3, la violazione del codice di comportamento generale, così come quella dei codici di comportamento delle singole amministrazioni, è fonte diretta di responsabilità disciplinare e assume rilievo anche per ciò che riguarda la responsabilità civile, amministrativa e contabile.

La gravità assegnata alla violazione del codice in parola è ulteriormente rafforzata laddove è prevista l'applicazione della sanzione di cui all'art. 55 quater, comma 1 del D.Lgs. 165/2001, ovvero del licenziamento *ex lege*, a fronte di violazioni gravi o reiterate del codice.

L'imputazione di una responsabilità disciplinare che va a sommarsi alle responsabilità disciplinari già scaturenti dalla violazione del D.Lgs. 165/2001 determina un'incertezza in merito ai rapporti fra le predette fonti.

Sembrerebbe, dunque, che la responsabilità disciplinare possa essere configurata tanto laddove siano violate le disposizioni aventi un rilievo meramente contrattuale,

¹⁷³ In riferimento è al divieto di *pantouflage*, già introdotto nell'art. 53 del D.Lgs. 165/2001, come nuovo comma 16 ter dal comma 42 lett. l) dell'art.1 l. 190/2012.

così come è stato inteso il contenuto obbligatorio di cui al D.Lgs. 165/2001, tanto nel caso in cui vengono violati i codici di comportamento che, come visto, esulano da una concezione sinallagmatica del rapporto, fondandosi su doveri di natura prettamente pubblica.

Inoltre, fermo restando che i codici hanno un autonomo rilievo anche a prescindere dall'attivazione dell'azione disciplinare e le disposizioni in essi contenute non sono modificabili ad opera della contrattazione collettiva, ci si domanda, quale sia la fonte gerarchicamente superiore che andrebbe applicata nel caso in cui ci si trovasse in presenza di norme fra loro antinomiche¹⁷⁴.

3. Le novità della riforma Madia

Il Legislatore è, infine, intervenuto in modo sistematico sulla disciplina del Pubblico Impiego attraverso l'emanazione di due differenti decreti legislativi, in attuazione dell'art. 17 della L. 124/2014.

In particolare con il D.Lgs. 75/2017, entrato in vigore nel Maggio del 2017, è stato modificato il D.Lgs. 165/2001; mentre con il D.Lgs. 74/2017 è stato modificato il D.Lgs. 150/2009.

Nell'analizzare i profili determinanti la progressiva ri-pubblicizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., appare di interesse evidenziare le modifiche adottate in materia di responsabilità disciplinare, in osservanza dei criteri imposti dalla legge delega. In particolare, infatti, l'art. 17, comma, lett. S) ha prescritto la *“introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare”*.

Al fine di rendere effettiva tale prescrizione è stato inoltre previsto, alla lettera T) il *“rafforzamento del principio di separazione tra indirizzo-politico e gestione e del conseguente regime di responsabilità del dirigente, attraverso l'esclusiva*

¹⁷⁴ Sul punto, F. MERLONI, op. cit.

imputabilità agli stessi della responsabilità amministrativo-contabile per l'attività gestionale".

I criteri impartiti con la legge di delega in esame sono stati recepiti nei richiamati decreti legislativi.

In particolare, per quanto attiene al D.Lgs. 165/2001, questo è stato modificato, per i profili che qui interessano, agli artt. 55, 55-*bis* e 55-*ter*.

All'art. 55, primo comma, è stato inserito un ultimo periodo secondo il quale: *“La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni [artt. 55 e ss.] costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione”*.

Di conseguenza, la violazione delle disposizioni di cui agli artt. 55 e ss., che sono qualificate come norme imperative, determina, quale conseguenza oggettiva, l'applicazione degli artt. 1339 e 1419 c.c., e, dal punto di vista soggettivo, in presenza di dolo o colpa, la responsabilità disciplinare del dipendente.

La *ratio* della richiamata disposizione sembra non essere chiara. Ovvero, non è dato comprendere se il fulcro della norma sia quello di estendere la responsabilità disciplinare a soggetti che siano preposti all'applicazione delle norme disciplinari, ovvero ai dirigenti o ai funzionari delegati, che non abbiano attivato le procedure disciplinari a fronte della condotta di un dipendente concretante la violazione di uno degli obblighi ad esso imposti; oppure il fine sia piuttosto quello di individuare in maniera chiara e innovativa l'elemento psicologico che deve sussistere per l'imputazione della responsabilità disciplinare in capo al dipendente.

A ben vedere, nonostante parte degli osservatori e lo stesso legislatore abbiano posto l'accento sul primo dei summenzionati aspetti, assai rilevante appare anche il riferimento all'elemento psicologico.

O meglio, ciò che sorprende è l'esigenza del Legislatore di individuare un elemento psicologico al fine di imputare al soggetto la responsabilità disciplinare in parola.

L'indicazione dell'elemento psicologico potrebbe essere giustificata dalla volontà di assimilare la responsabilità disciplinare a quelle forme di responsabilità previste già in Costituzione per i dipendenti pubblici, che richiedono la sussistenza del coefficiente psicologico del dolo e della colpa, anche se graduata.

Difatti, analizzando tanto la responsabilità penale che quella amministrativa è evidente che un'indagine sul coefficiente psicologico del soggetto è, di norma, compiuta al fine di personalizzare la sanzione e rispettare, limitatamente alle ipotesi in cui ciò sia tassativamente prescritto, il principio di cui all'art. 27 Cost.

Ciò che anima la riforma è, dunque, da un lato, la necessità di meglio definire la responsabilità disciplinare connotandola in maniera più rigorosa anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo e, dall'altro, l'esigenza di rivedere la disciplina in parola in un'ottica di semplificazione e efficientamento di tutti i meccanismi decisionali pubblici.

Ponendo l'accento su questo secondo aspetto, viene, in primo luogo, stabilita la legittimazione attiva all'irrogazione delle sanzioni disciplinari distinguendo fra il rimprovero verbale, esercitabile dal capo struttura, e le altre sanzioni che, invece, ai sensi del comma 2 dell'art. 55 *bis*, dovranno essere irrogate da un ufficio individuato appositamente all'interno di ogni amministrazione (il c.d. Ufficio per il Procedimento Disciplinare).

Sempre nell'ottica acceleratoria e di semplificazione, il procedimento disciplinare è stato scandito, quanto a fasi e a termini, in maniera più rigorosa, prevedendo che, ravvisata la condotta illecita in capo al dipendente, il responsabile della struttura segnali, entro dieci giorni, all'ufficio disciplinare i fatti di cui ha avuto conoscenza.

L'UPD, quindi, con immediatezza e comunque non oltre i trenta giorni dalla segnalazione, deve provvedere alla contestazione formale e scritta dell'addebito al dipendente prevedendo un termine, non inferiore a venti giorni, per l'audizione di quest'ultimo.

Il procedimento deve essere necessariamente concluso entro il termine di novanta giorni dalla contestazione o con l'archiviazione, laddove l'accertamento della responsabilità abbia dato esito negativo, ovvero con l'irrogazione della sanzione, dandone comunicazione anche all'Ispettorato per la funzione pubblica.

Con riguardo alla natura dei termini procedurali suindicati è previsto che siano perentori solamente quelli relativi alla contestazione dell'addebito e alla conclusione del procedimento. Nel caso di violazione degli altri termini di fase, il comma 9 *ter* dispone che la loro violazione, pur potendo comportare la

responsabilità del dipendente cui il ritardo è imputabile, non comporta la decadenza dall'azione ovvero l'invalidità degli atti emanati con ritardo.

È, inoltre, espressamente prevista la nullità delle *“clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare.”*

Mentre per le infrazioni per le quali è prevista la sanzione del rimprovero verbale si applica la disciplina concordata nella contrattazione collettiva, negli altri casi, dunque, la disciplina applicabile è quella individuata dalla fonte normativa unilaterale e imperativa.

Questa prevalenza della disciplina pubblica su quella convenzionale rinvigorisce la necessità di una rivalutazione del procedimento disciplinare in chiave pubblicistica.

La stessa riforma, articolata nei termini suddetti, evidenzia la circostanza, che la dimensione disciplinare del rapporto di lavoro abbia nuovamente acquisito una pubblica funzione, in ragione del necessario perseguimento degli interessi pubblici di buon andamento, imparzialità ed efficienza dell'attività amministrativa, lasciando in questo settore in disparte la dimensione meramente manageriale del rapporto.

La riforma Madia interviene anche sul rapporto fra il procedimento disciplinare e il procedimento penale eventualmente instaurato a fronte della commissione in un fatto concretante anche una fattispecie delittuosa.

Viene, infatti, stabilito, ex art. 55 *ter*, che il procedimento disciplinare debba in ogni caso continuare ed essere definito anche laddove il comportamento del dipendente integri un reato.

Tuttavia, nel caso in cui i fatti per i quali si procede in sede disciplinare richiedano un accertamento particolarmente complesso che possa comportare l'irrogazione di una sanzione superiore alla sospensione del servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni, è possibile, sospendere il suddetto procedimento in attesa che venga definito il procedimento penale.

La valutazione in merito alla sospensione del procedimento disciplinare in pendenza di quello penale deve essere motivata anche sulla scorta dell'impossibilità di addivenire ad un accertamento sicuro della responsabilità del dipendente alla luce degli elementi istruttori in possesso della P.A. Dunque, gli elementi necessari a definire il procedimento disciplinare saranno quelli tratti dall'istruttoria effettuata in sede penale.

La norma prevede, inoltre, la possibilità che il procedimento venga riattivato *“qualora l'amministrazione giunga in possesso di elementi sufficienti per concludere il procedimento, anche sulla base di un provvedimento giurisdizionale non definitivo.”*

Nel caso in cui, invece, la P.A. propenda per la sospensione del procedimento disciplinare nelle more di quello penale, resta salva la possibilità di adottare misure cautelari nei confronti del dipendente per evitare il protrarsi della condotta o delle conseguenze dannose che dalla stessa possono derivare.

Per quanto attiene, invece, all'efficacia del giudicato penale in sede disciplinare è previsto che, nel caso in cui il primo si sia concluso con formula assolutoria ex art. 530 c.p.p., mentre, in sede disciplinare, il procedimento aveva comportato l'irrogazione di una sanzione, *“l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, ad istanza di parte da proporsi entro sei mesi dall'irrevocabilità della pronuncia penale, riapre il procedimento disciplinare per modificarne o confermarne l'atto conclusivo in relazione all'esito del giudizio penale”*.

Al contrario, laddove il procedimento disciplinare abbia finito per ritenere non sussistente l'illecito e, di converso, il procedimento penale abbia condotto all'accertamento di una responsabilità penale del dipendente, *“l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari riapre il procedimento disciplinare per adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale. Il procedimento disciplinare è riaperto, altresì, se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa.”*

Nei casi analizzati e, quindi, di concorso di procedimenti o di contrasto di giudicati, *“il procedimento disciplinare è, rispettivamente, ripreso o riaperto, mediante rinnovo della contestazione dell'addebito, entro sessanta giorni dalla*

comunicazione della sentenza, da parte della cancelleria del giudice, all'amministrazione di appartenenza del dipendente, ovvero dal ricevimento dell'istanza di riapertura. Il procedimento si svolge secondo quanto previsto nell'articolo 55-bis con integrale nuova decorrenza dei termini ivi previsti per la conclusione dello stesso. Ai fini delle determinazioni conclusive, l'ufficio procedente, nel procedimento disciplinare ripreso o riaperto, applica le disposizioni dell'articolo 653, commi 1 e 1-bis, del codice di procedura penale.”

Se queste, dunque, sono le disposizioni amministrative volte a disciplinare il rapporto fra il procedimento penale e il procedimento disciplinare, la norma che, viceversa, scandisce il rapporto fra i due giudicati in sede processuale penale è l'art. 653 c.p.p.

La suddetta norma appare di particolare rilevanza in quanto segna proprio il rapporto gerarchico fra le due statuizioni e, a parere di chi scrive, costituisce anche un generoso appiglio interpretativo per la qualificazione della natura della responsabilità disciplinare.

Venendo, in primo luogo, al contenuto dell'art. 653 c.p.p. occorre premettere che questo distingue due ipotesi.

Al primo comma è disciplinata l'ipotesi 'favorevole' ovvero quella in cui il procedimento penale si sia concluso con una sentenza di assoluzione, ai sensi dell'art. 530 c.p.p.

In questo caso la norma prevede che: *“La sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio di responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non lo ha commesso.”*

Al comma 1 bis, invece, è disciplinata l'ipotesi 'sfavorevole', ovvero quella in cui il procedimento penale si sia concluso con una sentenza di condanna, ex art. 533 c.p.p.

È, infatti, stabilito che: *“La sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso.”*

Ai sensi dell'art. 154 *ter* del D.Lgs. 271/1989, la cancelleria del giudice che ha emesso sentenza penale nei confronti di un dipendente pubblico comunica il dispositivo all'amministrazione di appartenenza.

Ora, come si può notare, la disciplina amministrativa e penale in materia di pendenza di procedimenti e di contrasto di giudicati non è perfettamente simmetrica.

Difatti, nel caso di sentenza penale di assoluzione, a fronte di un procedimento disciplinare di condanna, l'art. 55 *ter* prevede la possibilità, su istanza di parte, di riaprire il procedimento disciplinare il quale, a fronte dell'istanza e alla luce delle risultanze istruttorie, potrà essere confermato ovvero definito in conformità con il giudicato penale.

Nel caso, invece, di sentenza penale di condanna, l'ufficio disciplinare sarà tenuto a riaprire il procedimento conformandosi all'accertamento effettuato in sede penale.

È evidente una disparità fra le ipotesi di sentenze di assoluzione e le ipotesi di sentenza di condanna, benché, dal punto di vista processuale penale, sia stabilita per entrambe la valenza di giudicato nel procedimento disciplinare.

La previsione amministrativa sembra, per qualche ragione, accordare una maggiore rilevanza alla sentenza di condanna, rispetto alla quale c'è un'attivazione di ufficio e una modifica, pressoché scontata, dell'esito del giudizio disciplinare. Con riguardo, invece, alla sentenza di assoluzione, la medesima attenzione non è riposta, essendo rimessa al dipendente l'istanza di riapertura del procedimento che, ad ogni buon conto, potrà comunque essere concluso conformemente a quanto già definito in sede disciplinare.

La ragione che è alla base di questa dicotomia può essere riscontrata nella diversa estensione che l'illecito disciplinare può raggiungere rispetto all'illecito penale.

Si intende, con ciò, affermare che se una determinata condotta costituisce reato contro la P.A., quasi inevitabilmente costituirà altresì un illecito disciplinare; viceversa, è possibile che una condotta costituente illecito disciplinare non arrivi alla soglia del penalmente rilevante e riceva, dunque, una sentenza assolutoria in quella sede.

Se così può essere ricostruito il suddetto rapporto, forse sarebbe auspicabile un chiarimento da parte del legislatore.

D'altra parte, i dubbi in merito alla doppia offensività della condotta, disciplinarmente e penalmente, saranno di seguito approfonditi.

III. Gli strumenti di reazione alla corruzione amministrativa: la responsabilità disciplinare.

1. Le ricostruzioni dottrinarie sulla natura della sanzione disciplinare.

In ultima analisi, muovendo dall'evoluzione normativa che si è tentato di tratteggiare nel presente lavoro, risulta di particolare rilievo una più attenta riflessione sulla natura della responsabilità disciplinare, al fine di verificare la sua compatibilità con le altre forme di responsabilità presenti nel nostro ordinamento e, in particolare, con la responsabilità penale.

A tal fine occorre muovere dalle differenti ricostruzioni compiute, soffermandosi sui caratteri ad essa attribuiti, al fine di verificare se gli stessi siano tuttora presenti nella ricostruzione della responsabilità disciplinare e se, di conseguenza, gli approdi cui la dottrina è finora giunta siano ancora validi o necessitino di un ripensamento ovvero di una rimodulazione.

La responsabilità disciplinare può essere definita come quella forma di responsabilità, aggiuntiva rispetto al modello della responsabilità civile, penale e amministrativa, in cui incorre il lavoratore che non osservi le regole imposte dall'ordinamento di appartenenza^{175 176}.

¹⁷⁵ La pluralità delle forme di responsabilità è dovuta al principio di plurioffensività della condotta, ricavabile agevolmente anche alla luce di alcune disposizioni contenute nel D.Lgs. 165/2001. Già l'art. 55, comma 2, infatti, sancisce l'assoggettamento dei dipendenti pubblici alla responsabilità disciplinare "ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile." Nello stesso senso anche l'art. 54, comma 3 che stabilisce che "*La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi o regolamenti.*"

¹⁷⁶ Sulla molteplicità delle forme di responsabilità previste nel nostro ordinamento si veda: TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, II ed., 2013.

Questa responsabilità viene, di norma, ascritta fra le sanzioni ‘interne’ ovvero conservative, che permettono la c.d. difesa immunologica¹⁷⁷ tipica di ogni organizzazione esistente.

Nella Pubblica Amministrazione la responsabilità disciplinare è connessa alla violazione di quelle regole che mirano ad ottenere l’osservanza, da parte dei pubblici dipendenti, dei doveri ricavabili dai principi imposti dall’art. 97 Cost.

Secondo una prima ricostruzione del potere disciplinare, questo era da intendersi come *“quell’attività di vigilanza che in ogni corpo organizzato, e soprattutto nelle pubbliche amministrazioni, esercitano i superiori (...) per il buon andamento degli uffici, da loro dipendenti, e che importa anche un potere coattivo sui subordinati, per le punizioni disciplinari che possono venire inflitte e , in senso più ristretto, come il “potere coattivo, costituito dalla facoltà e talvolta anche l’obbligo di minacciare e infliggere una pena (...) a quello dei subordinati che infranga le norme che regolano il suo ufficio, non adempia il proprio dovere.”*¹⁷⁸

Per quanto attiene alla natura della responsabilità disciplinare – connotazione che prescinde in qualche misura dalla collocazione sistematica della stessa e dalla sua qualificazione moderna come ulteriore ipotesi di responsabilità – è necessario ripercorrere brevemente le teorie che a riguardo si sono nel tempo succedute¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Per questa espressione, mutuata dalle scienze mediche, si veda: F. BORTOLOTTI, *Disciplina* (dir. Amm.) (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma.

¹⁷⁸ O. RANELLETTI, Lavori della Commissione Villa nominata con decreto 21 febbraio 1918 n. 108 per la riforma della Pubblica Amministrazione.

¹⁷⁹ Si interroga sulla valenza della discussione dogmatica in ordine alle sanzioni disciplinari anche: ASSANTI, *Il potere disciplinare, le fonti della sanzione e i rapporti tra le fonti*, Seduta del 27 marzo 1965, in *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione collettiva*, Giuffrè editore, 1966, che afferma che: *“si tratta di risolvere il problema dell’affinità della sanzione disciplinare con l’uno o l’altro dei tipi fondamentali della sanzione, quella civile e quella penale. La questione non ha rilievo soltanto teorico perché si tratta di stabilire quali principi vadano applicati nelle ipotesi di lacune. L’accostamento della sanzione disciplinare a quella civile o quella penale dipende dalla natura della trasgressione colpita e dalla eventuale esistenza di una disciplina della sanzione compatibile solo con l’uno o con l’altro tipo. (...) Poiché la sanzione investe la stessa prestazione principale, nessun criterio discrezionale fra inadempimento e fattispecie della responsabilità disciplinare può essere individuato in relazione allo scopo della regola non osservata, nel senso che sussisterebbe il primo quando è leso l’interesse del creditore alla prestazione principale e si verificherebbe la seconda quando è colpito in modo immediato il fattore organizzativo.”*

Secondo un primo orientamento, sostenuto già dalla scuola tedesca del XIX secolo, alla responsabilità disciplinare andava riconosciuta natura penale, secondo alcuni di carattere generale, secondo altri di carattere speciale¹⁸⁰.

L'identità ontologica delle due sanzioni si coglieva nel fondamento delle stesse, per entrambe coincidente con l'*imperium* dello Stato, benché esercitato da poteri differenti.

La natura essenzialmente penale delle sanzioni disciplinari veniva diversamente declinata, secondo altra parte della dottrina¹⁸¹. I sostenitori di questa teoria, infatti, pur affermando l'identità ontologica fra il potere punitivo penale e quello disciplinare, qualificavano quest'ultimo come un diritto penale complementare. Il potere disciplinare, infatti, lasciava sempre la precedenza al diritto penale, senza invaderne il campo, ovvero senza derogarlo in alcun modo.

Anche la dottrina italiana più risalente aveva, in alcuni suoi esponenti, riconosciuto al potere disciplinare una natura punitiva.

Si affermava, infatti, che il potere disciplinare e quello penale, benché non perfettamente sovrapponibili, fossero comunque fra loro affini. La comminazione della sanzione disciplinare, infatti, avrebbe avuto come scopo, similmente a quella

¹⁸⁰ In questo senso: BULAU, *Disciplinarvergehen und Disciplinarverfahren*, in *Bluntschli und Brater's deur Staatswörterbuch*, III; Pozl, *Bluntschli und Brater's Staatswörterbuch*, 1873, IX.

Veniva affermato, infatti, che l'unica differenza da riconoscere alle due ipotesi di responsabilità atteneva all'autorità esercitante il potere punitivo: mentre la responsabilità penale, volta alla garanzia dell'ordinamento giuridico generale, era affidata al giudice penale; la responsabilità disciplinare, esercitata dall'autorità amministrativa, tutelava lo speciale rapporto di impiego.

La differenza fra i due poteri punitivi atteneva, inoltre, secondo tale impostazione, alle ipotesi in relazione alle quali le sanzioni venivano comminate: il potere punitivo penale trovava applicazione alle ipotesi di maggiore importanza mentre quello disciplinare alle ipotesi più lievi.

Per questa ragione entrambe sarebbero state connotate da un forte grado di afflittività, con identica funzione di difesa della società dal pericolo di azioni dannose, nonostante le differenze suindicate rispetto all'ambito di operatività.

La previsione dell'applicazione delle suddette sanzioni, dunque, era strettamente connessa al pericolo della lesione di una bene giuridico che la condotta del soggetto da punire aveva realizzato. Tale pericolo, nel diritto penale, è rivolto all'intera collettività, mentre nel diritto disciplinare si estrinseca nella messa a repentaglio di beni che appartengono nello specifico a singole organizzazioni. ¹⁸⁰ In questo senso, H. MEYER, *Lahrbuch des Deutschen Strafrechts – Erlangen*, 1883, II.

¹⁸¹ Per la tesi del diritto penale complementare, fra gli altri, M.E. MEYER, *Das disciplinar und Beschwerderecht fuer heer und marine*, Leipzig, 1910.

penale, quello di prevenire la violazione della norma giuridica mediante un meccanismo di coazione psicologica¹⁸².

L'affinità degli istituti punitivi ma la loro non perfetta somiglianza avrebbe consentito, secondo questa ricostruzione, comunque una doppia punibilità del soggetto, senza timore di incorrere nella violazione del divieto del "bis in idem".

Le richiamate posizioni che, come detto, riconoscevano natura essenzialmente penale anche alla sanzione disciplinare, sulla scorta della valorizzazione della connotazione pubblicistica del potere disciplinare, comunque diretto a mantenere un ordine all'interno di un determinato contesto associativo ed esercitato da un'autorità pubblica, sono state criticate da gran parte degli osservatori sulla scorta di molteplici argomenti, tuttora utilizzati per confutare l'assimilazione del potere penale a quello disciplinare¹⁸³.

In primo luogo, si è obiettato che la potestà disciplinare è esercitabile, a differenza di quella penale, solo nei confronti di soggetti che si trovino in una posizione di sudditanza rispetto al soggetto attivo o, *rectius*, che abbiano uno specifico rapporto di subordinazione con quest'ultimo. L'ambito di operatività del potere disciplinare, dunque, non sarebbe generale ma si rivolgerebbe esclusivamente a un determinato gruppo di soggetti in ragione di una particolare qualifica degli stessi e del rapporto di subordinazione esistente fra questi e l'autorità che commina la sanzione.

Viceversa, la sanzione penale si applica a tutti coloro che si trovino nel territorio dello Stato, in ragione del principio di territorialità di cui all'art. 6 c.p.¹⁸⁴, a

¹⁸² Cfr. CAMMEO, *Commentario delle leggi della giustizia amministrativa*, Milano, 1911.

¹⁸³ Per questa sistematizzazione, condivisa dall'Autore, si veda: V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè 2017.

¹⁸⁴ Ai sensi dell'art. 6 c.p.: "Chiunque commetta un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana. Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando l'azione o l'omissione che lo costituisce è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione o dell'omissione".

prescindere tanto dalla qualificazione del soggetto come ‘cittadino’¹⁸⁵ tanto, a maggior ragione, del suo particolare rapporto con lo Stato medesimo¹⁸⁶.

Inoltre, nel diritto disciplinare il principio del “*nullum crimen sine lege*” è solo tendenziale e non tassativo. Infatti, è possibile che la potestà punitiva sia esercitata a seguito di una valutazione discrezionale dell’ autorità che può anche prescindere da un’attenta analisi in merito alla perfetta coincidenza fra la condotta posta in essere e la disposizione legislativa di riferimento. Anzi, spesso manca una fonte legislativa che individui chiaramente gli estremi della condotta, rimettendo dunque all’interprete la declinazione concreta dei comportamenti richiesti¹⁸⁷.

Ancora, nel procedimento disciplinare non sono previste le garanzie procedurali assicurate in sede giurisdizionale penale né il relativo potere è esercito da un’ autorità giurisdizionale.

Infine, si argomenta che se si ritenesse la sanzione disciplinare di analoga natura a quella penale, si incorrerebbe nella violazione del principio del *ne bis in idem*.

Ferme restando le critiche suindicate in relazione alla natura penale della sanzione disciplinare, si evidenzia come tale assimilazione muoveva

¹⁸⁵ Circa l’irrelevanza della qualifica di cittadino si veda l’art. 3, comma 1 c.p. che, nel disciplinare l’obbligatorietà dell’azione penale stabilisce che: “*La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale.*”

¹⁸⁶ Unica eccezione alla generale applicabilità del diritto penale è costituita dai c.d. reati propri, ovvero quei reati che, per la loro stessa configurazione, necessitano una determinata qualifica in capo all’autore della condotta. Una particolare categoria di reati propri è quella dei reati contro la P.A. per il perfezionamento dei quali è necessario che la condotta sia posta in essere da un pubblico ufficiale o da un soggetto incaricato di un pubblico servizio. Si nota, tuttavia, che la necessaria qualifica pubblica del soggetto attivo dei reati contro la P.A. non è, a ben vedere, priva di rilievo proprio ai fini che qui interessano. Difatti, la circostanza che, anche nel diritto penale, la responsabilità del soggetto per i reati contro la P.A. è strettamente connessa alla sua qualifica pubblica restringe assai la divaricazione che la critica in parola vorrebbe evidenziare. Nei reati contro la P.A. anche il diritto penale richiede la sussistenza di un particolare rapporto con il datore di lavoro pubblico per poter comminare la sanzione.

I reati propri, inoltre, possono essere distinti fra ‘esclusivi’ e ‘non esclusivi’ a seconda che la mancanza di qualifica in capo al soggetto attivo comporti la generale non configurabilità di alcuna fattispecie di reato ovvero determini l’applicazione di una diversa fattispecie che, descrittiva della medesima condotta, possa essere applicata in assenza del requisito soggettivo.

¹⁸⁷ L’assenza di tassatività e di tipicità comporta il riconoscimento, in capo all’Autorità amministrativa, di uno spiccato margine di discrezionalità nell’esercizio dell’azione disciplinare e nell’irrogazione della sanzione non riscontrabile nel giudizio penale. Quest’ultimo, infatti, è coperto da una riserva assoluta di legge ai sensi dell’art. 25, comma 2 Cost. e art. 1 c.p., fatta eccezione per la comminazione della misura della pena, così come stabilito dall’art. 133 c.p.

essenzialmente dal riconoscimento della natura pubblica del rapporto di pubblico impiego.

Era, difatti, proprio la circostanza che il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. fosse connotato da una natura pubblica a suggerire una possibile analogia con le sanzioni penali.

Orbene, tale presupposto è venuto meno allorché il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. è stato, fin dal 1993, privatizzato.

Difatti, con il processo di privatizzazione si era giunti ad affermare, invece, la teoria che la responsabilità disciplinare fosse da ricomprendere nell'alveo della responsabilità privatistica o, *rectius*, avesse natura analoga al diritto privato di credito¹⁸⁸.

Il potere disciplinare, dunque, deriverebbe non già da una potestà punitiva di stampo pubblicistico quanto piuttosto dall'inadempimento posto in essere dal lavoratore-contraente rispetto alle obbligazioni assunte al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro¹⁸⁹.

Si affermava, infatti, che il potere disciplinare fosse l'esatto riflesso del potere direttivo e fosse riconosciuto in capo al datore di lavoro alla luce della disposizione di cui all'art. 2106 c.c. In questo senso, dunque, la sanzione disciplinare poteva essere comminata laddove il datore di lavoro avesse violato l'obbligo di fedeltà, previsto dall'art. 2105 c.c. e l'obbligo di diligenza richiesto alla luce della prestazione da eseguire ex art. 2104 c.c.

Il mancato assolvimento degli obblighi ivi previsti determinava, dunque, una responsabilità del dipendente per inadempimento che, fra l'altro, consentiva al datore di lavoro di irrogare le sanzioni disciplinari.

Qualificato il rapporto fra lavoratore e P.A. come un qualsiasi rapporto creditorio, si sosteneva, poi, che la Pubblica Amministrazione non fosse obbligata

¹⁸⁸ A ben vedere questa impostazione era già stata elaborata in epoca antecedente da coloro i quali qualificavano il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. come scaturigine di un diritto di credito pubblico. La teoria in parola assumeva, tuttavia, nuova linfa proprio con i processi di privatizzazione.

¹⁸⁹ La tesi della natura privatistica delle sanzioni disciplinari è sostenuta, fra gli altri anche da NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Milano 1955, secondo il quale: “*le sanzioni disciplinari non possono confondersi con poteri pubblicistici in quanto mirano a tutelare un interesse privato del datore di lavoro; trattasi, tuttavia, di rimedi che, se pure vogliamo considerare come pene private, hanno la funzione essenziale di assicurare l'organizzazione e il funzionamento dell'azienda.*”

a rivalersi sul soggetto inadempiente, costituendo l'azionabilità della pretesa una mera facoltà del creditore¹⁹⁰.

Tale concezione, pur se teoricamente convincente in quanto fondata anche sulla trasformazione privatistica del pubblico impiego, ha raccolto numerose critiche da parte degli osservatori.

Si è, infatti, sostenuto che la più significativa differenza che intercorre fra un interesse privato al credito ovvero al risarcimento del danno e il potere disciplinare sta proprio nel risultato avuto di mira e conseguibile dall' "attore".

Se, infatti, il diritto al credito – nelle forme del *quantum* del risarcimento del danno arrecato con la propria condotta – è volto alla restituzione, al riequilibrio delle parti, alla riparazione del sofferto, la sanzione disciplinare, invece, persegue una funzione diversa, in quanto è volta infliggere una pena che non apporta, di regola, un vantaggio patrimoniale alla P.A.^{191 192 193}.

¹⁹⁰ Cfr. V. TENORE, op. cit. che richiama la posizione di LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 1911.

¹⁹¹ In questo senso, MAINARDI, *Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro*, in *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, MAINARDI (a cura di), Torino, 2012.

¹⁹² L'unico vantaggio patrimoniale che potrebbe essere ipotizzato è quello che interviene nel caso in cui la sanzione disciplinare sia accompagnata anche da una responsabilità amministrativa ovvero nel caso in cui si tenga in considerazione il vantaggio indiretto derivante dalla mancata corresponsione delle mensilità di retribuzione, nel caso in cui la pena inflitta rientri in questa tipologia.

¹⁹³ A questa obiezione, tuttavia, è possibile oggi replicare tenendo conto che nella più recente giurisprudenza sono stati riconosciuti come già vigenti nel nostro ordinamento e comunque come operativi, anche al fine di mantenere l'ordine pubblico internazionale, i *punitive damages*, ovvero quei danni derivanti dalla lesione di un bene giuridico che vengono risarciti non computando l'effettiva lesione cagionata, ma attribuendo il diritto al risarcimento di un danno ulteriore dal pregiudizio in concreto sofferto, da corrispondere proprio in ragione della condotta ingiusta posta in essere. Sul punto la recentissima e rivoluzionaria pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 16601/2017 del 5 luglio 2017 che afferma il seguente principio di diritto, dopo una lunga e articolata motivazione: "*Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi - (punitive damages) - Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di deliberazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.*" Anche la responsabilità civile, secondo una sua connaturata caratteristica, può avere, dunque, funzione tanto sanzionatoria che di deterrenza.

Esclusa, dunque, la natura tanto penale che civile alla sanzione disciplinare, secondo un'altra impostazione il potere disciplinare sarebbe da ricondurre alla sanzione amministrativa, disciplinata nel nostro ordinamento dalla L. 689/1981¹⁹⁴.

Questa assimilazione è stata smentita da coloro i quali ritengono che la differenza fra le due ipotesi di potestà punitiva risieda nella diversa consistenza dei beni giuridici tutelati. Mentre la sanzione amministrativa, infatti, è volta a tutelare interessi assoluti dello Stato, la sanzione disciplinare è, invece, volta a tutelare interessi relativi, ovvero quelli che attengono al contenuto del rapporto obbligatorio di lavoro subordinato – disciplinato dai contratti collettivi e dai codici di comportamento – nei confronti di una specifica pubblica amministrazione¹⁹⁵.

A criticare la possibile equiparazione delle sanzioni disciplinari con quelle amministrative interviene anche un dato normativo di particolare rilievo, ovvero l'art. 12 della L. 689/81 che espressamente esclude l'applicazione della L. 689/81 alle violazioni disciplinari¹⁹⁶.

La ragione di tale esclusione sembra essere giustificata dalla necessità di osservare, nell'applicazione delle sanzioni disciplinari, le regole settoriali per queste previste, senza dar credito a commistioni di discipline operanti in ambiti formalmente diversi¹⁹⁷.

Infine, la tesi che più delle altre ha trovato fortuna fra gli osservatori e che si pone come *tertium genus* fra l'approccio penalistico e quello privatistico, è quella

¹⁹⁴ In questo senso si veda: G. MOR, *Le sanzioni disciplinari e il principio nullum crimen sine lege*, Giuffrè, 1970. Secondo l'Autore le sanzioni disciplinari rientrano nelle sanzioni amministrative e, per tale ragione, anche rispetto a queste è necessario verificare la loro compatibilità con le sanzioni penali.

¹⁹⁵ Sulla non assimilabilità delle sanzioni disciplinari a quelle amministrative si veda, fra gli altri, M. A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione* (Studi preliminari), Napoli, 1981; PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989.

¹⁹⁶ A mente della suddetta disposizione “*Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari.*”

¹⁹⁷ Si evidenzia, tuttavia, come questa disposizione, sulla quale il Legislatore non è mai intervenuto, è stata emanata in una fase nella quale la materia del pubblico impiego stava per essere investita dai processi di privatizzazione esaminati. In coerenza con la suddetta privatizzazione e tenendo conto degli apporti resi dalla contrattazione collettiva, dunque, il Legislatore escludeva la suddetta materia dalla disciplina pubblicistica approntata.

che individua il fondamento disciplinare delle sanzioni sul concetto di supremazia speciale.

Secondo i sostenitori della tesi fondata sulla supremazia speciale, il potere disciplinare, a differenza di quello penale in cui si ravvisa una supremazia generale, ha il proprio fondamento proprio sul requisito di autoritatività speciale che connota il rapporto di pubblico impiego¹⁹⁸.

Mentre il potere punitivo penale, dunque, si fonda sulla supremazia generale e si esercita sulla base di norme procedurali penali, il potere disciplinare si fonda sulla supremazia speciale e si pone in essere in ossequio ad una speciale procedura espressamente prevista. Anche la funzione sarebbe diversa in quanto il potere disciplinare sarebbe volto a sanzionare gli impiegati che non adempiano agli obblighi d'ufficio e si attua per qualunque fatto che riveli una violazione di un dovere da parte del dipendente¹⁹⁹.

Nonostante le divergenze dottrinarie esposte, vi sono elementi rilevanti messi in luce dalle suddette teorie che sono comunque idonei a definire i caratteri essenziali delle sanzioni disciplinari²⁰⁰.

Si rileva, in primo luogo, che il potere disciplinare è presente in tutti i microordinamenti ed è per questi necessario al fine di garantirne la stessa sopravvivenza. Con il potere disciplinare, infatti, non ci si limita a sanzionare ma, prima ancora, si fissano dei principi generali che il destinatario dell'eventuale sanzione deve osservare per evitare di incorrervi.

Tale potere è esercitato tanto in ordinamenti qualificati espressamente come di diritto privato che in quelli aventi una connotazione pubblicistica. I soggetti destinatari delle sanzioni disciplinari possono essere tanto persone fisiche che persone giuridiche, così come avviene nel diritto penale. I sistemi disciplinari, pur articolati, nell'enucleazione dei precisi obblighi, come autonomi e distinti, sono in realtà retti dai principi generali di proporzionalità, tempestività, gradualità, tendenziale tassatività e tipicità e autonomia dagli altri procedimenti.

¹⁹⁸ Questa teorica è ricondotta a ULBRICH, *Lherbuch des Osterreichoschen Verwaltungsrechtes*, Wien, 1904.

¹⁹⁹ Cfr. V. TENORE, op. cit.

²⁰⁰ Per questa individuazione si veda V. TENORE, op. cit.

2. Riconsiderazioni sulla natura della sanzione disciplinare alla luce della ripubblicizzazione dei doveri in capo ai pubblici dipendenti.

Le correnti dottrinarie sopra analizzate sembrano muovere nel senso di voler ascrivere le sanzioni disciplinari in date categorie concettuali al fine di ricondurre le stesse 'a sistema'.

Ovvero, l'esigenza di individuare la natura giuridica di tale istituto pare volta a una classificazione teorica che, tuttavia, non sembrerebbe dettata dall'intenzione di evidenziare le conseguenze applicative connesse alla natura delle sanzioni.

In particolare, si rileva come, quale che sia la natura riconosciuta alle sanzioni disciplinari, le diverse correnti dottrinarie non ne mettano mai in discussione la cumulatività con le altre tipologie di responsabilità, interrogandosi sul dato ontologico della stessa piuttosto che sul suo risvolto applicativo.

Si dà per assodato, sulla base di un'analisi sistematica e letterale delle norme, che le sanzioni disciplinari si sommino alle altre sanzioni, private, penali e amministrative, previste dall'ordinamento giuridico.

Ad oggi, tuttavia, soprattutto sulla scorta delle influenze sovranazionali, un approccio che non tenga conto della portata sostanziale dell'applicazione di una data norma, al fine di verificare la correttezza delle conseguenze da questa derivanti, non sembra più percorribile.

L'analisi normativa dovrebbe, in qualche misura, travalicare i confini formali per verificare se l'applicazione di una norma sia compatibile con l'intero assetto ordinamentale e non invece prescindere sulla base di assiomi testuali.

Orbene, al fine di tentare di ricostruire nell'ottica suddetta il sistema delle sanzioni disciplinari e di verificarne la compatibilità, *in primis* sostanziale, con le altre forme di reazione previste dall'ordinamento, appare necessario indagare la natura delle stesse alla luce degli interventi legislativi dell'ultimo decennio e della nuova ottica adottata dal Legislatore nazionale e sovranazionale.

In questo senso è evidente, analizzando l'evoluzione della normativa in tema di pubblico impiego, che la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione è oggi nuovamente connotata da una marcata

caratterizzazione pubblicistica, non più mistificabile sulla base della semplice tradizione contrattualistica che ha accompagnato la dottrina degli ultimi decenni.

Si afferma, da più parti²⁰¹, che le modifiche legislative intervenute tanto con il D.Lgs. 150/2009, con le novità introdotte dalla c.d. riforma Madia e, in particolare, con i nuovi Codici di comportamento dei pubblici dipendenti disposti unilateralmente dalla P.A., abbiano, infatti, portato ad una ‘ripubblicizzazione’ completa del pubblico impiego che, a parere di chi scrive, ha diretti riflessi anche sulla natura delle sanzioni disciplinari.

Parte degli osservatori²⁰² e della giurisprudenza²⁰³ ritengono che, nonostante l’intervenuta ‘ripubblicizzazione’, non possa dirsi mutata la natura degli atti posti in essere dal datore di lavoro pubblico, che dovrebbero essere comunque qualificati come ‘atti di gestione di diritto privato’ posti in essere in ragione del potere datoriale di natura civilistica.

Nonostante la perdurante convinzione della suddetta natura, attenta dottrina ha tentato una rivalutazione complessiva della disciplina del pubblico impiego alla luce proprio della ricordata ‘ripubblicizzazione’ della materia²⁰⁴.

La riflessione viene ulteriormente confortata dal rilievo consistente nel progressivo svuotamento della pregnanza dei contratti collettivi nazionali. Gli

²⁰¹ S. SIMONETTI, *La ripubblicizzazione del pubblico impiego*, in www.ilpersonale.it; E. A. APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2012, S. CASSESE, *Dall’impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2013; A. BIANCO, *Contrattazione, controlli, responsabilità*, Maggioli Editore, 2017; C. RUSSO, *Pubblico impiego*, Treccani (voce), 2014, www.treccani.it; F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, L. ZOPPOLI (a cura di), Editoriale scientifica, 2009.

²⁰² In questo senso: V. TENORE, *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, III ed., 2015; APICELLA, *Le determinazioni della pubblica amministrazione-datore di lavoro ed il sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, n. 6-7; TENORE, APICELLA, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in contrasto sulla natura attizia o contrattuale delle determinazioni datoriali nel pubblico impiego privatizzato*, in *Foro amm.*, n. 10; NOVELLO, *La natura privatistica o pubblicistica degli atti del procedimento disciplinare*, in *Quaderni Formez, Il procedimento disciplinare*, 2004; E. CARDI, *Commento all’art. 4, d.lg. 80 del 1998*, in DELL’OLIO-SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo (commento al d.lg. 80 e 387 del 1998)*, Milano, 2000.

²⁰³ Sulla natura privatistica degli atti di gestione, *ex multis*: Cass. sez. lav. 1 ottobre 2015, n. 19626, in Ced Cassazione; id. 22 agosto 2013 n. 19425, *ivi*; id., Sez. Un., 27 ottobre 2013 n. 16224, *ivi*.

²⁰⁴ V. TENORE, *op. cit.*

stessi, infatti, come la legge in più occasioni si premura di indicare, sono sempre più vincolati al rispetto del principio di legalità e non possono discostarsi, quanto a contenuto, dalle disposizioni di legge.

E ancora, non solo non possono prevedere disposizioni integrative del contenuto del rapporto di lavoro ad eccezione delle ipotesi espressamente previste, ma saranno, altresì, ritenute nulle per contrarietà e norme imperative – perché a tutela dell'ordine pubblico – quelle disposizioni che si sovrappongano a quelle amministrative in materia di responsabilità disciplinare.

Pur adottando un atteggiamento piuttosto cauto, è stato evidenziato che, la privatizzazione della disciplina non esclude che *“la P.A. non persegua più interessi esterni al contratto (che resta funzionalizzato al rispetto dell’art. 97 cost.), in quanto ogni scelta gestionale del dirigente pubblico (anche in materia disciplinare), ancorché espressa con poteri privatistici, è, e deve essere, sempre ispirata al principio costituzionale di buon andamento e di imparzialità della P.A.”*, si aggiunge, inoltre, che *“la logica privatistica del profitto o dell’utile di impresa (...) non si attaglia pienamente alla pubblica amministrazione, che sottostà al preminente obiettivo di rendere un servizio pubblico in modo terzo e imparziale (...)”*²⁰⁵.

Con riferimento, poi, al potere disciplinare, la medesima dottrina afferma che: *“Il contemperamento della disciplina contrattuale con le esigenze pubbliche che funzionalizzano l’agere pubblico (...) ci sembra ben possibile in qualsiasi procedimento gestionale della P.A., ivi compreso quello disciplinare: il potere punitivo del dirigente pubblico è quindi solo “tendenzialmente” libero nei fini, dovendo essere esercitato in modo conforme ai presupposti costituzionali e legislativi fissati dall’ordinamento a tutela non solo delle posizioni soggettive di diritto del lavoratore e del datore di lavoro, ma anche dei fini ultimi dell’azione amministrativa, ovvero l’imparzialità e il buon andamento.”*

Il ragionamento di questa dottrina finisce con l’affermare che *“tale evoluzione conferma quindi che (...) l’azione della dirigenza pubblica, anche nel campo disciplinare, esprime e attua non solo un contratto, fonte di obblighi, ma anche*

²⁰⁵ V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare*, op. cit., 2017.

*leggi e codici di comportamento, fonti di doveri (art. 54, comma 3) di matrice costituzionale e pubblicistica*²⁰⁶.

A parere di chi scrive, la qualificazione privata degli atti di organizzazione nella gestione del rapporto di lavoro, deducibile ai sensi dal rinvio operato dall'art. 55, comma 1 del D.Lgs. 165/2001 all'art. 2106 c.c. e, di conseguenza, agli obblighi di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c., non può precludere un'indagine sulla mutata natura di taluni degli obblighi imposti al pubblico dipendente e delle conseguenze derivanti dalla violazione degli stessi, proprio in ragione della 'ripubblicizzazione' di cui si è detto.

Il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al D.P.R. 62/2013, voluto dalla legge 190/2012, le modifiche legislative intervenute con la riforma Madia, le indicazioni fornite dall'ANAC in sede di emanazione delle Linee Guida in materia di pubblico impiego, consegnano un quadro normativo in cui emerge piuttosto chiaramente la natura pubblica dei doveri imposti al dipendente.

Ad oggi, nel mutato quadro giuridico, sembrerebbe possibile individuare, dunque, due diverse tipologie di doveri in capo al dipendente pubblico: da un lato, vi sono i doveri prettamente prestazionali che sono conseguenza della sussistenza di un rapporto obbligatorio fondato sul contratto di lavoro e che si concretano in obbligazioni giuridiche di natura contrattuale; dall'altro vi sono doveri o, *rectius*, obblighi di natura pubblica, che fanno del dipendente uno strumento essenziale per garantire il buon funzionamento della P.A. nel senso di assicurare che le attività amministrative si svolgano senza il pericolo di corrottele o malcostumi.

Sono obblighi di natura pubblica che incardinano in capo al soggetto destinatario un nuovo assetto di valori etici di tipo soggettivo che lo stesso Legislatore ha individuato per perseguire l'obiettivo della legalità dell'azione amministrativa.

I principi sui quali la 'nuova' etica pubblica si fonda rimangono quelli di buon andamento e di imparzialità della P.A. che tuttavia, a fronte della suddetta ripubblicizzazione, non assumono più solo un connotato oggettivo, ovvero relativo all'attività posta in essere dalla P.A., ma si declinano in chiave soggettiva, quali obblighi che gravano sul dipendente pubblico e che devono dirigerne il comportamento.

²⁰⁶ V. TENORE, op. ult, cit.

L'introduzione di nuovi obblighi di natura pubblica in capo ai dipendenti ha, *in primis*, la funzione di 'eticizzare' il comportamento di questi ultimi, imponendo un assetto valoriale in parte smarrito con l'intervento massiccio delle privatizzazioni.

Più che di obblighi semplicemente 'pubblici', in quanto volti a tutelare la 'cosa pubblica', si tratta anche di nuovi doveri etici che devono accompagnare la condotta del dipendente.

In questo senso può dirsi che il nuovo ruolo da assegnare all'etica pubblica determina anche un ripensamento dell'economia, da intendersi come gestione manageriale della 'cosa pubblica', poiché l'etica diviene uno *standard* di riferimento²⁰⁷.

Può, quindi, affermarsi che il quadro di doveri ascrivibili al dipendente pubblico è mutato con la conseguenza che anche la natura del rapporto sembra essere trasformata.

Si ritiene, infatti, possibile utilizzare un sillogismo logico fra la natura degli obblighi, la natura del rapporto in sé e la natura della potestà sanzionatoria attribuita al datore di lavoro in caso di violazione degli obblighi imposti.

Dunque, se taluni obblighi hanno una natura prettamente pubblica – che nulla ha a che fare con il contenuto prestazionale del dipendente – allo stesso modo il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. è un rapporto di lavoro pubblico che, oltre che trarre la sua natura dal soggetto con il quale il rapporto è instaurato, riceve tale connotazione tanto alla luce degli obblighi imposti che in ragione degli obiettivi che tali obblighi sono volti a soddisfare.

Nel caso in cui gli obblighi pubblici non vengano rispettati e, di conseguenza, si pregiudichi il raggiungimento di obiettivi di pubblico rilievo, quali il buon andamento, l'imparzialità e la legalità dell'azione amministrativa, il potere sanzionatorio che si attiva è un potere pubblico che trova, fra l'altro, la sua legittimazione e la sua piena disciplina in una fonte unilaterale.

Se, infatti, da un lato, per quanto attiene alla lettura tradizionale del pubblico impiego, non può negarsi che lo stesso sia connotato da un'impronta privatistica

²⁰⁷ Sul punto si richiamano: ABETE, *Etica e responsabilità: le banche e gli istituti di credito*; BATTISTA, *Persona, lavoro e formazione: profili per un'etica responsabile delle istituzioni e delle imprese*, in CHIEPPA, TRAVERSA (a cura di), *Etica e responsabilità, Principi fondamentali e società civile in Italia*, Napoli, 2011; BAZOLI, BOECKENFOERDE, *Chiesa e capitalismo*, Brescia, 2010; BAZOLI, *Mercato e disuguaglianza*, Brescia, 2006.

che caratterizza parte delle obbligazioni in capo al dipendente e che, conseguentemente, qualifica anche come ‘privato’ il potere disciplinare del datore di lavoro; dall’altra parte, l’introduzione di nuovi obblighi prettamente pubblici in capo ai dipendenti, in quanto volti ad assicurare il rispetto di principi di ordine costituzionale messi a repentaglio dalle prassi corruttive, comporta un affiancamento degli obblighi privati con nuovi doveri pubblici, la cui violazione determina, necessariamente, una reazione pubblica del datore di lavoro.

La nascita di nuovi doveri pubblici in capo al dipendente, che poco hanno a che fare con il rapporto contrattuale di tipo sinallagmatico, è rilevabile laddove si noti che la violazione di tali obblighi pubblici, quali, ad esempio, quelli individuati nei Codici di comportamento, non hanno il mero effetto di comportare una ‘sanzione morale’ del lavoratore, ma importano l’applicazione di sanzioni disciplinari²⁰⁸.

Ciò a dire che le sanzioni disciplinari sono l’esatto termometro della valenza precettiva delle norme che tutelano: non già un interesse interno e soggettivo della Pubblica Amministrazione ma, al contrario, un interesse assoluto e preminente, così come previsto dall’art. 97 Cost.

La natura pubblica della potestà disciplinare, di conseguenza, comporta anche la natura pubblica della sanzione che da tale potestà disciplinare promana.

Il sillogismo utilizzato non sembra essere cedevole proprio laddove si muova dalla distinzione fra obblighi di natura pubblica – introdotti in particolare dalle recenti modifiche legislative – e doveri di natura privata, ascrivibili al contenuto sinallagmatico del rapporto

Innestando il sillogismo solo rispetto alla prima categoria indicata, sembrerebbe potersi affermare, come detto, che a fronte degli obblighi pubblici, il potere sanzionatorio della P.A. di appartenenza sarà altresì pubblico così come pubblica sarà la natura della sanzione irrogata.

Questo percorso logico non muove, come visto, dalla natura pubblica del soggetto titolare della potestà disciplinare, ma si articola prendendo in considerazione la natura degli obblighi imposti al dipendente e, dunque, prima ancora la *ratio* degli obblighi medesimi, ovvero il bene giuridico tutelato dalla norma impositiva degli obblighi.

²⁰⁸ Si fa il caso, fra gli altri, dell’obbligo di astensione in presenza di conflitti di interessi.

Questi obblighi pubblici, come detto, sorgono dall'esigenza di attuare un'eticizzazione dei dipendenti pubblici sulla base di una soggettivizzazione dei principi di cui agli artt. 54 e 97 Cost., al fine di contrastare il sistema corruttivo.

Le conclusioni cui si giunge sembrano, altresì, confermate dall'inserimento, ad opera della riforma Madia, dell'elemento psicologico del dipendente quale requisito necessario per la somministrazione della sanzione disciplinare.

Questa previsione suggerisce, ancora una volta, un affiancamento fra la responsabilità disciplinare e quella tipicamente pubblica – *in primis* penale ma anche amministrativa – che debbono essere garantite dalla colpevolezza del soggetto.

Nel caso in cui, invece, si ritenesse che la sanzione disciplinare irrogata rientri in una reazione contrattuale ascrivibile all'alveo della responsabilità *ex art.* 1218, l'elemento psicologico sarebbe superfluo in quanto sarebbe già sufficiente il semplice inadempimento della prestazione, purché grave.

È in questa ottica che, a parere di chi scrive, occorre inquadrare il fenomeno delle sanzioni disciplinari così come connotato oggi.

Invero, il ruolo di dette sanzioni non sembra essere più quello, così come inteso all'alba della privatizzazione, di riequilibrio del sinallagma contrattuale bensì sembra volto ad assicurare un vero e proprio 'ordine generale'.

3. Dubbi in merito alla possibile violazione del principio del *ne bis in idem*: la forza pervasiva del diritto penale.

L'affermazione della natura pubblica delle sanzioni disciplinari irrogate dalla P.A. comporta, sulla scorta dei recenti arresti eurounitari, una verifica in merito alle conseguenze che tali sanzioni cagionano al destinatario delle stesse.

In particolare, si tratta di analizzare l'eventuale contenuto punitivo/afflittivo delle suddette sanzioni per verificare la possibile violazione del principio del *ne bis in idem*.

L'attenzione riposta sulla possibile violazione del suddetto principio è ad oggi particolarmente forte alla luce di taluni arresti sovranazionali relativi alla corretta qualificazione delle sanzioni formalmente non penali.

Viene, in primo luogo, in rilievo la sentenza della CEDU in causa Gabetti – Grande Stevens²⁰⁹.

La sentenza in parola atteneva, in particolare, a questioni di tipo processuale ovvero alla necessità che, in presenza della comminazione di sanzioni aventi un contenuto afflittivo di natura ‘para-penale’, fosse garantito un giusto processo ai sensi dell’art. 6 della CEDU²¹⁰.

²⁰⁹ Si tratta della nota sentenza pronunciata dalla Grande Camera della CEDU il 4 marzo 2014.

Sulla sentenza in parola le riflessioni dottrinarie sono moltissime, tanto in ambito penale che in ambito amministrativo. Con riguardo al primo aspetto si segnala, *ex multis*, F. VIGANÒ, *Ne bis in diem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. Riflessioni de lege lata e ferenda sull’impatto della sentenza Grande Stevens nell’ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it; TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*.

Tra gli ormai numerosi contributi a commento della sentenza della Corte EDU si vedano: ABADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”*, in *Giur. comm.*, 2014, II.; ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, I; BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l’Italia per violazione del principio dell’equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014; CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l’inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il Fisco*, 2014; CASTELLANETA, *Caso Grande Stevens: si applica il «ne bis in idem» se la sanzione amministrativa equivale a una penale*, in *Guida dir.*, n. 14/2014; FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2014, e in *Riv. AIC*, 3/2014; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l’equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014.

Con riferimento, invece, alle riflessioni compiute dalla dottrina amministrativa si segnalano, fra gli altri: DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza “Grande Stevens”*, in *Rass. Trib.*, 2014; Gaeta, *Grande Stevens c. Italia: il non detto delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014; VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2015; ALLENA, *Il caso “Grande Stevens” c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014.

²¹⁰L’art. 6 della Cedu prevede che: “1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico;

b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

Da ciò la necessità di individuare quei caratteri della sanzione che ne comportano la qualificazione come ‘sostanzialmente penale’ in ragione del suo particolare contenuto afflittivo.

Per tale qualificazione la giurisprudenza CEDU fa ricorso ai c.d. criteri Engel, ovvero ai criteri individuati nel *leading case* “Engel c. Paesi Bassi” (8 giugno 1976), a mente dei quali la natura sostanzialmente penale della sanzione deve essere desunta utilizzando taluni indici sintomatici: in primo luogo rileva la qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che tale qualificazione non è vincolante laddove si accerti la natura ‘intrinsecamente’ penale della sanzione; in secondo luogo va analizzata dalla natura dell’illecito, desunta dall’ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito dalla stessa; infine occorre far riferimento al grado di severità della sanzione inflitta, determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non in relazione a quella in concreto adottata²¹¹.

In ossequio ai suddetti criteri e, in particolare, utilizzando il terzo criterio richiamato, ovvero quello relativo alla gravità della sanzione inflitta, la sentenza Grande Stevens riconosceva la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa inflitta nel caso *de quo*, con conseguente necessità di rispettare i principi di cui all’art. 6 e 7 CEDU.

Ferma la qualificazione penale della sanzione comminata si poneva, tuttavia, il conseguente problema relativo alla perdurante possibilità di applicare il c.d. doppio binario sanzionatorio per il medesimo fatto, senza incorrere nella violazione del divieto del *bis in idem*.

Secondo la ricostruzione sovranazionale, infatti, alla luce della natura penale della sanzione applicata, non sarebbe possibile incardinare altresì un procedimento

(c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

(d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

(e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.”

²¹¹ Tali criteri devono intendersi come alternativi con, tuttavia, la possibilità di ritenerli cumulativi nel caso in cui un’analisi separata degli stessi non consenta di pervenire ad una conclusione chiara.

penale, in aggiunta a quello amministrativo, pena la violazione del divieto di cui all'art. 4 del Protocollo CEDU.

Tale norma, rubricata “Diritto a non essere giudicato o punito due volte” prevede che: *“1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.”*

Il medesimo divieto, com'è noto, è, altresì, previsto nell'ordinamento interno e, in particolare, all'art. 649 c.p.p., a mente del quale: *“1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. 2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.”*

Alla luce di tale dubbio interpretativo, era stato richiesto l'intervento della Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dei doppi binari sanzionatori con il principio del *ne bis in idem* proprio alla luce della sentenza della Corte EDU *Grande Stevens c. Italia*, con particolare riguardo alle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB ex art. 187 TUF.

La Corte Costituzionale, tuttavia, con la sentenza 12 maggio 2016, n. 102, Pres. Grossi, Red. Lattanzi e Cartabia, ha deciso di non decidere e, attraverso un *non liquet*, ha dichiarato l'irrilevanza delle sollevate questioni in relazioni ai casi *de quibus*²¹².

²¹² La Corte Costituzionale, in altra occasione, ha fissato i criteri alla luce dei quali vagliare la compatibilità fra sanzione penale e sanzione amministrativa. In particolare, con la sent. 49/2015, ha affermato l'autonomia del diritto penale da quello amministrativo con riguardo al diritto interno,

La questione, dunque, sollevata in relazione alle sanzioni amministrative, è stata in qualche misura risolta in sede sovranazionale per quanto attiene alla natura della sanzione mentre non ha trovato una puntuale risposta con riguardo alla violazione del *ne bis in idem* a fronte del doppio binario sanzionatorio.

Le nozioni che, alla luce delle posizioni sovranazionali, costituiscono il fulcro del problema sono quelle relative all' *idem factum* e alla “*matière pénale*”.

Con riguardo alla prima, un chiarimento può dirsi raggiunto con la sent. *Grande Chambre, A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016 nella quale sono stati individuati due essenziali criteri per la qualificazione dell' *idem factum*: la connessione sostanziale e la continuità temporale dei procedimenti.

Rispetto all'individuazione della “*matière pénale*”, invece, la CEDU ha continuato, anche con la sentenza ad ultimo riferita, ad affermare la validità dell'applicazione dei criteri c.d. Engel suindicati.

I dubbi emersi in relazione alle sanzioni amministrative, a parere di chi scrive, ben possono e, anzi, debbono, alla luce della medesima natura pubblica delle sanzioni disciplinari, essere affrontati anche in relazione a queste ultime.

Uno sforzo in questo senso è stato, a ben vedere, già compiuto dalla CEDU la quale, ha a più riprese affrontato il problema della natura penale delle sanzioni disciplinari.

Nel risolvere la questione, il criterio tradizionalmente utilizzato dalla CEDU è stato il terzo fra quelli indicati nella sentenza Engel, ovvero quello volto a verificare l'afflittività della sanzione in ragione del massimo edittale previsto dalla norma²¹³.

sottolineando che “*oltre che essere attinente alla sfera del più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti migliori per perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri, corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire.*” (In questi termini: Ufficio del Massimario penale – Relazione di orientamento, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi nella giurisprudenza nazionale ed europea*, Rel. N. 26/17).

²¹³ Sembra potersi affermare che il criterio utilizzato per verificare l'afflittività della sanzione penale sia di norma il terzo Engel proprio perché questo ultimo, nella stessa causa Engel, era stato utilizzato per verificare la natura penale delle sanzioni disciplinari inflitte a taluni militari olandesi che erano stati privati della libertà personale in ragione della violazione di talune disposizioni disciplinari. Nel caso Engel la CEDU ha ritenuto configurabile la natura penale delle sanzioni.

In relazione a tale terzo criterio è stato a più riprese stabilito che non possa essere configurata come sostanzialmente penale la sanzione che non abbia un reale carattere afflittivo per un considerevole lasso di tempo.

In secondo luogo, la giurisprudenza della CEDU ha a più riprese affermato che la circostanza che un fatto sanzionabile in via disciplinare possa costituire anche illecito penale non sia di per sé sufficiente a considerare la persona come ‘destinataria di un’accusa penale’, con conseguente esclusione del divieto del doppio binario²¹⁴.

L’esclusione della natura sostanzialmente penale della sanzione disciplinare, così come affermata dalla CEDU in risalenti arresti, fondata sull’utilizzazione del terzo criterio Engel, appare tuttavia ad oggi miope laddove non si tenga conto che, nelle recenti pronunce della CEDU, questa, proprio utilizzando il medesimo criterio è pervenuta a risultati antitetici. A questa considerazione, infatti, si giunge rilevando che tale criterio è stato utilizzato anche in relazione alla diversa ipotesi relativa alla valutazione della natura della sanzione amministrativa dalla sentenza Grande Stevens, che ha qualificato come penale la sanzione irrogata dalla CONSOB in relazione alla natura afflittiva della sanzione, tenendo in considerazione l’ingentissima multa irrogata.

L’utilizzazione del terzo criterio anche in relazione alle sanzioni amministrative porta, in primo luogo, a ritenere che lo stesso non sia il criterio esclusivo per le sanzioni disciplinari le quali, proprio in ragione del principio di alternatività, devono poter essere valutate anche in relazione ad uno degli altri due criteri Engel.

Inoltre, analizzando l’applicazione di tale terzo criterio al caso Grande Stevens, si rileva che l’equiparazione di un’ingentissima somma di denaro ad una sanzione penale in ragione della sua particolare afflittività, evidenzia un atteggiamento di apertura della giurisprudenza della Corte EDU rispetto all’applicazione del criterio in parola.

Ad oggi, dunque, a fronte dell’applicazione fattane dalla Grande Stevens, non sembra più così scontato escludere, alla luce del terzo criterio, la qualificazione

²¹⁴ In questo senso, CEDU sentenza Y v. Norvegia, n. 56586/2000. Nella pronuncia in parola la Corte EDU aveva affermato che: “*non è lo scopo né l’effetto delle previsioni dell’art. 6, pg. 2 evitare che le autorità munite di poteri disciplinari possano sanzionare le condotte illecite di impiegati pubblici*”.

penale di una sanzione che, seppur non prevedendo una privazione della libertà personale o un elevatissimo grado di afflittività rispetto al massimo edittale previsto, si dimostri particolarmente afflittività anche in relazione alle condizioni economiche e personali del destinatario della sanzione stessa.

Laddove, invece, si ritenesse comunque di escludere che la sentenza Grande Stevens abbia inaugurato una politica di flessibilizzazione sull'applicazione del terzo criterio Engel, dovrebbero ritenersi, almeno in via meramente teorica, applicabili comunque gli altri due criteri individuati dalla sentenza Engel che si fondano, come visto, su differenti parametri e che, come affermato da consolidata giurisprudenza, sono meramente alternativi al terzo.

Né si rilevano precedenti giurisprudenziali dai quali dedurre che l'alternatività fra i suddetti criteri sia preclusa propria per l'analisi del carattere punitivo della sanzione disciplinare.

In particolare, con riguardo alle sanzioni disciplinari, il criterio che, alla luce di quanto finora esposto, potrebbe essere utilizzato è il secondo, ovvero quello relativo alla natura dell'illecito e allo scopo perseguito.

Se, come si è tentato di argomentare, lo scopo dell'illecito disciplinare derivante dalla violazione di taluni doveri di carattere prettamente pubblico, è volto a tutelare il buon andamento e l'imparzialità della P.A. – a fronte di un contesto di forte corruzione – la *ratio legis* ben potrebbe essere assimilata a quella tipica delle norme penali che, com'è noto, sono finalizzate alla tutela di valori dell'intera collettività.

Anche i valori tutelati da determinati norme comportamentali dei dipendenti pubblici, rispetto alle quali sono previste sanzioni disciplinari, sono infatti volte alla tutela dei valori di portata generalissima, con la conseguenza che anche alle sanzioni disciplinari potrebbe essere riconosciuta una natura sostanzialmente penale.

I precipitati di questa possibile assimilazione non sono, tuttavia, certi.

Anche volendo qualificare tali sanzioni come sostanzialmente penali, ferma restando la necessaria applicazione dei principi dell'equo processo, non è ad oggi configurabile un'effettiva applicazione del divieto del *bis in idem*, anche alla luce del perdurante silenzio del giudice delle leggi sul punto.

L'unico approdo nazionale avuto a riguardo – che appare particolarmente significativo tanto in ragione della natura pubblica attribuita alla sanzione disciplinare che in relazione alla conseguente impossibilità di procedere in sede penale a fronte della già intervenuta irrogazione della sanzione disciplinare – è costituito da una pronuncia relativa a una sanzione disciplinare comminata in applicazione dell'ordinamento penitenziario²¹⁵.

Nel caso di specie, la condotta posta in essere dal detenuto era stata quella di danneggiare il mobilio presente all'interno della propria cella. A fronte della suddetta condotta, il detenuto era stato sanzionato, in via disciplinare, con l'applicazione della sanzione dell'isolamento nonché attraverso l'imposizione di un obbligo del risarcimento del danno arrecato. Contestualmente al suddetto procedimento disciplinare, tuttavia, era stato attivato un procedimento penale per danneggiamento *ex art. 635 c.p.*

Il giudice di primo grado, senza tuttavia precisare il criterio utilizzato per la verifica dell'afflittività della sanzione, ha affermato la natura sostanzialmente penale della sanzione disciplinare inflitta e il conseguente non luogo a procedere in sede penale *ex art. 529 c.p.p.* per rispetto del principio del *ne bis in idem*.

Questa applicazione dei principi sovranazionali non sembra pienamente conforme a quella finora effettuata dalla stessa CEDU. Anche volendo ritenere, infatti, che la sanzione disciplinare dell'isolamento diurno rientri nel connotato di cui al terzo criterio Engel e, dunque, sia legittimamente qualificata come penale, lo stesso non può dirsi rispetto alla sanzione disciplinare del risarcimento del danno cagionato all'Amministrazione penitenziaria a causa del danneggiamento del mobilio presente in cella, posto che tale sanzione non può di certo ritenersi sufficientemente afflittiva ai sensi del terzo criterio Engel.

Se, dunque, non è il richiamato criterio ad essere stato applicato in sede nazionale per qualificare come penale la suddetta sanzione, sembra che il criterio utilizzato

²¹⁵ Ci si riferisce alla sentenza emessa dal Tribunale di Brindisi il 17 ottobre 2014 nella quale, in relazione ad un caso avvenuto presso la Casa circondariale di Brindisi nella quale un detenuto aveva rotto alcuni mobili presenti in cella, era stato incardinato anche un procedimento penale per danneggiamento oltre che applicata la sanzione disciplinare del risarcimento del danno e dell'esclusione dalle attività in comune con isolamento continuo, il Tribunale ha optato per una pronuncia *ex art. 529 c.p.p.* In particolare, l'imputato veniva prosciolto con sentenza di non doversi procedere con motivazione che richiama il divieto del *ne bis in idem*, ritenuto operante dal giudice di primo grado nel caso in esame.

sia quello della finalità della norma e della natura dei beni giuridici dalla stessa tutelati.

Occorrerà, in ogni caso, monitorare l'evoluzione giurisprudenziale e legislativa per verificare se tale pronuncia costituisca un caso isolato ovvero sia da interpretare come un'apertura circa il possibile riconoscimento della natura afflittiva delle sanzioni disciplinari con ciò che necessariamente ne deriverebbe in punto di applicazione del divieto del *ne bis idem*.

Parte Seconda: La corruzione nella contrattualistica pubblica.

I. Il pericolo della discrezionalità nei contratti pubblici.

1. Inquadramento generale

L'analisi del fenomeno corruttivo ha tradizionalmente evidenziato che, fra i fattori di maggior rischio per la liceità dell'azione amministrativa, un posto di primo ordine fosse da riservare alla discrezionalità²¹⁶, sia amministrativa che tecnica, della P.A.

Si riteneva, infatti, che la libertà di scelta attribuita alla P.A., scevra da un sindacato giurisdizionale pieno, lasciasse ampi margini all'interno dei quali il fenomeno corruttivo poteva comodamente annidarsi.

Il rischio attribuito alla discrezionalità dell'azione amministrativa deve essere, ad oggi, interpretato e valorizzato avendo riguardo alla natura poliedrica della corruzione.

La circostanza, infatti, che la corruzione presenti una molteplicità di nature, così come evidenziato nella moderna letteratura giuridica, è altresì ribadito, senza una particolare attenzione ai possibili profili problematici da questa scaturenti, nella definizione resa dalla stessa Autorità Nazionale Anticorruzione²¹⁷ e dal Dipartimento della Funzione Pubblica, secondo i quali il termine "corruzione" deve intendersi comprensivo tanto delle ipotesi delittuose costituenti reati contro la Pubblica Amministrazione, ai sensi del Libro II, Titolo II, Capo I del Codice Penale; tanto delle "situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, rilevi il

²¹⁶ Sulla discrezionalità amministrativa, *ex multis*, si ricorda: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 462 ss; MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941.

²¹⁷ Piano Nazionale Anticorruzione, anno 2013, p. 13 consultabile sul sito istituzionale dell'ANAC, www.anticorruzione.it.

malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite".

Come si nota, la definizione suddetta non offre un sicuro appiglio interpretativo perché, di fatto, rimette all'osservatore l'individuazione di quegli elementi che consentono di qualificare un fenomeno come meramente illegittimo dal punto di vista amministrativo ovvero come illecito penalmente rilevante.

La suddetta definizione, dunque, presenta non pochi profili problematici laddove ricomprende anche le situazioni che non presentano una rilevanza penale ma ciò nonostante sono dimostrative di un cattivo utilizzo del potere da parte dei funzionari.

In particolare, l'espressa indifferenza circa la rilevanza penale della condotta oggetto di osservazione evidenzia la volontà di ricomprendere nella nozione di corruzione tutte quelle condotte che rivelino un 'malfunzionamento' della P.A. a fronte di un uso distorto del potere.

Tale 'malfunzionamento' è possibile che si verifichi laddove la P.A. e, in particolare, il funzionario agiscano discrezionalmente senza che vi siano particolari vincoli alle modalità di espletamento della potestà autoritativa.

È, infatti, chiaro che nell'esercizio dell'attività discrezionale il potere esercitato in relazione alla funzione attribuita può essere orientato pressoché liberamente, con riguardo alle modalità di estrinsecazione, dal funzionario pubblico; viceversa, nell'esercizio dell'attività vincolata, il potere è limitato da precise disposizioni normative che individuano previamente tanto le modalità di manifestazione dello stesso che gli obiettivi da perseguire²¹⁸.

La necessità, estrapolabile dalla richiamata definizione, di far coincidere il fenomeno corruttivo con tale amplissimo *genus* di fattispecie è determinato dal particolare allarme sociale che il fenomeno corruttivo ha sviluppato nell'ultimo quarto di secolo.

²¹⁸ Si specifica che: "la discrezionalità amministrativa non si sostanzia nell'autonomia della P.A. bensì viene ad essere vincolata nel fine e nella ragionevolezza dell'agire stesso", in questo senso M.A. SANDULLI E A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, (a cura di) F. MERONLIE L. VANDELLI, Astrid, 2010; sul punto anche CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II ed., Torino, Giappichelli, 2010. Nello stesso senso anche: F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 630.

E, d'altro canto, sembra, altresì, giustificato dalla volontà del legislatore di ampliare al massimo il raggio di intervento normativo.

Qualificando, infatti, come corrotta una qualsivoglia situazione nella quale emerga un malfunzionamento della P.A. causato dal perseguimento di interessi privati tramite la funzione rivestiva, a prescindere dalla rilevanza penale della condotta, si ottiene una netta anticipazione di tutela che consente un intervento anche preventivo rispetto alla concretizzazione del fenomeno corruttivo.

L'esigenza di anticipare la tutela e la contestuale predisposizione dello strumentario giuridico per contrastare i fenomeni corruttivi già *in nuce*, è particolarmente forte proprio in quei settori che, per le connaturate caratteristiche strutturali, risultano essere terreno fertile per l'emersione di interessi privati diversi ed ulteriori rispetto a quelli pubblici²¹⁹.

Un settore nel quale la discrezionalità è stata per lungo tempo sintomo di condotta pericolosa del funzionario e, quindi, necessitante un particolare controllo è settore della contrattualistica pubblica²²⁰. La ragione per la quale il settore dei contratti pubblici è particolarmente colpito da molteplici forme di corruzione risiede in alcuni peculiari fattori analizzati tanto dalla scienza economica²²¹ che da quella giuridica²²².

²¹⁹ Fra i recenti studi compiuti in merito alla corruzione nella contrattualistica pubblica si segnalano: A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012; F. PALAZZO (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, Firenze University Press, 2011.

²²⁰ In questo senso e precisando che i dati di seguito forniti sono da riferirsi alla mera percezione del fenomeno e non alla sua reale consistenza si può fare riferimento allo speciale Eurobarometro del 2013. Tale sondaggio mostra la grande percezione della corruzione negli appalti, sia nel caso di autorità centrali che locali: il 70% degli intervistati italiani ritiene che la corruzione sia diffusa negli appalti pubblici gestiti da autorità nazionali, contro il 56% della media UE (solo il 9% afferma che sia rara e lo 0% che non esista). Per il 69% degli intervistati italiani, la corruzione è diffusa negli appalti gestiti dalle Autorità regionali o locali, contro il 60% della media UE (solo l'11% ritiene che sia rara e il 2% che sia inesistente).

²²¹ La tipologia di corruzione tipica del settore degli appalti pubblici è quella viene inquadrata nel novero dei «*payments to exercise discretionary powers in favor of briber*» che mirano ad ottenere un «beneficio discrezionale», in questi termini, S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999, cit. in A. OGUS, *Corruption and Regulatory Structures*, in *Law and Policy*, Baldy Center for Law and Social Policy, n. 3, 2004, 332.

²²² In questi termini G. FIDONE, *Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, relazione per seminario organizzato da Italiadecide ed AEQUA, 2015.

Si tratta di un settore strategico caratterizzato dall'utilizzo di ingenti forme di denaro che attirano gli interessi economici, anche illeciti, di molti operatori economici²²³; esiste una forte *polverizzazione* della domanda in capo a una molteplicità di pubbliche amministrazioni e organismi di diritto pubblico, il che comporta una dispersione di attenzione in sede di controllo e una facilità nella sottrazione alle regole previste dalla disciplina nazionale; la materia è regolata da una disciplina particolarmente complessa e da un quadro normativo instabile che termina incertezze applicative e il conseguente favoreggiamento all'emersione di fenomeni patologici²²⁴.

Alla luce dell'ingente rilevanza economica dei capitali pubblici investiti nel settore della contrattualistica pubblica, la presenza di fenomeni corruttivi comporta rilevanti perdite economiche che sono state stimate in sessanta miliardi di euro l'anno secondo il Servizio trasparenza e anticorruzione della Presidenza del consiglio dei Ministri^{225 226}.

La diffusione di forme di corruzione all'interno del settore della contrattualistica pubblica è fortemente avvertita anche dall'opinione pubblica, a significare che il

²²³ È stimato che nel settore degli appalti vi sia un movimento di capitali pari al sette per cento del PIL nazionale, al sedici per cento del PIL europeo. In particolare, con l'utilizzo della contrattualistica pubblica ogni anno in Italia vengono affidati circa 125 mila contratti di importo superiore a 40.000 euro. Sul punto di veda: G. Mele, *La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici*, relazione presentata al Convegno Confindustria «Concorrenza come bene pubblico», Vicenza, marzo 2006. Si vedano anche l'Audizione del Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, Roma, 25 maggio 2010, e I. Filippetti, Osservatorio appalti pubblici e legalità, in Urb. app., 2008, 913-916, in riferimento alla «Mappa della corruzione in Italia» a cura dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione, resa pubblica nel 2007.

²²⁴ Ancora, sulla corruzione negli appalti pubblici si segnalano i contributi di: A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G. D. COMPORI, (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013. Si veda anche M. CLARICH, *The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts*, in Italian Journal of public law, 2013 p. 43-56.

²²⁵ Sulle perdite economiche dello Stato a causa delle corrottele nella contrattualistica pubblica si veda: N. COTTONE, *Corte dei conti: «corruzione tassa occulta da 50/60 miliardi»*, in *IlSole24Ore*, 25 giugno 2009, consultabile su <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Economia%20e%20Lavoro/2009/06>.

fenomeno corruttivo non è più un male ‘sommerso’, non riconoscibile né individuabile, ma è divenuto un male ‘emerso’ che corrode, spesso alla luce del sole, i congegni di funzionamento del sistema degli appalti pubblici²²⁷.

Alla luce delle indagini condotte, vi sono taluni istituti che presentano una maggiore criticità quanto al rischio di insediamento di fenomeni corruttivi.

Si segnala, il primo luogo, la fase prodromica all’emanazione del bando di gara, ovvero la fase di valutazione del fabbisogno della P.A., che, seppure poco disciplinata dal Legislatore, è invece un momento di forte criticità. I rischi emersi in questa fase sono quelli relativi ai c.d. bandi su misura che prevedono una predisposizione *ad hoc* di taluni requisiti obiettivi, volta a favorire un’impresa già predeterminata. In questo modo si vanificano i principi concorrenziali attuati nella fase di aggiudicazione attraverso un annullamento preventivo della *par condicio* concorrenziale.

Un’altra fase che presenta forti rischi corruttivi e che, a ben vedere, è quella maggiormente attenzionata dal Legislatore, è quella dell’aggiudicazione della gara. Per tentare di limitare le distorsioni legate a tale fase, come si vedrà nel proseguo, la tecnica legislativa si è mossa nel senso di limitare al massimo la discrezionalità delle stazioni appaltanti. In questa fase, pur vigendo i principi di trasparenza volti a favorire la miglior *accountability* dell’attività amministrativa, sono altresì previsti dei meccanismi, quali quelli di urgenza, che limitano fortemente l’applicazione dei principi proconcorrenziali e che possono divenire terreno fertile per l’annidamento di fenomeni corruttivi.

Vi è, inoltre, la fase di esecuzione del contratto che, già a partire dalle rilevazioni dell’ormai soppressa AVCP, è quella nella quale si riscontrano il maggior numero

²²⁷ Secondo il rapporto della Commissione europea sulla corruzione in Italia, del 3 febbraio 2013, gli italiani ritengono che le gare di appalto siano inquinate a causa dei seguenti fattori: opacità dei criteri di selezione e valutazione delle offerte; il conflitto di interessi nella valutazione delle offerte; l’abuso della motivazione d’urgenza per evitare gare competitive; capitolati su misura per favorire determinate imprese; partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato; abuso di posizioni negoziate; offerte concordate; modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto. Anche nella relazione annuale presentata dall’ANAC al Parlamento del luglio 2016 si è evidenziato che vi sono numerose anomalie e criticità nell’esecuzione delle grandi opere e, più in generale, nel settore degli appalti alla luce delle oltre 3.000 segnalazioni pervenute all’ANAC nell’anno di osservazione.

Alle medesime conclusioni è pervenuta anche la Corte dei Conti che ha denunciato “una lievitazione strisciante e straordinaria che colpisce i costi delle grandi opere, calcolata intorno al 40 %.”

di irregolarità²²⁸. Infatti, l'esecuzione è fase della vita dell'appalto meno regolata tanto in relazione ai principi di trasparenza che in relazione a quelli concorrenziali. Se tale minore regolazione, in sede eurounitaria, può essere giustificata sulla base del fatto che di norma in questa fase non vi sono particolare esigenze di tutela del mercato unico e della concorrenza, lo stesso non può dirsi in sede nazionale, laddove invece la fase in parola necessiterebbe di una maggiore regolazione²²⁹.

Infine, anche in sede di contenzioso, vi sono taluni meccanismi che non favoriscono la regolarità della procedura. Si fa riferimento, ad esempio, al rito iper-accelerato introdotto nel contenzioso appalti che, a ben vedere, limita di molto il meccanismo di accesso alla tutela giurisdizionale, consentendo, con grande probabilità, la cristallizzazione di aggiudicazioni irregolari.

2. La legge Merloni.

La necessità di arginare il fenomeno corruttivo nel settore dei contratti pubblici, divenuta impellente a seguito dello scandalo derivante dall'inchiesta "Mani Pulite" del 1992²³⁰ e di "Tangentopoli", portò il Legislatore a varare misure volte alla prevenzione e alla repressione del fenomeno.

²²⁸ Anche la Commissione europea ha riscontrato che "secondo studi empirici, in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controllo della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi". In questo senso: Relazione della Commissione Europea sulla corruzione 3.2.2014 COM 2014/38 annex 12 sull'Italia.

²²⁹ Gli strumenti che, in tale fase, si prestano maggiormente ad un utilizzo distorto sono, a titolo esemplificativo, la modifica dei termini contrattuali dopo l'aggiudicazione attraverso il ricorso al meccanismo delle varianti; il ricorso al meccanismo del subappalto, l'avvalimento.

²³⁰ L'inchiesta in parola – che portò alla luce una vastissima rete di corruzione che vedeva protagonisti sia politici che imprenditori – fece emergere un vasto sistema di corruzione, fondato su accordi stabili che assicuravano un flusso costante di finanziamenti ai partiti, flusso proveniente per lo più da imprese interessate a stipulare contratti con le pubbliche amministrazioni per la prestazione di lavori e servizi.

I risultati dell'inchiesta consegnarono un risultato assolutamente allarmante: "*La promessa e la dazione diretta di compensi illeciti, attraverso la tangente, era talmente usuale da non essere soggetta neanche a richiesta esplicita*", in questo senso A. DI NICOLA, *Dieci anni di lotta alla corruzione in Italia*, in M. BARBAGLI (a cura di), *Rapporto sulla criminalità in Italia*, Bologna, 2003.

Proprio in questa ottica venne emanata la legge Merloni del 1994²³¹ con la quale si perseguiva l'obiettivo di proceduralizzare nel dettaglio le fasi dell'aggiudicazione del contratto al fine di evitare che, nei vuoti di normativa, i protagonisti della contrattazione potessero individuare dei margini di profitto ulteriori e diversi, incardinando il meccanismo corruttivo.

Con la normativa in parola il Legislatore tentò, dunque, di porre rimedio ai fenomeni corruttivi emersi specie nel settore di lavori pubblici, dettando una disciplina peculiare per l'affidamento dei lavori sopra e sotto la soglia comunitaria nel tentativo di limitare al massimo l'autonomia e la discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'ambito delle procedure di scelta del contraente²³².

L'obiettivo del Legislatore, proprio sulla base dei risultati giudiziari emersi, era quello di modificare il sistema di affidamento dei contratti pubblici per evitare che nelle lasche maglie della procedura potessero farsi largo i meccanismi distorsivi di cui sopra²³³.

In altre parole, il legislatore prese coscienza della pervasività del fenomeno e, allo stesso tempo, dell'impossibilità di devolvere all'autorità giudiziaria sola il compito di arginare lo stesso.

²³¹ La legge Merloni, oltre che per contrastare le esigenze corruttive emerse nel panorama nazionale, veniva emanata anche in attuazione delle Direttive c.d. di seconda generazione (Direttiva 88/295/CEE in materia di appalti pubblici di fornitura e la direttiva n. 89/440/CEE in materia di opere pubbliche) che, a loro volta, erano il risultato degli approdi normativi avuti con il Libro bianco del 1985 e della Comunicazione della Commissione europea del 1986 con le quali si estendeva la disciplina comunitaria agli appalti pubblici di servizi, si era introdotta la nozione di organismo di diritto pubblico, si erano regolamentati in maniera più puntuale i contratti nei settori esclusi e, al fine di tutelare i principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, si tipizzavano specifiche procedure di gara.

²³² Cfr. F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di) Giappichelli, 2017.

²³³ Secondo una parte degli osservatori la necessità di introdurre un sistema di prevenzione della corruzione di stampo amministrativo nasceva anche dalla constatazione che le indagini giudiziarie in questo settore sortivano l'effetto di affinare le pratiche corruttive. In questo senso si veda In questo senso, G.FORTI, *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da «mani pulite»*, 2003, secondo cui la vasta inchiesta giudiziaria avrebbe addirittura contribuito alla "evoluzione della specie" corruttiva.

Le misure di repressione penale, infatti, avevano il risultato di sanzionare condotte che già erano state poste in essere e che, dunque, già avevano prodotto ingenti danni economici alle casse dello Stato.

Era, quindi, necessario che venisse inaugurata una politica legislativa che mirasse a prevenire i danni derivanti dalla corruzione, intervenendo a monte, ovvero sui fattori che consentivano profitti illeciti²³⁴.

Con la legge n. 109 del 1994, quindi, sulla base di una acclarata sfiducia nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni, si perseguì il fine di contrastare la corruzione e, allo stesso tempo, di attuare una riabilitazione della struttura amministrativa²³⁵.

Le linee ispiratrici del suddetto intervento normativo furono essenzialmente due.

Da un lato, il legislatore muoveva dalla convinzione che i fenomeni corruttivi si annidassero maggiormente nella fase pubblicistica del rapporto contrattuale e, in particolare, nella fase di assegnazione degli appalti, mentre scarsamente ‘pericolosa’ si sarebbe dimostrata la fase dell’esecuzione, connotata dall’assunzione della veste privatistica della stazione appaltante.

Tale convinzione era dettata dalla considerazione che la corruzione fosse la risposta patologica all’esercizio del potere discrezionale della P.A., ovvero che il fenomeno si verificasse nel momento in cui la P.A. era nelle condizioni di decidere discrezionalmente come esercitare il proprio potere autoritativo.

Nella definizione, quindi, delle procedure da applicare per la gestione dei contratti pubblici, l’avvertenza che la discrezionalità della P.A. fosse foriera di un pericolo corruttivo determinò una scelta a favore dell’irrigidimento delle procedure

²³⁴ Nel medesimo decennio anche in ambito comunitario si era avvertita l’esigenza di individuare uno strumentario adoperabile in maniera agevole dagli operatori economici che avessero riscontrato la mancata applicazione della normativa prevista in tema di aggiudicazione ovvero il verificarsi di fenomeni elusivi e collusivi. Per questa ragione vennero emanate due Direttive (Direttiva 89/665/CEE relativa ai settori ordinari e Direttiva 92/13/CEE relativa ai settori speciali) con le quali si imponeva agli Stati membri di individuare nel proprio ordinamento interno mezzi tutela rapidi ed efficaci, attivabili dai soggetti interessati nel caso di violazione della normativa in tema di procedura di gara.

²³⁵ La necessità di una modifica della struttura amministrativa in questo senso era stata già evidenziata circa dieci anni prima dal Rapporto Giannini, *Sui principali problemi dell’amministrazione dello Stato*, del 16 novembre 1979.

medesime ed il contemporaneo svuotamento dei momenti discrezionali nella valutazione²³⁶.

Si ritenne, infatti, che l'introduzione di rigidi meccanicismi da adoperare nella fase dell'aggiudicazione assieme allo svuotamento della discrezionalità della P.A. (a favore della valorizzazione dell'attività vincolata) potesse costituire una idonea garanzia volta a prevenire i fenomeni di corruzione²³⁷.

Si prese, in questa fase, coscienza del fatto che la genesi della corruzione risiedesse proprio nella discrezionalità amministrativa e che, di conseguenza, il suo contrasto passasse necessariamente attraverso l'imposizione di procedure rigide, di meccanismi automatici di aggiudicazione, con conseguente sottrazione di discrezionalità nei confronti delle diverse figure chiamate a disciplinare le singole gare²³⁸.

La fase nella quale l'esercizio discrezionale del potere risultò più marcato era quella dell'assegnazione del contratto che, fra l'altro, segnava in qualche misura anche un punto di non ritorno rispetto ai vantaggi ottenuti dall'operatore economico.

Altrettanto pericolosa non risultò invece essere la fase dell'esecuzione nella quale, difatti, l'operatore economico in linea teorica si sarebbe limitato ad eseguire la prestazione prevista nello stipulato contratto, senza poter esercitare una particolare influenza nei confronti della stazione appaltante per ottenere vantaggi economici illeciti non dovuti.

²³⁶ Per l'analisi di questa tendenza si veda: M. CLARICH, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002. L'Autore evidenzia come la scelta era volta ad individuare "un equilibrio tra due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti: rigore, trasparenza, imparzialità, da un lato; flessibilità, informalità, celerità delle procedure dall'altro" e, posta la prevalenza dei primi sui secondi, la conseguenza fosse quella di "favorire regole rigide tali da garantire al massimo grado la par condicio tra le imprese che aspirino a stipulare il contratto con l'amministrazione appaltante" che si risolve in "meccanismi di valutazione di tipo automatico" e in procedure che "non dovrebbero attribuire all'amministrazione alcun margine di discrezionalità".

²³⁷ F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008.

²³⁸ M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, (a cura di) F. MERLONI, L. VANDELLI, Astrid, 2010.

Per la realizzazione degli obiettivi di controllo e monitoraggio sul corretto funzionamento della procedura in parola, si ritenne pertanto necessario istituire un'apposita autorità indipendente. Venne, quindi, istituita l'A.V.C.P., con lo specifico obiettivo di tutelare l'imparzialità della Pubblica Amministrazione nell'esercizio della funzione in ambito contrattuale e di svolgere attività di vigilanza, ispezione e verifica.

Nell'intento del legislatore del 1994, dunque, l'A.V.C.P. avrebbe dovuto assumere penetranti poteri di vigilanza su un settore attraversato da imponenti fenomeni corruttivi, in modo da garantire e controllare la regolarità delle procedure di affidamento dei lavori pubblici²³⁹.

Con riguardo ai criteri di aggiudicazione e, quindi, al criterio per la valutazione delle offerte, si optò per quello del c.d. prezzo più basso.

In questo modo – si considerava – la stazione appaltante si sarebbe dovuta limitare ad una mera valutazione matematica, senza poter ricorrere ad altri elementi di valutazione dell'offerta rispetto ai quali non sarebbero stati preventivamente accertabili gli indicatori²⁴⁰, come sarebbe avvenuto se si fosse scelto il criterio della c.d. offerta economicamente più vantaggiosa.

Una scelta così orientata non andò esente da rilievi critici.

In particolare, venne evidenziato come la scarsissima importanza accordata alle altre voci dell'offerta ma, più in generale, la drastica riduzione degli spazi di discrezionalità della Pubblica Amministrazione si ponesse in netta controtendenza rispetto allo spirito concorrenziale indicato dall'Unione Europea e, in particolare, rispetto all'auspicato perseguimento di risultati efficienti nell'ambito della contrattualistica pubblica.

²³⁹ L. GIAMPAOLINO, L. Ponzone, *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICOTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008.

Sul modello dell'A.V.C.P.: C. GALLUCCI, *La riforma degli appalti pubblici*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, M. D'ALBERTI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1994. L'autore sottolinea come il «modello» di autorità sia stato mutuato dal legislatore dall'esperienza francese: con la l. n. 3 gennaio 1991, n. 91-3, è stata istituita una Mission interministérielle d'enquête sulla regolarità ed imparzialità nella preparazione, conclusione ed esecuzione di contratti pubblici.

²⁴⁰ Con la sola eccezione di quelle gare in cui fosse risultato indispensabile l'apporto progettuale dei concorrenti.

Ciò che, infatti, fu rilevato era la frequente incompatibilità sussistente fra la rigidità delle procedure e l'efficienza dei risultati, laddove per efficienza si intendesse anche la valorizzazione di tutti i fattori positivi che una data offerta propone, al fine di ottenere un risultato ottimale non solo con riguardo alla spesa da sostenere ma anche in riferimento ai molteplici corollari che all'offerta si accompagnano.

L'efficienza, infatti, non sarebbe stata da intendersi come sinonimica al c.d. risparmio di spesa, ma avrebbe dovuto essere parametrata anche rispetto ad ulteriori elementi di favore che una data offerta economica in sé contiene. Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, ai costi della sicurezza sul luogo di lavoro, alla qualità dei materiali impiegati, all'utilizzazione di tecniche produttive, al rispetto di valori primari quale quello dell'ambiente, ecc.

Nonostante quanto detto, la paura che la discrezionalità e, dunque, la scelta dell'efficienza, ampliasse a dismisura i margini di manovra della P.A. lasciando spazi non positivizzati e, dunque, fortemente soggetti a pressioni corruttive, spinse il legislatore a prediligere procedure automatizzate, criteri estremamente rigidi per la scelta e la gestione del rapporto, riaffermando un forte sentimento di sfiducia nei confronti delle stazioni appaltanti²⁴¹.

Analoghe considerazioni possono essere svolte anche avendo riguardo a quelle disposizioni della richiamata normativa che non consentivano di operare varianti in corso d'opera al progetto esecutivo oggetto del contratto di appalto (tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge) ovvero che non ammettevano il ricorso alla trattativa privata (se non nei casi tassativi di cui all'art. 24 della L. 109/94) o, ancora,

²⁴¹ Sul punto si veda, M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazioni. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie*, Convegno, Camera dei deputati, 15 novembre 2013, che rappresenta nei seguenti termini la scelta del legislatore della legge Merloni: "E' risaputo che in Italia una normativa e soprattutto una prassi incentrate sulla meta del controllo degli amministratori pubblici, a presidio della imparzialità e della trasparenza delle decisioni di spesa, hanno tradizionalmente favorito una limitata classe di modelli concorsuali, decisamente distanti dalla negoziazione competitiva e inclini piuttosto al massimo abbattimento della discrezionalità amministrativa, tramite una rigida omologazione dei procedimenti a criteri formali di segretezza, immutabilità delle offerte rassegnate, automatismo dei confronti. Questa propensione ha plausibilmente raggiunto il proprio apice con l'approvazione della legge n.109 del 1994, sotto l'influenza di conosciuti rivolgimenti politici e giudiziari".

alle previsioni che comportavano l'automatica esclusione delle offerte anormalmente basse²⁴².

Si è, dunque, sostenuto che nella scelta fra 'flessibilità' e 'rigore' il legislatore spostò con decisione l'asse a favore di quest'ultimo^{243 244}.

La ritrosia del legislatore risiedeva, evidentemente, nella scarsa fiducia riposta sia nell'abilità della stazione appaltante che nella correttezza ed integrità del suo operato²⁴⁵.

²⁴² M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, op. cit.

²⁴³ M. CLARICH, op. cit.

²⁴⁴ Per descrivere la scelta del legislatore e per sottolineare la diversità di approccio fra il modello utilizzato dal legislatore nazionale e quello, più incline alla flessibilità, adottato in sede sovranazionale, si è soliti utilizzare la c.d. "metafora del sarto".

Si sostiene, infatti, che il diritto comunitario immagina che l'amministrazione possa assumere il ruolo di un sarto incaricato di confezionare un abito, ovvero una determinata procedura di aggiudicazione che preveda l'utilizzazione di specifici criteri di selezione, su misura rispetto all'oggetto dell'affidamento. Con ciò si intende dire che, in relazione allo specifico oggetto del contratto, i criteri di valutazione da adoperare potranno mutare così da consentire una valorizzazione di taluni requisiti ritenuti dalla stazione appaltante meritevoli di una specifica attenzione tramite una precisa ponderazione.

Al contrario il legislatore nazionale – e la legge Merloni, così come anche il Codice dei contratti pubblici D.Lgs. 163/2006 ne sono un chiaro esempio – contrappone a questo modello quello dei c.d. "grandi magazzini" in cui sono disponibili una molteplicità di taglie preconfezionate ovvero di procedure standardizzate nelle quali la discrezionalità è rimessa al minimo.

Lo svantaggio, così come si è avuto modo di notare, di questo modello è insito nell'impossibilità di ponderare e graduare le effettive necessità della stazione appaltante, in particolare laddove si tratti di contratti complessi.²⁴⁴

In queste ipotesi, infatti, le variabili che la P.A. dovrebbe tenere in considerazione nella valutazione delle offerte sono molteplici e richiederebbero una precisa graduazione.

La staticità delle procedure e la loro rigidità comporta l'impossibilità di soddisfare pienamente le esigenze del caso concreto come invece potrebbe avvenire laddove si consentisse alla P.A. di esercitare la propria discrezionalità con un atteggiamento volto al raggiungimento di un risultato di efficienza.

²⁴⁵ In questi termini, F. FIDONE, op. cit. Nello stesso senso, con specifico riferimento ai contratti complessi e alla precisa scelta legislativa del 1994 di optare per la rigidità procedurale, si veda: M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazioni. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie*, Convegno, Camera dei deputati, 15 novembre 2013. L'Autore evidenzia che: "E' risaputo che in Italia una normativa e soprattutto una prassi incentrate sulla meta del controllo degli amministratori pubblici, a presidio della imparzialità e della trasparenza delle decisioni di spesa, hanno tradizionalmente favorito una limitata classe di modelli concorsuali, decisamente distanti dalla negoziazione competitiva e inclini piuttosto al massimo abbattimento della discrezionalità amministrativa, tramite una rigida omologazione dei procedimenti a criteri formali di segretezza, immutabilità delle offerte rassegnate, automatismo dei confronti. Questa propensione ha plausibilmente raggiunto il proprio apice con l'approvazione della legge n.109 del 1994, sotto l'influenza di conosciuti rivolgimenti politici e giudiziari".

Oltre alla difficoltà di raggiungere un risultato concretamente efficiente tramite l'utilizzazione del modello rigido, le perplessità si implementavano anche laddove si analizzavano i risultati ottenuti secondo l'ottica della concorrenzialità e dell'effettivo *favor participationis*.

Un criterio di valutazione monolitico come quello in esame, infatti, determina un conseguente ed inevitabile *favor* per quelle imprese che, particolarmente solide finanziariamente, possono avanzare delle offerte fortemente al ribasso senza temere perdite eccessive o senza assumersi rischi imprenditoriali sostanziosi.

Oltre alla riduzione della partecipazione concorrenziale, la fissazione di rigidi criteri di aggiudicazione aveva determinato anche un'ipertrofia delle stazioni appaltanti, un disincentivo a far ricorso al mercato delle commesse pubbliche, nonché un rallentamento delle procedure di affidamento²⁴⁶.

3. Le direttive del 2004: la valorizzazione del criterio dell'efficienza.

Il sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici risultante dall'intervento della Legge Merloni del 1994 aveva determinato, secondo opinione diffusa degli osservatori e degli interpreti, un sistema inefficiente che, fra l'altro, non aveva soddisfatto le aspettative sperate con riguardo al contrasto della corruzione.

In primo luogo, infatti, il criterio di selezione fondato sul prezzo più basso consentiva lo svilupparsi di fenomeni corruttivi proprio in fase di presentazione delle offerte, tramite cartelli imposti da operatori economici conniventi che, di fatto, escludevano dalla gara le imprese estranee all'accordo corruttivo; in secondo luogo l'irrigidimento delle procedure aveva determinato una forte burocratizzazione degli

²⁴⁶ Le medesime riflessioni venivano compiute dalla A.V.C.P. che affermava, alla luce dei risultati derivanti dal controllo sulle procedure di affidamento, si assisteva ad una sostanziale irrigidimento e ad una burocratizzazione di un mercato che, per poter ragionare in termini di efficienza, richiederebbe uno strumentario più agile e snello.

affidamenti dei contratti, che comportava una stasi nello sviluppo dei progetti strategici pubblici²⁴⁷.

Proprio alla luce di quanto suesposto, con le direttive comunitarie c.d. di terza generazione, emanate nel 2004²⁴⁸, si è proceduto, da un lato, alla fusione di direttive già presenti nell'ordinamento comunitario in materia di lavori pubblici, dei servizi e delle forniture e, dall'altro, si sono confermate e si sviluppate, attraverso l'introduzione di nuovi istituti, delle linee direttrici ispirate essenzialmente alla valorizzazione dei principi concorrenziali fra i quali, i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi²⁴⁹.

La concezione da cui si è mosso, infatti, è che il buon funzionamento del sistema, da intendersi come un congegno ben lubrificato che si connota per una particolare economicità, efficienza ed efficacia, non consenta di individuare *vulnus* tali da consentire l'inserimento di politiche corruttive.

La chiave solutoria per il contrasto del fenomeno corruttivo, dunque, sarebbe proprio l'implementazione dell'efficienza e della concorrenzialità.

Infatti, la corruzione non nasce come mero intento lucrativo dei soggetti, l'uno pubblico e l'altro privato, che raggiungono l'accordo illecito, ma il suo germe si annida anche nel malfunzionamento della macchina amministrativa che, a causa di rallentamenti, inefficienze e farraginose burocrazie rende il sistema prolisso, incerto e diseconomico.

²⁴⁷ Si è osservato, in relazione all'applicazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, che lo stesso ha fatto emergere, in più occasioni, fenomeni corruttivi come, ad esempio, la percezione da parte di agenti pubblici di tangenti in cambio della rivelazione dei prezzi base delle gare, al fine di spartire i contratti maggiormente appetibili fra un numero ristretto di operatori economici, escludendo gli altri attraverso inviti fittizi alle gare pubbliche. Così: Corte del Conti, Sez. I, 3 aprile 2009, n. 2384.

²⁴⁸ Si tratta della Direttiva 2004/18/CE relativa al "Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, forniture e servizi", della Direttiva 2004/17/CE relativa al "Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali". Con queste Direttive il legislatore comunitario ha accorpato in una disciplina unitaria, in ragione delle esigenze di semplificazione e di razionalizzazione, le disposizioni riguardanti i contratti di lavori, servizi e forniture dei settori ordinari e dei settori speciali.

²⁴⁹ Per la disamina dei contenuti delle richiamate Direttive si veda: R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, 2005.

In una situazione di diseconomia e di incertezza, l'operatore economico sarà incentivato a far ricorso alle proprie personali risorse, corrompendo il pubblico funzionario.

In questa ottica, dunque, il legislatore comunitario ha mostrato un evidente slancio verso forme di efficientamento del procedimento di evidenza pubblica e verso una spiccata concorrenzialità.

Le novità più significative sul punto sono quelle della modernizzazione degli strumenti negoziali, in particolare nell'ambito dell'*e-procurement*, e del rafforzamento delle dinamiche proconcorrenziali, attraverso strumenti che favoriscono la più ampia partecipazione alle gare, quali, fra gli altri, l'avvalimento. Si segnalano, inoltre, quegli istituti volti ad introdurre elementi di flessibilità nella contrattazione, come, ad esempio, il dialogo competitivo. A ciò si aggiunga la volontà di semplificazione normativa, tanto mediante la trasfusione in testi unici delle disposizioni legislative variamente collocate, tanto attraverso interventi di adeguamento volti a recepire gli *arrêts* della Corte e ad allineare la legislazione nazionale ai principi giurisprudenziali espressi in sede sovranazionale²⁵⁰.

La circostanza che l'obiettivo di efficientamento sia assolutamente propedeutico al contrasto della corruzione e che quest'ultimo sia un principio cui ispirare anche la disciplina dei contratti pubblici è ben chiara anche in sede sovranazionale.

Difatti, già nella Raccomandazione inviata dal Consiglio dell'OCSE del 2008, sono fornite precise indicazioni volte a favorire la valorizzazione dell'integrità negli appalti pubblici.

Fra queste, in particolare, viene indicata la necessità che le stazioni appaltanti aumentino la *governance* attraverso l'applicazione di meccanismi volti ad incrementare la trasparenza nelle procedure di affidamento. Si segnala la necessità di creare di autorità espressamente deputate al controllo e alla supervisione in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici dotate anche di poteri sanzionatori. Si richiede l'introduzione di specifiche normative volte a garantire una

²⁵⁰ G.A. BENACCHIO, *Le regole della concorrenza e i principi comunitari nel recepimento delle Dir. 2004/18/CE e Dir. 2004/17/CE*; Trento, 8 giugno 2007 Giunta, 2008 Scritti di vari.

piena e corretta informazione in relazione ai contratti pubblici e la previsione di rapidi sistemi di risoluzione delle controversie nascenti in relazione alle gare²⁵¹.

4. Le novità del D.Lgs. 163/2006.

Le indicazioni del legislatore comunitario sono state recepite con il D.Lgs. 163/2006 che, anche alla luce della predisposizione di un unico progetto legislativo in sede europea, rappresenta il primo tentativo compiuto in ambito nazionale di codificare la materia dei contratti pubblici²⁵².

Con questa nuova normativa, in osservanza dell'attenzione sovranazionale dedicata al tema della corruzione, agli originari principi del corretto agire della pubblica amministrazione e della regolare gestione delle pubbliche risorse, si è affiancato, con una rinnovata valenza, il principio della libera concorrenza da intendersi come baluardo volto assicurare il trasparente e regolare funzionamento della richiesta di origine pubblica²⁵³.

Con il D.Lgs. 163/2006, inoltre, sono stata attribuite nuove ed importanti funzioni all'A.V.C.P., accordandogli la funzione ispettiva sull'attività delle stazioni appaltanti nella fase di svolgimento della gara e in quella di esecuzione dei lavori nonché la facoltà di esercitare poteri informativi, sanzionatori e di segnalazione agli

²⁵¹ Cfr. M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, op. cit.

²⁵² Come è stato acutamente osservato: *“la valenza del Codice è andata al di là del mero recepimento delle Direttive comunitarie, in quanto il legislatore delegato, coerentemente con quanto richiesto nella legge delega n. 62/2005, ha raccolto e riorganizzato, in un unico testo normativo, l'intera disciplina degli appalti pubblici (e delle concessioni) nei settori ordinari e in quelli speciali, indipendentemente dal loro valore (e, quindi, sia sopra che sotto la soglia comunitaria), sia con riferimento alle procedure di scelta del contraente che alla fase di esecuzione del contratto, nonché le regole speciali relative agli strumenti giudiziali e stragiudiziali di tutela in caso di contenzioso, ed ha, altresì, coordinato le disposizioni in materia di contratti pubblici con quelle (...) relative, fra l'altro, al procedimento amministrativo, all'informatizzazione della pubblica amministrazione e alla disciplina antimafia, in tal modo riuscendo finalmente a delineare un sistema organico, semplificato e tendenzialmente esaustivo della disciplina dei contratti pubblici.”* Così: F. MASTRAGOSTINO, op. cit.

²⁵³ Cfr. G.A. BENACCHIO, *Le regole della concorrenza e i principi comunitari nel recepimento delle Dir. 2004/18/CE e Dir. 2004/17/CE*; Trento, 8 giugno 2007 Giunta, 2008 Scritti di vari.

organi di controllo amministrativo e all'autorità giudiziaria circa i fatti che incidono sullo svolgimento delle gare pubbliche, così da prevenire o almeno rilevare ipotesi corruttive negli appalti pubblici²⁵⁴.

Ferme restando, tuttavia, le avvertite esigenze di prevenzione e di contrasto della corruzione, lo spirito del legislatore del 2006 era anche animato, in coerenza con le indicazioni comunitarie, dall'intenzione di implementare la flessibilità delle procedure, al fine valorizzare i criteri di efficienza in relazione alla concorrenza per il mercato.

In questa ottica, dunque, sono stati introdotti nuovi istituti che, soprattutto in sede di individuazione dei criteri utilizzabili nella selezione delle offerte²⁵⁵ e in relazione alle procedure di aggiudicazione²⁵⁶, hanno consegnato una disciplina fortemente conformata allo spirito proconcorrenziale di derivazione sovranazionale.

Ciò che il Legislatore comunitario ha inteso realizzare e, di conseguenza, ciò che il D.Lgs. 163/2006 ha recepito, infatti, è un sistema che risulti in equilibrio fra due contrapposte esigenze.

Da un lato quella di migliorare la 'prestazione' imprenditoriale della P.A. attraverso l'allentamento delle maglie procedurali e dei divieti inizialmente previsti; dall'altro, quella di dover comunque fare in modo che l'operato della P.A. sia tutelato dagli interessi egoistici dei privati che, sfruttando la maggiore flessibilità delle procedure, potrebbero trarne illecito vantaggio, attraverso meccanismi corruttivi, a discapito del buon funzionamento dell'Amministrazione medesima.

Il necessario equilibrio fra le due richiamate esigenze è, a ben vedere, giustificato proprio dall'obiettivo avuto di mira che, comune ad entrambe le richiamate politiche, è quello di assicurare il buon funzionamento della P.A., da intendersi come combinato disposto dei principi di efficienza ed economicità e di quelli di

²⁵⁴ F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Trattato sui contratti pubblici*, M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, (a cura di), op. cit.

²⁵⁵ Sotto la vigenza della legge Merloni era stato previsto il divieto dell'utilizzo della procedura negoziata per gli appalti di importo superiore a 300.000 euro.

²⁵⁶ Sotto la vigenza della legge Merloni era stato previsto, per gli appalti di importo inferiore alla soglia Comunitaria, quale unico criterio adottabile, quello del prezzo più basso.

legittimità e legalità dell'azione amministrativa. con i principi di legittimità, efficienza, efficacia ed economicità.

4.1. L'offerta economicamente più vantaggiosa

Con particolare riguardo al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁵⁷, si evidenzia che con le direttive 2004/18 e 2004/17, i criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa vengono ad essere indicati quali unici criteri di aggiudicazione che la stazione appaltante può utilizzare.

La scelta della P.A. può avvenire alternativamente senza alcun onere di motivazione, purché a tale scelta corrisponda la capacità di garantire obiettività, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento ed effettiva concorrenza tra i partecipanti.

Tale previsione viene recepita nel Codice degli appalti che, all'art. 81 – disposizione avente una natura meramente descrittiva – richiama entrambi i criteri di aggiudicazione, successivamente disciplinati agli articoli 82 e 83. Nell'art. 81²⁵⁸ viene espressamente affermato che la P.A. può scegliere, senza più essere sottoposta ai vincoli normativi in precedenza previsti, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che tale facoltà possa esser esercitata in relazione a qualsiasi tipologia di appalto pubblico²⁵⁹.

²⁵⁷ Il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa consiste nella valutazione di una molteplicità di criteri, a ciascuno dei quali corrisponde un peso da indicarsi tassativamente nel bando o nella lettera d'invito, in ossequio al principio della parità di trattamento tra i concorrenti. Tale criterio consente di valorizzare alcuni aspetti delle gare differenti dal prezzo a vantaggio di scelte premianti la qualità delle offerte.

²⁵⁸ Si precisa fin d'ora che la norma prevede quale unico criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa per gli appalti da affidarsi con il dialogo competitivo e per le aggiudicazioni delle concessioni (anche con il Project Financing).

²⁵⁹ Con specifico riguardo all'offerta economicamente più vantaggiosa: M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, op. cit., ricordano che: *“nel sistema previgente, una delle innovazioni della Merloni quater è stata quella di aver introdotto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche per gli appalti sotto soglia comunitaria. Prima della L. n. 166/2002 l'utilizzo di tale criterio d'aggiudicazione era ammesso solo per le concessioni e per l'appalto-concorso, cioè per quelle*

Al fine di attribuire una maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti e, contestualmente, di ridurre i margini di distorsione in sede di presentazione delle offerte, viene introdotta la possibilità di escludere le offerte di quelle imprese che presentino caratteri di anomalia, sulla base di valutazioni rimesse alla stazione appaltante²⁶⁰.

La P.A., dunque, per il perseguimento del proprio fine istituzionale e in applicazione dei principi tanto di legalità che di efficienza, può discrezionalmente valutare le offerte, decidendo di escludere quelle che presentino un ribasso eccessivo rispetto alla base di gara e, come tali, risultino sintomatiche di una non adeguata valorizzazione di alcuni dei parametri ritenuti dalla stazione appaltante di particolare rilievo per l'apprezzamento dell'offerta.

Questa previsione è, come si nota, in forte controtendenza rispetto al precedente criterio dell'aggiudicazione del contratto sulla base del massimo ribasso, adoperato dal legislatore nazionale in via pressoché esclusiva prima dell'emanazione del Codice De Lise, in quanto consente un ampliamento dei margini di apprezzamento delle offerte in considerazione di parametri qualitativamente diversi²⁶¹.

La ragione di tale previsione, a ben vedere, non risiede solo nella volontà di 'elasticizzare' l'operato della P.A. ma è mossa anche dalla consapevolezza che

procedure in cui risulta indispensabile l'apporto progettuale dei concorrenti, quale che fosse l'importo dei lavori."

²⁶⁰ La possibilità di esclusione delle offerte anomale era stata, peraltro, modificata con il Dlgs. 152/2008 che prevedeva la possibilità di inserzione nel bando di una causa di esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale che avessero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, nel caso di lavori di importo inferiore o pari ad un milione di euro, laddove si utilizzasse il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

²⁶¹ In merito alla discrezionalità della P.A. nell'esclusione delle offerte anomale si segnala, *ex multis*, la sentenza del Consiglio di Stato del 18 settembre 2009 n. 5589. In questa occasione la giurisprudenza amministrativa ha ribadito il principio della insindacabilità in sede di legittimità dei provvedimenti espressivi della discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, più volte discusso in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, in relazione al giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala.

La sentenza in esame, se, da un lato, ha confermato la necessità che le contestazioni sulla anomalia dell'offerta avvengano nel contraddittorio con il concorrente, non potendosi diversamente procedere alla esclusione dalla gara, dall'altro, ha richiamato il precedente indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (C.d.S., IV, 20 maggio 2008, n. 2348; VI, 25 settembre 2007, n. 4933).

l'automatismo delle scelte, previsto dalla legge Merloni, da un punto di vista patologico aveva portato all'affermazione di fenomeni corruttivi basati sulla matematicità dei risultati e la conseguente insindacabilità degli stessi da parte della stazione appaltante²⁶².

4.2. La procedura negoziata

Un ulteriore elemento di novità introdotto dalle Direttive del 2004 e volto alla gestione efficiente dei contratti pubblici è consistito nella previsione delle ipotesi di trattative private, ovvero della procedura negoziata²⁶³.

Con l'emanazione del D.Lgs. 163/2006, dunque, è stato abrogato l'art. 24 della legge Merloni²⁶⁴ e si è introdotta la possibilità di fare ricorso alla trattativa privata,

²⁶² Cfr. M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, op. cit.

²⁶³ Tale previsione è stata recepita dal legislatore nazionale agli artt. 57 e 122 comma 7 del D.Lgs. 163/2006. Il correttivo del 2008 ha previsto poi un'ulteriore ipotesi di trattativa privata introducendo il comma 7 bis all'art. 122 stabilendo che, in caso di appalti di lavori di importo non inferiore ai 100.000 e non superiore a 500.000, le stazioni appaltanti potessero affidare, a seguito di procedura negoziata, il contratto con invito da rivolgersi ad almeno 5 soggetti purché fossero rispettati i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza.

²⁶⁴ Ai sensi della richiamata disposizione la possibilità di far ricorso alla trattativa privata era ammessa solo in determinate ipotesi tassative. In particolare:

“1. L'affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi:

a) lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro; (lettera aggiunta dall'articolo 7, comma 1, lettera p), legge n. 166 del 2002)

a) lavori di importo complessivo compreso tra oltre 100.000 euro e 300.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell' articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1942 n. 827;

b) lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti;

c) (lettera abrogata dall'articolo 12, decreto legislativo n. 30 del 2004)

2. Gli affidamenti di appalti mediante trattativa privata sono motivati e comunicati all'Osservatorio dal responsabile del procedimento e i relativi atti sono posti in libera visione di chiunque lo richieda.

3. I soggetti ai quali sono affidati gli appalti a trattativa privata devono possedere i requisiti per l'aggiudicazione di appalti di uguale importo mediante pubblico incanto o licitazione privata.

così da consentire alle stazioni appaltanti di intavolare con l'operatore economico delle libere trattative in veste privatistica, senza il rispetto di un procedimento amministrativo tipizzato, ferma l'osservanza dei principi generali della materia.

La procedura negoziata, difatti, può essere definita come un “*procedimento mediante il quale l'amministrazione decide di concludere il contratto e sceglie in contraente secondo la disciplina estremamente ridotta contenuta nel codice, per il resto regolandosi come farebbe qualsiasi altro operatore sul mercato*”²⁶⁵.

Questa procedura di gara informale²⁶⁶ consente all'Amministrazione di affidare legittimamente la gara all'impresa ritenuta migliore, senza la necessità di utilizzare parametri predefiniti di valutazione delle offerte²⁶⁷.

Anche questa estensione rende assai evidente l'intenzione del legislatore sovranazionale di ridimensionare la rigidità del legislatore nazionale e di indurlo ad approcciare la gestione delle opere pubbliche con uno spirito di maggiore flessibilità, indice di un incentivo all'efficienza e alla speditezza dell'attività amministrativa.

4. Nessun lavoro può essere diviso in più affidamenti al fine dell'applicazione del presente articolo.

5. L'affidamento di appalti a trattativa privata, ai sensi del comma 1, lettera b), avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto.

5-bis. (abrogato dall'articolo 12, decreto legislativo n. 30 del 2004)

6. I lavori in economia sono ammessi fino all'importo di 200.000 ECU., fatti salvi i lavori del Ministero della difesa che vengono eseguiti in economia a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare, disciplinati dal regolamento per l'attività del Genio militare di cui all'articolo 3, comma 7-bis e degli organismi di cui agli articoli 3, 4 e 6 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, che sono disciplinati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, emanato su proposta del Comitato di cui all'articolo 2 della citata legge n. 801 del 1977, previa intesa con il Ministro dell'economia e delle

finanze.
(comma così modificato dall'articolo 1, comma 240, legge n. 311 del 2004)

7. Qualora un lotto funzionale appartenente ad un'opera sia stato affidato a trattativa privata, non può essere assegnato con tale procedura altro lotto da appaltare in tempi successivi e appartenente alla medesima opera.

7-bis. (abrogato dall'articolo 12, decreto legislativo n. 30 del 2004)

8. abrogato.”

²⁶⁵ Cfr. M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, op. cit.

²⁶⁶ Così come quella di cui all'art. 57, comma 6 del D.Lgs. 163/2006.

²⁶⁷ Questa possibilità, seppur accolta positivamente, in quanto evidenza della flessibilizzazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, non sembra scevra da profili problematici in relazione a possibili infiltrazioni di fenomeni corruttivi. È stato, difatti, affermato, che “*il fenomeno corruttivo può incunarsi nelle pieghe delle scelte e della negoziazione dell'amministrazione, specie per le gare informali, pur in presenza delle condizioni che ne legittimano il ricorso*”, in questi termini M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, op. cit.

Il *favor* concorrenziale espresso dalle Direttive del 2004 è, tuttavia, stato ben bilanciato sia dalle stesse che dal Codice di recepimento, laddove sono stati predisposti una serie di strumenti e attribuite specifiche funzioni volte a rafforzare il contrasto del fenomeno corruttivo.

4.3. I requisiti soggettivi e le cause di esclusione automatica dalle gare.

Al fine, dunque, di contemperare le suddette contrapposte esigenze e di realizzare una tutela anticipata del buon andamento della P.A., con la direttiva 2004/18/CE, dunque, il Legislatore comunitario ha stabilito, in modo innovativo rispetto al passato, delle specifiche clausole di esclusione obbligatoria dalla procedura di gara²⁶⁸.

La previsione di tali cause di esclusione è indicativa della volontà di evitare che si creino, all'interno dei meccanismi della contrattualistica pubblica, i margini per l'emersione di fenomeni corruttivi che costringerebbero la P.A. ad una reazione di contrasto successiva.

L'obiettivo, invece, è stato quello di evitare, attraverso l'esclusione di determinati soggetti dalla gara, che il rischio corruttivo possa anche solo palesarsi, adottando, quindi, una politica preventiva e cautelare che si realizza tramite la suddetta esclusione dalla gara.

All'art. 45, capo I, lett. b), infatti, viene espressamente inserita, fra le cause di esclusione obbligatoria, quella derivante dall'aver riportato una sentenza definitiva di condanna per determinate ipotesi delittuose fra le quali, ai fini che qui interessano, quella di corruzione 'attiva', così come definita all'articolo 3 dell'atto

²⁶⁸ Commissione Europea, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 2011, a proposito dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE e dell'esclusione degli offerenti «scorretti»

In passato, invece, le direttive non avevano mai distinto fra cause di esclusione facoltativa e cause di esclusione obbligatoria in presenza di determinate circostanze, rimettendo ai legislatori nazionali tale facoltà. Si veda in questo senso: F. CARDARELLI, *Codice dei contratti pubblici, Commento all'art.38*, Giuffrè,

del Consiglio del 26 maggio 1997²⁶⁹ e all'articolo 3, paragrafo 1 dell'azione comune del 98/742/GAI del Consiglio^{270 271}.

La previsione di una politica anti corruttiva preventiva è stata, dunque, recepita anche dal Legislatore nazionale il quale, all'art. 38 comma 1, lett. c)²⁷² ha previsto, fra i reati che dovevano comportare l'obbligatoria esclusione dalla gara²⁷³, anche il reato di corruzione, recependo letteralmente l'intero paragrafo 1 dell'art. 45 della Direttiva²⁷⁴.

²⁶⁹ A mente del quale si ha corruzione attiva quando: *“una persona deliberatamente promette o dà, direttamente o tramite un intermediario, un vantaggio di qualsivoglia natura ad un funzionario, per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia od omette un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste in modo contrario ai suoi doveri d'ufficio”*.

²⁷⁰ Tale disposizione si occupa della definizione della corruzione nel settore privato e afferma che: *“vi è corruzione attiva nel settore privato quando un soggetto intenzionalmente promette offre o concede, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per se stessa o per un terzo, nel quadro delle attività professionali di tale persona affinché essa ometta o compia un atto in violazione di un dovere.”*

²⁷¹ L'interesse del legislatore comunitario all'integrità dei pubblici funzionari veniva manifestato anche nelle altre previste cause di esclusione dalle pubbliche gare. Fra queste: l'aver partecipato ad un'organizzazione criminale così come definita dall'azione comune 98/773/GAI del Consiglio (l'art. 2 paragrafo 1 della suddetta azione definisce l'organizzazione criminale come quella: *“associazione strutturata da più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave, reati che costituiscono un fine in sé ovvero un mezzo per ottenere profitti materiali e, se del caso, per influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche amministrazioni”*), l'aver perpetrato una frode ai sensi dell'art. 1 della Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e, infine l'aver commesso atti di riciclaggio, così come definito dall'art. 1 della Direttiva 91/308/CEE dei proventi di attività illecite (la direttiva consente alle stazioni appaltanti di richiedere al partecipante, la cui situazione personale sia dubbia, di rivolgersi alle autorità competenti, anche di un altro Stato membro, per ottenere le informazioni necessarie).

²⁷² La richiamata disposizione, come si era osservato, risultava avere una diversa matrice applicativa: da un lato essa conteneva una previsione cogente ed inderogabile relativa ai reati per i quali fosse lo stesso legislatore comunitario ad individuare la necessaria esclusione. Dall'altro, essa prevedeva ulteriori ipotesi di inderogabile esclusione per la mancanza dei requisiti relativa alla moralità professionale, lasciando, tuttavia, alla discrezionalità delle stazioni appaltanti la facoltà di individuare le specifiche ipotesi delittuose dalle quali desumere l'assenza della moralità necessaria per la partecipazione alla gara. In questo senso: F CARDARELLI, *Codice dei contratti pubblici, Commento all'art.38*, Giuffrè.

²⁷³ Sull'art. 38 del D.Lgs. 163/2006: R. Greco, *Le cause soggettive di esclusione*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005; M. RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avalimento*, Milano, Giuffrè, 2008; V. CAPUZZA, *Considerazioni di diritto penale in materia di appalti pubblici alla luce del D.Lgs. 163/2006*, in *Rassegna dell'arma dei carabinieri*, n. 1/2007; V. CAPUZZA, *Figure di procedura penale negli appalti pubblici*, in *Rivista Amministrativa R.I.*, 3-4, 2007.

Nonostante il *favor* con il quale tale disposizione è stata accolta in sede nazionale, non sono mancate critiche sull'effettiva applicabilità della suddetta norma alla luce dell'ordinamento penale nazionale, in relazione alle ipotesi delittuose indicate dall'art. 38, meramente replicativo della disposizione comunitaria.

Sul punto, infatti, il Consiglio di Stato, intervenuto in sede consultiva, ha affermato che: *“si ritiene che, nell'elencazione dei reati che possono portare all'esclusione dalla gara, sia necessario indicare, in primo luogo, i reati previsti dal Codice Penale italiano e, successivamente, quelli indicati dalla Direttiva comunitaria”*²⁷⁵.

L'osservazione circa il necessario coordinamento dell'ordinamento interno con quello sovranazionale muove, fra le altre cose, dalla constatazione che, all'atto dell'emanazione del suddetto codice, non era prevista in Italia una forma di corruzione c.d. passiva, come invece sembrerebbe deducibile, *a contrario*, dalla lettera della richiamata disposizione.

Era, dunque, necessario che il legislatore nazionale facesse propri gli input comunitari in tema di contrasto alla corruzione utilizzando, per la concreta applicazione delle cause di esclusione, le fattispecie penali previste nell'ordinamento interno, così da agevolare gli interpreti e consentire un effettivo coordinamento fra le stazioni appaltanti e l'autorità giudiziaria.

È evidente, difatti, che, nel caso in cui si fosse proceduto alla verifica della sussistenza dei requisiti personali per l'ammissione alla gara tenendo in considerazione tipologie di reati non ugualmente individuati dal legislatore nazionale, ben difficile sarebbe stato procedere all'esclusione di quei soggetti che, pur in possesso di precedenti giudiziari rilevanti e, in qualche misura, attinenti alle fattispecie comunitariamente individuate, non fossero tuttavia esattamente ascrivibili alle medesime ipotesi delittuose.

²⁷⁴ Cfr. M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, op. cit.

²⁷⁵ Si fa riferimento al parere espresso dal Consiglio di Stato in relazione allo schema del Codice “de Lise” in Adunanza Generale del 20 febbraio 2006 n. 355.

5. I protocolli di legalità e i patti di integrità.

Oltre alle disposizioni normative che espressamente perseguono il fine di contrastare la corruzione, tanto con strumenti di flessibilizzazione delle procedure che con strumenti di restrizione – per garantire la partecipazione solamente a quei soggetti che risultino idonei –, vi sono anche altri strumenti, sia convenzionali che legali, che assumono la qualifica di c.d. codici di comportamento negli appalti pubblici e che sono proprio volti a fissare delle regole di condotta.

La *ratio* di queste previsioni è stata ravvisata nella necessità di estendere anche agli operatori privati che stipulano contratti con le Pubbliche Amministrazioni gli obblighi morali, *rectius* etici, che l'art. 54 Cost. prevede in capo ai funzionari pubblici, ovvero il dovere di assolvere la propria funzione con onore e disciplina.

Si è, dunque, rilevato²⁷⁶ che, con la sottoscrizione di tali protocolli di buona condotta²⁷⁷, gli operatori economici privati che intendono divenire parti contrattuali della P.A., accettano di obbligarsi a conformarsi a *standard* di legalità e correttezza²⁷⁸ particolarmente elevati, che possono precedere e anche superare quelli che saranno poi incardinati in capo all'aggiudicatario del contratto con la stipulazione dello stesso.

Ci si riferisce, in particolare, ai protocolli di legalità e ai patti di integrità.

Muovendo, in primo luogo, dai protocolli di legalità si può fin da subito affermare che questi sono adottati dalla Prefetture, su indicazione del Ministero dell'Interno, per rafforzare la cooperazione tra Amministrazioni pubbliche in

²⁷⁶ Cfr. G. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

²⁷⁷ Sul rilievo assunto dai codici di condotta anche a livello sovranazionale di veda: OECD, *Code of conduct for procurement practitioners*, in www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/codeofconductforprocurementpractitioners.htm.

²⁷⁸ Con riferimento al principio di 'Correttezza' di veda: G. RACCA, *Correttezza* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Giuffrè, Milano, 2006.

relazione alla trasmissione di informazioni antimafia anche ove ciò non sia espressamente previsto dalla legge²⁷⁹.

Con tali protocolli, oltre che individuare un regime di comunicazione fra enti pubblici, è possibile anche implementare la portata obbligatoria dei contratti, prevedendo che le stazioni appaltanti aderenti agli stessi, inseriscano nei contratti specifici obblighi cui l'operatore economico è tenuto a conformarsi.

Tramite questo strumento, dunque, *“le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole”* introdotte *“per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei*

²⁷⁹ Cfr. G. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

L'Autrice richiama, a titolo esemplificativo, le ipotesi contrattuali in cui l'importo sia inferiore alla soglia comunitaria, ipotesi in cui, dunque, non è legislativamente imposta l'acquisizione delle informative antimafia.

luoghi di lavoro”²⁸⁰. La vincolatività della stipulazione di tali accordi è scandita dalla disposizione di cui all’art.176, comma 3, lett. e) del D.Lgs. 163/2006²⁸¹ ²⁸².

Tale disposizione, difatti, prevede la necessaria stipulazione con gli organi competenti in materia di sicurezza, prevenzione e repressione della criminalità, di appositi accordi da parte dei soggetti aggiudicatari di infrastrutture strategiche, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano.

L’importanza strategica rivestita dai protocolli in questione ha determinato il riconoscimento della facoltà, in capo alle stazioni appaltanti, di ascrivere il *“mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di*

²⁸⁰ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, in www.avcp.it, che accomuna in tale definizione anche i patti di integrità.

²⁸¹ La norma, rubricata, *“Affidamento a contraente generale”* indica tutti gli adempimenti che, tanto la stazione appaltante quanto il contraente generale, debbono assolvere. Fra questi, per i fini che qui interessano, il comma 2 lett. e) stabilisce che il contraente generale deve provvedere: *“alla stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonche' di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano. I contenuti di tali accordi sono definiti dal CIPE sulla base delle linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, istituito ai sensi dell'articolo 180 del codice e del decreto dell'interno in data 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 5 marzo 2004, in ogni caso prevedendo l'adozione di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno, da parte dell'impresa aggiudicataria, a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva ammissione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni. Le prescrizioni del CIPE a cui si uniformano gli accordi di sicurezza sono vincolanti per i soggetti aggiudicatori e per l'impresa aggiudicataria, che é tenuta a trasferire i relativi obblighi a carico delle imprese interessate a qualunque titolo alla realizzazione dei lavori. Le misure di monitoraggio per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa comprendono il controllo dei flussi finanziari connessi alla realizzazione dell'opera, inclusi quelli concernenti risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori ai sensi dell'articolo 175 e quelli derivanti dalla attuazione di ogni altra modalità di finanza di progetto. Il CIPE definisce, altresì, lo schema di articolazione del monitoraggio finanziario, indicando i soggetti sottoposti a tale forma di controllo, le modalità attraverso le quali esercitare il monitoraggio, nonché le soglie di valore delle transazioni finanziarie oggetto del monitoraggio stesso, potendo anche indicare, a tal fine, limiti inferiori a quello previsto ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197. Gli oneri connessi al monitoraggio finanziario sono ricompresi nell'aliquota forfettaria di cui al comma 20”*.

²⁸² Successivamente la fonte è da rinvenirsi nella legge 190/2012, art. 1 comma 17 recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione, che costituisce ad oggi la fonte normativa legittimante dei protocolli di legalità e dei c.d. patti di integrità.

integrità” fra la cause legittime di esclusione dalla procedura di gara, ai sensi dell’art. 46, comma 1 bis del D.Lgs. 163/2006²⁸³.

Né si ritiene che tali ipotesi possano dirsi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, posto che tale principio è volto essenzialmente ad evitare che si incentivi il contenzioso per violazioni meramente formali e non, invece, a limitare un controllo sostanziale sulla legalità dello svolgimento dell’opera²⁸⁴.

In merito al contenuto che tali accordi devono avere non vi è un’indicazione legislativa univoca.

In alcuni casi il protocollo, secondo le indicazioni poste da talune Pubbliche Amministrazioni, deve contenere clausole che impongano agli aggiudicatari di denunciare eventuali tentativi di estorsioni subiti, anche al fine di valutare l’ammissione dello stesso a successive procedure di aggiudicazione ristrette con la medesima stazione appaltante²⁸⁵.

Il contenuto di questi accordi è stato inizialmente definito dal CIPE sulla base delle linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l’Alta Sorveglianza delle grandi opere, istituito ai sensi dell’art. 180 del Codice e del decreto del Ministro dell’interno 14 marzo 2003.

Le prescrizioni normative dettate dal CIPE, così come recepite negli accordi, sono vincolanti tanto per le stazioni appaltanti che per l’impresa aggiudicataria, la

²⁸³ Introdotta con d.l. 13 maggio 2011 n. 70 art. 4, comma 2, lett. d), convertito in legge 12 luglio 2011 n. 106.

Cfr. G. RACCA, op. cit., secondo la quale, la riconduzione di questa ipotesi fra le cause di esclusione legittime di cui alla richiamata disposizione è consentita dall’interpretazione resa in merito all’art. 46 comma 1 bis.

A riguardo, infatti, si è sostenuto lo stesso operi tanto con riferimento alle cause di esclusione espressamente previste nel bando di gara in relazione alla documentazione comprovante il possesso dei requisiti soggettivi e oggettivi richiesti, quanto con riferimento alla successiva valutazione del comportamento dei concorrenti. La disposizione in esame rafforza, dunque, il dovere di leale collaborazione fra gli operatori economici e la stazione appaltante già codificato ai sensi dell’art. 46, comma 1.

²⁸⁴ La problematica appare ad oggi superata a fronte dell’emanazione dell’art. 1 comma 17 della L. 190/2012 a mente del quale: *“Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”*.

²⁸⁵ In questi termini si richiama il D.Lgs. 113/2007, art. 3 comma 1 lett. 1) che prevedeva l’integrazione dell’art. 176 comma 3 lett. e), in relazione all’affidamento al contraente generale, stabilendo che clausole di questo tipo fossero inserite nei contratti stipulati dal Servizio per l’Alta Sorveglianza.

quale è tenuta ritrasferire i medesimi obblighi anche alle altre imprese che, a qualsiasi titolo, sono poi in concreto impegnate nella realizzazione della prestazione contrattuale.

L'ambito di applicazione soggettiva di tali accordi è, difatti, esteso a tutti “*i soggetti coinvolti nella gestione dell’opera pubblica (normalmente la prefettura, il contraente generale, la stazione appaltante e gli operatori della filiera dell’opera pubblica)*”²⁸⁶.

In definitiva, i protocolli di legalità sono degli strumenti normativi ovvero convenzionali che, se da un lato, svolgono una funzione di contrasto alla corruzione e ai fenomeni di infiltrazioni malavitose garantendo alla stazione appaltante una maggiore selettività nelle procedure di aggiudicazione; dall’altro, si configurano anche come fonti di ulteriori obblighi in capo agli operatori economici.

Infatti, attraverso la sottoscrizione di questi protocolli l’operatore economico assume un preciso vincolo precontrattuale volto a garantire la correttezza nella fase delle trattative che, in caso di aggiudicazione, si estende anche alla correttezza nell’esecuzione del contratto.

I protocolli in parola, dunque, possono essere qualificati come un’integrazione della buona fede precontrattuale richiesta ai partecipanti alle gare pubbliche con la quale si specificano i comportamenti dovuti e le connesse sanzioni in caso di loro violazione.

Per quanto, invece, attiene ai c.d. patti di integrità, questi sono previsti fra i documenti di *Transparency International*²⁸⁷ e sono finalizzati al contrasto dei fenomeni di corruzione e collusione nei contratti pubblici.

Tali patti, a differenza dei protocolli – nei quali vi è un’adesione della parte privata alle direttrici poste dalla stazione appaltante – prevedono una corrispettività di impegno.

²⁸⁶ E. LORIA, *I protocolli di legalità contro il pericolo infiltrazioni*, Guida al diritto- Il Sole 24 ore, 24 novembre 2012, n. 47.

²⁸⁷ Transparency International, *The integrity pact. The concept, the model and the present applications: a status report*. 31 dicembre 2002, www.info.wordbank.org.

Nello stesso senso: Transparency International, *Handbook of curbing corruption in public procurement*, 2006.

Il privato operatore economico, infatti, si impegna a porre in essere un comportamento integro, leale e corretto, sia nei confronti della stazione appaltante che degli altri concorrenti alla gara. La stazione appaltante, invece, si impegna a svolgere le procedure di selezione rispettando il canone della trasparenza e vigilando attentamente per contrastare l'emersione di fenomeni corruttivi.

Tali patti, infatti, non si limitano ad individuare principi generali da rispettare ma individuano e prescrivono specifici obblighi reciproci²⁸⁸, così da ottenere una compartecipazione fra stazioni appaltanti e privati nella corretta gestione della procedura di aggiudicazione e nell'esecuzione del contratto. La compartecipazione di cui trattasi determina, dunque, un coinvolgimento del privato nell'intero "ciclo" di attività di gestione del contratto pubblico, con lo scopo di instaurare un sistema di fiducia e di trasparenza^{289 290}.

Con il Patto di integrità le parti, difatti, si impegnano a non offrire, accettare o richiedere somme di denaro o qualsiasi altra ricompensa, vantaggio o beneficio, sia direttamente che indirettamente tramite intermediari, al fine dell'assegnazione del contratto e/o al fine di distorcerne la relativa corretta esecuzione.

La violazione dei patti di integrità costituisce, nella logica sinallagmatica che li contraddistingue, un inadempimento contrattuale, dal quale scaturiscono specifiche conseguenze. Fra queste, a titolo esemplificativo, è possibile menzionare la previsione di clausole penali immediatamente esecutive, di sanzioni di natura economica o, anche, della risoluzione del contratto laddove questo sia già stato stipulato. All'ipotesi della risoluzione si accompagna, in conformità con il dettato civilistico, quella risarcitoria che, tuttavia, prescinde dalla prova del danno, in quanto questo è dato come già dimostrato dalla semplice violazione degli obblighi assunti.

Da quanto brevemente esposto si evidenzia che la logica che contraddistingue i patti di integrità dagli altri strumenti già esaminati, è proprio il profilo di contrattazione che caratterizza tali accordi.

²⁸⁸ In questi termini: Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006, n. 1053; Cons. Stato, Sez. V., 8 settembre 2008, n. 4267; Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2139.

²⁸⁹ G. RACCA, op. cit

²⁹⁰ Transparency International, *Integrity Pact in Water Sector*, 2010.

Difatti, pur essendo in presenza di obblighi che sono volti al raggiungimento del fine pubblico, ovvero del corretto svolgimento delle procedure di gara e della successiva esecuzione senza infiltrazioni corruttive, il privato non è solo destinatario di determinati obblighi precettivi ma è parte attiva del rapporto e, a suo tempo, creditore del rispetto di altrettanti obblighi di comportamento da parte della Pubblica Amministrazione.

Ciò starebbe a significare che, anche nella fase pubblicistica del rapporto – fino alla stipulazione del contratto – il privato e la Pubblica Amministrazione non sono parti di un rapporto giuridico pubblico inteso nella sua classica connotazione, ma sono contraenti di un contratto di carattere speciale che, oltre agli interessi propri che ciascun contraente persegue, assume come interesse essenziale delle parti anche quello di garantire la tutela dai fenomeni corruttivi.

Con questo strumento, dunque, sembra che si sia avviata un'opera di forte responsabilizzazione del soggetto operatore economico il quale, posto in posizione paritaria rispetto alla Pubblica Amministrazione, è tenuto all'adempimento delle proprie obbligazioni proprio in quanto e nella misura in cui richiede l'esatto adempimento ad opera della stazione appaltante.

Far partecipare il privato, tanto in ragione della sua responsabilità che del suo interesse, al perseguimento dell'integrità nella contrattualistica pubblica appare uno strumento di forte consolidazione dell'etica pubblica.

6. Il rafforzamento dei poteri di vigilanza dell'A.V.C.P.

Con particolare riferimento alla necessità di garantire un rigido controllo sul funzionamento dei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici, il D.Lgs. 163/2003, in recepimento degli input comunitari, rafforza ed implementa le funzioni attribuite all'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici, istituita, come già visto, con la legge Merloni del 1994.

All'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici (art. 6 d.lgs. 163/2006) sono affidate attività che rispondono alla duplice esigenza sopraesposta relativa alla contrattualistica pubblica.

Questa difatti si occupa tanto della fase della regolazione, quanto dell'osservanza del principio della libera concorrenza nel mercato, al fine di garantire il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza.

L'Autorità ha, quindi, la funzione di vigilare in merito al rispetto del principio di concorrenza e, per il tramite di essa, del fisiologico andamento del mercato. La vigilanza dell'Autorità, pertanto, non deve limitarsi al riscontro dell'atto e delle procedure, in relazione ai requisiti per essi previsti, ma deve verificare che, a mezzo di essi, siano conseguiti gli scopi di legalità e di efficienza previsti.

Nell'esercizio delle suddette funzioni l'A.V.C.P. dispone di un ampio mandato, senza limiti qualitativi o quantitativi, occupandosi di tutti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, anche di interesse regionale, nonché di quelli esclusi dall'ambito di applicazione del Codice.

La duplicità di funzioni rappresenta, senza dubbio, una novità del Codice degli Appalti.

Nata con la legge Merloni, infatti, in particolare, e, come visto, a ridosso del periodo di tangentopoli, l'A.V.C.P. era stata istituita per porre rimedio alle gravi disfunzioni che, specie nel settore dei lavori pubblici, si erano palesate. Da qui la natura principalmente ispettiva e sanzionatoria dell'attività dell'Autorità, sia nei confronti dell'Amministrazione, affinché dall'attività da questa svolta essa non derivassero i danni, le disfunzioni e gli inconvenienti che tangentopoli aveva rivelato; sia nei confronti delle imprese, affinché le attività di queste, muovendosi nei rigorosi limiti imposti dalla legge, non approfittassero delle talvolta ingenti somme di denaro alle quali avevano accesso²⁹¹.

La duplice esigenza cui il nuovo assetto di poteri attribuiti all'A.V.C.P. ha inteso fornire un'adeguata risposta ha trovato la sua esternazione anche nell'opinione

²⁹¹ Cfr. L. GIAMPAOLINO, *Concorrenza e appalti pubblici negli orientamenti dell'Autorità di Vigilanza*, in *Le regole della concorrenza e i principi comunitari nel recepimento delle Dir. 2004/18/CE e Dir. 2004/17/CE*; Trento, 8 giugno 2007 Giunta, 2008 Scritti di vari.

espressa dal Consiglio di Stato in sede consultiva²⁹², che ha affermato che: *“appare quanto mai necessaria l’adozione di ogni strumento di garanzia e, in particolare, quella previsione, anche normativa, volta ad assicurare la generalizzazione ed il potenziamento della vigilanza, in tutti i settori interessati dalla direttiva, in capo all’Autorità di vigilanza. E’ per tali motivi, quindi, che questa deve farsi garante, insieme alla concorrenza ed agli altri beni del mercato, del pubblico interesse, ad iniziare da una particolare attenzione al momento della programmazione, i cui documenti devono essere ad essa rimessi (cfr. art.7, c.4, lett.d), del d. lgs. n. 163/2006); alla necessità di un rigoroso esame della progettazione; all’attenta cernita dell’offerta economicamente più vantaggiosa; alla previsione degli interessi dell’Amministrazione nella predisposizione dei bandi; alla salvaguardia delle ragioni delle pubbliche amministrazioni nel dialogo competitivo, e negli altri nuovi istituti introdotti o favoriti dalla nuova normativa comunitaria.”*

Da quanto finora esposto, il quadro che emerge è quello di un sistema composito che se, da un lato, deve tenere conto delle istanze comunitarie volte alla tutela dei principi di libera concorrenza, di libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone, d’altro canto non può ignorare, sia in ragione della propria memoria storica che delle effettive impellenze sociali, le forti istanze che inducono a rafforzare il sistema dei controlli e delle sanzioni, al fine di tentare di arginare il più possibile la diffusione dei fenomeni corruttivi che determinano, di conseguenza, l’inquinamento del mercato.

²⁹² Parere n. 355/2006 del 06 febbraio 2006.

II. Il D.Lgs. 50/2016 e il nuovo ruolo dell'A.N.A.C.

1. Inquadramento generale

Con le Direttive c.d. di quarta generazione (la 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari; la 2014/23/UE sugli appalti nei settori speciali e la 2014/23/UE dedicata per la prima volta alle concessioni) il Legislatore comunitario ha inteso rivedere la disciplina in tema di contratti pubblici al fine di razionalizzare e rendere più efficiente l'utilizzo di risorse pubbliche²⁹³.

La linea conduttrice della politica europea in materia di contratti pubblici è oggi volta a rendere più snello e flessibile il meccanismo di affidamento dei contratti pubblici e, al tempo stesso, a rafforzare gli strumenti volti ad assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento fra operatori economici, favorendo l'ingresso anche delle piccole e medie imprese²⁹⁴ nel mercato dei contratti pubblici e attribuendo rinnovata importanza ai valori ambientali e sociali, con contestuale valorizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Inoltre, le Direttive 2014 fra i propri obiettivi ha posto anche quelli volti alla lotta alla corruzione, da perseguire attraverso procedure semplici e trasparenti, eliminando le incertezze normative.

In attuazione delle suddette Direttive, il Parlamento ha delegato il Governo, con la legge 28 gennaio 2016 n. 11, ad emanare le norme necessarie per il recepimento delle Direttive in parola, sottolineando la necessità che le stesse comportassero un

²⁹³ Importanti indicazioni per la redazione delle richiamate Direttive sono state colte dalla Commissione dai Libri verdi COM(2011)15 e COM(2010)571 che avevano ad oggetto la modernizzazione della politica europea in tema di contratti pubblici e l'estensione degli appalti elettronici.

²⁹⁴ Attraverso il ricorso alla lottizzazione degli appalti e alla revisione del requisito del fatturato minimo.

riordino dell'allora vigente normativa attraverso la contestuale abrogazione del D.Lgs. 163/2006.

Fra i criteri dettati dalla legge delega (art. 1, comma 1 lett. a), di particolare significato è quello relativo al divieto del c.d. divieto di *gold plating*, ovvero “*il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*”.

L'esigenza, dunque, è stata quella di attuare una semplificazione e uno snellimento della disciplina in un'ottica di valorizzazione concorrenziale senza trascurare le esigenze di contrasto alla corruzione.

Sul punto è intervenuto anche il Consiglio di Stato con parere n. 855/2016 che, pur valutando positivamente la disciplina approntata dal Legislatore nazionale a tutela degli interessi di prevenzione alla corruzione e trasparenza, ha, però, anche sottolineato che il maggior rigore rispetto alle direttive può ritenersi consentito “*nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza*” e si realizzi in conformità ai principi di non discriminazione e proporzionalità²⁹⁵.

Nel recepire le novità introdotte dalle direttive, la legge delega pone principi la cui “portata innovativa” è stata rimarcata dal Consiglio di Stato.

Tra essi vi è il ruolo assegnato all'Autorità nazionale anticorruzione, chiamata a coniugare i compiti di autorità anticorruzione con quelli di vigilanza e regolazione del mercato dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. q), della legge delega, infatti, l'obiettivo è quello di delineare “*un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia.*”

Con il D.Lgs. 50/2016, quindi, è stato emanato il nuovo Codice dei contratti pubblici che persegue lo scopo di ridurre e razionalizzare le disposizioni normative in materia di contratti pubblici, assicurare maggiore certezza del diritto,

²⁹⁵ N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, Relazione al Convegno su “*Codice 50, atto secondo*” organizzato dall'IGI, svoltosi a Roma il 14 giugno 2016.

semplificare i procedimenti e, in generale, ambisce ad un efficientamento del sistema.

I principi che animano la nuova disciplina sono elencati nell'art. 30 del codice il quale, tuttavia, può essere inteso quale norma meramente ricognitiva non avente natura tassativa.

Il fondamento dei principi in parola è da rinvenirsi tanto nel diritto nazionale²⁹⁶ che nel diritto eurounitario²⁹⁷ ed è essenzialmente volto a proteggere gli interessi economici e finanziari della P.A. con la contestuale promozione della concorrenza e del mercato.

È previsto, infatti, che, nell'ottica della promozione della concorrenza, tanto in sede di affidamento che di esecuzione del contratto, le PP.AA. adottino gli accorgimenti necessari per garantire la qualità delle prestazioni fissando, ad esempio, standard minimi di qualità, predisponendo idonei strumenti di valutazione delle offerte e pianificando un adeguato sistema di controlli nella fase dell'esecuzione del contratto²⁹⁸.

Per quanto attiene, d'altra parte, alla garanzia di efficienza e di buon andamento della P.A., è previsto che le fasi dell'affidamento e dell'esecuzione siano sorrette dai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza²⁹⁹.

Il necessario rispetto dei suddetti principi da parte della P.A. vale a distinguere quest'ultima dagli operatori economici privati poiché la P.A., allorquando “*contratta e si accorda*”³⁰⁰ deve garantire e tutelare non solo gli interessi propri, ovvero quelli di cui tutti i pubblici poteri sono portatori, ma anche e soprattutto quelli degli operatori economici coinvolti nella dinamica negoziale³⁰¹.

²⁹⁶ L'attuale art. 30, infatti, risulta in gran parte speculare all'art. 2 del D.Lgs. 163/2006.

²⁹⁷ E, in particolare, negli artt. 3 e 8 della Direttiva 2014/23/UE.

²⁹⁸ Cfr. F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo Codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Giappichelli, 2017.

²⁹⁹ Cfr. F. MASTRAGOSTINO, op. cit.

³⁰⁰ Cfr. C. BUCCI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dig. Disc. Pubbl.* V. Torino, 1990.

³⁰¹ G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), Giappichelli, 2017.

Il D.Lgs. 50/2016 è stato sottoposto a modifica con il D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, il c.d. correttivo al Codice, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.103 del 5 maggio 2017, recante: “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”.

Alla luce delle novità introdotte con riguardo alle procedure concorrenziali e ai meccanismi di efficientamento, il Legislatore nazionale ha posto altresì in evidenza la necessità di assicurare particolare attenzione anche alle pratiche corruttive e ai fenomeni di inquinamento del mercato, accordando un ruolo preminente all’A.N.A.C., attraverso il riconoscimento a quest’ultima di ampi poteri in materia di vigilanza, di controllo e di regolazione dell’intero sistema dei contratti pubblici³⁰².

Si è quindi ridefinita la *mission* dell’A.N.A.C. stabilendo che la stessa sia oggi “*chiamata a coniugare i compiti di autorità anticorruzione con quelli di vigilanza e di regolazione del mercato dei contratti pubblici*”³⁰³.

Nella legge di delega per il recepimento delle Direttive eurounitarie del 2014, infatti, è stato espressamente previsto, all’art. 1 comma 1, lett. t), che debbano essere conferite all’A.N.A.C. le ampie “*funzioni di promozione dell’efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l’impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall’ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*”.

La suddetta disposizione è quanto mai idiomática della *ratio legis*, a mente della quale, dunque, la scelta è stata quella di attribuire ad un’unica Autorità tanto le funzioni di regolazione che quelle di vigilanza nella particolare materia della contrattualistica pubblica.

³⁰² Cfr. F. MASTRAGOSTINO, op. cit.

³⁰³ Così N. LONGOBARDI, *L’autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 6, 2016.

Il criterio di delega suindicato è stato puntualmente recepito dal Legislatore nel D.Lgs. n. 50/2016 che, all'art. 213, comma 1, individua l'A.N.A.C. quale Autorità cui è affidato tanto il potere di vigilanza e controllo sui contratti pubblici, che l'attività di regolazione degli stessi, e ai commi 2 e 3, invece, individua più nel dettaglio le particolari modalità operative che l'A.N.A.C. può porre in essere al fine di prevenire la corruzione e contrastarne la sua emersione³⁰⁴.

La funzione di vigilanza assume multiformi declinazioni.

In via generale si può dire che l'A.N.A.C. vigila sul rispetto della disciplina legislativa e regolamentare in materia di contratti pubblici al fine di verificare la regolarità delle procedure di affidamento.

Rispetto al profilo soggettivo, tale vigilanza è compiuta con riguardo sia ad operatori privati che ad operatori pubblici; rispetto al dato oggettivo, invece, questa ha ad oggetto anche i contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice³⁰⁵.

Al potere di vigilanza se ne collegano altri che sono correlati alla corretta esecuzione del primo.

Fra questi, si richiama il potere di accertamento *ex art.* 213, comma 3, lett. b)³⁰⁶, al fine di verificare che l'esecuzione del contratto non abbia cagionato un danno all'erario dello Stato; il potere di qualificazione delle imprese esecutrici sulla base di un controllo del sistema delle SOA nel suo complesso; il potere di stipulare convenzioni *ad hoc* con le stazioni appaltanti in occasione dell'esecuzione di contratti di importo particolarmente rilevante o di particolare interesse pubblico.

³⁰⁴ Sul ruolo dell'ANAC alla luce del nuovo Codice dei contratti si veda: S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, www.treccani.it; R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, www.ptpl.altervista.org.

³⁰⁵ La vigilanza è esercitata anche sulla corretta applicazione delle discipline derogatorie, quali ad esempio quelle emergenziali, ed è altresì connessa alla garanzia dell'economicità, *ex art.* 213, comma 3, lett. b, nella fase di esecuzione dei contratti.

³⁰⁶ Com'è stato notato a questo potere è strettamente conseguente il dovere imposto all'ANAC di comunicare alla Corte dei Conti eventuali danni riscontrati, così come è presente l'obbligo di comunicare all'Autorità giudiziaria la sussistenza di irregolarità che hanno un rilievo penale. In questo senso: G. PIPERATA, *op. cit.*

Per meglio disciplinare il potere di vigilanza, l'A.N.A.C. si è dotata di un Regolamento³⁰⁷ nel quale vengono indicate le modalità di esercizio dello stesso. Tratto peculiare del Regolamento è quello di far precedere la funzione di vigilanza dalla predisposizione annuale di una programmazione che consta di una direttiva programmatica e un Piano annuale delle ispezioni.

Ultima funzione qualificabile come ispettiva è quella attribuita all'A.N.A.C. al fine di gestire un sistema di *rating* di impresa, di cui all'art. 83, comma 2 del D.Lgs. 50/2016, con il quale l'Autorità valuta gli operatori economici in termini di affidabilità e premialità utilizzando, quali criteri di valutazione, il rispetto dei costi e dei tempi nell'esecuzione del contratto e l'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione che in sede di esecuzione.

All'A.N.A.C. spettano poi i poteri di segnalazione e di proposta.

L'Autorità, infatti, può destinare agli organi politici proprie osservazioni attinenti alla corretta applicazione del Codice.

Come disposto dall'art. 213, comma 3, lett. c), d) e f), la stessa può segnalare al Governo e al Parlamento, con apposito atto, l'esistenza di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore; formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore e predisporre e inviare al Governo e al Parlamento la relazione annuale sull'attività svolta evidenziando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni, *ex art.* 1, comma 2, della legge 6 novembre 2012, n. 190, come modificato dall'articolo 19, comma 5-ter, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

Per quanto attiene, in particolare, ai poteri di regolazione deve farsi riferimento alla possibilità per l'A.N.A.C. di emanare linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, tramite i quali si intende garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti (comma 2).

Fra queste peculiare rilievo assume la competenza ad emanare linee-guida attuative del Nuovo codice dei Contratti pubblici, destinate a sostituire il

³⁰⁷ Reg. 15 febbraio 2017, Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 49 il 28 febbraio 2017.

regolamento di attuazione previamente conosciuto di cui al D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

In capo alla suddetta Autorità sono altresì incardinati poteri sanzionatori ai sensi dell'art. 213, comma 13, con la conseguenza che l'A.N.A.C. potrà irrogare sanzioni amministrative, ex L. 24 novembre 1981, n. 689, nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa o che non comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento. In questo caso l'Autorità potrà irrogare sanzioni pecuniarie fino ad € 25.000. Laddove, invece, i soggetti implicati nella procedura di gara forniscano informazioni false la sanzione irrogata può arrivare ad € 50.000.

Il potere sanzionatorio di cui trattasi potrà essere esercitato anche al di fuori delle ipotesi individuate dall'art. 213, comma 13 come, ad esempio, nel caso di omissione o di non veridicità delle informazioni da parte di soggetti richiedenti un parere di precontenzioso, così come previsto dall'art. 13 del Regolamento del 5 ottobre 2016.

Per la definizione dei poteri sanzionatori dell'A.N.A.C. è lo stesso art. 213 a rinviare ad una successiva regolamentazione che qualifichi tali procedimenti “*con propri atti*”³⁰⁸.

³⁰⁸ Le attribuzioni svolte dal D.Lgs. 50/2016 a favore dell'ANAC hanno portato parte degli osservatori a dubitare della sua reale natura di Autorità Indipendente. Si può, a riguardo, osservare che la configurazione giuridica dell'A.N.A.C. non corrisponde né al modello dell'*Independent Regulatory Agencies*, né al modello di Autorità amministrative indipendenti affermatosi nell'esperienza nazionale degli ultimi decenni.

Con il riguardo al primo, infatti, si sottolinea come questo sia caratterizzato dall'attribuzione alle *Agencies* di funzioni tanto prettamente amministrative che di normazione secondaria e di composizione delle controversie. A favore delle stesse, dunque, si assiste ad una delega di poteri sostanzialmente normativi in ragione dei quali le funzioni vengono esercitate senza ristretti limiti legislativi preesistenti, bensì sulla base di parametri autodefiniti che consentano un'equilibrata gestione del settore di regolazione.

In tal modo le *Agencies* godono di una rilevante autonomia e flessibilità, sommando molteplici funzioni tanto di c.d. *adjudication* che di c.d. *rule marketing*.

Allo stesso modo, a parere di chi scrive, l'A.N.A.C. non sembra essere riconducibile alle tipologie di Autorità amministrative indipendenti conosciute nell'esperienza nazionale, posto che rispetto a quest'ultime, come si è visto, di norma si distingue fra modello di autorità di regolazione dei mercati (con funzione propriamente regolatoria) e modello regolativo-giustiziale caratterizzato da spiccate funzioni di vigilanza e di c.d. *adjudication*.

Al contrario, l'A.N.A.C. svolge entrambe le categorie di funzioni assolvendo autonomamente tanto alla regolazione dei settori ad essa affidati che alla vigilanza in merito al rispetto della disciplina. Alla stessa, inoltre, spetta anche l'applicazione di eventuali sanzioni, in caso di violazione della disciplina in parola. Per questa ragione, parte della dottrina ha proposto di ricondurre tale Autorità alla categoria delle Agenzie governative, di cui all'art. 8 del D.L.vo 30 luglio 1999, n. 300.

Ultima attribuzione funzionale dell'A.N.A.C., disciplinata dall'art. 211, è quella concernente la fase precontenziosa, che consente all'Autorità di intervenire per risolvere controversie sorte nel corso della procedura di gara.

Si tratta di una funzione attivabile solo ad istanza di parte, sia questa la stazione appaltante oppure l'operatore economico³⁰⁹, a fronte della quale l'A.N.A.C. dispone di un termine di trenta giorni per pronunciare il proprio parere, previa instaurazione del contraddittorio, obbligando le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi al contenuto dello stesso. Il parere così emanato, dunque, diviene vincolante³¹⁰.

Un ulteriore elemento di peculiarità dell'A.N.A.C. rispetto agli altri modelli di Autorità amministrative indipendenti risiede nella constatazione che, mentre queste ultime, di norma, sono affidatarie di settori che si manifestano particolarmente sensibili o a causa della stessa natura degli interessi coinvolti o a causa della peculiare tecnicità della materie, l'A.N.A.C., invece, alla luce della multiforme tipologia di settori cui è deputata, perde in parte la caratteristica di Autorità tecnica finendo, piuttosto, per essere configurata come un organo con funzione ampie e generiche, seppur in ambiti caratterizzati da un particolare tecnicismo.

Ancora, mentre le Autorità amministrative indipendenti sono tali soprattutto alla luce delle modalità di elezione dei propri componenti, in ragione dell'assoluta distanza dall'Esecutivo e da sue eventuali influenze – e proprio al tal fine vengono disposte procedure di nomina, seppur differenziate, particolarmente rigorose – al contrario, ai sensi del D.L. 31 agosto 2013, n. 101, la nomina del Presidente dell'A.N.A.C. avviene su proposta del Ministro per la P.A. e la semplificazione, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, con decreto del Capo dello Stato.

Concorde sulla natura 'ibrida' dell'A.N.A.C., fra gli altri, N. Longobardi, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Relazione al Convegno su "Codice 50, Atto secondo"*, organizzato dall'IGI, svoltosi a Roma il 14 giugno 2016.

Solleva fondati dubbi sulla natura di Autorità Indipendente dell'A.N.A.C. anche C. CONTESSA, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, www.treccani.it.

Non concorda, invece, con le critiche appena mosse, in tema di effettiva indipendenza dell'A.N.A.C., G. PIPERATA, *op. cit.*

L'Autore evidenzia proprio la diversità di percezione fra le attribuzioni dell'A.N.A.C. e le precedenti attribuzioni della soppressa AVCP – rispetto alla quale vi erano caratteri che impedivano una sua piena equiparazione alle Autorità Amministrative Indipendenti, poi risolte con interventi legislativi.

Nello stesso senso, della natura di Autorità Amministrativa Indipendente dell'A.N.A.C. si esprime P. CANAPARO, *I nuovi protagonisti della lotta alla corruzione nelle pubbliche amministrazioni*, in *federalismi.it*, n. 16, 2013.

³⁰⁹ Il potere di iniziativa, ai sensi del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, veniva esteso anche agli altri soggetti interessati, purché portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o in comitati. Con il Regolamento in questione è stata, altresì, prevista la possibilità di rendere un parere in forma semplificata nel caso di controversie di pacifica risoluzione, così come è stata ammessa la facoltà di presentare istanza di riesame tanto contro il parere che contro l'archiviazione laddove siano sopravvenute ragioni di fatto o di diritto e non sia stato, medio tempore, proposto ricorso giurisdizionale.

³¹⁰ Il secondo comma dell'art. 211, nella sua originaria formulazione, disciplinava le c.d. raccomandazioni vincolanti, ovvero quelle raccomandazioni indirizzate dall'A.N.A.C. alla stazione appaltante nel caso in cui avesse rilevato delle illegittimità nella procedura di gara. Tale istituto

La suddetta disposizione è stata oggetto di pregnanti critiche che hanno portato alla sua modifica con l'intervento del decreto correttivo n. 56/2017.

Alla luce della riportata modificazione legislativa, quindi, è stato soppresso il potere di raccomandazione vincolante dell'A.N.A.C. attribuendole, invece, un potere di impugnativa e, dunque, una legittimazione ad agire in sede

aveva sollevato notevoli perplessità in dottrina, in quanto aveva introdotto nel nostro ordinamento una fattispecie prima non prevista, ovvero quella delle raccomandazioni sanzionabili.

Infatti, nel caso in cui la stazione appaltante non si fosse conformata al parere dell'Autorità rimuovendo il vizio ovvero l'atto viziato entro il termine stabilito, l'A.N.A.C. avrebbe potuto infliggere al dirigente della stazione appaltante una sanzione pecuniaria.

In particolare, la richiamata disposizione stabiliva che: *“Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara, invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti (...)*”.

Avendo riguardo alla suddetta disposizione gli osservatori hanno rilevato che la stessa espressione 'raccomandazione vincolante' costituisce un ossimoro in quanto attribuisce un carattere di vincolatività ad un atto per sua natura di *moral suasion*. Si è, inoltre, obiettato che tale violazione non sarebbe stata prevista dal Legislatore nella legge delega, risultando, quindi, la stessa in violazione dell'art. 76 Cost.

Anche con riguardo all'attività richiesta alla stazione appaltante i dubbi erano molteplici. Infatti, non risultava chiaro se la sanzione fosse una conseguenza del vizio di legittimità imputato all'atto ovvero alla mancata obbedienza alla raccomandazione vincolante avanzata dalla P.A. né se l'autotutela da attivare per la rimozione dei vizi dell'atto fosse un'autotutela imputabile all'A.N.A.C. ovvero alla stazione appaltante.

A ben vedere, infatti, l'autotutela è tale proprio in quanto costituisce un ripensamento operato dalla stessa P.A. che ha posto in essere l'atto viziato e non quando proviene da un ordine impartito da un soggetto terzo estraneo.

Lo stesso Consiglio di Stato, in sede di espressione del parere sullo schema di nuovo 'Codice' (1/4/2016) ha osservato che *«la formulazione attuale [dell'art. 211, co. 2] presenta significative criticità: a) sul piano della compatibilità con il sistema delle autonomie, in quanto introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta con la sentenza 14 febbraio 2013, 20, pronunciata sull'art. 21 bis della legge n. 287/1990 (...); b) sul crinale della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, in quanto la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria. Si crea in questo modo una sorta di responsabilità da atto legittimo»*.

Le pregnanti critiche avanzate a tale istituto hanno comportato la sua modifica tramite il decreto correttivo n. 56/2017.

Intervenendo sul punto, difatti, il legislatore ha previsto che, ai sensi del comma 1-ter: *“L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'[articolo 120 del codice del processo amministrativo](#) di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.”*

giurisdizionale, sulla scorta di quanto già previsto dall'art. 21 *bis* della L. 287/1990 a favore dell'Antitrust.

Il medesimo potere di impugnazione è attribuito all'A.N.A.C. ai sensi del comma 1-*bis* con riguardo, in particolare: *“all’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.”*

La nuova fisionomia dei poteri attribuiti all'A.N.A.C., all'esito del D.Lgs. 56/2017, evidenzia un ulteriore particolare riconoscimento in capo a questa della titolarità alla tutela della correttezza nelle procedure di appalto, di buon andamento della P.A. e di correttezza dell'agire amministrativo, tanto da riconoscergli legittimazione attiva nell'impugnazione giudiziale degli atti.

2. I poteri del Presidente A.N.A.C. ex art. 32 d.l. 90/2014

Fra gli strumenti anticorruzione attribuiti all'A.N.A.C. una particolare menzione merita l'art. 32 del d.l. 90/2014, il quale ha attribuito al Presidente dell'A.N.A.C. e ai prefetti importanti competenze e poteri di intervento in materia di contratti pubblici³¹¹.

In presenza di situazioni anomale nello svolgimento delle pubbliche gare o nella fase di esecuzione dei contratti, infatti, il Presidente dell'A.N.A.C. ha il compito di informare l'Autorità giudiziaria e di proporre al Prefetto di adottare delle misure volte al rinnovamento degli organi sociali del soggetto affidatario dei contratti

³¹¹ Sul potere di commissariamento riconosciuto al Presidente dell'ANAC si veda: S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, 2015; M. ARENA, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa per fatti corruttivi*, in www.filodiritto.it del 16.9.2014; R. MANGANI, *DI Pa, resta il rebus applicativo delle norme sui commissari anticorruzione*, in www.ediliziaeterritorio.ilsoleventiquattrore.com, 22 agosto 2014; M. GIUSTINIANI, *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di pubbliche gare*, in *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, O. TORIELLO (a cura di), Dike giuridica, Roma, 2014.

pubblici ovvero di eseguire il c.d. commissariamento dell'impresa in relazione alla fase di esecuzione del contratto^{312 313}.

Questo potere riconosciuto al Presidente risulta di notevole rilievo in quanto è volto a colmare la precedente lacuna normativa che riconosceva all'A.V.C.P. il solo potere di denunciare agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti eventuali irregolarità riscontrate³¹⁴.

Con l'art. 32, invece, il Presidente dispone di un potere molto più invasivo in quanto può, previa verifica della sussistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere, disporre il commissariamento delle imprese in funzione di anticorruzione.

Tali presupposti, ai sensi dell'art. 32 comma 1, sono due.

In primo luogo, il potere di commissariamento può essere esercitato nei casi in cui l'autorità giudiziaria "proceda" all'accertamento di alcuni delitti contro la P.A. (concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione semplice e aggravata per atto contrario ai doveri di ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione, peculato, induzione indebita, corruzione e istigazione alla corruzione di membri

³¹² A. SALERNO, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio introdotte con l'art. 32 del d.l. n. 90 del 24 giugno 2014*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2, 2015.

³¹³ È infatti disposto che: "*Presidente dell'ANAC ne informa il procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati anche ai sensi dell'[articolo 19, comma 5, lett. a\) del presente decreto](#), propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente*".

Il riferimento all'art. 19, comma 5 lett. a), a mente del quale: "*In aggiunta ai compiti di cui al comma 2, l'Autorità nazionale anticorruzione: a) riceve notizie e segnalazioni di illeciti, anche nelle forme di cui all'[articolo 54-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165](#)*" ben evidenzia il ruolo che, attraverso la previsione di cui all'art. 32, si assegna al Presidente. Quest'ultimo, infatti, può venire a conoscenza di irregolarità o situazioni patologiche sia in seguito ad una propria attività ispettiva, che a fronte di segnalazioni da parte di dipendenti pubblici.

La circostanza, infatti, che i fatti possano essere conosciuti dal Presidente 'anche' ai sensi dell'art. 19, comma 5 lett. a) fa desumere che, laddove non vi siano segnalazioni di questo tipo, è la stessa Autorità a disporre di poteri ispettivi.

A ciò si aggiunga che le informazioni dalle quali avviare il procedimento ispettivo dell'ANAC possono, altresì, giungere da privati, così come affermato dallo stesso Presidente ANAC nella richiesta di amministrazione straordinaria temporanea della società B PLUS Giocelegale Ltd., del 14 luglio 2014, a mente della quale si afferma che: "*una qualsiasi Autorità o persino il privato possa stimolare il compimento delle attività in questione attraverso una richiesta o un'istanza*".

³¹⁴ Per annotazioni critiche in merito al potere attribuito al Presidente dell'ANAC ex art. 32 si veda: A. MALTONI, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015.

della Corte penale internazionale o degli organi o dei funzionari delle Comunità europee, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente); in secondo luogo, laddove si abbia contezza di «rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto, per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture» (art. 32, co. 1, d.l. n. 90/2014).

È stato osservato che il potere può essere attivato anche nella fase delle indagini preliminari, prima che venga disposto il rinvio a giudizio. Tale disposizione, tuttavia, ha portato alcuni osservatori a sollevare un'obiezione retta sulla constatazione che tale fase debba essere caratterizzata dalla massima riservatezza fino alla comunicazione di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.³¹⁵.

Il provvedimento può essere destinato all'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, ai sensi del comma 1 dell'art. 32, così come convertito in legge 114/2014^{316 317}.

Le tipologie di misure adottabili *ex art.* 32, comma 1 si pongono fra loro in rapporto di alternatività poiché spetta al Prefetto, alla luce della gravità della situazione e delle violazioni accertate, l'adozione della misura più adeguata che garantisca tanto un'efficace tutela da possibili alterazioni patologiche del corretto svolgimento della procedura, quanto il minor sacrificio possibile in capo all'impresa.

³¹⁵ Per far fronte a tale critica fu suggerito di adottare sistemi che riconoscessero “*il diritto del Presidente di ricevere notizie ed informazioni e di chiedere atti e documenti sui procedimenti penali non coperti dal segreto*”. In questi termini si è espresso il Presidente CANTONE nel rendere le Osservazioni sul d.l. 24.6.2014, n. 90 “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari”, giugno 2014, www.anticorruzione.it.

³¹⁶ La precedente formulazione aveva, infatti, creato problemi di coordinamento poiché lasciava esclusi dall'ambito di applicazione gli appalti per i servizi e le forniture.

³¹⁷ In merito ai soggetti passibili dei provvedimenti di cui trattasi è stato osservato che fra questi debbano essere ricomprese anche le imprese individuali, purché affidatarie dei contratti previsti nel comma 1. Queste infatti, fermi i limiti di compatibilità strutturale, potranno essere attinte da un provvedimento di cui alla lettera b) del comma 1 ovvero di quello di cui al comma 8 che prevede la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Ulteriore estensione dell'ambito soggettivo di applicazione è stata ipotizzata con riguardo all'impresa che abbia stipulato un contratto pubblico in qualità di componenti di un'ATI o di un consorzio. Nei termini suddetti: cfr. A. SALERNO, *op. cit.*

Rispetto a tale ultima esigenza, infatti, è chiaro che la misura sarà diversamente invasiva a seconda che si propenda per l'ordine di sostituzione di organi sociali coinvolti nei procedimenti penali o nelle irregolarità riscontrate ovvero per la nomina di amministratori che gestiscono in via straordinaria e temporanea l'impresa, limitatamente all'esecuzione del contratto pubblico.

La scelta della misura più adeguata da applicare è, ai sensi del comma 2, rimessa alla valutazione del Prefetto previo accertamento dei presupposti indicati al comma 1 e “*valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine*”³¹⁸.

A fronte dell'esito positivo della suddetta verifica il Prefetto avrà un'ulteriore alternativa procedurale.

In primo luogo, infatti, nei casi di minore gravità, potrà intimare all'impresa di rinnovare gli organi sociali nel termine di trenta giorni; viceversa, nei casi di maggiore gravità, provvederà egli stesso, nei dieci giorni successivi, alla nomina tramite decreto di uno o più amministratori – comunque non più di tre – che siano in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

Allo stesso modo provvederà nel caso in cui l'impresa intimata alla rinnovazione, nell'ipotesi di minore gravità, non provveda nel termine assegnato.

Il decreto prefettizio stabilisce la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica, al servizio o alla fornitura oggetto del contratto e comunque non oltre il collaudo.

Il procedimento di cui all'art. 32, dunque, è articolato in due fasi ben distinte che si pongono fra loro come fasi di un procedimento a formazione progressiva³¹⁹.

³¹⁸ L'utilizzo del termine ‘indagine’, in combinato disposto con il termine ‘procede’ di cui al primo comma rafforzano la convinzione che i fatti oggetto della segnalazione del Presidente dell'ANAC e della valutazione del Prefetto siano anche quei fatti di reato per i quali è stato aperto un procedimento penale non ancora concluso con la richiesta di rinvio a giudizio ex artt. 416 e 417 c.p.p.

³¹⁹ La sussistenza della doppia fase aveva fatto inizialmente ritenere che il procedimento fosse in realtà duplice e che, quindi, quello attivato dal Presidente A.N.A.C. fosse da tenere distinto dal successivo di applicazione della misura spettante al Prefetto. Questa ricostruzione veniva, tuttavia, superata a fronte delle prime applicazioni dell'articolo in parola. In particolare si segnala la proposta di straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia del 6 novembre 2014 in cui si legge che “*l'intervento, pur nella sua natura cautelata, incidendo in maniera significativa sulla libertà dell'impresa (valore, quest'ultimo, di precipuo rilievo costituzionale) ha indotto il legislatore ad individuare una procedura particolarmente garantista attraverso la previsione di una doppia valutazione: un organo caratterizzato da indipendenza funzionale rispetto all'amministrazione è*

In primo luogo, c'è un potere di impulso del procedimento, ovvero un potere di iniziativa in capo al Presidente dell'A.N.A.C. che si conclude con il potere di proposta in merito all'adozione di una delle due misure indicate nelle lettere a) e b).

In secondo luogo, il momento valutativo è rimesso al Prefetto il quale esercita il potere decisorio.

A quest'ultimo, inoltre, compete un autonomo potere di disporre il commissariamento nei casi in cui sia stata emessa un'informativa antimafia interdittiva e sussista «*l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità delle funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici*» (art. 32, co. 10, d.l. 90/2014)³²⁰.

In questo caso le due fasi – di segnalazione e di decisione – vengono svolte dal Prefetto in maniera congiunta, nonostante non sia escluso che il potere di iniziativa possa essere comunque esercitato dal Presidente dell'A.N.A.C.³²¹.

In disparte l'ipotesi del comma 10 dell'art. 32, è possibile affermare che la connessione esistente fra le due fasi dal punto di vista logico e temporale, nonché la qualificazione del suddetto procedimento come a 'formazione progressiva' comporti l'impugnabilità del solo provvedimento finale e non già anche della

titolare del potere di chiedere una misura, mentre un altro ha il potere di valutare la fondatezza dell'istanza ed eventualmente disporre il provvedimento. (...) Le due fasi non sono nettamente distinte, configurando piuttosto (...) un procedimento a formazione progressiva in cui alla proposta motivata del Presidente dell'ANAC segue una nuova e autonoma procedura valutativa da parte del prefetto, il quale può avvalersi di ulteriori e autonomi approfondimenti, anche attraverso momenti di interlocuzione con il Presidente dell'Autorità".

³²⁰ È stato osservato che la suddetta disposizione non sarebbe del tutto innovativa in quanto: “*riprende, ampliandone la portata, quanto già in precedenza previsto dall'art. 94, co. 3, del d.lgs. 6.9.2011, n. 159 ove si individuava la possibilità, in presenza di informativa prefettizia antimafia, di garantire la prosecuzione nell'esecuzione dei contratti nel caso in cui l'opera fosse in corso di ultimazione, ovvero nel caso in cui la fornitura di beni e servizi fosse essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico laddove il soggetto fornitore non fosse stato sostituibile in tempi rapidi*” (In questi termini, S. STICCHI DAMIANI, op. cit.).

³²¹ Questa possibilità è stata, nello specifico affermata, dal Presidente dell'A.N.A.C., nella richiesta di amministrazione straordinaria temporanea della società B PLUS Giocolegale ltd., laddove veniva affermato che anche il Presidente dell'ANAC ha “*la facoltà, in presenza dei presupposti legislativi, di avanzare al prefetto istanza di adozione dei provvedimenti*”.

comunicazione resa dal Presidente al Prefetto, rispetto alla quale non sono neppure previsti oneri di pubblicità o di comunicazione al soggetto interessato.

Alla luce della disciplina in parola, sembra indubbia la natura afflittiva del provvedimento cautelare nonché la atipicità del procedimento di formazione, dal momento che non è previsto alcun termine di confronto né alcuna possibilità di contraddittorio.

Se tale mancata previsione potrebbe essere giustificata nel caso di segnalazione da parte dell’Autorità giudiziaria – con la conseguenza che tale provvedimento assumerebbe una vera e propria funzione cautelare sul modello degli artt. 273 e ss. c.p.p. – altrettanto non sembra potersi affermare nel caso in cui le segnalazioni siano frutto di una mera valutazione sommaria ad opera dell’Autorità o, ancor peggio, di una segnalazione proposta da un dipendente pubblico o da un privato³²².

Una maggiore garanzia, dunque, è necessariamente da assicurare attraverso degli stringenti obblighi motivazionali.

Le misure adottate cessano di avere effetto nel caso in cui sia intervenuto il collaudo in relazione al contratto stipulato. Inoltre, le misure in parola sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l’amministrazione giudiziaria dell’impresa nell’ambito di procedimenti penali o per l’applicazione di misure di prevenzione ovvero che dispone l’archiviazione del procedimento.

3. Le Linee Guida A.N.A.C.

L’obiettivo di semplificazione normativa e di particolare attenzione al profilo della certezza del diritto è stato, fra l’altro, perseguito con la scelta di non corredare il nuovo Codice di ulteriori previsioni regolamentari³²³ ma di rimettere “*il*

³²² Soprattutto nel caso di segnalazione da parte del privato la circostanza che la stessa possa essere strumentalizzata è assai forte.

³²³ Come invece era avvenuto per il D.Lgs. 163/2007 il quale era integrato dal relativo regolamento di attuazione.

*completamento della disciplina ad un sistema attuativo più snello e flessibile rispetto al modello tradizionale del regolamento unico di esecuzione e di attuazione*³²⁴.

La L. 11/2016, all'art. 1 comma 5, prevede che l'A.N.A.C., nello svolgimento della sua funzione di indirizzo e in qualità di Autorità Amministrativa Indipendente con funzione, in questo caso, regolatoria, proponga l'emanazione di Linee Guida che, ricevuto parere favorevole da parte delle competenti Amministrazioni, saranno, in seguito, approvate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti³²⁵.

Stando alla lettera della norma, sembrerebbe che sia solamente una la fonte regolamentare ammessa dalla legge, secondo l'*iter* di approvazione suddetto.

Tuttavia, analizzando trasversalmente il prodotto normativo nella sua interezza, è possibile individuare una pluralità di modelli regolamentari che si distanziano da quelli indicati nella disposizione richiamata³²⁶.

La pluralità in questione può essere analizzata tanto tenendo in considerazione i soggetti competenti all'emanazione degli atti in parola e le procedure di adozione, quanto il contenuto degli stessi.

Utilizzando, dapprima, il criterio soggettivo, è individuabile la sussistenza di ben cinque modelli regolamentari e, in particolare: sedici decreti ministeriali del

³²⁴ In questo senso: Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., parere 1 aprile 2016 n. 855.

³²⁵ Alla luce della suddetta disposizione, occorre, in primo luogo domandarsi se effettivamente le linee-guida di cui trattasi possano essere definite quali atti emanati da un'Autorità Amministrativa Indipendente.

Sul punto è necessario, brevemente, premettere che le AA.II. sono per natura caratterizzate da una neutralità sia rispetto all'Esecutivo che rispetto ai destinatari della loro stessa attività. A prescindere dalla specifica funzione a queste riconosciuta, che sia di regolazione o di vigilanza, ciò che dovrebbe in ogni caso caratterizzare l'operato delle suddette AA.II. è proprio l'equidistanza dagli interessi delle parti e l'assoluta autonomia rispetto all'Esecutivo.

Questa caratteristica, tanto necessaria quanto indispensabile per la corretta qualificazione delle Autorità amministrative, sembrerebbe in una certa misura sfumata nel caso delle linee-guida dell'A.N.A.C.

Come è evidente, infatti, la circostanza che l'A.N.A.C. abbia la sola funzione di formulare una proposta di indirizzo che dovrà, poi, essere vagliata dalla Commissione parlamentare e adottata dall'Esecutivo determina una necessaria commistione di funzioni e di interessi in contrasto con lo spirito di indipendenza suddetto.

Un ulteriore spunto critico è stato avanzato in relazione alla tipologia di fonti paranormative adottabili dall'A.N.A.C. alla luce del disposto di cui al comma 5 dell'art. 1.

³²⁶ Sulla funzione di regolazione dell'A.N.A.C. si veda: M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 5 giugno 2016.

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, quindici atti dell'A.N.A.C., quattro decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, quindici decreti di altri Ministeri e un atto la cui adozione è demandata alla CONSIP e ad altre centrali di committenza.

Com'è evidente tali modelli sono assai differenti da quelli indicati nella disposizione di riferimento, il che conduce a ritenere che l'art. 1 comma 5 non sia una norma precettiva ma piuttosto descrittiva solo di alcune delle modalità attraverso le quali si realizza la regolazione sub primaria in materia di contratti pubblici.

Avendo, invece, riguardo al criterio sostanziale ovvero al contenuto della regolazione *sub* primaria predisposta dall'A.N.A.C. in ossequio al disposto di cui all'art. 1 comma 5, è comunque possibile ravvisare delle multiformità contenutistiche nelle Linee Guida adottabili.

In particolare, sembra possibile individuare quattro tipologie di atti.

In primo luogo, rilevano le Linee Guida che seguono l'*iter* di adozione previsto dalla suddetta disposizione. Rispetto a questi atti è indiscussa la natura regolamentare, stante la loro previsione legislativa ed il complesso *iter* prescritto per la loro approvazione e adozione.

Tali Linee Guida, infatti, dovranno essere adottate in conformità con le prescrizioni di cui all'art. 17 L. 400/88 e previo parere del Consiglio di Stato³²⁷.

Una seconda tipologia è quella delle Linee Guida definite vincolanti dallo stesso Legislatore. Si richiamano, a titolo esemplificativo, le Linee Guida emanate in relazione al Responsabile Unico del Procedimento, di cui all'art. 31 comma 5, a mente del quale *“l'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con le medesime linee guida sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei*

³²⁷ Nello stesso senso anche il Cons. Stato, parere del 1 aprile 2016, n. 855.

*lavori o con il direttore dell'esecuzione. Fino all'adozione di detto atto si applica l'articolo 216, comma 8*³²⁸.

Rispetto a tali atti, dunque, se ne è affermata la natura di atti di regolazione con necessaria sottoposizione, in ogni caso, a garanzie procedurali minime, quali la consultazione pubblica, i metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione, le metodologie di qualità della regolazione (compresa la codificazione), l'adeguata pubblicità e pubblicazione e – se del caso – il parere (facoltativo) del Consiglio di Stato³²⁹.

Una terza tipologia è quella che si riferisce alle Linee Guida non vincolanti.

Tali strumenti di *moral suasion* sono esplicitamente individuati come tali dal Codice e non posseggono alcuna forza regolamentare posto che, in primo luogo, non ricevono la legittimazione di fonte normativa ad opera della legge e che, in secondo, luogo, vengono espressamente così qualificati dallo stesso Legislatore.

Questi strumenti avranno, dunque, un mero valore di indirizzo a fini dell'orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici.

Il Codice, infine, prevede anche la possibilità di emanare decreti ministeriali che, lontani dalla configurazione degli atti regolamentari di cui al comma 5, art. 1, suggeriscono un atteggiamento legislativo di controtendenza rispetto alle premesse che lo stesso Legislatore aveva posto.

La funzione delle Linee Guida dell'A.N.A.C. è, fra le altre, quella di fornire alle stazioni appaltanti indicazioni, più o meno vincolanti, al fine di orientare il loro

³²⁸ In materia di RUP sono, dunque, intervenute le Linee-Guida n. 3, in attuazione del D.Lgs. n. 50/2016, approvate con deliberazione n. 1096 del 26 Ottobre 2016, ai sensi dell'art. 213, comma II D.L.vo n. 50/2016.

Riguardo a tali atti normativi è stato osservato che la qualifica degli stessi come vincolanti risulta, a ben vedere, in contrasto con l'obiettivo di *soft regulation* previsto dalla legge delega. Se, infatti, da un lato, si tratterebbe di una constatazione meramente formale, dall'altro si evidenzia una forte riduzione di autonomia in capo alle PP.AA. le quali, in osservanza delle suddette linee-guida, si vedrebbero private di gran parte del loro potere discrezionale.

Questa preoccupazione è stata, in parte, mitigata dal Consiglio di Stato, il quale, nell'esercizio della funzione consultiva, ha affermato che: *“è bene puntualizzare che la “vincolatività” dei provvedimenti in esame non esaurisce sempre la “discrezionalità” esecutiva delle amministrazioni. Occorre, infatti, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali. La particolare natura delle linee guida in esame comporta che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali”*. (In questo senso si veda: Cons. Stato, parere 2 agosto 2016 n. 1767).

³²⁹ In questo senso, cfr. Cons. Stato, parere 1 aprile 2016 n. 855.

comportamento tanto in un'ottica di efficientamento che di prevenzione alla corruzione.

In questo senso, difatti, molteplici sono le Linee Guida già adottate dall'A.N.A.C. al fine di rendere più stringenti, in alcuni casi, o più chiari, in altri, i precetti normativi già presenti nelle fonti ordinarie.

Alcune fra le suddette Linee Guida paiono particolarmente importanti ai fini che qui interessano.

Può essere, in primo luogo, richiamata la Linea Guida 2, avente ad oggetto, l'offerta economicamente più vantaggiosa³³⁰, quale criterio di valutazione dell'offerta disciplinato dall'art. 95³³¹.

Già in premessa l'A.N.A.C. specifica che: *“Si raccomanda alle stazioni appaltanti di definire in maniera chiara e precisa il criterio di aggiudicazione nonché i criteri di valutazione, i metodi e le formule per l'attribuzione dei punteggi e il metodo per la formazione della graduatoria, finalizzati all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; devono, pertanto, essere evitate formulazioni oscure o ambigue, assicurando la trasparenza dell'attività e la consapevolezza della partecipazione.”*

Tali Linee Guida, di natura non vincolante, sono state predisposte evidenziando che un corretto utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe comportare, oltre a una migliore qualità delle acquisizioni, anche un risparmio di risorse pubbliche, evitando ritardi, sprechi e contenzioso³³².

Con riguardo all'offerta economicamente più vantaggiosa viene, in particolare, evidenziato che, *“in un'ottica di buona amministrazione e di tutela della trasparenza e della concorrenza la stazione appaltante deve scegliere criteri di*

³³⁰ Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016. Pubblicate nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 238 dell' 11 ottobre 2016.

³³¹ La normativa è completata dall'art. 96 che introduce una rilevante novità in tema di valutazione economica delle offerte in termini di costo/efficacia, al fine di consentire la valutazione economica di una fornitura, di un lavoro o di un servizio tenendo conto di tutti i costi derivanti dallo stesso e legati al suo ciclo di vita dall'acquisizione, all'utilizzo fino allo smaltimento.

³³² Relazione AIR sulla Linea Guida 2, www.anticorruzione.it

*valutazione che non favoriscano alcun concorrente, motivare le ragioni della scelta e fornire indicazioni chiare circa le modalità di attribuzione dei punteggi.*³³³

Il *favor* dimostrato per la scelta discrezionale della Pubblica Amministrazione nell'attribuzione dei punteggi in relazione alle diverse voci di offerte è, quindi, controbilanciato dalla necessità che la ponderazione avvenga nel rispetto dei principi di buona amministrazione e di trasparenza, oltre che di concorrenza.

Il richiamo ai suddetti principi costituisce un forte monito per le stazioni appaltanti al fine di evitare che, tramite comportamenti arbitrari o elusivi, vengano poste in essere discriminazioni o si realizzino fenomeni patologici.

D'altra parte, sono le stesse stazioni appaltanti a poter inserire, nei casi e nei limiti previsti dalla legge, nella valutazione dell'offerta criteri premiali legati al *rating* di legalità, così come previsto dall'art. 95 comma 13 del Codice.

Per garantire la concorrenza e la legalità delle procedure, inoltre, viene specificato che l'offerta economica deve essere valutata escludendo quelle che presentino un eccessivo ribasso e senza l'utilizzo di criteri di computo, di norma utilizzati dalle Amministrazioni, che possono comportare l'applicazione di una formula non trasparente³³⁴.

Particolare attenzione viene, poi, posta al momento valutativo dei criteri qualitativi, in quanto questo rappresenta un elemento di forte discrezionalità in capo ai Commissari di gara.

A tal riguardo viene, infatti, specificato che: *“Al fine di permettere ai concorrenti di presentare una proposta consapevole e alla commissione di gara di esprimere una valutazione delle offerte coerente con gli obiettivi della stazione appaltante (si ricorda che la commissione di gara è di regola composta da soggetti esterni all'amministrazione) è assolutamente necessario che vengano indicati - già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento - i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte.*

³³³ Relazione AIR sulla Linea Guida 2, www.anticorruzione.it

³³⁴ Fra questi il riferimento della Relazione AIR sulla LG2 è alla c.d. proporzionale inversa. Viene evidenziato che: *“Si tratta di una formula spesso utilizzata dalle stazioni appaltanti per neutralizzare la concorrenza sul prezzo. Con la formula proporzionale inversa la differenza nel punteggio attribuito al concorrente che effettua il ribasso massimo e quello che non garantisce alcun ribasso non è pari al punteggio previsto nella documentazione di gara, così come avviene per tutti gli altri criteri (specie quando si fa ricorso alla riparametrazione), ma è indeterminata a priori.”*

Tali criteri devono essere almeno non discriminatori (ad es. non possono essere introdotte specifiche tecniche che favoriscono un determinato operatore), conosciuti da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese. Il capitolato e il progetto, per quanto possibile, devono essere estremamente dettagliati e precisi, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione.”

La trasparenza della procedura da applicare e dei criteri adottati, dunque, è elemento indispensabile tanto per il corretto svolgimento della procedura di gara (anche al fine di ridurre il contenzioso), quanto per evitare l'arbitrio patologico della P.A. che può determinare fenomeni corruttivi.

Il medesimo intento anticorrottivo è ravvisabile nelle Linee Guida n. 6, di cui si tratterà oltre, in merito all' "*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c). Delibera n. 1293 del 16 novembre 2016*", pubblicate nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 2 del 3 gennaio 2017, sottoposte a Consultazione pubblica e nuovamente pubblicate il 23.10.2017.

Allo stesso modo, assumono particolare rilievo le Linee Guida Linee guida n. 5 concernenti i "*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*", approvate con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 283 del 3 dicembre 2016.

Gli strumenti di *moral suasion* di cui trattasi sono chiaramente volti a fornire indicazioni per orientare le stazioni appaltanti nella procedura di affidamento dei contratti al fine di creare un efficientamento e una velocizzazione degli *itinerari* ma, al tempo stesso, di implementare le forme di garanzia e di trasparenza che devono orientare l'operato delle Amministrazioni appaltanti.

In questo senso il duplice ruolo dell'A.N.A.C. appare quanto mai evidente.

Se, infatti, questa è deputata alla regolamentazione in materia di contratti pubblici, allo stesso tempo assume in sé la funzione di vigilanza non solo in merito al rispetto della legittimità della procedura ma anche e soprattutto con riguardo al controllo circa la sussistenza di fenomeni patologici di natura corruttiva.

4. Il conflitto di interessi nel nuovo Codice dei Contratti.

Nella disciplina del vecchio Codice non si rinveniva una specifica previsione del conflitto di interesse³³⁵.

Per questa ragione, si era ritenuto che le potenziali situazioni di conflitto andassero risolte tenendo in considerazione gli orientamenti giurisprudenziali sul punto, i quali affermavano che le situazioni di conflitto di interessi non fossero tassative ma potessero essere rinvenute di volta in volta in ragione della violazione dei principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., quando vi fosse contrasto o incompatibilità, anche potenziale, fra il soggetto e le funzioni ad esso attribuite³³⁶.

In questo senso, dunque, si sosteneva che non occorresse una prova concreta della violazione dei principi in parola, essendo, invece, sufficiente un ragionevole dubbio che tale violazione potesse configurarsi per poter procedere, nel settore degli appalti pubblici, all'esclusione del soggetto in potenziale conflitto.

Il nuovo art. 42 del Codice disciplina espressamente il fenomeno del conflitto di interessi nel quale può incorrere un membro della Commissione di gara³³⁷.

In particolare, il comma 1 evidenzia la necessità che le stazioni appaltanti individuino delle specifiche misure volte al contrasto delle frodi e della corruzione

³³⁵ La stessa AVCP (oggi ANAC) evidenziava nel parere AG 17-07 del 20.12.2007, che le ipotesi di conflitto di interessi previste erano specifiche e, in particolare, si rinvenivano nell'art. 84 del D.Lgs. 163/2006, riguardante i Commissari di gara, e nell'art. 92, comma 8, con riferimento agli incarichi di progettazione.

³³⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V. n. 5444 del 19.09.2006.

³³⁷ Un'ulteriore definizione del fenomeno si rinviene nella delibera dell'OCSE a mente della quale: *“Un conflitto di interessi’ implica un conflitto tra la missione pubblica e gli interessi privati di un funzionario pubblico, in cui quest’ultimo possiede a titolo privato interessi che potrebbero influire indebitamente sull’assolvimento dei suoi obblighi e delle sue responsabilità pubblici.”* Inoltre, l'OCSE, a differenza del legislatore nazionale, ha individuato tre tipologie di conflitto di interessi. In primo luogo questo può dirsi reale quando implica un conflitto tra la missione pubblica e gli interessi privati di un funzionario pubblico, in cui quest’ultimo possiede a titolo privato interessi che potrebbero influire indebitamente sull’assolvimento dei suoi obblighi e delle sue responsabilità pubblici; può esservi un conflitto di interessi apparente quando sembra che gli interessi privati di un funzionario pubblico possano influire indebitamente sull’assolvimento dei suoi obblighi, ma, di fatto non è così; il conflitto di interessi sarà potenziale quando un funzionario pubblico ha interessi privati che potrebbero far sorgere un conflitto di interessi nel caso in cui il funzionario dovesse assumere in futuro responsabilità specifiche (ossia, in conflitto) ufficiali.

e, al contempo, approntino gli strumenti necessari per prevenire il conflitto di interessi, così da tutelare la concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

La norma, dunque, nel distinguere l'ipotesi di corruzione, e i relativi strumenti di contrasto, dall'ipotesi di conflitto di interessi sembra proprio delineare una gradazione nella condotta che se, da un lato, può concretarsi in veri e propri fenomeni corruttivi, d'altro canto può invece assumere le sembianze di una condotta semplicemente anticoncorrenziale nel caso in cui il soggetto titolare di un interesse proprio, senza promessa o dazione di denaro, svolga la propria funzione pubblica in maniera imparziale.

Il secondo comma, a fine di rinforzare la distinzione fra la corruzione e il conflitto di interessi, reca un'espressa definizione di quest'ultimo, precisando che *“Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.”*

La richiamata definizione evidenzia che lo stato di conflitto di interessi in cui si trova un dipendente della stazione appaltante è, da solo, in grado di alterare l'imparzialità e l'indipendenza dello stesso, senza necessariamente giungere alla soglia penalmente rilevante della corruzione.

Fra le misure che la stazione appaltante deve adottare e, sul rispetto delle quali, deve svolgere attività di vigilanza, è espressamente richiamato l'art. 7 del D.P.R. 62/2013, in attuazione dell'art. 54 del D.Lgs. 165/2001.

La norma richiamata prevede, infatti, che in presenza di un interesse proprio nell'ambito di una procedura di gara viga in capo al funzionario un dovere di astensione.

Il terzo comma specifica infatti che *“Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni.*

Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico.”

Il richiamo alla responsabilità disciplinare compiuto nella seconda parte del comma 3 appare pienamente in linea con il rinvio operato dal comma 2 all’art. 7 del Codice generale di comportamento dei dipendenti pubblici.

Il funzionario che, infatti, non assolve al dovere di astensione di cui al comma 2, nel caso in cui non sia riscontrata una responsabilità penale – in quanto non vi è stata la commissione di un illecito penale – e nel caso in cui non sia stato arrecato un danno all’erario (e mancando quindi il presupposto per la responsabilità amministrativa), è comunque tenuto a rispondere per illecito disciplinare in ragione della mera contravvenzione dell’obbligo di astensione di cui in parola.

Con riguardo alla portata applicativa dell’obbligo di astensione, recente giurisprudenza ha affermato che la fattispecie del conflitto di interessi descritta dall’art. 42, comma 2 del D.Lgs. 50/2016 ha portata generale come emerge dall’uso della locuzione “in particolare” riferita alla casistica dell’art. 7 del D.P.R. 62/2013, avente mero carattere esemplificativo³³⁸.

³³⁸ Con la sentenza n. 3415 del 11 luglio 2017 il Consiglio di Stato ha, dunque, confermato la sentenza di primo grado del Tar Pescara che, nell’ambito dell’affidamento di servizi assicurativi, aveva annullato l’aggiudicazione definitiva ritenendo sussistente nel caso di specie una situazione di “conflitto di interesse” rilevante ai sensi dell’art. 42, comma 2 e 80 del D.Lgs. 50/2016, che sarebbe nata dai legami esistenti fra le compagini societarie del broker incaricato del servizio di consulenza e redazione degli atti di gara e la compagnia assicurativa beneficiaria dell’affidamento. Nel confermare la sentenza di primo grado il Consiglio di Stato ha precisato che, attese le finalità generali di presidio della trasparenza e dell’imparzialità dell’azione amministrativa perseguite con l’art. 42, comma 2, l’espressione ‘personale’ contenuta nella norma in essere deve essere riferita non solo ai dipendenti in senso stretto (i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici ivi richiamati ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), sono in grado di impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l’attività esterna.

Ritenendo diversamente, si enterebbe, invece, nella contraddizione di escludere dalla portata della norma avente manista funzione preventiva, proprio quei soggetti che più degli altri sono capaci di condizionare gli operatori del settore (pubblici e privati) dando vita a situazioni di conflitto di interessi che la disposizione vuole evitare, ossia i componenti degli organi di amministrazione e controllo.

Invero, se la norma sul conflitto di interessi si applica sicuramente ai dipendenti ‘operativi’, a maggior ragione andrà applicata anche agli organi e agli uffici direttivi e di vertice (nonché ai dirigenti e agli amministratori pubblici), come si evince proprio dal richiamo dell’art. 7, per indicare le ampie categorie di soggetti cui fare riferimento. Cfr. per la richiamata massima: I. PICARDI, www.appaltiecontratti.it

Tale obbligo, inoltre, essendo riferito ad un pericolo astratto e presunto non richiederebbe la dimostrazione, volta per volta, del vantaggio conseguito con l'omessa astensione.

Al contrario, laddove si attendesse la concretizzazione del vantaggio per farne discendere l'operatività del conflitto di interesse, la norma risulterebbe fondamentalmente inutile, andando a sanzionare una condotta che ha già arrecato danno al buon andamento della P.A.

La funzione preventiva dell'obbligo di astensione, infatti, si coglie proprio nella sua portata anticipatoria, idonea a scongiurare il verificarsi del danno e, nel caso in cui la stessa non venga correttamente rispettata, atta ad infliggere la conseguente sanzione, almeno disciplinare.

5. I requisiti di ordine generale ex art. 80 e l'interpretazione resa dalle Linee Guida n. 6.

L'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 rubricato "*Requisiti di ordine generale*" ha sostituito l'art. 38 del D.Lgs. 163/2006³³⁹.

Mentre i requisiti di ordine speciale attengono alla capacità economica e tecnica degli affidatari, i requisiti di ordine generale sono volti a garantire l'affidabilità morale e professionale degli operatori economici³⁴⁰.

L'art. 80, proprio in ragione della generalità dei requisiti, è applicabile tanto agli appalti sopra soglia che a quelli sotto soglia, a prescindere dall'oggetto del contratto e dalle sue specificità tecniche, così come trova applicazione anche alle concessioni.

La pregnanza dei requisiti richiesti prevede la loro necessaria sussistenza in capo a tutti i soggetti che, a qualsiasi titolo, partecipano all'esecuzione del contratto e,

³³⁹ L'art. 80, nella sua originale formulazione, è stato soggetto a modifica con l'intervento del D.Lgs. 56/2017.

³⁴⁰ R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice*, www.giustiziamministrativa.it, 2 dicembre 2016.

dunque, costoro, in assenza di tali requisiti minimi e indefettibili, dovranno necessariamente essere esclusi dalla gara³⁴¹.

I requisiti di cui all'art. 80, così come già previsto sotto la vigenza dell'art. 38 ormai abrogato, devono sussistere fin dal momento di presentazione della domanda ed essere posseduti comunque per tutta la durata dello svolgimento del contratto³⁴².

Nel recepire la direttiva 24/2014 il Legislatore nazionale ha inteso rendere obbligatori anche quei requisiti che la direttiva in parola aveva qualificato come facoltativi, rendendo maggiormente restrittiva la maglia di accessibilità alle procedure di gara e, di conseguenza, ampliando il novero delle cause di esclusione, posto che i requisiti di ordine generale sono individuati in negativo come condizioni la cui presenza determina l'esclusione della procedura³⁴³.

Muovendo, in particolare, dalla prospettiva degli strumenti anticorruzione adottati dal Legislatore nel campo dei contratti pubblici, viene in rilievo il motivo di esclusione individuato al comma 1, lett. b) dell'art. 80.

Ai sensi della disposizione in parola, infatti, *“costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6”* per i *“delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-*

³⁴¹ L'attuale formulazione dell'art. 80, comma 6, che prevede l'automatica esclusione dalla gara, è più rigida di quanto disposto nella legge delega 11/2016 che, invece, prevedeva la possibilità in capo all'operatore economico aggiudicatario di sostituire il subappaltatore che si fosse rivelato privo dei suddetti requisiti.

³⁴² In questo senso già Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8.

³⁴³ Cfr. F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), Giappichelli, 2017. L'Autore, ricordando la pronuncia della Corte di Giustizia, Grande sez., 16 dicembre 2008, C-213/07, afferma che: *“l'elencazione dei requisiti di ordine generale è stata ritenuta integrabile dalla Corte di Giustizia che ha riconosciuto ai singoli Stati membri la possibilità di prevedere ulteriori ipotesi di esclusione, non contemplate dalle direttive, purché finalizzate a garantire il carattere trasparente e concorrenziale delle procedure selettive (...) senza travalicare il limite di quanto strettamente necessario ad assicurare il perseguimento di dette finalità.”*

bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile”.

Si segnala che non costituisce causa di esclusione automatica, così come già ricavabile dalla lettera della norma suindicata, la sussistenza di procedimenti pendenti relativi ai reati indicati nell'art. 80, comma 1. Saranno solamente le sentenze di condanna definitive ovvero quelle di applicazione della pena su richiesta delle parti a rilevare ai fini dell'esclusione, essendo necessario che la responsabilità penale sia accertata in maniera definitiva³⁴⁴.

Il secondo comma dell'art. 80 prevede, poi, ulteriori ipotesi particolarmente gravi relative a determinate vicende giudiziarie in ragione delle quali deve essere comunque disposta l'esclusione dell'operatore economico dalla gara.

Si tratta, in particolare, della “*sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.*”³⁴⁵

L'ambito soggettivo di applicazione delle cause di esclusione per carenza dei requisiti di ordine generale è indicato al comma 3 dell'art. 80 il quale prevede che: “*titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza*³⁴⁶ *o dei soggetti muniti di poteri*

³⁴⁴ In questo senso si segnala la delibera dell'A.N.A.C. n. 917 del 31 agosto 2016 nella quale è stato affermato che: “*La pendenza di un procedimento penale a carico dell'operatore economico interessato a partecipare alla procedura di gara non è circostanza idonea a ritenere configurata una causa di esclusione ex art. 80 D.Lgs. 50/2016*”.

³⁴⁵ Disposizione così modificata con D.Lgs 56-2017, in vigore dal 20-5-2017.

³⁴⁶ In merito ai soggetti da intendersi muniti del potere di direzione e di vigilanza, un ausilio ermeneutico è stato fornito con il Comunicato 26 ottobre 2016 dal Presidente dell'A.N.A.C. il quale ha specificato che devono ritenersi ricompresi nella suddetta categoria: 1) i membri del Consiglio di

di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.»³⁴⁷

A seguito del D.Lgs. 56/2017, è stato specificato che, tanto per le cause di esclusione di cui al comma 1, che per quelle di cui al comma 2, l'ambito soggettivo di applicazione è quello indicato nell'art. 80, comma 3³⁴⁸.

L'intenzione perseguita è quella di evitare che soggetti che abbiano un trascorso giudiziario segnato da una condanna per uno dei reati contro la Pubblica Amministrazione ovvero per il reato di corruzione fra privati o, ancora, siano stati oggetto delle peculiari misure previste dal Codice Antimafia, possano partecipare alla gara.

La ragione di tale esclusione sembra essere tanto di carattere punitivo che, soprattutto, preventivo.

Con riguardo alla finalità preventiva, infatti, il Legislatore sembra presumere che una passata condanna per uno dei fatti di cui si è detto sia indice rivelatore di una tendenza delinquenziale dell'operatore economico e, per tale ragione, mira ad evitare una possibile recidiva, al fine di tutelare il corretto espletamento delle procedure di gara.

Amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e monistico; 2) i membri del Collegio sindacale nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e i membri del comitato per il controllo sulla gestione nelle società con sistema di amministrazione monistico; 3) i membri del Consiglio di gestione e i membri del Consiglio di Sorveglianza, nelle società con sistema di amministrazione dualistico.

³⁴⁷ La disposizione in parola è stata modificata con il D.Lgs. 56/2017.

³⁴⁸ Il presidente dell'A.N.A.C. ha, in precedenza, ritenuto che la causa di esclusione di cui al comma 2 dovesse riferirsi solo a coloro i quali fossero soggetti, ai sensi dell'art. 85 del D.Lgs. 159/2011, alla verifica antimafia. (Comunicato del 26 ottobre 2016).

D'altro canto, tuttavia, le disposizioni in commento denotano, altresì, una finalità punitiva che prescinde dal concreto pericolo che una data condotta delinquenziale venga posta in essere, posto che occorre esclusivamente verificare i precedenti giudiziari dei soggetti di cui al comma 3, senza procedere ad un ulteriore accertamento in merito alla concreta possibilità che la condotta delinquenziale sia realizzata.

L'atteggiamento del Legislatore, dunque, è di estrema prudenza e la ragione di ciò risiede proprio nell'esigenza di evitare che il mercato dei contratti pubblici possa essere inquinato tanto da condotte illecite – nell'ottica preventiva di cui sopra – tanto da soggetti condannati per determinati ipotesi delittuose – nell'ottica anche punitiva di cui si è detto.

Oltre alle indicazioni fornite dai commi 1 e 2 dell'art. 80 che, a ben vedere, non lasciano molti margini di interpretazione in capo alla stazione appaltante la quale, difatti, non potrà che procedere all'esclusione dell'operatore economico risultato privo dei requisiti di ordine generale di cui si è detto, anche l'art. 80, comma 5 lett. c), connotato invece per una marcata discrezionalità della stazione appaltante, risulta di particolare interesse sistematico ai fini della presente trattazione.

Difatti, ai sensi della disposizione in parola, la stazione appaltante può procedere all'esclusione dell'operatore economico laddove *“dimostrati con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.”*

I gravi illeciti professionali saranno, dunque, liberamente valutabili dalla stazione appaltante la quale, tuttavia, laddove intenda procedere all'esclusione dalla gara, dovrà darne congrua motivazione nonché dimostrare la loro sussistenza.

Orbene, l'indicazione fornita dalla lett. c) del comma 5 dell'art. 80 deve essere ritenuta meramente esemplificativa delle ipotesi che possono dar luogo all'esclusione dalla gara, alla luce dell'indeterminatezza del concetto di 'grave illecito professionale' di cui trattasi.

Ciò premesso, può, in primo luogo, evidenziarsi che la disposizione del nuovo Codice risulta più stringente di quella del D.Lgs. 163/2006.

Infatti, si ritiene che per la configurazione del grave illecito professionale non sia sufficiente che la prestazione non sia stata eseguita a regola d'arte, essendo invece necessario che vi sia stata una vera e propria violazione del dovere di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione, assistita dal coefficiente psicologico del dolo e della colpa, e che tale inadempimento abbia cagionato un danno al committente³⁴⁹.

L'illecito professionale, dunque, nella nuova concezione propria del D.Lgs. 50/2016 viene ad essere qualificato come ipotesi di responsabilità civile dell'operatore economico, da valutarsi, al fine della sua sussistenza e della sua rilevanza, secondo i parametri dell'art. 1223 e ss. c.c.

Parte degli osservatori ritiene che la *ratio* della disciplina sia quella di escludere quei soggetti che abbiano, con la propria condotta, minato il rapporto 'fiduciario' con la stazione appaltante³⁵⁰.

Questa ricostruzione non convince: non si tratta, a ben vedere, della violazione di norme che sono conseguenza della sussistenza di un rapporto fiduciario fra soggetti, bensì di norme che attengono al semplice adempimento della prestazione e che, in quanto violate, non comportano la perdita della fiducia contrattuale ma rendono invece il soggetto 'inadempiente' o 'parzialmente inadempiente'.

A prescindere, tuttavia, da tale connotazione, assume in ogni caso rilievo il lasso di tempo trascorso fra il precedente inadempimento e la procedura di gara di cui

³⁴⁹ Cfr. F. DALLARI, op. cit.

³⁵⁰ Fra questi, F. DALLARI, op. cit.

trattasi. L'illecito, infatti, deve essere 'attuale' ovvero temporalmente prossimo alla procedura di gara perché l'esclusione appaia fondata.

Come si è detto, tale causa di esclusione è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante la quale, tuttavia, nella fase di ponderazione, deve tenere in considerazione le osservazioni rese dall'operatore economico in sede di contraddittorio.

È, infatti, previsto che vi sia una preventiva instaurazione del contraddittorio che ponga l'operatore economico nella possibilità di giustificare i comportamenti ad esso contestati, con la conseguenza che la motivazione in merito all'esclusione dalla gara, da un lato, deve tener conto anche del mancato accoglimento delle considerazioni rese dal privato in sede di contraddittorio e, dall'altro, deve essere fondata su elementi probatori altamente significativi³⁵¹.

In merito ai c.d. illeciti professionali l'A.N.A.C. ha emanato le Linee Guida n. 6, recanti "*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice.*"³⁵²

L'art. 80 comma 13, infatti, prevedeva che: "*Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze*

³⁵¹ Fra questi un peculiare rilievo è attribuito al Casellario informatico tenuto dall'A.N.A.C., di cui all'art. 213, comma 10, nel quale vengono registrati, a cura delle stazioni appaltanti, tutti i provvedimenti di esclusione adottati ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c), nonché quelli relativi alla risoluzione anticipata del contratto, alla comminazione di penali, all'escussione delle garanzie in caso di inadempimento ovvero le condanne giudiziali.

³⁵² In ragione delle richieste di chiarimenti pervenute a seguito dell'approvazione del D.Lgs. 56/2017, l'Autorità ha ritenuto necessario procedere ad una revisione delle linee guida in oggetto e sottoporre a consultazione il documento aggiornato. Le principali modifiche apportate sono indicate nella Relazione illustrativa che accompagna il documento di consultazione. Gli stakeholders sono stati invitati a esprimere il loro avviso sulle parti oggetto di modifica entro il giorno 28 giugno 2017. In particolare, sono stati invitati a far pervenire osservazioni in merito alle scelte adottate dall'Autorità con riferimento alle possibili interpretazioni delle modifiche normative introdotte dal decreto correttivo.

nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)."

Le suddette Linee Guida avevano l'obiettivo di chiarire tanto l'ambito oggettivo che l'ambito soggettivo di applicazione, suggerire alle stazioni appaltanti i mezzi di prova necessari a dimostrare la gravità dell'illecito e fornire indicazioni utili sul computo del lasso di tempo idoneo a far configurare l'illecito professionale come 'attuale'.

Con riguardo, in primo luogo, all'ambito oggettivo di applicazione le suddette Linee Guida chiariscono che l'art. 80 del codice e, segnatamente, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lett. c) si applica agli appalti e alle concessioni nei settori ordinari sia sopra che sotto soglia (art. 36, comma 5) e, ai sensi dell'art. 136 del Codice, ai settori speciali quando l'ente aggiudicatore è un'Amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, i motivi di esclusione sono da tenere in considerazione tanto nella fase di esecuzione del contratto, che ai fini dell'affidamento del contratto ai subappaltatori, che in relazione alle procedure di avvalimento, che nel caso di contraente generale.

Si chiarisce, inoltre, che i c.d. gravi illeciti professionali sono quelli tali da tali da *"rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento"*. Quindi, il mancato adempimento o il mancato corretto adempimento delle obbligazioni assunte nel precedente contratto rilevano come indici sintomatici di un'attitudine del soggetto il quale, proprio alla luce di ciò, perde, agli occhi della stazione appaltante, integrità, affidabilità e moralità.

Viene, inoltre, specificato che tali illeciti rilevano, ai fini dell'esclusione, a prescindere dalla natura della responsabilità in cui è incorso l'operatore economico, sia questa dunque penale, civile o amministrativa.

Le Linee Guida forniscono poi talune esemplificazioni più puntuali delle ipotesi di illeciti professionali posti in essere tanto nell'esecuzione di un precedente contratto che nello svolgimento della procedura di gara. Nel caso in cui vi sia un dubbio in merito all'affidabilità dell'operatore economico la stazione appaltante è,

poi, invitata a prendere in considerazione nella sua valutazione i provvedimenti di condanna eventualmente emanati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza esecutiva, nonché i provvedimenti sanzionatori divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza esecutiva comminati dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità.

Per quanto attiene, invece, all'ambito di applicazione soggettivo è specificato che, *“ai fini della partecipazione alla gara, la stazione appaltante deve verificare l'assenza della causa ostativa prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice in capo: all'operatore economico, quando i gravi illeciti professionali sono riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica; ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice quando i comportamenti ostativi sono riferibili esclusivamente a persone fisiche; al subappaltatore nei casi previsti dall'art. 105, comma 6, del Codice.”*

Ulteriori indicazioni sono, poi, fornite circa i mezzi di prova da utilizzare per la valutazione degli illeciti professionali. È, infatti, previsto, da un lato, che le stazioni appaltanti siano tenute a comunicare all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del Codice i provvedimenti dalle stesse adottati e i provvedimenti emessi in sede giudiziale con riferimento ai contratti dalle stesse affidati e idonei a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti e, dall'altro, che gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, siano tenuti a dichiarare, mediante utilizzo del modello DGUE, tutte le notizie inserite nel Casellario Informatico gestito dall'Autorità astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità.

Infine, con riguardo alla rilevanza temporale dell'illecito viene stabilito che, secondo un criterio generale, la stazione appaltante deve valutare l'incidenza del tempo trascorso con riferimento alla gravità del comportamento tenuto in concreto dal concorrente, alla tipologia di contratto da affidare e alle modalità di esecuzione dello stesso³⁵³.

³⁵³ Con particolare riferimento, invece, alla durata dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di affidamento conseguente all'accertamento definitivo delle fattispecie di cui al comma 5, lett. c) dell'art. 80 del codice si precisa che questa è stabilita ai sensi del comma 10 del predetto articolo. Essa è pari a cinque anni, se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria; è pari alla durata della pena principale se questa è di durata inferiore a cinque

Con il D.Lgs. 56/2017, tuttavia, l'art. 80 è stato oggetto di modifica.

In particolare è stato inserito anche il falso in bilancio tra i reati gravi che precludono la partecipazione alle gare; sono stati specificati i soggetti ai quali vanno riferiti i motivi di esclusione legati a fattispecie penali o a misure antimafia; sono state introdotte due nuove situazioni "escludenti" (la presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere tanto nelle procedure di gara in corso, quanto nell'affidamento di subappalti e il caso dell'operatore economico iscritto nel casellario informatico dell'A.N.A.C. per false dichiarazioni o falsa documentazione in gara o nell'affidamento dei subappalti).

Viene inoltre fissato a tre anni il termine di durata della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la P.A., decorrenti dalla data dell'accertamento definitivo nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove tale pena sia stata disposta senza un termine finale e quando non sia intervenuta sentenza di condanna.

Alla luce dell'intervenuta modifica, dunque, anche le Linee Guida n. 6 sono state sottoposte a consultazione pubblica per poter provvedere alla loro modifica.

A seguito di consultazione pubblica, le Linee guida n. 6 sono aggiornate con la Determinazione n. 1008/2017 e pubblicate in data 23.10.2017.

Fra le più importanti novità introdotte si segnala, senza dubbio, la precisazione in ordine alla valutazione di cui all'art. 80, comma 5 lett. c).

Al punto 2.2. della suddetta Deliberazione viene, a tal proposito, espressamente affermato che rilevano le condanne anche non definitive per determinate categorie di reati indicati nella medesima Deliberazione in via meramente esemplificativa³⁵⁴.

Oltre ad una prima elencazione esemplificativa, la Deliberazione in commento richiama, poi, espressamente le sentenze di condanna non definitive per i reati

anni. La durata dell'interdizione è pari a tre anni, decorrenti dalla data dell'accertamento definitivo, ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna.

³⁵⁴ In particolare vengono indicati: l'abusivo esercizio di una professione; i reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito); i reati tributari ex d.lgs. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio; i reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; i reati previsti dal d.lgs. 231/2001.

contro la P.A., rispetto ai quali è altresì ammessa la valutazione di non professionalità con conseguente esclusione dalla gara³⁵⁵.

Rispetto alle suddette ipotesi delittuose l'A.N.A.C. ha specificato che la facoltatività dell'esclusione è ammessa solo ove tali condanne non sia ancora passate in giudicato, essendo, altrimenti la stessa obbligatoria.

Tale previsione risulta assai problematica.

Difatti, prevedere che la stazione appaltante possa dedurre la sussistenza di un grave illecito professionale dalla presenza di una sentenza di condanna non definitiva per le richiamate ipotesi delittuose ha una duplice conseguenza.

Da un lato determina la possibilità di escludere un soggetto senza che la responsabilità dello stesso sia stata accertata in via definitiva, eludendo il principio di presunzione di innocenza che dovrebbe fondare ogni tipo di responsabilità e, in particolare, quella penale.

Dall'altra parte determina un forte *vulnus* di certezza del diritto e di tutela della situazione giuridica soggettiva dell'operatore economico il quale, a fronte dell'assenza di condanna definitiva, aveva legittimamente confidato nell'ammissione alla gara.

L'amplissima discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante con la suddetta interpretazione, dunque, se appare giustificata dalla volontà di anticipare la tutela ed evitare di aggiudicare un contratto ad un soggetto che potrebbe essere condannato in via definitiva, d'altra parte comporta una forte restrizione del *favor* concorrenziale determinando l'esclusione dalla gara di imprese che, all'esito del procedimento penale, potrebbero venire assolte.

La bilancia fra la necessità di tutela del mercato dei contratti pubblici da ipotesi illecite e l'apertura del mercato a vantaggio del rispetto di *par condicio* fra operatori economici, dunque, appare fortemente inclinata verso un netto rigore.

Sempre ai sensi dell'art. 80, infine, si segnala la necessaria esclusione dalla gara di cui quei soggetti che si trovino nelle condizioni di conflitto di interessi di cui all'art. 42, comma 2 D.Lgs. 50/2016.

³⁵⁵ In tal senso, i reati espressamente richiamati sono quelli di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p.

La lettera d) del comma 5, infatti, prevede che le stazioni appaltanti, ravvisata la situazione di conflitto di interessi e ritenuta la stessa “non risolvibile”, possano procedere all’esclusione dell’operatore economico che l’ha determinata.

La formulazione della norma non pare brillare per chiarezza, anche in considerazione del disposto di cui all’art. 42.

Difatti, a mente di quest’ultima disposizione, il conflitto di interessi, benché riscontrabile in presenza di una reciprocità di interessi fra funzionario pubblico e operatore economico, si qualifica in considerazione della posizione del pubblico funzionario. Ovvero, è rispetto a quest’ultimo che viene ad essere definita la situazione di conflitto di interessi a causa della quale il pubblico funzionario è tenuto ad astenersi dalla sua funzione, dandone comunicazione.

Viceversa, l’art. 80 prevede l’esclusione dell’operatore economico nel caso in cui il conflitto di interessi non sia risolvibile.

Ora, ci si chiede quando il conflitto di interessi possa essere qualificato come ‘non risolvibile’.

Se, infatti, non è risolvibile poiché, ad esempio, non è intervenuta la comunicazione della presenza di interessi in conflitto da parte del funzionario occorre verificare come possano essere combinate le due disposizioni.

La verifica della sussistenza dei requisiti di ordine generale, infatti, deve essere compiuta al momento della valutazione della domanda mentre il riscontro del conflitto di interessi, laddove non sia dichiarato, avviene necessariamente dopo.

Orbene, in questo caso, appresa la sussistenza di un interesse in conflitto in capo al funzionario pubblico in una fase successiva da quella di ammissione delle offerte, la stazione appaltante dovrà procedere alla comminazione della sanzione disciplinare al funzionario e, allo stesso tempo, escludere l’operatore che ne abbia profittato.

Né potrebbe sostenersi che l’esclusione non possa essere tardiva rispetto alla presentazione delle offerte, posto che la sussistenza dei requisiti per la partecipazione alla gara deve essere garantita per tutto il tempo della procedura.

Nel caso in cui, invece, il funzionario proceda all’immediata comunicazione del conflitto di interessi e, di conseguenza, si astenga dalla procedura, la situazione di

conflitto di interessi potrà dirsi risolto e, quindi, non si procederà all'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. d) D.Lgs. 50/2016.

Viceversa, nel caso in cui si interpreti la norma nel senso che questa ammetterebbe l'esclusione dell'operatore economico anche a fronte della tempestiva comunicazione del conflitto di interessi da parte del funzionario, sorgerebbero ingenti dubbi in merito alla proporzionalità e ragionevolezza dell'esclusione. Invero, la P.A., proprio a giustificazione della propria scelta, dovrebbe rendere una motivazione particolarmente penetrante e idonea a spiegare la ragione della preferenza dell'esclusione rispetto a quella della sostituzione del funzionario pubblico³⁵⁶.

La disciplina delle cause di esclusione, come si è visto, è particolarmente attenta a verificare la sussistenza dei necessari requisiti di moralità e affidabilità dell'operatore economico che potranno essere valutati sia sulla base dei precedenti penali, sia sulla scorta del comportamento tenuto a fronte di altri incarichi con la P.A. ovvero nel corso del medesimo procedimento.

La *ratio legis* è quella di impedire la partecipazione alla gara di quei soggetti che possono causare un danno al buon andamento, all'efficienza e alla legalità dell'azione amministrativa.

Così facendo, come si nota, il Legislatore pone, ancora una volta, sullo stesso piano le ragioni legate a fenomeni corruttivi in senso stretto – tramite il richiamo alle sentenze di condanna per i reati contro la P.A. – e quelle volte, invece, a tutelare il principio di 'buona amministrazione' in senso lato, a prescindere dalla caratura penalistica delle condotte poste in essere.

I due piani, della corruzione amministrativa e della corruzione penale, sembrano nuovamente sovrapporsi, con conseguenze eguali in capo ai soggetti colpevoli di due condotte assai diverse e, ciò nonostante, assoggettati alla medesima conseguenza pregiudizievole.

Come è possibile rilevare dall'analisi degli istituti di maggior rigore introdotti Nuovo Codice dei Contratti ha così prevalso “*la tendenza a privilegiare un'ottica burocratica di prevenzione della corruzione che può danneggiare la concorrenza; ancora, la tendenza ad occupare lo spazio della discrezionalità delle stazioni*”

³⁵⁶ Nello stesso senso, F. DALLARI, op. cit.

appaltanti e ad invadere il campo proprio dell'autorità giudiziaria”³⁵⁷ con il forte pericolo che una tale impostazione di fondo “comprometta il rapporto tra legislatore e autorità di regolazione e controllo, da un lato, e stazioni appaltanti e operatori economici, dall'altro”³⁵⁸.

6. I protocolli di intesa sottoscritti dall'A.N.A.C.

Nella relazione annuale 2016 l'A.N.A.C. ha dedicato una sezione apposita ai rapporti fra questa e le altre Autorità.

L'A.N.A.C., infatti, svolgendo una funzione assolutamente poliedrica che tocca molteplici e diversificati settori dell'attività amministrativa necessita di intessere relazioni con quei soggetti istituzionali cui sono attribuite competenze specifiche proprio in quegli ambiti in cui la competenza dell'A.N.A.C. si muove 'dall'alto'.

Se, infatti, l'A.N.A.C. è deputata a contrastare la corruzione e, al tempo stesso, l'efficienza della contrattualistica pubblica, è evidente che questa interverrà in ambiti che, pur richiedendo il suo intervento, sono già oggetto di osservazione – seppure da un diverso angolo visuale – da parte di un altro soggetto istituzionale.

Questa parziale sovrapposizione, non tanto di competenze, quanto di soggetti, ha reso necessario che l'A.N.A.C. concordasse con le altre Autorità presenti sul campo le reciproche modalità operative.

Tale coordinamento è volto sia a mantenere l'esclusività delle rispettive competenze che, soprattutto, a determinare una circolazione dei risultati acquisiti a seguito delle rispettive attività.

Attraverso, infatti, una visione complessiva e congiunta delle attività poste in essere e delle evidenze risultate, la *mission* istituzionale può essere garantita più efficacemente.

³⁵⁷ N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, giugno 2016.

³⁵⁸ C. MERANI, *Brevi riflessioni generali sul nuovo codice dei contratti pubblici (con l'auspicio di un decreto correttivo)*, in www.lexitalia.it, 8 giugno 2016.

Nella delibera del 2015, il cui contenuto sul punto è stato ripreso e sviluppato anche con la successiva delibera del 2016, vengono in particolare richiamati alcuni accordi o protocolli sottoscritti.

Si tratta di accordi stipulati ai sensi dell'art. 15 della L. 241/1990 che consentono alle PP.AA. di disciplinare lo svolgimento di attività di interesse comune in collaborazione fra di loro. L'utilizzo dello strumento dell'accordo risulta, a ben vedere, piuttosto atipico sia in considerazione dei soggetti partecipanti che del contenuto dell'accordo.

Per quanto attiene ai soggetti, si rende necessario analizzare brevemente quelli con i quali l'A.N.A.C. stipula gli accordi.

Fra questi si ricordano le istituzioni di difesa deputate alla sicurezza pubblica e alla tutela dell'economia nazionale, quali l'Arma dei Carabinieri e la Guardia di Finanza che svolgono principalmente attività ispettive e giudiziarie, la Corte di Conti e le Procure della Repubblica, anch'esse organi senza dubbio istituzionali ma che più difficilmente possono essere qualificate come Amministrazioni nel senso tradizionale del termine.

6.1. Segue: Il protocollo d'intesa con l'Arma dei Carabinieri

In primo luogo, si analizza l'accordo stipulato fra l'A.N.A.C. e l'Arma dei Carabinieri.

L'obiettivo perseguito con tale accordo è quello di *«disciplinare la collaborazione nello svolgimento delle attività di vigilanza in tema di contrattualistica pubblica, prevenzione della corruzione, vigilanza sul rispetto degli obblighi di pubblicità e trasparenza e sulla normativa in materia di incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi pubblici»*.

A questi fini si aggiungono quelli relativi alla vigilanza in merito alla verifica dell'osservanza delle disposizioni concernenti il Piano Nazionale Anticorruzione, i Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza, nonché il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

Prendendo ad esempio il caso illustrato nella Relazione del 2015, le concrete modalità esplicative dell'accordo prevedono che, nel caso in cui l'A.N.A.C. sospetti che determinati appalti relativi al settore della refezione scolastica siano illegali o perché in violazione della normativa sanitaria e ambientale o perché affidati senza il rispetto delle necessarie procedure di gara, trasmetterà la suddetta lista di appalti all'Arma dei Carabinieri.

Quest'ultima, alla luce dell'intervenuta segnalazione, procederà ad eseguire, per conto dell'A.N.A.C., gli accertamenti necessari per verificare la fondatezza dei sospetti.

Conclusa la verifica, ovvero l'"indagine amministrativa", i Carabinieri trasmetteranno i risultati all'A.N.A.C. per quanto attiene alle violazioni amministrative riscontrate e, nel caso di situazioni penalmente rilevanti, ne verrà informata l'Autorità giudiziaria.

Si noti che non risulta specificato se la comunicazione della notizia di reato all'A.G. sia di spettanza dell'A.N.A.C. ovvero dell'Arma dei Carabinieri.

L'accordo, stipulato in data 18.06.2015 dal Comandante generale dell'Arma dei Carabinieri e il Presidente dell'A.N.A.C., alla presenza del Ministro della Difesa, ha durata biennale e la valutazione in merito alla sua efficacia è rimessa ad un Comitato operativo istituito *ad hoc*, costituito da tre rappresentanti per Istituzione, con compiti di programmazione, coordinamento e monitoraggio delle iniziative, volti a agevolare lo scambio reciproco di dati funzionali all'espletamento delle attività di vigilanza svolte.

Gli ambiti entro cui tale protocollo opera sono espressamente elencati: vigilanza nei contratti pubblici e nell'osservanza della disciplina codicistica; prevenzione della corruzione e verifica del rispetto del P.N.A. e del PTCT; obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni; inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi.

Rispetto ai suddetti ambiti di intervento, viene stabilito che le aree prevalenti ma non esclusive di collaborazione – ciò a dire che l'elencazione non è tassativa ed è suscettibile di variazioni anche in relazione ad un singolo caso concreto – sono quelle relative alla prevenzione e al contrasto alla violazione della normativa della sicurezza sui luoghi di lavoro, alla normativa in materia di sicurezza alimentare,

alla condivisione di informazioni sulle attività di impresa (anche al fine di verificare il *rating* di premialità) e quelle relative alla sussistenza o al pericolo della sussistenza di un conflitto di interessi, oltre alla condivisione di segnalazioni provenienti dal R.P.C.

Nel suddetto protocollo vengono espressamente stabiliti i rispettivi obblighi che le parti assumono con la sua sottoscrizione.

Il protocollo di cui trattasi, tuttavia, poco sembra aver a che fare con la fattispecie dell'accordo *ex art. 15* che, invece, di norma non attiene alla fase prodromica all'instaurazione del procedimento ma riguarda essenzialmente la fase istruttoria e soprattutto quella decisoria.

Per quanto attiene ai rispettivi obblighi, è previsto che parte del personale dell'Arma, così come individuato dal Comandante, sarà messo a disposizione per l'assolvimento delle attività di cui al protocollo di intesa. È, inoltre, previsto che le informazioni ricavate dai Carabinieri nel corso delle proprie attività ispettive che risultino di particolare interesse per l'A.N.A.C. vengano a quest'ultima trasmesse. Ancora, il Comando generale dei Carabinieri trasmette all'A.N.A.C. i dati e le informazioni di cui sia venuto a conoscenza con riguardo alle attività delle imprese che possano essere significative anche ai fini del *rating* di premialità.

Dal canto suo, invece, l'A.N.A.C. si impegna a trasmettere all'Arma le notizie di reato delle quali sia venuta a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni, nonché quelle di rilievo per la sicurezza pubblica.

È poi espressamente prevista una reciproca condivisione di dati, delle informazioni e delle attività di referto. Questa condivisione consiste nell'impegno dell'A.N.A.C. di mettere a disposizione dell'Arma le informazioni e i dati presenti nella BDNCP e, d'altra parte, l'Arma si impegna a condividere con l'A.N.A.C. tutte le informazioni relative al corretto espletamento delle attività istituzionali dell'Autorità.

La condivisione delle suddette informazioni deve avvenire, ai sensi dell'art. 5, nel rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali di cui al D.Lgs. 196/2003.

L'art. 3 del Protocollo prevede poi una clausola di riserva che consente di inserire forme di collaborazione anche nel caso in cui l'ambito interessato esuli dalle ipotesi già disciplinate.

6.2. Segue: Il protocollo d'intesa con la Guardia di Finanza.

Il secondo accordo cui si fa riferimento nella delibera del 2015 è quello intervenuto fra l'A.N.A.C. e la Guardia di Finanza.

Nella delibera del 2015 si evidenzia che il suddetto Protocollo è finalizzato a migliorare l'efficacia complessiva delle misure a tutela della legalità nella P.A., avuto riguardo agli ambiti di comune interesse in materia di contrattualistica pubblica e di prevenzione della corruzione.

La collaborazione nel settore della contrattualistica pubblica è finalizzata a verificare il rispetto della normativa di settore da parte delle stazioni appaltanti, degli operatori economici contraenti e delle SOA.

La possibilità attribuita all'A.N.A.C. di rivolgersi alla G.d.F. è altresì legislativamente legittimata dall'art. 213, comma 5, a mente del quale: *«Nell'ambito dello svolgimento della propria attività, l'Autorità può disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi eventualmente della collaborazione di altri organi dello Stato nonché dell'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi».*

Nell'ambito del protocollo, poi, è specificato che *«Detta collaborazione, in particolare, si sostanzia in attività ispettive nei confronti di SA e OE relativamente all'affidamento e all'esecuzione di contratti pubblici; in controlli sul sistema di qualificazione attuato dalle SOA, con particolare riguardo all'assetto societario delle stesse, al riscontro dei requisiti generali e di indipendenza, al rispetto delle procedure per il rilascio delle attestazioni; in riscontri mirati, a richiesta del Presidente dell'Autorità, per la verifica dei presupposti per l'applicazione delle*

misure in materia di temporanea e straordinaria gestione delle imprese ex art. 32 del d.l. 90/2014; in analisi a supporto delle istruttorie relative alle procedure di rilascio del rating di legalità alle imprese».

Con particolare riferimento all'attività anti-corruttiva è previsto che questa abbia ad oggetto *«il rispetto della relativa normativa da parte delle PA e degli altri enti soggetti alla disciplina della legge 190 e dei decreti 33 e 39. Tale collaborazione si sostanzia in controlli sul rispetto del PNA e dei PTPC, in verifiche sull'osservanza degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle PA, in accertamenti in materia di conflitti di interesse, inconferibilità ed incompatibilità di incarichi presso le medesime PA e presso gli enti privati in controllo pubblico».*

Diversamente da quanto avvenuto con il Protocollo stipulato con l'Arma, il presente protocollo evidenzia una maggiore complessità nell'individuazione delle modalità di scambio e di condivisione delle informazioni, specie con riferimento a quelle relative ai contratti pubblici.

La Guardia di Finanza, infatti, si è riservata di individuare alcune regole comuni a tutti i propri reparti per la disciplina di tale condivisione ed altre specifiche per taluni reparti, in ragione del particolare oggetto.

Nel Protocollo di intesa, stipulato il 30.09.2015 con validità triennale, possono essere riscontrate delle peculiarità rispetto all'accordo già analizzato sottoscritto con l'Arma dei Carabinieri.

In particolare, infatti, vengono individuati da subito gli ambiti di interesse comune che, proprio perché condivisi, necessitano di un accordo: la contrattualistica pubblica e la normativa in materia di prevenzione della corruzione.

Le misure operative da attuare rispetto ai suddetti ambiti di intervento sono uguali a quelle previste nel Protocollo con l'Arma mentre decisamente più dettagliate sono, invece, le procedure esecutive.

Ciò che si riscontra, infatti, è che rispetto al Protocollo concluso con l'Arma, l'attivazione della collaborazione non è indeterminata ma invece richiede l'esecuzione di una particolare procedura.

L'art. 5 prevede che il Presidente dell'A.N.A.C. possa rivolgersi al Comandante della Sezione Speciale Anti Corruzione della G.d.F. tramite la proposizione di richieste scritte.

Queste richieste devono attenere esclusivamente alle aree individuate agli artt. 3 e 4, sopra già richiamate, senza la possibilità di ampliare i settori di intervento collaborativo.

Questo espresso divieto evidenzia la netta differenza sussistente fra tale protocollo e quello stipulato con l'Arma dei Carabinieri nel quale, invece, è presente una clausola di riserva che consente l'estensione del contenuto dell'accordo anche a materie non espressamente previste, ove risulti necessario.

Le richieste trasmesse dal Presidente dell'A.N.A.C. alla G.d.F. devono necessariamente contenere le indicazioni relative all'ambito e allo scopo della collaborazione, le informazioni e i dati richiesti, la tipologia degli accertamenti da effettuare, le modalità e i termini delle relative acquisizioni, nonché le sanzioni applicabili.

Intervenuta la richiesta istruttoria, ciò che viene definita *'l'esecuzione dell'intervento'* potrà svolgersi secondo due diverse modalità.

L'intervento può essere affidato in via esclusiva al personale in forza al Nucleo Speciale della G.d.F., ovvero può essere svolto in maniera congiunta con il personale dell'A.N.A.C. adibito a funzioni ispettive.

Nel caso in cui l'intervento sia affidato al Nucleo speciale della G.d.F., questo potrà eseguirlo direttamente, anche avvalendosi dell'ausilio dei Reparti territoriali ovvero potrà delegare i Reparti territoriali e chiedere l'ausilio di Reparti speciali nel caso in cui siano necessarie specifiche competenze.

Effettuato l'accertamento, dunque, i risultati dello stesso saranno trasmessi dal Nucleo Speciale anticorruzione all'A.N.A.C., corredati dalla documentazione acquisita.

Nel protocollo in analisi viene, tuttavia, specificato che l'attività di trasmissione degli atti all'A.N.A.C. va esercitata alla luce degli obblighi imposti dalla legge in presenza di fatti penalmente rilevanti che, dunque, dovranno essere comunicati all'Autorità giudiziaria.

Allo stesso modo viene specificato che, laddove nel corso degli accertamenti compiuti siano emerse condotte concretanti responsabilità amministrativa per danno erariale, dovrà esserne data notizia alla Corte dei Conti.

Nello svolgimento delle attività ispettive su richiesta dell'A.N.A.C. è previsto che la G.d.F., nel rispetto della normativa vigente, possa richiedere alle Pubbliche Amministrazioni la trasmissione di informazioni rilevanti, nonché procedere autonomamente all'accesso presso queste ultime per i medesimi fini istruttori. La Guardia di Finanza è, altresì, abilitata a richiedere ai soggetti che si ritengono in possesso di informazioni utili l'esibizione dei relativi documenti.

Dal canto suo, invece, l'A.N.A.C., ai sensi dell'art. 7 del medesimo Protocollo, può trasmettere al Nucleo speciale anticorruzione della G.d.F. gli elementi e i dati in suo possesso che risultino rilevanti per lo svolgimento dei compiti di polizia economico-finanziaria, ivi comprese le informazioni acquisite ai sensi degli artt. 1, comma 51 della L. 190/2012 e 19, comma 5 della L. 90/2014. Nello stesso senso dovrà procedere in caso di informazioni rilevanti trasmesse dai Responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Per quanto attiene al regime di condivisione delle Banche dati, questo è espressamente disciplinato dall'art. 8 del Protocollo, che prevede che la G.d.F. condivida con l'A.N.A.C. gli elementi di cui dispone per potere rendere maggiormente effettiva l'attività di collaborazione, fatti salvi i limiti di riservatezza; così come l'A.N.A.C. renderà consultabili dalla G.d.F. gli elementi presenti nella BDNCP.

Significativa è anche la previsione dell'istituzione di corsi di formazione, tanto per il personale dell'A.N.A.C. che per un'aliquota di personale della G.d.F., al fine di garantire al meglio il coordinamento e consolidare le procedure organizzative coordinate.

Come si nota, dunque, il Protocollo d'intesa stipulato con la G.d.F. appare assai più dettagliato di quello stipulato con l'Arma dei Carabinieri, quasi ad indicare una maggiore attenzione al rispetto delle reciproche aree di competenza e, di conseguenza, delle rispettive missioni istituzionali. Lo stesso manifesta in maniera chiara la propria finalità meramente collaborativa, fugando i possibili dubbi in

ordine alla sovrapposizione di competenze o all'ingerenza indebita dell'una istituzione sull'altra.

6.3. Segue: Il protocollo d'intesa con la Corte dei Conti

Un ulteriore importante atto di accordo intervenuto nell'ambito delle politiche di prevenzione e di contrasto dei fenomeni corruttivi è quello stipulato dall'A.N.A.C. e dalla Corte dei Conti in data 29.05.2015.

Particolarmente significative appaiono le premesse del suddetto accordo, che ben inquadrano le finalità dello stesso e le presupposte competenze alla luce delle quali lo stesso è redatto.

Fermi restando, infatti, i richiami alle funzioni istituzionali dell'A.N.A.C. di cui alla l. 190/2012 e 90/2014, le premesse di cui si tratta ricordano la particolare *mission* affidata alla Corte dei Conti che, in qualche modo, la rende un interlocutore privilegiato.

È infatti evidenziato che, dal punto di vista storico, la *«Corte ha sempre svolto, sin dalla legge istitutiva 14 agosto 1862, n. 800, funzioni giurisdizionali, in materia di giudizi di conto (giudizio sui conti dei c.d. agenti contabili) e di responsabilità dei contabili ed altri agenti pubblici per i "valori" perduti per dolo, colpa e negligenza»*, inoltre, dal punto di vista costituzionale *«la Corte è inserita sia tra gli organi di garanzia della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa e di tutela degli equilibri di finanza pubblica sia tra gli organi giurisdizionali (rispettivamente artt. 100 e 103 della Costituzione)»* e che, in ragione di questa doppia investitura alla Corte dei conti è attribuita *«la centralità del ruolo di garanzia della corretta gestione delle pubbliche risorse sia nell'esercizio delle funzioni di controllo, quale organo neutrale, autonomo e indipendente, tanto rispetto al Governo che al Parlamento, che nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali»*.

Con particolare riguardo alla funzione anti corruzione, è poi rilevato che *«la Corte svolge un ruolo fondamentale nella prevenzione e nel contrasto dei fenomeni corruttivi, intesi questi sia in senso stretto (come sovrapposizione alle relative*

fattispecie penali di cui agli artt. 317, 318 e 319 del codice penale e, più in generale, a tutti i reati contro le pubbliche amministrazioni, di cui agli artt. 314 e seguenti del codice penale), sia in senso più ampio, come mala gestione e sperpero di pubbliche risorse».

Di conseguenza, proprio per assolvere alla suddetta funzione, si rileva *«il ruolo general-preventivo e dissuasivo svolto dalle Procure contabili e dalle Sezioni Giurisdizionali, con le loro azioni e le loro pronunce, contribuisce non poco alla moralizzazione dei comportamenti nel settore pubblico, con un indubbio effetto indiretto di deterrenza e prevenzione della corruzione (moral suasion)».*

Così definiti gli ambiti di competenza della Corte dei Conti, le parti si impegnano ad individuare ambiti comuni di cooperazione istituzionale che siano rilevanti per i settori di attività interessati dal loro intervento.

A tal fine, viene istituito un Tavolo permanente, composto da rappresentanti di entrambe le istituzioni, che assume il compito di stabilire le linee programmatiche di tale cooperazione.

Vengono poi individuati gli ambiti di cooperazione che, per la loro qualificazione, sembrano per lo più estrinsecarsi in misure di coordinamento.

Fra queste si segnalano: l'impegno della Corte di trasmettere all'A.N.A.C. le segnalazioni e le denunce giunte in materia di danni erariali derivanti da appalti pubblici o causati da fenomeni di corruzione ovvero cagionati dalla violazione delle norme sulla trasparenza; l'impegno reciproco di individuare di concerto le problematiche di rilievo generale da affidare alla Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato o delle Sezioni regionali di controllo o di interesse della Procura generale; l'impegno reciproco di consentire l'accesso ai rispettivi sistemi informatici; l'elaborazione congiunta di indici rilevatori di anomalie in particolari settori.

La durata del suddetto Protocollo è triennale.

Come si può notare, a differenza di quanto visto in occasione dell'analisi dei Protocolli stipulati dall'A.N.A.C. con l'Arma dei Carabinieri e con la Guardia di Finanza, l'accordo con la Corte dei Conti non prevede un particolare sistema di scambio di informazioni già acquisite singolarmente all'esito di un'autonoma

attività di indagine, quanto piuttosto delle modalità di agire comune al fine di realizzare, di concerto, gli obiettivi di prevenzione e di contrasto della corruzione.

La ragione di questa particolare impostazione è da rintracciare nella marcata somiglianza delle due istituzioni per quanto attiene alle attività svolte e alla missione istituzionale affidata loro.

Sarebbe, infatti, pressoché inutile procedere ad una duplicazione di attività con il successivo scambio di risultati posto che le attività di vigilanza e ispettive svolte appaiono in larga parte sovrapponibili e teleologicamente speculari.

Per questa ragione, la strada di collaborazione prescelta è stata quella di intervenire proprio attraverso uno strumento di coordinamento della funzione, al fine di raccogliere risultati più completi e raggiungere più efficacemente l'obiettivo istituzionale prefisso.

6.4. Segue: Il protocollo d'intesa con le Procure della Repubblica

Infine, a completare il reticolato di accordi realizzato dall'A.N.A.C. al fine di rendere più efficace la propria azione di prevenzione e di contrasto della corruzione sia in termini di operatività funzionale che di effettività dei risultati raggiunti, è intervenuto un importante accordo quadro, stipulato dal Presidente dell'A.N.A.C. con il Procuratore Generale della Corte di Cassazione, ed approvato dal Consiglio dell'Autorità il 13 aprile 2016.

Tale accordo consente all'A.N.A.C. di stipulare ulteriori successivi accordi con le singole Procure della Repubblica che saranno predisposti utilizzando il suddetto modello.

Si può, fin da subito, segnalare che tutti gli accordi stipulati a seguito del suddetto accordo quadro ne ricalcano la struttura.

La necessità di redigere tale accordo pare di tutta evidenza.

Posta, infatti, la funzione investigativa ed ispettiva accordata all'A.N.A.C. tanto alla luce della L. 190/2012 che, in particolare, della L. 90/2014, risultava quanto

mai necessario coordinare tale funzione e i risultati da essa derivanti con quella esercitata dalle Procure della Repubblica.

L'obiettivo di queste intese è quello di racchiudere in un unico testo chiaro e organico le norme in materia di scambio tra le parti contraenti delle informazioni attinenti a indagini, procedimenti penali e amministrativi di rispettiva competenza.

Il fine, inoltre, è quello di legittimare le rispettive attività e di implementare la proficuità dei risultati, anche attraverso forme di scambio di informazioni laddove queste attengono a campi di interesse dell'altra istituzione.

Tale necessità si coglie proprio dalle disposizioni normative richiamate nella premessa dell'accordo, rispetto alle quali vengono in seguito individuate le modalità di coordinamento.

In particolare, nel modificato art. 129 disp. att. c.p.p.³⁵⁹ a mente del quale «*Quando esercita l'azione penale per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis del codice penale, il pubblico ministero informa il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, dando notizia dell'imputazione*»; nell'art. 6, comma 13 del D.Lgs. 163/2006 che prevedeva che «*Qualora accerti l'esistenza di irregolarità, l'Autorità trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, agli organi giurisdizionali competenti*»³⁶⁰ e nelle altre molteplici disposizioni, fra le quali, in particolare, gli artt. 32 d.l. 90/2014³⁶¹ e 80 del D.Lgs. 50/2016, che, come già ampiamente illustrato, prevedono un'azione congiunta e/o coordinata fra l'A.N.A.C. e l'Autorità giudiziaria.

Come detto, le modalità di esecuzione della collaborazione sono articolate in ragione della peculiare previsione legislativa.

Rispetto ai procedimenti di cui all'art. 32 del d.l. 90/2014, è previsto che, per consentire la Presidente dell'A.N.A.C. di attivare la relativa procedura, la Procura invii allo stesso una copia della richiesta di rinvio a giudizio, corredata dalle eventuali ordinanze di applicazione di misure cautelari e, ove possibili, degli atti di

³⁵⁹ Così come modificato dalla legge 69/2015.

³⁶⁰ La medesima disposizione è stata riprodotta nell'art. 213, comma 6 del D.Lgs. 50/2016.

³⁶¹ Modificato con la legge n. 114/2014

indagine a sostegno dell'accusa laddove siano riferiti ai reati individuati nel medesimo art. 32. La Procura, inoltre, si impegna a trasmettere all'A.N.A.C. anche copia dei provvedimenti di cui al comma 5 dell'art. 32.³⁶²

Sempre in applicazione dell'art. 32, l'A.N.A.C. è tenuta ad informare la Procura in presenza di «*situazione anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali*», così come previsto dal comma 1.

Un secondo gruppo di modalità operative indicate nel suddetto protocollo è quello che fa riferimento all'art. 129, comma 3, delle disposizioni attuative del Codice di Procedura Penale.

A tal proposito, dunque, è previsto che la Procura trasmetta al Presidente dell'A.N.A.C. «*copia delle richieste di rinvio a giudizio, corredate dalle eventuali ordinanze di applicazione di misure cautelari e dagli atti investigativi che le hanno supportate, ove ostensibili, relativamente ai reati di cui all'articolo 129, comma 3, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, come modificato dall'articolo 7 della legge 24 maggio 2015, n. 69*».

In terzo luogo, in relazione ai requisiti di ordine generale per l'ammissione alle procedure di gara, oggi disciplinati all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, è previsto che, al fine di consentire all'A.N.A.C. di provvedere all'aggiornamento del casellario informatico delle imprese, la Procura deve trasmettergli copia delle richieste di rinvio a giudizio per i reati individuati all'art. 80 (*ex art. 38, comma 1, lett m-ter D.Lgs 163/2006*), dalla quale emerga con chiarezza la circostanza che la vittima del reato abbia omesso di denunciare i fatti all'A.G. senza che ricorressero le esimenti di cui all'art. 4, comma 1 della L. 689/1981.

Gli ambiti di collaborazione attengono, inoltre, alle richieste di acquisizione di documenti e chiarimenti operate dalla Procura all'A.N.A.C. in ambiti di competenza di quest'ultima. In tal caso l'A.N.A.C. è tenuta a rispondere tempestivamente.

La Procura potrà, altresì, inviare all'A.N.A.C. una richiesta di parere corredata solo dagli elementi essenziali per l'espletamento dell'attività consultiva. Laddove i

³⁶² «Le misure di cui al comma 2 sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento. L'autorità giudiziaria conferma, ove possibile, gli amministratori nominati dal Prefetto».

fatti oggetto di parere siano ritenuti di particolare evidenza l'A.N.A.C. potrà, a sua volta, aprire un'istruttoria sul punto ovvero, in caso contrario, limitarsi a redigere il parere richiesto.

Infine, quale ultima attività concretante il coordinamento fra A.N.A.C. e Procura, è necessario che la prima trasmetta agli organi inquirenti gli esiti dell'attività investigativa e ispettiva svolta nel caso in cui da queste siano emerse circostanze di rilievo penale.

All'atto della trasmissione, l'A.N.A.C. è tenuta a corredare la notizia con le indicazioni necessarie in relazione allo stato del procedimento e i tempi attesi per la sua conclusione.

Nello stesso senso deve procedere nel caso in cui la notizia di reato sia stata appresa a seguito di segnalazioni o di esposti ad essa indirizzati. Resa edotta della notizia di reato la Procura procederà all'avvio delle indagini fermo restando il necessario coordinamento con l'A.N.A.C. al fine di evitare che il c.d. effetto sorpresa delle attività investigative, tanto giudiziarie che amministrative, sia compromesso.

L'accordo di cui trattasi ha validità quinquennale.

L'importanza di tale accordo è quanto mai evidente in quanto crea un regime di comunicazione fra istituzioni al fine di garantire un'effettiva circolazione di informazioni e di dati di indagine su fatti di competenza congiunta.

La fluidità delle informazioni possedute è, dunque, di vitale importanza sia per l'A.N.A.C. e per il corretto espletamento della propria missione quanto per la Procura che, avvalendosi delle informazioni raccolte da un apparato tecnico, ottiene un risparmio in termini di tempo e di spesa.

Lo scambio di informazioni di cui trattasi, benché ispirato al principio della massima circolazione, deve, in ogni caso, ai sensi dell'art. 8 del Protocollo, essere improntato al rispetto dei *«principi di correttezza, liceità, trasparenza e rispetto del segreto istruttorio, oltre che al rispetto del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 “Codice in materia di protezione dei dati personali” e successive modifiche e integrazioni, oltre che delle linee guida 2010 del Garante per la protezione dei dati personali»*.

III. Il mutato rapporto fra diritto amministrativo e diritto penale.

1. Il ruolo dell'A.N.A.C. nel procedimento penale.

Come si è avuto modo di notare, alla luce dell'analisi compiuta degli istituti che si ritengono più rilevanti ai fini anticorrittivi, l'A.N.A.C., oltre alle specifiche competenze di cui si è detto, svolge anche un importante ruolo di raccordo con le altre Istituzioni.

La natura poliedrica dell'Autorità sembrerebbe giustificata sia dalle attribuzioni che la stessa legge ha compiuto a suo favore, sia dalla natura delle materie oggetto della sua osservazione.

La circostanza, infatti, che essa operi, in particolare, nel settore della corruzione, implica necessariamente che questa si interfacci con le Istituzioni che si occupano della medesima materia secondo angoli visuali differenti.

Si ricorda, infatti, che, la competenza anticorruzione dell'A.N.A.C., che si articola nella verifica della legalità nell'attività amministrativa, tanto interna – come buon funzionamento degli uffici dell'amministrazione – che esterna, come funzione pubblica, soprattutto in materia di contrattualistica, attiene essenzialmente al fenomeno della c.d. corruzione amministrativa.

Quest'ultima dovrebbe essere definitiva come una forma di patologia della funzione o dell'attività amministrativa che comporta un malfunzionamento dell'apparato pubblico senza, tuttavia, raggiungere i confini del penalmente rilevante.

Laddove, invece, nella sua attività di controllo, l'Autorità di avveda che una determinata condotta, pur costituendo estrinsecazione della c.d. corruzione amministrativa, giunga a lambire i confini delle ipotesi delittuose di tipo penalistico, dovrà rimettere la competenza all'Autorità giudiziaria³⁶³.

³⁶³ Sul rapporto fra i poteri dell'A.N.A.C., il nuovo Codice dei Contratti pubblici e il diritto penale si veda: T. GUERINI, *Diritto penale e appalti pubblici: una liaison dangereuse*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Ora, se così è, occorre verificare qual è la veste che l'A.N.A.C. assume rispetto al procedimento penale.

Le fonti che prevedono il raccordo fra l'A.N.A.C. e l'Autorità giudiziaria sono molteplici e di diversa natura.

Da un lato vi sono le disposizioni legislative che prevedono che, laddove dall'attività di indagine amministrativa emergano fatti aventi rilevanza penale, l'Autorità 'trasmette' gli atti all'Autorità giudiziaria.

Dall'altro vi sono, come visto, i Protocolli di Intesa – quello con la Procura generale della Corte di Cassazione, in particolare – che prevedono un impegno analogo.

Muovendo la ricostruzione da quelle di tipo legislativo occorre, a parere di chi scrive, individuare quale sia il ruolo dell'A.N.A.C. all'interno del procedimento penale e quale la sua veste giuridica.

Appare, infatti, necessario tentare di coordinare le disposizioni pubblicistiche con quelle processuali penali per vedere se le seconde hanno operatività anche nel settore di indagine.

Orbene, com'è noto, l'azione penale esercitata dal Pubblico Ministero può prendere le mosse tanto da notizie di reato acquisite d'ufficio, personalmente o tramite l'attività svolta dalla Polizia Giudiziaria, ovvero a seguito di denuncia o di una querela.

In particolare, la denuncia può essere fatta da parte di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio (art. 331 c.p.p.), o da parte di privati (art. 333 c.p.p.).

Ci si chiede quale sia la norma applicabile nel caso, appunto, che sia l'A.N.A.C. a procedere alla comunicazione di una notizia di reato all'Autorità giudiziaria.

Analizzando la natura istituzionale dell'A.N.A.C. si ritiene che la soluzione che meglio vi si attaglia è quella di cui all'art. 331 c.p.p. con la specificazione che, nel caso di specie, la qualifica da attribuire alla stessa sia quella di 'incaricata di pubblico servizio', in ragione della missione pubblica ad essa affidata³⁶⁴.

³⁶⁴ L'obiezione che potrebbe essere mossa a questa ricostruzione è quella fondata sul rilievo che l'A.N.A.C. non sia una Pubblica Amministrazione ma un'Autorità indipendente, peraltro *sui generis*, e che, dunque, non potrebbe essere ricompresa nell'operatività dell'art. 331 c.p.p., di cui al combinato disposto degli artt. 357 e 358 c.p. A questa critica può risponderci agevolmente segnalando che la giurisprudenza penale è, da tempo, giunta a qualificare come 'incaricato di pubblico servizio' il soggetto che svolga attività di pubblico rilievo, a prescindere dalla formale

In capo all'A.N.A.C., dunque, sussiste un preciso dovere di comunicazione della notizia di reato acquisita, che dovrebbe essere trasmessa senza ritardo alla polizia giudiziaria ovvero al Pubblico Ministero.

Il IV comma dell'art. 331 c.p.p. sembra attagliarsi perfettamente al caso di specie, prescrivendo che: *“Se, nel corso di un procedimento civile o amministrativo, emerge un fatto nel quale si può configurare un reato perseguibile di ufficio, l'autorità che procede redige o trasmette senza ritardo la denuncia al pubblico ministero.”*

La medesima prescrizione è prevista nel D.lgs. 50/2016 all'art. 213 che, al comma 6 parte prima prevede che: *“Qualora accerti l'esistenza di irregolarità, l'Autorità trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, alle competenti Procure della Repubblica.”*

Benché molto simili le due disposizioni, tuttavia, presentano una cifra differenziale che, a parere di chi scrive, potrebbe essere intesa come indicativa di una diversa percezione di funzioni.

Se, infatti, l'art. 331 c.p.p. prevede un obbligo di immediata trasmissione della notizia di reato al P.M.; l'art. 213, invece, non prevedendo il requisito dell'immediatezza della trasmissione, stabilisce che la comunicazione alle Procure della Repubblica possa avere ad oggetto non solo gli atti dai quali emerga la notizia di reato ma anche, si noti, i rilievi della stessa Autorità.

Questa differenza, che potrebbe apparire meramente stilistica, sembra invece foriera di un diverso apporto che l'A.N.A.C. vuole dare alle indagini penali, che non si traduce nella mera trasmissione degli atti.

Il senso, infatti, della connessione fra Autorità è, nel caso di specie, ancora più sentito in quanto il settore di intervento dell'A.N.A.C. è particolarmente tecnico.

Per questa ragione, almeno così appare, la notizia di reato dovrebbe essere corredata da una relazione esplicativa che, tuttavia, sembra far mutare la veste

veste giuridica rivestita dall'ente di appartenenza. In riferimento agli artt. 357 e 358 c.p. – che definiscono appunto le qualifiche di 'pubblico ufficiale' e di 'incaricato di pubblico servizio' – è stato affermato che *“al fine di individuare se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 357 e 358 c.p., ha rilievo esclusivo la natura delle funzioni esercitate, che devono essere inquadrabili tra quelle della P.A. Non rilevano, invece, la forma giuridica dell'ente e la sua costituzione secondo le norme di diritto pubblico, né lo svolgimento della sua attività in regime di monopolio, né tanto meno il rapporto di lavoro subordinato con l'organismo datore di lavoro”* (Cass. n. 11417/2003; n. 17109/2011).

giuridica dell'A.N.A.C. da soggetto obbligato alla denuncia a 'consulente' tecnico della Procura, almeno per la fase dell'iniziativa dell'azione penale.

A fronte del rilievo dell'A.N.A.C., infatti, pur confidando nell'autonomia e nell'indipendenza dell'Autorità giudiziaria, non sembra potersi negare che il convincimento circa la sussistenza di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio – idonei quindi ad escludere l'ipotesi di archiviazione ex art. 408 e ss. c.p.p. – siano notevoli.

Per questa ragione il parere dell'A.N.A.C. risulta alquanto pervasivo o, almeno, fortemente suggestivo.

La rilevanza delle indicazioni dell'A.N.A.C., inoltre, si coglie anche laddove si analizzi la fase investigativa del procedimento penale.

In questa fase, infatti, che inizia una volta trasmessa la notizia di reato, la Procura, avvalendosi della Polizia giudiziaria nonché degli altri corpi di pubblica sicurezza volti a coadiuvare l'attività investigativa – quali l'Arma dei Carabinieri e la Guardia di Finanza - compie le attività necessarie per verificare la fondatezza della notizia.

Orbene, se, così come previsto dall'art. 213 nonché dai Protocolli di intesa, l'A.N.A.C. nello svolgimento delle sue indagini amministrative può avvalersi degli stessi organi investigativi di cui ordinariamente dispone la Procura e, all'esito delle suddette indagini compiute dai suddetti organi, trasmette alla stessa la notizia di reato con la propria relazione, nella quale dà atto delle indagini già compiute, ci si chiede quale sia, a questo punto, la procedura che il P.M. deve eseguire.

Infatti, ricevuta la notizia di reato corredata da una relazione nella quale trovano riscontro le indagini effettuate, ci si chiede se la Procura della Repubblica possa procedere, dopo una sommaria verifica dell'indagine amministrativa già svolta, con la richiesta di rinvio a giudizio ovvero debba, replicando le indagini già effettuate e usufruendo del medesimo personale, svolgere delle nuove indagini per poter formare il proprio convincimento.

In sintesi, ci si chiede quale sia il valore che le indagini amministrative compiute, su impulso dell'A.N.A.C., da parte dei Carabinieri e della Corte dei Conti in sede penale e se sia logico, per quanto riguarda la Procura, in ragion dei medesimi ambiti di competenze ma della più elevata competenza tecnica di A.N.A.C., rinnovare tutte

le indagini rendendo i risultati delle stesse utilizzabili in sede dibattimentale, qualità che, altrimenti non possederebbero.

Con particolare riferimento, invece, agli impegni assunti tanto dall'A.N.A.C. che dai suoi interlocutori in sede di Protocolli d'intesa, le maggiori perplessità attengono, in primo luogo, alla natura di tali protocolli e, in secondo luogo, alla possibilità, ivi prevista, di una piena cooperazione in sede investigativa.

Con riguardo al primo aspetto, si nota, infatti, che nella premessa dei Protocolli utilizzati vi è un frequente rinvio all'art. 15 della L. 241/1990, ovvero agli accordi fra Amministrazioni.

Tuttavia, parte della dottrina ha da tempo riscontrato la possibilità di compiere una distinzione all'interno della categoria degli accordi fra Pubbliche amministrazioni. Secondo questa ricostruzione, infatti, da un lato vi sarebbero gli accordi veri e propri, così qualificati in ragione della natura delle parti e della loro funzione, che possono essere ricondotti alla categoria di cui all'art. 15 della L. 241/1990; dall'altro, invece, si ravvisa, nella prassi giuridica, una diversa tipologia di accordi, non riconducibili al *genus* dell'art. 15, che hanno un carattere prettamente istituzionale e politico piuttosto che normativo, e che vengono, di norma, denominati "Protocolli d'intesa".

Ora, a prescindere dall'espressa qualificazione posta nelle premesse dei Protocolli sottoscritti dall'A.N.A.C., l'effettiva natura degli stessi deve essere valutata alla luce degli elementi qualificanti gli accordi pubblici e alla natura dei soggetti partecipanti.

Con riguardo a tale ultimo aspetto, non può recidersi *in toto* il dubbio già espresso circa qualificazione dell'A.N.A.C. come Pubblica Amministrazione, stante la sua formale qualifica di Autorità Indipendente.

A ciò si aggiunga che la funzione degli accordi di cui all'art. 15 è espressa al comma 1, ai sensi del quale: "1. *Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.*"

La funzione dei protocolli d'intesa, tuttavia, non sembra essere quella di disciplinare lo svolgimento di attività di interesse comune, quanto piuttosto di determinare, per una durata non trascurabile, un assetto di obblighi corrispettivi il

cui adempimento consenta, a ciascuna delle parti, il raggiungimento del miglior risultato possibile nel proprio settore di competenza.

Difatti, se, di norma, il risultato dell'accordo *ex art. 15* è unico e condiviso dalle parti – in quanto l'accordo ha ad oggetto proprio il raggiungimento di un risultato congiunto – gli accordi sottoscritti dall'A.N.A.C. hanno un obiettivo diverso ovvero, come detto, il raggiungimento di risultati distinti, seppure utili e apprezzabili per entrambe le parti.

Per le ragioni esposte, a prescindere dalla fonte legale richiamata nei presenti accordi, si ritiene che gli stessi debbano meglio essere qualificati come accordi inter-istituzionali con finalità prettamente politiche.

Questa diversa qualificazione, tuttavia, non è priva di risvolti applicativi.

Infatti, un conto è ascrivere gli accordi alla fonte legale rappresentata dalla L. 241/1990, il che legittima, di conseguenza, anche il contenuto di questi Protocolli nel caso di antinomia con altra fonte legislativa; un altro è, invece, ritenere che questi Protocolli siano, in realtà, dei meri accordi politici non fondati su una specifica norma di legge. In tal caso la disciplina di una data materia, delicata come quella del diritto penale, seppure nel suo risvolto processuale, dovrebbe essere vincolata al rispetto delle disposizioni codicistiche.

2. Criticità in merito al regime di comunicazione fra l'ANAC e l'Autorità giudiziaria.

Un ulteriore aspetto che ha sollevato criticità è quello che attiene allo scambio di informazioni fra l'A.N.A.C. e l'Autorità giudiziaria.

Nei protocolli sottoscritti, infatti, è previsto uno scambio di informazioni – ulteriore rispetto a quello imposto dal comma 3 dell'art. 129 disp. att. c.p.p.³⁶⁵– mediante la trasmissione all'A.N.A.C. da parte delle Procure di specifici atti.

³⁶⁵ Si ricorda che il terzo comma è stato modificato dall'art. 7, comma 1, L. 27 maggio 2015, n. 69. Ad oggi dispone: “*Quando esercita l'azione penale per un reato che ha cagionato un danno per l'erario, il pubblico ministero informa il procuratore generale presso la corte dei conti, dando notizia della imputazione. Quando esercita l'azione penale per i delitti di cui agli articoli 317, 318,*

Il problema, dunque, non è relativo alla trasmissione delle sentenze di condanna che possano avere rilevanza nell'ambito di attività esercitata dall'A.N.A.C. ovvero alle azioni penali già intraprese nei confronti di taluni soggetti con richiesta di rinvio a giudizio o di citazione diretta a giudizio, quanto piuttosto quelle informazioni che attengono alla fase delle indagini preliminari.

Com'è noto, infatti, la fase delle indagini preliminari è una fase processuale connotata da un'evidente necessità di riservatezza sia ai fini dell'efficace espletamento delle indagini sia in ragione del diritto alla *privacy* di cui il destinatario delle indagini è titolare.

Per quanto attiene all'aspetto della riservatezza basti pensare che, laddove non sia necessaria compiere atti di indagine che richiedano la presenza dell'indagato o del suo difensore, la persona sottoposta alle indagini verrà a conoscenza del relativo procedimento e potrà prendere visione degli atti compiuti solo con l'atto di avviso di conclusione delle indagini, *ex art. 415 bis c.p.p.*

La ragione di tale *modus procedendi* è quella di tutelare la segretezza delle indagini al fine di non compromettere il c.d. effetto sorpresa cui la segretezza mira.

Ora, se si consentisse la trasmissione all'A.N.A.C. di atti relativi alle indagini in corso prima della conclusione delle stesse e, in ipotesi, anche senza che lo stesso indagato ne abbia avuto notizia, si creerebbe un grave *vulnus* al principio di segretezza con conseguente pregiudizio tanto del buon esito delle indagini che del diritto alla *privacy* riconosciuto all'indagato fino all'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

D'altro canto, tuttavia, l'essenza dei Protocolli in commento è proprio quella di consentire un proficuo scambio di informazioni fra le due Autorità al fine di mettere entrambe nelle condizioni di operare, nel proprio ambito, al fine di prevenire la commissione di illeciti.

Se, dunque, non si consentisse alla Procura di trasmettere all'A.N.A.C. le informazioni ritenute rilevanti anche ai fini amministrativi, il senso dei Protocolli andrebbe completamente smarrito.

319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis del codice penale, il pubblico ministero informa il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, dando notizia dell'imputazione”.

Questa perplessità, come detto, non è passata inosservata e, anzi, ha costituito motivo di resistenza alla sottoscrizione dei Protocolli d'intesa da parte di talune Procure della Repubblica.

Per far fronte, dunque, queste contrastanti esigenze si è proposto di inserire negli accordi una clausola di riservatezza.

Com'è stato, difatti, evidenziato nella relazione effettuata dal Procuratore generale della Corte di Cassazione in data 26.01.2017: *“Ferma restando tale condivisione di fondo, in alcuni casi, sono state prospettate modifiche dello schema di accordo. In particolare, il Procuratore generale presso la Corte di appello di Cagliari ha comunicato che nella riunione del 27 ottobre 2016 tutti i Procuratori del distretto hanno formalizzato la volontà di aderire al protocollo con l'ANAC, previa indicazione di una clausola che garantisca la riservatezza qualora si tratti di indagini in corso e che preveda la trasmissione di atti solo mediante posta elettronica certificata.”*³⁶⁶

La circostanza che le indicate Procure non abbiano sottoscritto l'accordo stante l'assenza della clausola di riservatezza è un indice importante delle criticità che un accordo di questa portata determinerebbe.

Si ritiene, dunque, necessario, che la l'A.N.A.C. si impegni a mantenere uno stretto riserbo sulle informazioni ricevute ovvero che talune delle informazioni emerse nel corso delle indagini giudiziarie siano mantenute riservate fino all'esercizio dell'azione penale.

La circostanza, infatti, che, tramite un accordo di natura incerta venga tanto ampliato il novero delle informazioni oggetto di scambio – laddove la disciplina processuale si occupa esclusivamente delle sentenze di condanna - impone l'inserimento di una clausola che garantisca, almeno in parte, il rispetto dei principi suindicati.

Da un punto di vista meramente formale, inoltre, la stessa Procura generale di Cagliari ha evidenziato la necessità che lo scambio di informazioni non avvenga *brevi manu* ma sia in qualche modo certificato attraverso il necessario utilizzo della PEC.

³⁶⁶ www.cortedicassazione.it

Questa accortezza, che forse potrebbe sembrare di poco conto, a parere di chi scrive, invece, rende evidente l'idea che muove le resistenze di cui si è detto.

La disciplina oggi consegnata agli attori dell'accordo, infatti, prevede uno scambio di informazioni informale e non disciplinato da norme procedurali, l'illimitatezza, quanto a contenuto e a merito, delle informazioni scambiabili nonché un ampissimo utilizzo dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza nello svolgimento dell'istruttoria amministrativa da parte dell'A.N.A.C.

Da quanto qui esposto, dunque, il rischio che sembra corrersi è che l'A.N.A.C., autonoma per quanto attiene all'istruttoria, ai mezzi con i quali esercitarla, ai documenti di cui disporre e alle modalità con le quali interfacciarsi con le altre Istituzioni, diventi una vera e propria appendice tecnica della Procura.

Questa conclusione, tuttavia, appare stridente, *in primis*, con l'impianto costituzionale.

Appare sufficiente, in questo senso, ricordare che la funzione giurisdizionale, sia essa inquirente che giudicante, deve essere esercitata in posizione di assoluta terzietà e che la magistratura costituisce un ordine indipendente ed autonomo soggetto soltanto alla legge, così come risulta dal combinato disposto degli artt. 101 e 104 Cost.

Queste caratteristiche non sembrano essere riscontrabili in capo all'A.N.A.C. per una serie di ragioni che in breve si segnalano.

In primo luogo, la stessa, per le modalità di nomina, sembra non possedere il requisito dell'indipendenza e tale elemento, come si è già avuto modo di osservare, ha infatti sollevato perplessità anche in ordine alla sua qualifica di Autorità Amministrativa Indipendente.

In secondo luogo, l'A.N.A.C. è depositaria di importanti poteri di regolazione che la rendono 'giudice' delle norme, anche se di *soft law*, dalla stessa poste.

In terzo luogo, il ruolo dell'A.N.A.C. non è affatto imparziale poiché la stessa è affidataria di un preciso interesse, seppure pubblico, ovvero quello del contrasto della corruzione.

Per queste ragioni la cooperazione funzionale che si realizza, a mente dei suddetti protocolli, fra l'A.N.A.C. e l'Autorità giudiziaria inquirente dovrebbe essere corredata da maggiori garanzie e tutele al fine di garantire che i principi

costituzionali di cui detto siano rispettati, senza compressioni dei diritti dei soggetti destinatari dell'azione penale e dell'azione amministrativa.

Considerazioni conclusive

Gli strumenti amministrativi preposti al contrasto del fenomeno corruttivo intervengono tanto nei rapporti interni alla Pubblica Amministrazione quanto in quelli instaurati fra la Pubblica Amministrazione e terzi, nell'esercizio del potere contrattuale da parte della P.A.

La peculiarità di questo intervento, tuttavia, oltre essere quella genetica – ovvero dettata dall'esigenze di contrastare su di un piano amministrativo un fenomeno che è stato per lungo tempo inteso come avente una rilevanza solo penale – si incentra anche sulle conseguenze che l'impiego dei suddetti strumenti ha comportato sui settori in analisi.

Difatti, la necessità di prevenire e di contrastare il fenomeno corruttivo porta con sé la riconsiderazione, da un lato, della natura pubblica o privata dei rapporti alle dipendenze della Pubblica Amministrazione e, dall'altro, dell'indirizzo politico posto alla base dei rapporti contrattuali della stessa P.A.

Analizzando, in primo luogo, la corruzione 'soggettiva', ovvero quella che guarda ai meccanismi disfunzionali interni alla struttura amministrativa, è possibile riscontrare una progressiva modificazione della concezione relativa al rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., proprio in relazione alle esigenze di contrasto della corruzione che hanno ispirato il Legislatore nell'ultimo decennio.

Difatti, ponendo come termine iniziale del ragionamento la corruzione e analizzando gli strumenti amministrativi preposti alla sua prevenzione e al suo contrasto, si può notare come sia la stessa natura pubblica del fenomeno corruttivo e, di conseguenza, la natura pubblica degli strumenti adottati per il suo contrasto, ad influenzare sensibilmente anche la natura dei rapporti di lavoro.

Un primo elemento sintomatico dal quale dedurre la natura pubblica del fenomeno attiene alla risposta penale prevista dal Legislatore in occasione di condotte corruttive poste in essere dai pubblici dipendenti.

In tale senso, infatti, può essere evidenziato come il Legislatore, pur avendo puntualmente disciplinato la responsabilità per fatti corruttivi nei rapporti fra privati – tramite l'introduzione dell'art. 2635 c.c. e la sua recente riformulazione nel 2017 – non abbia esteso la suddetta disciplina anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze

della P.A., continuando, invece, ad essere punita ex artt. 318 e ss. c.p. la condotta illecita verificatasi all'interno della struttura pubblica.

Le ragioni che stanno alla base di tale mancata applicazione analogica sembrano risiedere nella natura pubblica del soggetto datore di lavoro.

Secondo l'approccio legislativo, infatti, la disciplina di contrasto al fenomeno corruttivo privatistico si esprime nei contesti societari e si applica ai soggetti che, in funzione apicale, abbiano tratto vantaggi personali a fronte della commissione di atti contrari ai doveri di ufficio o dell'omissione di quelli doverosi.

Viceversa, le disposizioni di cui agli artt. 318 e ss. c.p. si applicano al pubblico ufficiale (ovvero all'incaricato di pubblico servizio) che, nell'esercizio delle sue funzioni abbia posto in essere una delle condotte incriminate dalla norma penale.

Orbene, laddove si ritenesse tuttora vigente una concezione pan-privatistica dei rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A., si dovrebbe applicare la disciplina della corruzione fra privati anche in relazione a tale rapporto. Tale assimilazione, tuttavia, non è stata realizzata: l'applicazione al pubblico dipendente della risposta sanzionatoria di cui al Codice Penale – fondata, com'è noto, proprio sulla qualifica pubblica del soggetto – determina l'impossibilità di applicare congiuntamente l'ulteriore risposta sanzionatoria dettata per il contrasto della corruzione fra privati.

La suddetta antinomia applicativa si risolve in un *aut aut* ineludibile: o il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. è inteso come pienamente privatistico, e allora la differenziazione compiuta dal Legislatore fra corruzione 'pubblica' e corruzione 'privata' viene svuotata di significato, mancando ipotesi riconducibili alla prima categoria; ovvero, come appare più logico, per quanto riguarda la condotta corruttiva, il dipendente della P.A. conserva intatta la propria qualifica di pubblico funzionario.

Tanto in virtù di una necessaria interpretazione sistematica delle norme, che ambisce a far conservare un significato proprio ad ogni disposizione, che alla luce della semplice logica giuridica, è la seconda delle rappresentate ipotesi ad apparire maggiormente persuasiva.

A ciò si aggiunga che la scelta legislativa risulta giustificata dalla necessità di tutelare beni giuridici di rango più elevato, coincidenti con l'interesse pubblico, che richiedono una risposta sanzionatoria più severa.

E, se vi sono beni giuridici da tutelare di particolare rilievo che corrispondono all'imparzialità dell'agire amministrativo e al suo buon andamento, allo stesso tempo in capo al dipendente pubblico sussistono doveri comportamentali qualificati, non riducibili al semplice dovere di fedeltà richiesto ai dipendenti privati, proprio alla luce degli interessi pubblici da perseguire.

Ricondotto, dunque, il comportamento corrotto del pubblico funzionario nell'ambito applicativo della disciplina penal-pubblicistica, ovvero quella di cui agli artt. 318 e ss. c.p., può essere osservato che, quanto meno per ciò che riguarda l'intervento sanzionatorio penale, il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. viene inteso come avente natura pubblicistica.

Ciò premesso, occorre analizzare l'eventuale simmetria fra la corruzione penale e la corruzione c.d. amministrativa per verificare se le conseguenze relative alla natura del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., articolate in riferimento alla corruzione penale, siano estendibili anche alla corruzione c.d. amministrativa.

Al fine di compiere la suddetta analisi appare, in primo luogo, necessario tracciare la distinzione fra le due forme di corruzione in parola.

Il sistema di comportamento contrario all'etica pubblica è una fattispecie doppiamente rilevante per l'ordinamento.

In particolare, la corruzione c.d. amministrativa e la corruzione penale si pongono tra loro in rapporto di specialità.

Nel caso in cui il comportamento contrario all'etica pubblica non comporti la lesione, né consumata né tentata, dei beni giuridici protetti dalle norme penali e non infranga, quindi, l'ordine pubblico ed economico e il buon andamento della P.A., questa condotta sarà qualificabile esclusivamente come corruzione amministrativa.

Nel caso contrario, invece, la condotta corruttiva che costituisca altresì un'ipotesi delittuosa, presenterà ad un tempo tutti i tratti distintivi della corruzione c.d. amministrativa (fattispecie generale) e tutti i tratti distintivi e aggiuntivi della corruzione penale (fattispecie speciale).

Sebbene, dunque, le due forme di corruzione non siano perfettamente sovrapponibili – poiché la corruzione penalistica costituisce un sottoinsieme della corruzione amministrativa senza assorbirla pienamente – sembra indiscutibile che il germe dell'una risiede nell'evoluzione dogmatica dell'altra.

Se, infatti, la corruzione penalistica è un reato a forma vincolata – in quanto è il Legislatore ad individuare quali fra le condotte poste in essere rilevino per la punibilità del pubblico ufficiale o dell'esercente una pubblica funzione – la corruzione amministrativa aspira ad ampliare l'area del rilevante, ricomprendendo tutte quelle condotte che, pur non costituendo ipotesi delittuosa, sono ugualmente conseguenti ad una condotta illegittima del pubblico funzionario.

La violazione dei principi dell'etica pubblica, infatti, non si manifesta soltanto attraverso violazioni esplicite di norme di legge penalmente rilevanti, ma si traduce anche in un "atteggiamento" omissivo, un *non facere*, una "cultura dell'inefficienza" ovvero nella c.d. *maladministration*.

La circostanza, tuttavia, che entrambi i fenomeni muovano dagli stessi presupposti soggettivi – ovvero la qualifica pubblica del soggetto agente – comporta un evidente avvicinamento ontologico delle due risposte sanzionatorie.

Ciò detto, sarebbe riduttivo fondare la riflessione in parola esclusivamente sulla summenzionata parziale simmetria fra la risposta penale e quella amministrativa e quindi, sulla vicinanza dei presupposti legittimante la risposta sanzionatoria. Si rende, quindi, necessaria l'analisi di ulteriori elementi che possano giustificare l'assunto della ri-pubblicizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.

L'elemento che sembra far propendere per una ri-pubblicizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. è, in particolare, la natura pubblica dei doveri e degli obblighi che la recente legislazione ha posto in capo ai dipendenti pubblici.

Se, infatti, per lungo tempo, il fenomeno della privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego aveva, altresì, comportato una privatizzazione dei doveri imposti ai dipendenti ovvero una netta assimilazione di questi alle obbligazioni privatistiche, fondate sul dato contrattuale, con gli interventi legislativi volti all'anticorruzione, la percezione degli obblighi gravanti sui pubblici dipendenti deve essere necessariamente rivista.

Difatti, laddove il Legislatore è intervenuto per prevenire e contrastare il fenomeno corruttivo, questi ha inteso ridisegnare l'alveo dei doveri gravanti sul pubblico dipendente, che non si risolvono più nella mera corretta esecuzione della prestazione fondata sul rapporto di lavoro e incardinata nella mansione, ma che si

articolano in un più ampio spettro di condotte obbligatorie tutte volte a garantire, in primo luogo, l'imparzialità e il buon andamento della P.A.

Si pensi, in particolare, al Codice generale di comportamento dei pubblici dipendenti che, a tal riguardo, individua un assetto di condotte obbligatorie di carattere generale che prescindono dalla portata delle obbligazioni contrattuali, richiamando, invece, i doveri dell'etica pubblica che i dipendenti della P.A. debbono assolvere.

Muovendo, dunque, dalla qualifica soggettiva dei destinatari delle suddette norme – ovvero i pubblici ufficiali o gli esercenti un pubblico servizio -, passando per l'evoluzione dogmatica della corruzione amministrativa come fenomeno che prende le mosse dalla corruzione penalmente intesa, e giungendo alla natura degli obblighi imposti ai pubblici dipendenti, è possibile addivenire ad una nuova concezione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti.

L'idea dalla quale pare che il Legislatore si sia mosso è quella secondo cui la privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. abbia, in qualche misura, indebolito la percezione dei dipendenti di appartenere ad un plesso istituzionale e, di conseguenza, abbia comportato una riduzione del ruolo dell'etica pubblica come motore trainante delle condotte di questi ultimi, determinando un'anteposizione degli interessi individuali rispetto a quelli pubblici.

Alla luce di tale evenienza, l'esigenza avvertita è stata quella di reintrodurre un meccanismo valoriale all'interno della P.A., stringente e vincolante per i suoi dipendenti, avente l'obiettivo di "ri-eticizzare" pubblici dipendenti, al fine di prevenire e contrastare il fenomeno corruttivo.

È, a parere di chi scrive, evidente che l'imposizione di nuovi doveri etici e comportamentali di natura prettamente pubblica influenzino inevitabilmente anche la natura del rapporto di impiego inteso nel suo complesso, quasi a significare che un'efficace risposta anticorruptiva non possa essere ricercata in un contesto prettamente privatistico, dovendo invece svilupparsi attraverso una ridefinizione dei parametri dell'etica pubblica e dei doveri comportamentali, prettamente volti al pubblico interesse, imposti di recente al dipendente.

La ri-pubblicizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., così come si è tentato di dimostrare, dunque, passa attraverso la convinzione che il

rapporto di impiego di natura privatistica non sia idoneo a garantire il perseguimento dell'imparzialità e del buon andamento e lasci spazio a morali individuali che portano il soggetto a perseguire la propria utilità in spregio dei principi reggenti l'etica pubblica.

Se, dunque, la risposta del Legislatore è stata quella di imporre un nuovo assetto comportamentale e obbligatorio in capo ai dipendenti, le conseguenze di tale ripubblicizzazione devono essere analizzate anche in ottica dialettica con la risposta sanzionatoria pubblica per antonomasia, ovvero quella penale.

In particolare, è apparso rilevante analizzare, il rapporto ad oggi sussistente fra la reazione disciplinare – strumento sanzionatorio affidato al datore di lavoro in occasione della violazione da parte del dipendente dei doveri ad esso imposti – e quella penale, necessaria laddove la condotta illegittima del dipendente sia altresì illecita, poiché configurante ipotesi delittuosa.

Sul punto le riflessioni che precedono hanno messo in luce come la risposta disciplinare e quella penale si trovino, ad oggi, a convivere maggiormente rispetto al passato e necessitino di un nuovo coordinamento.

Sebbene le norme violate appartengano, infatti, ad ordinamenti diversi, il mutamento della natura delle norme che determinano una reazione disciplinare della P.A. porta ad interrogarsi in merito ad una possibile sovrapposizione con la risposta sanzionatoria penale.

In passato, stante la natura privatistica degli obblighi imposti al dipendente e della conseguente reazione disciplinare, non era data riscontrarsi alcuna sovrapposizione fra sanzione amministrativa e penale.

Tuttavia, dal momento in cui il contenuto dell'obbligazioni dei soggetti posti alle dipendenze della P.A. viene ad essere colorato di un connotato pubblicistico particolarmente forte, proprio in quanto necessitato da una politica di anticorruzione amministrativa penetrante, riemerge un potenziale conflitto, (*rectius* sovrapposizione), fra la sanzione penale e quella disciplinare.

Sulla scorta di queste osservazioni, dunque, l'analisi condotta ha tentato di verificare se la summenzionata sovrapposizione possa andare incontro alla violazione del divieto di *bis in idem*, così come interpretato dalla recente giurisprudenza sovranazionale.

Sebbene non sia possibile ad oggi declinare risposte definitive in questo senso, la violazione del divieto in parola sembra tuttavia plausibile.

Invero, la “mutazione genetica” dei doveri imposti al pubblico dipendente comporta, come ricordato, anche una riqualificazione della natura del potere esercitato dal datore di lavoro.

Di tal ch , se qualificati come pubblici i “nuovi” doveri del dipendente della P.A. e, di conseguenza, come pubblico anche il potere sanzionatorio attribuito al datore di lavoro, la commissione di una condotta che integri, ad un tempo, tanto gli estremi dell’illecito disciplinare che quelli dell’illecito penale giustificerebbe una reazione assimilabile tanto sotto il profilo della natura che sotto quella della funzione.

Sebbene, quindi, per lungo tempo il potere disciplinare e la reazione penale siano stati tenuti distinti proprio alla luce dell’ontologica diversit  intercorrente fra i due, nonch  alla luce della differenza fra i beni giuridici tutelati dalle diverse risposte sanzionatorie, oggi la situazione appare mutata e la possibile violazione del divieto del *bis in idem* sembra assai pi  plausibile, soprattutto laddove si valorizzi il contenuto afflittivo di talune sanzioni disciplinari e la stretta correlazione che sussiste fra l’accertamento della responsabilit  penale e quella disciplinare.

Analizzata, dunque, la modificazione genetica intervenuta a seguito della normativa anticorruzione sui rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A., nonch  le perplessit  che la riqualificazione pubblica del rapporto comporta in relazione alla sovrapposizione fra l’illecito penale e quello disciplinare, la ricerca ha poi tentato di focalizzare le ripercussioni che la legislazione anticorruzione ha prodotto nei rapporti intercorrenti fra la P.A. e i terzi, in particolare con riferimento all’attivit  contrattuale della P.A.

Se, infatti, in un primo momento l’ottica prevalsa in materia di contrattualistica pubblica   stata quella volta ad assicurare il libero esercizio della potest  discrezionale della stazione appaltante, il Legislatore ha poi, invece, rimodulato tale assetto sulla scorta della convinzione che il momento discrezionale fosse foriero di corrottele e di malaffare.

Sul punto occorre, fin da subito, osservare che il dato che   sembrato maggiormente indicativo di tale *revirement*   quello della devoluzione all’A.N.A.C. dei compiti di vigilanza e controllo del settore dei contratti pubblici.

Tale attribuzione di competenze, infatti, appare sintomatica di un mutato approccio del legislatore che ritiene, ad oggi, necessario che la materia in esame sia affidata, quanto a regolazione e a vigilanza, non già ad un soggetto dotato di particolari qualifiche tecniche in materia contrattuale, bensì deputato alla prevenzione e al contrasto della corruzione.

La scelta legislativa appare rilevante e sembra essere sintomatica di una ben evidente preoccupazione del Legislatore.

Il settore dei contratti pubblici, infatti, non sembra essere più un settore tecnico improntato primariamente al perseguimento di un'efficiente allocazione delle risorse pubbliche, bensì sembra sia divenuto il terreno d'elezione del rischio corruttivo, tanto da necessitare un controllo esclusivo ad opera di un'Autorità deputata al contrasto della corruzione.

Se, dunque, l'evoluzione legislativa degli ultimi decenni aveva registrato un'alternanza fra la valorizzazione della potestà discrezionale della P.A. e, d'altro canto, la necessità di assicurare adeguati controlli, ad oggi la scelta legislativa è indubabilmente volta all'irrigidimento delle procedure contrattuali a fronte di una penetrante diffidenza rispetto alla condotta contrattuale della P.A.

Le conseguenze di questo mutato approccio non sono di poco conto e, al contrario, dominano tutte le fasi dell'evidenza pubblica che risultano, ormai, sottoposte al severo e pressoché insindacabile giudizio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

A ciò si aggiunga che l'Autorità in parola non solo è deputata al contrasto del fenomeno corruttivo ma è altresì incaricata di svolgere un ruolo di regolazione assolutamente *sui generis* ed inedito, tanto nell'ordinamento nazionale che sovranazionale, in materia di Autorità Amministrative Indipendenti.

L'A.N.A.C., infatti, condensa in sé funzioni di regolazione, di vigilanza e sanzionatorie, divenendo, in qualche misura, il primo giudice non togato dei rapporti contrattuali della P.A.

Se, dunque, questo è lo stato dell'arte, maturato anche a seguito degli interventi correttivi che, in parte, hanno accolto le critiche mosse all'ultimo impianto codicistico, ulteriori osservazioni e perplessità sono emerse dall'osservazione di

alcuni moduli funzionali che l'A.N.A.C. ha posto in essere, al di fuori della normativa dei contratti pubblici, per esercitare il proprio ruolo di garante.

Ci si riferisce, in particolare, al peculiare ruolo assunto dall'A.N.A.C. nei confronti dell'Autorità giudiziaria e degli Uffici di Polizia Giudiziaria.

Ebbene, la ricerca ha messo in luce che in tempi recentissimi è invalsa la prassi, fra l'A.N.A.C. e i summenzionati soggetti, di stipulare delle convenzioni, sotto forma di protocolli di intesa, aventi il fine di regolamentare i reciproci rapporti a fronte di informazioni condivise o da condividere.

Le citate convenzioni suggeriscono, a ben vedere, un ripensamento del ruolo dell'A.N.A.C. in materia di contratti pubblici. Se, infatti, l'Autorità indipendente in parola, pur caratterizzata da una peculiare completezza funzionale, era in ogni caso qualificabile come soggetto riconducibile propriamente all'ambito amministrativo di regolazione della materia a rischio corruzione, ad oggi, a seguito dei protocolli d'intesa redatti, la natura e la funzione dell'A.N.A.C. sembrano mutate.

La sinergia investigativa che sussiste in fase di indagini fra l'A.N.A.C. e l'Arma dei Carabinieri, le Procure della Repubblica, la Guardia di Finanza, sembra far intendere che, a fronte della vicinanza sussistente fra l'Autorità e le realtà contrattuali oggetto di osservazione, sia l'A.N.A.C. a rivestire un ruolo attivo tanto nella ricerca di elementi indiziari che nella comunicazione di quanto rilevato ai soggetti competenti.

Sulla scorta di un principio di sussidiarietà orizzontale, inoltre, all'A.N.A.C. sembrano essere attribuiti anche dei precisi poteri di indagine. Lo scambio di comunicazioni di cui trattasi ha sollevato notevoli perplessità che si fondano, in linea di massima, sul rilievo che la centralità assunta dall'A.N.A.C. nell'ambito della funzione di prevenzione e controllo della corruzione abbia, in qualche modo, comportato anche una riqualificazione della stessa natura del fenomeno corruttivo.

Si noti, in questa ottica, che le convenzioni in parola attribuiscono all'A.N.A.C. un ruolo inedito nell'ambito del procedimento penale, attribuendo alla stessa funzioni rilevanti – almeno per quanto attiene alle notizie di reato – ai fini dell'emersione della corruzione penale. Queste attribuzioni, incardinate in capo ad un'Autorità amministrativa indipendente, assottigliano il diaframma finora esistente fra corruzione penale e corruzione amministrativa.

Difatti, se l'origine della ricerca muoveva dalla primaria distinzione fra corruzione amministrativa e corruzione penale, i risvolti penalistici delle attribuzioni effettuate a favore dell'A.N.A.C. comportano anche una riqualificazione delle condotte connotate da corrottele, con un tendenziale affievolimento della distinzione esistente fra corruzione penale e corruzione in senso lato ovvero corruzione amministrativa.

Questo effetto sembra imputabile essenzialmente a due fattori.

In primo luogo, come si è tentato di dimostrare, la corruzione può essere intesa come propriamente amministrativa solamente laddove si manifesti come cultura dell'inefficienza, come c.d. *maladministration*. Nel caso in cui, invece, l'intento egoistico del funzionario si ripercuota all'esterno, manifestandosi in condotte illegittime, la dimensione puramente amministrativa, ovvero interna, viene a scemare, essendo ben possibile che il fenomeno, una volta estrinsecatosi nella realtà economica circostante, si connoti anche di una rilevanza penale.

Il secondo fattore, strettamente connesso al primo, sembra risiedere nella forza modificativa attribuita al diritto penale.

Infatti, laddove ci si muova in un settore lambito, anche in via marginale, dalla risposta sanzionatoria penale, è ben difficile che le misure, le funzionalità, le modalità operative e, a ben vedere, la natura dei soggetti colpiti e delle sanzioni inflitte non condividano il connotato pubblico proprio del diritto penale.

Se, quindi, in una certa misura, sembra comprensibile la funzione ausiliaria svolta dall'A.N.A.C. in favore dei richiamati soggetti, altrettanto convincente non appare il meccanismo che opera in maniera inversa.

Nei protocolli in parola, infatti, è altresì previsto che sia l'A.N.A.C. a divenire destinataria di informazioni e documenti conosciuti dagli organi giudiziari nel caso in cui questi ultimi vengano a conoscenza di informazioni di competenza "per materia" dell'Autorità.

Le convenzioni in parola, infatti, prevedono anche che i soggetti deputati alle indagini penali si impegnino a trasmettere all'A.N.A.C., tanto spontaneamente che dietro sollecitazioni, le informazioni acquisite rispetto ad un certo operatore economico ovvero ad un determinato contesto contrattuale.

La suddetta previsione appare di particolare rilievo proprio nella ridefinizione del ruolo dell'A.N.A.C. che sembra essere sempre più simile ad una 'Procura dei Contratti pubblici'.

I richiamati interventi legislativi, volti a stringere le procedure di evidenza pubblica all'interno di stretti binari di controllo e di disciplina, nonché le nuove attribuzioni onnicomprensive dell'A.N.A.C. sembrano consegnare all'interprete un quadro regolatorio assai stringente che antepone il rischio della corruzione e il suo contrasto alle logiche di efficientamento e snellimento delle procedure pubbliche.

Il penetrante ruolo dell'A.N.A.C., qualificabile come organo interdisciplinare, idoneo a spaziare dal diritto amministrativo a quello penale, consegna all'osservatore uno scenario peculiare, che vede il diritto penale in posizione di netta supremazia rispetto agli strumenti amministrativi in concreto preposti alla prevenzione e al contrasto.

Il regime di forte comunicabilità fra l'A.N.A.C. e i titolari delle indagini penali suggerisce, a ben vedere, due riflessioni.

In primo luogo, si osserva che il quadro disciplinatorio e le prassi analizzate sono il frutto di un sostanziale fallimento del progetto legislativo anticorruzione. Il ricorso ordinario – e non già straordinario – al diritto penale, infatti, sembra affermare l'insufficienza degli strumenti di prevenzione amministrativa, la debolezza dei poteri amministrativi originariamente attribuiti all'A.N.A.C., con conseguente necessità di avvalersi di un ausilio.

Quanto descritto può, in sintesi, essere qualificato come 'fallimento della prevenzione' e la vittoria delle misure di contrasto della corruzione.

La seconda osservazione, che conseguenzialmente alla prima, può essere avanzata, attiene alla perdurante possibilità di individuare una corruzione 'amministrativa' distinta da quella penale e autonomamente perseguita.

La suddetta distinzione, che ha accompagnato la presente indagine, appare, tuttavia, ad oggi assai ridotta, suggerendo, invece, una ricostruzione che esclude l'autonomia ontologica della corruzione c.d. amministrativa.

La suddetta circostanza, dunque, comporta che, nel caso in cui vengano in rilievo condotte latamente costituenti corruzione amministrativa, l'intervento

sanzionatorio penale non potrebbe essere applicato proprio in quanto interverrebbe su di una circostanza priva di una portata corruttiva effettiva.

Solo quando l'intervento penale, invece, appare e viene ad incidere si potrà parlare di fenomeno corruttivo e, in relazione a quest'ultimo, l'unico strumento adoperabile è proprio la risposta sanzionatoria penale.

La corruzione, dunque, è solo una, quella penale, e quando emerge non può ignorarsi la necessità di un intervento congiunto delle diverse forze operanti nel settore.

La ricostruzione compiuta finora dagli osservatori in merito alla corruzione amministrativa come fenomeno esistente e per ciò perseguibile ha condotto, come si è osservato, a risultati opachi.

Per quanto attiene all'ambito soggettivo, infatti, la categorizzazione della corruzione amministrativa ha determinato una sovrapposizione di interventi sanzionatori riconducibili ad una medesima condotta, con conseguente emersione di dubbi in merito alla violazione o meno del divieto del *bis in idem*. Rispetto all'ambito oggettivo, invece, la ritenuta sussistenza della corruzione amministrativa ha determinato l'attribuzione all'A.N.A.C. di funzioni e compiti para-penali che, tuttavia, ad opinione di chi scrive, stridono con la ripartizione di funzioni fra gli organi giudiziari e quelli amministrativi, minando, altresì, le garanzie tradizionalmente riconosciute al destinatario della reazione posta in essere dagli organi penali.

Sembra che la distinzione fra prevenzione e contrasto della corruzione, presente anche al livello sovranazionale, sia stata tradotta nell'ordinamento nella distinzione fra due distinti fenomeni corruttivi: la corruzione c.d. amministrativa e quella penale.

L'identificazione degli strumenti di prevenzione con la corruzione amministrativa ha, tuttavia, comportato la necessità di dotare gli organi di controllo non già di meri strumenti dissuasivi ma anche di strumenti di vera e propria reazione che, se in parte tradiscono la missione preventiva ad essi affidata, dall'altro creano una sovrapposizione con gli strumenti di reazione già predisposti dal Legislatore penale.

Accogliendo, invece, una ricostruzione “monolitica” del fenomeno corruttivo, l’analisi porterebbe inevitabilmente a risultati assai diversi e, si ritiene, più conformi all’attuale assetto ordinamentale.

Infatti, sarebbe mantenuta salda la distinzione funzionale fra gli organi preposti al contrasto della corruzione e quelli incaricati della fase di prevenzione, evitando sovrapposizioni sanzionatorie o rimediale che risultano stridenti con le tutele del destinatario dell’azione pubblica.

Bibliografia

- ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”*, in *Giur. comm.*, 2014, 2.
- ABETE, *Etica e responsabilità: le banche e gli istituti di credito*, in *Etica e responsabilità, Principi fondamentali e società civile in Italia*, CHIEPPA, TRAVERSA (a cura di), Jovene, 2011.
- ALBENZIO, *Il punto sulla privatizzazione del pubblico impiego dopo gli interventi correttivi del D.Lgs. 29/1993*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994.
- ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 1.
- ALLENA, *Il caso “Grande Stevens” c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014.
- APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Giuffrè, 2002.
- Lineamenti del pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2012.
- Le determinazioni della pubblica amministrazione-datore di lavoro ed il sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 2004, n. 6-7.
- APICELLA, CURCURUTO, SORDI, TENORE, *Il pubblico impiego privato nella giurisprudenza*, Giuffrè, 2005.

ARANGUREN, *Presupposti e principi per l'applicabilità delle sanzioni disciplinari*,
Seduta del 1 aprile 1965, in *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione
collettiva*, Giuffrè, 1966.

ARENA, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti*, in
L'accesso ai documenti amministrativi, ARENA (a cura di), Il Mulino,
1991.

*Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa per fatti
corruttivi*, in www.filodiritto.it, 16.9.2014.

ARROW, *Social Choice and Individual Values*, Wiley, Yale University Press, New
Haven, 1963, 1.

ASSANTI, *Il potere disciplinare, le fonti della sanzione e i rapporti tra le fonti*,
Seduta del 27 marzo 1965, in *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione
collettiva*, Giuffrè, 1966.

BALOCCHI, *La buona condotta*, Giuffrè, 1960.

BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, Giuffrè, 1965.

BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Cedam, 1953.

BARRERA, *Istituzioni locali, controlli interni e garanzie di legalità*, in *La corruzione
amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, MERLONI, VANDELLI (a cura
di), Astrid, 2013.

BATTINI, *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, CASSESE (a cura di),
Giuffrè, 2003.

Il lavoro pubblico dopo la “riforma Brunetta”: la prima valutazione, in il
“Piano Brunetta” e la riforma della pubblica amministrazione, in Atti del
seminario tenuto nella Facoltà di scienze statistiche della Sapienza
Università di Roma il 13 maggio 2009, PEREZ (a cura di), Maggioli editore,
2009.

BATTISTA, *Persona, lavoro e formazione: profili per un’etica responsabile delle
istituzioni e delle imprese*, in *Etica e responsabilità, Principi fondamentali
e società civile in Italia*, CHIEPPA, TRAVERSA (a cura di), Jovene, 2011.

BAZOLI, BOECKENFOERDE, *Chiesa e capitalismo*, Morcelliana, 2010.

BAZOLI, *Mercato e disuguaglianza*, Morcelliana, 2006.

BECKER, *Outsiders*, Gruppo Abele, 1987.

BELLIGNI, *Il volto simoniacco del potere. Scritti su democrazia e mercati di autorità*,
Giappichelli, 1998.

BEN DOR, *Corruption, institutionalization and political development*, in
Comparative political studies, 1974.

BENACCHIO, *Le regole della concorrenza e i principi comunitari nel recepimento
delle Dir. 2004/18/CE e Dir. 2004/17/CE*, Seminari di diritto comunitario
e nazionale sugli appalti pubblici e i servizi, Trento, 8 giugno 2007 Giunta,
2008.

BIANCO, *Contrattazione, controlli, responsabilità*, Maggioli Editore, 2017.

BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*,
1980, 2.

- BOLOGNIGNO, *Per una risposta corale dell'amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della prevenzione (L. N. 190/12)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, 5.
- BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, ZOPPOLI (a cura di), Editoriale scientifica, 2009.
- BORTOLOTTI, *Disciplina* (dir. Amm.) (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma.
- BOVA, *Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti: il whistleblowing*, in *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, Eurilink, 2013.
- BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione del principio dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014.
- BUCCI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dig. Disc. Pubbl. V. Torino*, 1990.
- BULAU, *Disciplinarvergehen und Disciplinarverfahren*, in *Rluntschli und Brater's deur Staatswörterbuch*, III.
- BURGESS, AKERS, *Differential Association Reinforcement Theory of Criminal Behavior*, *Social Problems*, 1968.
- BUSICO, *La questione dei "nullafacenti pubblici"*, in www.lavoroeprevidenza.com, 2007.

BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l'orizzonte di un'etica pubblica*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.it.

CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazioni. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie*, Convegno, Camera dei deputati, 15 novembre 2013.

CAMMEO, *Commentario delle leggi della giustizia amministrativa*, Giuffrè, 1911.

CANAPARO, *I nuovi protagonisti della lotta alla corruzione nelle pubbliche amministrazioni*, in federalismi.it, 2013, 16.

CANTONE, *La tutela del whistleblower. L'art. 54 bis del D.Lgs. 165/2001 (art. 1 comma 51)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, MATTARELLA, PELLISSERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

CANTONE, MERLONI, *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, 2015.

CANTUCCI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, CALAMANDREI, LEVI (a cura di), G. Barbera Editore, 1950.

CAPUZZA, *Considerazioni di diritto penale in materia di appalti pubblici alla luce del D.Lgs. 163/2006*, in *Rassegna dell'arma dei carabinieri*, 2007, 1.

Figure di procedura penale negli appalti pubblici, in *Rivista Amministrativa*, 2007, 3-4.

CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il Fisco*, 2014.

- CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, Giuffrè, 1968.
- CARDARELLI, *Commento all'art. 38*, in Codice dei contratti pubblici, Giuffrè, 2007.
- CARDI, *Commento all'art. 4, d.lgs. 80 del 1998*, in Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo, DELL'OLIO, SASSANI (a cura di), Giuffrè, 2000.
- CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Dike, 2016.
- CARINGELLA, MARINO, Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Jovene, 1999.
- CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. codici etici delle amministrazioni pubbliche*, in Dir. Pubbl., 2002.
- Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici, 2013, 2.
- CASSESE, *L'etica pubblica*, in Gior. dir. amm., 2003
- Maladministration*, in Foro.it, 1992.
- Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in Gior. dir. amm., 2013, 3.
- Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, CASSESE, BATTINI (a cura di), Giuffrè, 1997.
- I codici di condotta*, in Documenti di Giustizia, 1994, 7-8.

CASTELLANETA, *Protezione e premi per chi segnala i fatti illeciti; disposizioni operative già dal 28 novembre 2012*, in Guida al Diritto, 2012.

Caso Grande Stevens: si applica il «ne bis in idem» se la sanzione amministrativa equivale a una penale, in Guida al Diritto, 2014, 14.

CAVALLO PERIN, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in Dir. Amm. 2009.

L'etica pubblica come contenuto di un diritto alla correttezza dei funzionari, in Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici, MERLONI, CAVALLO PERIN (a cura di), Giuffrè, 2009.

CAZZOLA, *Corruzione* (voce), Enciclopedia delle scienze sociali, 1992.

CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi, MERLONI, VANDELLI (a cura di), Passigli 2010.

Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità, in Dir. proc. amm., 1984.

Lineamenti del diritto amministrativo, Giappichelli, 2010.

CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2017.

CLAISSE, *Conflitto di interessi e funzioni governative: analisi comparata*, in Democrazia e cariche pubbliche, CASSESE, MATTARELLA, Il Mulino, 1996.

CLARICH, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in Corr. giur., 2002.

Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996.

The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts, in *Italian Journal of public law*, 2013.

CLARICH, MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione*, MATTARELLA, PELLISSERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

COEN, *Art. 97 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2008.

Art. 28 Costituzione, in *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2008.

COGLIANESE, *The Transparency President? The Obama Administration and Open Government*, in *Governance*, 2009, 22.

CONTESSA, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, www.treccani.it.

CONZ, LEVITA, *La legge anticorruzione*, Dike, 2012.

CORSO, *Rapporto di lavoro privato e impiego pubblico: la legislazione comune*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1971.

Potere politico e segreto, in *La trasparenza amministrativa*, MERLONI (a cura di), Giuffrè, 2008.

COTTONE, *Corte dei conti: «corruzione tassa occulta da 50/60 miliardi»*, in *IlSole24Ore*, 25 giugno 2009.

D'ALBERTI, *Combattere la corruzione*, Rubbettino, 2016.

D'ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006.

D'ANTONA, *La seconda privatizzazione*, in www.eticapa.it.

Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle 'leggi Bassanini', in *Lav. Pubb. Amm.*, 1998.

DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, MASTRAGOSTINO (a cura di), Giappichelli, 2017.

DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice*, www.giusitiziamministrativa.it, 2 dicembre 2016.

DELLA PORTA, VANNUCCI, *Corrupt Exchange*, Aldine de Gruyter, 1999.

DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 5 giugno 2016.

DI CRISTINA, *I piani di prevenzione della corruzione (art. 1 commi 5-14)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, MATTERELLA, PELISSERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza "Grande Stevens"*, in *Rass. Trib.*, 2014.

- DI NICOLA, *Dieci anni di lotta alla corruzione in Italia*, in Rapporto sulla criminalità in Italia, BARBAGLI (a cura di), Il Mulino, 2003.
- DI PIETRO, *Corruzione post-moderna, ovvero la dazione ambientale e i nuovi camaleonti*, in L'impresa, 1993, 1.
- DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico*, Edizioni di comunità, Giuffrè, 1996.
- La divisione nel lavoro sociale*, Giuffrè, 1962.
- ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in La Costituzione italiana, Saggi, Rilegatura all'americana, 1954.
- FAINI, *Legge anticorruzione: analisi della legge n.190/2012*, in www.altalex.it.
- FAVA, *Do ut des: genesi, evoluzione e crisi del sistema della corruzione*, Carrocci, 1999.
- FERRARO, GAMBACURTA, *Anticorruzione*, Maggioli Editore, 2013.
- FIDONE, *Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, Relazione per seminario organizzato da Italiadecide ed AEQUA, 2015.
- FIDONE, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, CAFAGNO, BOTTO, FIDONE, BOTTINO (a cura di), Giuffrè, 2013.
- FINOCCHI, *I codici di condotta*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, D'ALBERTI, FINOCCHI (a cura di), Il Mulino, 1994.

- FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in Riv. soc., 2014.
- FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, in Urbanistica e appalti, 2013, 3.
- FORTI, *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da «mani pulite»*, Vita e Pensiero, 2003.
- FRASCHINI, *Whistleblowing e sistemi di protezione: stato dell'arte e considerazioni. Rapporto sulla ricerca svolta da transparency international-Italia*, in Il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione, AA.VV., Bonanno, 2011.
- FRENI, GIUGNI, *Lo statuto dei diritti del lavoratore*, Il Mulino, 1979.
- GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il non detto delle sentenze*, in Quad. cost., 2014.
- GALBIATI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in Dir. Rel. Industriali, 2013, 4.
- GALLUCCI, *La riforma degli appalti pubblici*, in Corruzione e sistema istituzionale, D'ALBERTI (a cura di), Il Mulino, 1994.
- GANDINI, *La protezione del whistleblowers*, in La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi, MERLONI, VANDELLI (a cura di), Astrid, 2010.
- GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2010, 5.

GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*,
www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Profili comunitari del diritto di accesso, Riv.it.dir.pubbl.com., 1998.

GAROFOLI, SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva
2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, 2005.

GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore
e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Trattato sui
contratti pubblici, M.A. SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di),
Giuffrè, 2008.

GHINI, *L'utilizzo di un sistema di whistleblowing quale ausilio nella prevenzione
delle frodi e dei reati*, in Resp. Amm. Soc. Ent., 2001, 2.

GIAMPAOLINO, *Concorrenza e appalti pubblici negli orientamenti dell'Autorità di
Vigilanza*, in Le regole della concorrenza e i principi comunitari nel
recepimento delle Dir. 2004/18/CE e Dir. 2004/17/CE, Seminari di diritto
comunitario e nazionale sugli appalti pubblici e i servizi, Trento, 8 giugno
2007 Giunta, 2008.

GIAMPAOLINO, PONZONE, *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in Trattato
sui contratti pubblici, M.A. SANDULLI, DE NICOTOLIS, GAROFOLI (a cura
di), Giuffrè, 2008.

GIANNINI, *L'Amministrazione civile*, 1961.

Istituzioni di diritto amministrativo, Giuffrè, 2000.

Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Giuffrè, 1939.

Certeza pubblica, in Enc. Dir., Giuffrè, 1960.

Lezioni di diritto amministrativo, Giuffrè, 1950.

GIUSTINIANI, *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di pubbliche gare*, in La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione, CARINGELLA, GIUSTINIANI, TORIELLO (a cura di), Dike, 2014.

GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005, GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), Giuffrè, 2005.

Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici,
www.ptpl.altervista.org.

GREGORATTI, NUNIN, *I codici di comportamento*, in Lavoro nelle pubbliche amministrazioni, Giuffrè.

GUERINI, *Diritto penale e appalti pubblici: una liaison dangereuse*, in
www.dirittopenalecontemporaneo.it.

GUSTAPANE, *Organizzazione amministrativa e codice di condotta dei dipendenti pubblici*, in Notizie di Politeia, Utet, 2004, 23.

HEIDENHEIMER (a cura di), *Political corruption. Readings in comparative analysis*, New York, 1978.

HOMAS, *Le forme elementari del comportamento sociale*, Angeli, 1975.

HUNTINGTON, *Political order in changing societies*, New York Heaven, Cunn., 1968.

KERNAGHAN, *La promozione dell'etica del servizio pubblico: la via dei codici*, in *Il nuovo governo locale*, 1995.

LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 1911.

LATTANZI, *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare «ad occhi chiusi»?*, in *Riv. Ital. Dir. Lav.*, 2010, 2.

LISO, *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Lavoro alle dipendenze della Pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000.

LOMBARDI, *Fedeltà*, in *Enc. Diritto*, XVII, Giuffrè, 1968.

Giuramento, in *Novi. DI*.

LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, Relazione al Convegno su "Codice 50, atto secondo" organizzato dall'IGI, svoltosi a Roma il 14 giugno 2016, in *Giustamm.it*, 2016, 6.

LORIA, *I protocolli di legalità contro il pericolo infiltrazioni*, in *Guida al diritto - Il Sole 24 ore*, 24 novembre 2012, n. 47.

LORIGA, *La subordinazione e la violazione dei doveri istituzionali del lavoratore in quanto facente parte della comunità aziendale*, Seduta del 18 marzo 1965, in *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione collettiva*, Giuffrè, 1966.

MAGATTI, *Corruzione politica e società italiana. Potere, mercati, gerarchie. Storici, economisti e sociologi a confronto*, il Mulino, 1996.

MAINARDI, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, 2012.

Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro, in *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, MAINARDI (a cura di), Giappichelli, 2012.

MALTONI, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015.

MANGANI, *Resta il rebus applicativo delle norme sui commissari anticorruzione*, in www.ediliziaeterritorio.ilsoleventiquattrore.com, 22 agosto 2014.

MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *La democrazia come problema*, Il Mulino, 1994.

MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in *Diritto penale e Processo*, 2011, 9.

MASTRAGOSTINO, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Giappichelli, 2017.

MATTARELLA, *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002.

Le regole dell'onestà. Etica, politica e amministrazione, il Mulino, 2007.

Il diritto dell'onestà. Etica pubblica e pubblici funzionari, Il Mulino, 2007.

Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione, in Percorsi costituzionali, Cedam, 2012.

L'etica pubblica e i codici di condotta. Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, in Lavoro e diritto, 1994, 4.

MAZZONI, *La problematica delle sanzioni disciplinari nella contrattazione collettiva*, Seduta del 20 Febbraio 1965, in *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione collettiva*, Giuffr , 1966.

MELE, *La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici*, Relazione presentata al Convegno Confindustria «Concorrenza come bene pubblico», Vicenza, marzo 2006.

MELIS, *La burocrazia*, Il Mulino, 2008.

MEYER, *Lahrbuch des Deutschen Strafrechts*, Erlangen, 1883.

Das disciplinar und Beschwerderecht fuer heer und marine, Liepzig, 1910.

MERANI, *Brevi riflessioni generali sul nuovo codice dei contratti pubblici (con l'auspicio di un decreto correttivo)*, in www.lexitalia.it, 8 giugno 2016.

MERLONI, *Al servizio della Nazione*, MERLONI, CAVALLO PERIN (a cura di), FrancoAngeli, 2009.

I codici di comportamento, in Libro dell'anno del diritto Treccani, 2014.

Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialit  delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilit  e incompatibilit  degli incarichi (art. 1, commi

49 e 50), in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, MATTARELLA, PELLISSERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

La nuova disciplina degli incarichi pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 8-9.

Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, www.treccani.it.

La trasparenza amministrativa, Giuffrè, 2008.

MERLONI, PONTI, *La trasparenza*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, VANDELLI, MERLONI (a cura di), Astrid, 2013.

MIGLIO, *Genesi e trasformazione del termine-concetto di Stato*, Giuffrè, 1981.

MOR, *Le sanzioni disciplinari e il principio del nullum crimen sine lege*, Giuffrè, 1970.

MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 1991.

Norme giuridiche e merito amministrativo, in *Stato e diritto*, 1941.

NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Giuffrè, 1955.

NESPOR, *Considerazioni sul dibattito in merito ai dipendenti nullafacenti: e ora, che si fa?*, in *Rip. Riv. Imp. Dirig. Pubbl*, 2007.

NICOTRA, *L'autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, 2016.

NYE, *The impact of independence on Two African Nationalist Parties*, in J. Butler and A. Castagno (eds.), *Boston University Papers on Africa*, New York, 1967.

NOVELLO, TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2002.

NOVIELLO, *La natura privatistica o pubblicistica degli atti del procedimento disciplinare*, in Quaderni Formez, Il procedimento disciplinare, 2004.

PALAZZO, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze University Press, 2011.

PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in Enc. Dir., Giuffrè, 1989.

PARSONS, *Il sistema sociale*, Giuffrè, 1962.

PATRONI GRIFFI, *Sistemi di valutazione collettiva e rispetto degli standard*, in Il Piano Brunetta e la riforma della Pubblica amministrazione, Atti del seminario tenuto nella Facoltà di scienze statistiche della Sapienza Università di Roma il 13 maggio 2009, PEREZ (a cura di), Maggioli editore, 2009.

PINELLI, *Art. 98, I comma Cost.*, in Commentario alla Costituzione, BRANCA (a cura di), Zanichelli.

PIOGGIA, *Gli enti locali di fronte all'attuazione della riforma Brunetta. Chi crede nelle autonomie?*, in Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta, Bologna, GARDINI (a cura di), BUP, 2012.

PIOTROWSKI, *The "Open Government Reform" Movement*, in American Review of Public Administration, 2017, 2.

PIPERATA, *Corruzione e contratti pubblici alla luce dell'aggiornamento del PNA 2015*, Relazione al convegno "La prevenzione della corruzione alla luce

dell'aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione”, Bologna, 2016.

L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, MASTRAGOSTINO (a cura di), Giappichelli, 2017.

PIRAS, *Il buon andamento nella P.A. fra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Il diritto dell'economia: rivista di dottrina e di giurisprudenza*, 2015.

POZL, *Bluntschli und Brater's Staatswartebuch*, 1873, IX.

PIZZORNO, *La corruzione nel sistema politico*, in *Lo scambio occulto*, DELLA PORTA (a cura di), Il Mulino, 1992.

PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli Editore, 2012.

La vigilanza e le sanzioni, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 8-9.

Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della P.A. (art. 1, commi 39, 40, 42 e 43), in www.treccani.it.

RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, MATTARELLA, PELLISSERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

- Correttezza*, in Dizionario di diritto pubblico, CASSESE (diretto da), Giuffrè, 2006.
- RAGAZZO, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, Giuffrè, 2008.
- RAZZANTE, *Whistleblowing e nuova legge anticorruzione*, in [www.diritto24](http://www.diritto24.it), il sole24ore.com.
- ROBERTS, *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age*, Cambridge MA, Cambridge University Press, 2006.
- ROGOW, *Politics, Personality and Social Science in the Twentieth Century: Essays in Honor of H.D. Lasswell*, Chicago: University of Chicago Press.
- ROMAGNOLI, *Così uguali e così diversi*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1993.
- ROMANO, *Il funzionario*, in Digesto italiano, vol. XI, Utet, 1892-1898.
- ROMEO, *Spunti critici sulla nuova disciplina del rapporto di pubblico impiego*, in Dir. Lav., 1993.
- ROSMINI, *Filosofia morale. Trattato della coscienza morale*, Pogliani, 1839.
- ROSSI, *I principi del diritto amministrativo*, Giappichelli, 2015.
- RUINI, RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e spoils system* (Nota a Corte Costituzionale 23 marzo 2007 n. 103 e 104, www.astrid-online.it).
- RUSSO, *Pubblico impiego* (voce), www.treccani.it, 2014.
- SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici*, in Cass. Pen., 2012.

SALERNO, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio introdotte con l'art. 32 del d.l. n. 90 del 24 giugno 2014*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2015, 2.

SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Jovene, 1981.

M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Diritto*, Giuffrè, 2004.

M. A. SANDULLI, CANCRINI, *I contratti pubblici*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, MERLONI, VANDELLI (a cura di), Astrid, 2010.

SANTORO PASSARELLI, *La specialità del rapporto e il regime transitorio nella c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Dir. Lav.*, 1993.

SASSANI, *Problemi processuali dopo la riforma del pubblico impiego*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993.

SAVINO, *The right to Open Public Administration in Europe*, Paris, OECD, 2011.

Le norme in materia di trasparenza e la loro codificazione (art. 1 commi 15-16 e 26-36), in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, MATTARELLA, PELLISSERO (a cura di), Giappichelli, 2013.

SEPE, *Identità e 'senso dello Stato' dei pubblici funzionari nella storia unitaria*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001.

SIMONETTI, *La ripubblicizzazione del pubblico impiego*, in www.ilpersonale.it.

SIRIANNI, *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in *La corruzione amministrativa*, MERLONI, VANDELLI (a cura di), Astrid, 2010.

SPADARO, PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012 n. 190)*, in *Il penalista*, 2012.

STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, www.treccani.it.

TENORE, *Perseguire i nullafacenti è possibile e non è facoltativo*, in *Riv. Dir. Lav.* 2006.

Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego, Giuffrè, 2017.

Il manuale del pubblico impiego privatizzato, EPC, 2015.

TENORE, APICELLA, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in contrasto sulla natura attizia o contrattuale delle determinazioni datoriali nel pubblico impiego privatizzato*, in *Foro amm.*, 10.

TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Giuffrè, 2013.

TESTA, *Anticorruzione: come individuare il responsabile della prevenzione*, in *Guida al pubblico impiego*, 2015, 3.

TORCHIA, *La responsabilità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Cassese (a cura di), Giuffrè, 2003.

Il sistema amministrativo italiano, Il Mulino, 2009.

TOSCHEI, *Il procedimento disciplinare in generale*, in AA.VV. *Riforma Brunetta: l'analisi degli esperti, speciale Guida al diritto*, 2009, 47.

TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994.

TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in www.penalecontemporaneo.it.

ULBRICH, *Lherbuch des Osterreichoschen Verwaltungsrechtes*, Wien, 1904.

VANNUCCI, *Le teorie della corruzione: definizioni e modelli*, www.illuminiamolalasalute.it, 2013.

La realtà economica della corruzione: analisi di un caso, in *Stato e Mercato*, 1992.

Atlante della corruzione, Edizioni Gruppo Abele, 2012.

Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione, in *Legare pubbliche: il futuro di un modello*, G. D. Comporti, (a cura di), Editoriale Scientifica, 2011.

VANNUCCI, CUBEDDU, *Lo spettro della competitività*, Rubbettino, 2006.

VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, in *Commentario alla Costituzione*, Branca (a cura di), Zanichelli.

VIANO, *Etica pubblica*, Laterza, 2002.

VIGANÒ, *Ne bis in diem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it.

VIGOUROX, *Deontologie des fonctions publiques*, Paris, 2006.

VILLATA, *Prime considerazioni in tema di privatizzazione del pubblico impiego e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993.

VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2015.

VIOLA, *Nullafacienti e sommerso amministrativo: due facce della stessa medaglia?*, in *Rip. Riv. Imp. Dirig. Pubbl.*, 2007.

VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Giuffrè, 2002.

ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014.

ZOPPOLI, *Il potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *QDLRI*, 1991, 9.

