

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIII - Nuova serie

n. 3/2014

NUMERO MONOGRAFICO

Atti del Convegno internazionale

STRUMENTI DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE NELLA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA ORDINAMENTO
ITALIANO E ORDINAMENTO BRASILIANO

INSTRUMENTOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENTRE OS ORDENAMENTOS
JURÍDICOS ITALIANO E BRASILEIRO

(Palermo, 9-10 maggio 2014)

a cura di

MARIA IMMORDINO – NICOLA GULLO – CRISTIANO CELONE



NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIII - Nuova serie
N. 3/2014 (settembre-dicembre)

INDICE

DOTTRINA

- MARIA IMMORDINO
Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano. Relazione introduttiva 395
- EMERSON GABARDO
A nova lei anticorrupção brasileira: aspectos controvertidos e os mecanismos de responsabilização das pessoas jurídicas 415
- FABRÍCIO RICARDO DE LIMAS TOMIO - ILTON NORBERTO ROBL FILHO
Controle do poder judiciário: estruturas teóricas da accountability judicial e análise crítica da atuação do Conselho nacional de justiça brasileiro de 2005 a 2013 427
- ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA
Corruzione e impunità in Brasile 453
- ENEIDA DESIREE SALGADO
Finanziamento ai partiti politici in Brasile: corruzione e democrazia 469
- ANA CLAUDIA SANTANO
O desenvolvimento de políticas públicas e o direito fundamental de participação política. A regulação da atividade de lobby no contexto democrático 489

| | | |
|--------------------------|--|-----|
| LUCA R. PERFETTI | <i>Sulla distinzione tra procedimento e processo. Diritto brasiliano e tradizione giuridica italiana alla luce della riforma del procedimento amministrativo introdotta dalla legislazione anti-corruzione</i> | 501 |
| NICOLA GULLO | <i>La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione</i> | 521 |
| SANDRO AMOROSINO | <i>Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo</i> | 543 |
| FRANCESCO MANGANARO | <i>Trasparenza e obblighi di pubblicazione</i> | 553 |
| ALFREDO CONTIERI | <i>Trasparenza e accesso</i> | 563 |
| MARGHERITA RAMAJOLI | <i>Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni</i> | 577 |
| CRISTIANO CELONE | <i>Le responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni</i> | 591 |
| ELENA QUADRI | <i>I controlli antimafia e il giudice amministrativo</i> | 617 |
| MARIA CONCETTA D'ARIENZO | <i>Prevenzione e repressione della corruzione con particolare riferimento alla disciplina del conflitto di interesse ed ai connessi profili della responsabilità</i> | 637 |
| JOLE BUGGIA | <i>Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici</i> | 675 |
| MARCELLA TROPIA | <i>La figura del responsabile della prevenzione della corruzione negli enti locali</i> | 687 |

Dottrina



Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione
tra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano.
Relazione introduttiva

di Maria Immordino

SOMMARIO: 1. La diffusione della corruzione in Italia ed in Brasile. Cause, effetti e rimedi prospettati in entrambi gli ordinamenti. - 2. Le politiche di contrasto al fenomeno corruttivo. - 3. Segue: in Brasile. - 4. Segue: in Italia.

1. *La diffusione della corruzione in Italia ed in Brasile. Cause, effetti e rimedi prospettati in entrambi gli ordinamenti*

Il tema della corruzione, politica ed amministrativa, ha un rilievo di carattere internazionale, considerato che quasi tutti i paesi, con poche eccezioni, ne sono colpiti, anche se il grado di corruzione è diverso da paese a paese, con punte più o meno elevate, così come diverse sono le politiche pubbliche di contrasto al fenomeno.

Conferma della diffusione planetaria del fenomeno e della sua costante espansione, emerge oltre che dal *Corruption Perception Index* (CPI) - ossia l'indicatore pubblicato annualmente, a partire dal 1995, da *Transparency International* che ordina i paesi del mondo sulla base del livello secondo il quale l'esistenza della corruzione, intesa come "l'abuso di pubblici uffici per il guadagno privato", viene percepita¹ - dalla circostanza che la lotta alla corruzione costituisce ormai da tempo una delle priorità nelle agende politiche internazionali, anche a causa della profonda crisi che coinvolge le più avanzate economie.

Indicativi sono al riguardo anche quei documenti adottati da Organizzazioni internazionali volti a contrastare il fenomeno della corruzione. Si pensi, per fare qualche esempio, alla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003²; alla Convenzione penale sulla cor-

¹ Nel 2003 il sondaggio includeva 133 paesi; nel 2007, 180.

² Ratificata in Italia con la legge 3 agosto 2009, n.116.

ruzione adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999³; alle direttive comunitarie in materia di riciclaggio ed autoriciclaggio (in particolare alla direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, e alla direttiva 2006/70/CE della Commissione, del 4 agosto 2006); alle conclusioni del Consiglio dell'Unione europea (5/6 giugno 2014) sull' *EU Anticorruption Report* della Commissione; alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottata dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000; nonché, alla Convenzione dell'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997⁴, espressione, quest'ultima, di una *governance* di alcuni aspetti, come la corruzione nell'ambito del commercio internazionale, della globalizzazione dell' economia mondiale.

Fenomeno, questo della corruzione, i cui costi economici diretti ed indiretti, oltre a quelli di ordine etico/sociale, sono notevoli, anche se un calcolo preciso, soprattutto dei primi, non è possibile, considerato che spesso si tratta di prassi nascoste. Secondo la World Bank nel mondo ogni anno hanno le tangenti pagate assommano più o meno a mille miliardi di dollari, con una incisione di circa il 3% del PIL mondiale.

L'accostamento, nell'odierno convegno di studi, fra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano nell'esame delle politiche pubbliche messe in atto dai due Paesi per contrastare la corruzione politica ed amministrativa - in una prospettiva di tipo comparato che consenta di raffrontare l'esperienza giuridica italiana con quella brasiliana - è innegabilmente "azzeccato", essendo molti gli elementi comuni che al riguardo i due Paesi presentano.

I due Paesi sono infatti accomunati da una storia pluridecennale di corruzione pervasiva, tranne poche eroiche eccezioni, delle istituzioni e della società, che ha lasciato nella realtà politico-amministrativa di entrambi una pesante eredità. Non è esagerato dire che esistono pezzi massicci della classe politica ed amministrativa che hanno maturato abitudini, aspettative, regole di condotta, prassi di illegalità e criteri di legittimazione delle condotte illecite, tali da far parlare di una vera e propria cultura della corruzione⁵. In Brasile, poi, a differenza che in Italia, il fenomeno corruttivo interessa anche il potere giudiziario, in quanto, pur non essendo oggetto di particolari interferenze politiche, così come capita in altri

³ Ratificata in Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110.

⁴ Dal 4 luglio 2001 sono pienamente efficaci in Italia le norme anche penali introdotte dal nostro paese in esecuzione della Convenzione dell'OCSE. Da quella data è in vigore anche il Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 che disciplina la responsabilità amministrativa delle società per i reati di corruzione sia interna che all'estero, emanato in forza della delega al Governo disposta dall'art.11 della Legge 300/2000.

⁵ Così, A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B. G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 25 ss.

paesi latino-americani, l'indipendenza di cui godono i Tribunali brasiliani sembra averli esonerati dalla trasparenza e da ogni forma di responsabilità, sicché corruzione, peculato, nepotismo, vendita delle sentenze, sono prassi diffusissime alle quali il Consiglio Nazionale di Giustizia, istituito nel 2004, ha cercato di porre un freno attivando numerosi procedimenti disciplinari che hanno portato anche alla destituzione di giudici corrotti⁶.

In entrambi i Paesi l'Amministrazione pubblica e la sua riforma per assicurarne l'efficienza, la trasparenza, l'imparzialità della relativa azione, costituisce da anni un punto cruciale dell'agenda politica di qualunque Governo, così come diffusa è la percezione che la stessa, anche per il fatto di presentare consistenti sacche di corruzione, costituisca una delle principali barriere allo sviluppo economico – sociale del Paese.

Non a torto, pertanto, i due Paesi sono considerati ad elevato tasso di corruzione. Entrambi infatti hanno un punteggio quasi simile nella classifica elaborata annualmente da *Transparency International* sulla corruzione “percepita”: i dati, riferiti al 2012, assegnano un 3,8 al Brasile a fronte di un 3,9 assegnato all'Italia, punteggio ben lontano da quel 10 che certifica un sistema “pulito”. Rispetto al 2011, mentre il Brasile risale quattro posizioni, dalla 73^a alla 69^a, l'Italia invece scivola dalla 69^a alla 72^a. Insomma un “balletto” di dati che non sposta comunque i due Paesi dalla metà della classifica e che segna un netto distacco rispetto alle nazioni che guidano il *ranking*, quali Danimarca, Finlandia e Nuova Zelanda, a pari merito con 90 punti su 100, e stabili rispetto al 2011.

Orbene, al di là del grado di attendibilità che si ritiene di riconoscere a queste graduatorie, non c'è dubbio che, in ogni caso, esse hanno un'influenza negativa su quei soggetti quali, ad esempio, le società di consulenza che valutano il rischio politico e, dunque la stabilità, dei vari paesi, valutazioni sulle quali poi gli imprenditori basano le decisioni di investimento o meno in un dato paese.

La percezione della corruzione, in altri termini, incide sulla crescita di un paese, poiché, come è stato osservato “siamo su un terreno dove la percezione conta, perché ispira i comportamenti e diventa realtà futura”⁷. Da qui la fuga dall'Italia e dal Brasile, proprio a causa dell'alto grado di corruzione percepita, di investitori stranieri, ma anche locali.

Gli effetti della corruzione e dell'illegalità sul buon andamento dell'amministrazione, sulla competitività, sulla libertà di impresa e, più in generale, sullo sviluppo economico/sociale dei territori interessati dal fenomeno non hanno bisogno di essere sottolineati.

Così come non è dubbio che corruzione ed illegalità sono in contrasto con i principi di buon governo e di etica della politica e che, se di livello “sistemi-

⁶ In argomento, E. M. DE QUEIROZ BARBOZA, *Corruzione e impunità in Brasile*, in questo volume.

⁷ G. MAURO, *Corruzione, etica ed efficienza*, *Il Mattino*, 10 febbraio 2014.

co”, minacciano gravemente la democrazia, l’equità e la giustizia sociale⁸. E’ noto come il Brasile, la cui popolazione sfiora i 193 milioni di abitanti, in grado maggiore che l’Italia sia dilaniato da grandi sperequazioni sociali.

La situazione è ulteriormente aggravata dal perverso e nefasto intreccio tra i fenomeni corruttivi e le mafie locali, soprattutto in settori particolarmente sensibili, quale quello degli appalti pubblici. Settore nel quale la corruzione determina un aumento dei costi che finisce, inevitabilmente, con il riflettersi sulla spesa pubblica e, di conseguenza, anche sui servizi per i cittadini.

I costi economici della corruzione, lo ricordavo prima, sono enormi. In Italia, secondo un calcolo della procura generale della Corte dei Conti (2012), la corruzione costa ai cittadini da 50 a 60 miliardi di euro all’anno. Dati che sono stati ridimensionati dalla stessa procura nelle relazioni successive, comunque sempre indicativi dell’elevato grado di corruzione raggiunto dal Paese. La comparazione internazionale del resto è impietosa. La metropolitana di Milano negli anni che precedono “mani pulite” è costata 192 miliardi di lire al chilometro, quella di Amburgo 45.

L’impatto di tali costi sulla crescita di entrambi i Paesi è particolarmente pesante, ciò in quanto la corruzione diffusa altera la libera concorrenza e favorisce la concentrazione della ricchezza in capo a coloro che accettano e beneficiano del mercato della tangente a scapito di coloro che invece ne rifiutano la prassi. Né, meno rilievo, quanto ai costi economici, ha la circostanza che la sola discesa nella classifica di percezione della corruzione elaborata annualmente da *Transparency International* provoca la perdita del sedici per cento circa degli investimenti stranieri.

Ai costi economici, non va sottovalutato, si aggiungono poi i costi morali, in termini non soltanto di sfiducia, o meglio, di disaffezione dei cittadini verso le istituzioni di entrambi i Paesi, con conseguente delegittimazione delle stesse istituzioni democratiche, ma anche, il che è ancora più grave, in termini di assuefazione all’illegalità ed alla corruzione.

Indicative sono al riguardo le già richiamate conclusioni del Consiglio dell’Unione europea sul “*detrimental impact of corruption on values of democracy and rule of law principles*”.

La sfiducia dei cittadini nelle istituzioni e nei meccanismi di legittimazione democratica, la fuga degli stessi dalla politica, l’astensionismo, in aumento in occasione di ogni competizione elettorale, tanto stigmatizzata a tutti i livelli, non è altro che la reazione ad una “questione morale”, sollevata in Italia da Berlinguer già nel lontano 1981, quale problema centrale della politica italiana, che non solo è stata sottovalutata dai partiti, sia di governo che di opposizione - del resto tutti coinvolti all’epoca nell’illegalità del sistema di finanziamento - ma che negli anni

⁸ F. PATRONI GRIFFI, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in www.federalismi.it, n. 14/2014.

si è notevolmente acuita. Basti pensare agli attuali scandali che hanno investito, sia pure in modo diverso, i vertici di tutti i partiti, nessuno escluso. Di questi mesi sono gli scandali, per indicarne soltanto alcuni, che hanno investito l'Expo Milano 2015, il Mose di Venezia, Roma con Mafia capitale e la Marina militare di Taranto, al centro, quest'ultima, di un giro di tangenti imposte da alcuni ufficiali, secondo tecniche proprie della mala vita organizzata, come sottolineato dal giudice per le indagini preliminari. Ma non esenti dal fenomeno corruttivo sono stati gli appalti relativi alla costruzione d'opere pubbliche, d'importo rilevante, in occasione di grandi eventi o della ricostruzione *post* sismica in Abruzzo e in Emilia per fare qualche esempio.

E ciò nonostante la stagione di "mani pulite" abbia portato in Italia all'adozione di alcune misure, sia di diritto costituzionale che di diritto amministrativo, quali la modificazione del sistema di autorizzazione a procedere nei confronti dei membri del Parlamento; l'introduzione del sistema elettorale maggioritario, sia nazionale che locale; nuove norme in materia di appalti; misure di semplificazione amministrativa e di accesso ai documenti amministrativi; misure volte ad assicurare la trasparenza dei processi decisionali, in particolare di quelli concernenti la concessione di sovvenzioni o contributi pubblici; misure volte alla razionalizzazione del sistema della documentazione antimafia o, più di recente, a garantire la tracciabilità di tutte le spese, oltre a quella dei flussi finanziari di cui alla legge 136/2010.

Lo stesso è avvenuto in Brasile, dove la "questione morale" e la lotta alla corruzione che attanagliava il partito conservatore al governo da anni, nonostante le leggi anticorruzione emanate fin dal 1990⁹, hanno costituito il cavallo di battaglia delle campagne elettorali per le presidenziali di Lula, prima, e della Rousseff, dopo.

Tuttavia, gli scandali del *Mensalão* e di *Petrobras* hanno portato alla luce la natura strutturale del fenomeno, talmente diffuso tra tutti i partiti da farlo considerare una invariante della politica brasiliana.

Il primo ha coinvolto infatti il *Partido dos Trabalhadores*, compresi i vertici e lo stesso presidente Lula, che proprio dell'etica e della lotta alla corruzione aveva fatto, lo ricordavo prima, una delle sue principali bandiere nella campagna elettorale. Almeno 4 milioni di euro, secondo i Giudici del Supremo Tribunale Federale - le cui udienze sono state seguite in tutto il Paese da un enorme pubblico, tanto che è stata prevista una copertura *live* degli eventi, commentati di volta in volta in diretta dai professori della *Getulio Vargas Foundation* - sono stati pagati in tangenti ai parlamentari dell'opposizione per assicurare al governo Lula la maggioranza alla Camera dei deputati. L'amara constatazione di qualche commentatore è stata che per portare a casa dei risultati Lula, sul quale erano riposte

⁹ Su questa legislazione, E. M. DE QUEIROZ BARBOZA, *Corruzione e impunità in Brasile*, cit.

le speranze di superamento della diffusa situazione di corruzione che attanaglia il Paese, aveva dovuto accettare le regole del gioco e diventare come gli altri.

Quanto alla *maxi* inchiesta su *Petrobras*, questa ha portato alla luce un sistema di fondi neri e tangenti che, tra il 2004 e il 2012, ha gonfiato le casse di tutti partiti, compreso il Partito dei lavoratori dell'attuale presidente Dilma Rousseff, peraltro in molti di quegli anni proprio alla guida del colosso petrolifero brasiliano. Così confermando lo scetticismo di Foucault secondo cui "il potere non ha un fuori, per entrare devi essere fatto della stessa pasta".

Innegabile è comunque il fatto che con i governi Lula e Rousseff, a differenza dei governi conservatori precedenti, la lotta alla corruzione ha assunto oggi un nuovo slancio, anche per le pressioni dell'opinione pubblica e delle organizzazioni internazionali, con i procuratori che per la prima volta non nascondono i processi, con la polizia federale attiva nel perseguimento dei corruttori e dei corrotti, con le commissioni parlamentari d'indagine che non insabbiano ma cercano, per quanto possibile, di portare alla luce il fenomeno senza sconti per nessuno dei soggetti compromessi.

Per quanto concerne le cause¹⁰, queste, in Italia, sono state individuate dalla commissione istituita dal Ministro Patroni Griffi nel dicembre 2011, nella presenza di posizioni monopolistiche di rendita; nell'attribuzione a soggetti ed organi di direzione politica di poteri ampiamente discrezionali, concernenti decisioni politiche in ordine ad attività economiche e sociali, discrezionalità che si traduce nella determinazione di investimenti e di spesa pubblica, nell'esercizio di poteri di licenza, autorizzazione, concessione, oppure nei poteri di nomina in campo sociale ed economico oltre che nel settore pubblico; nella possibilità per gli agenti pubblici di utilizzare come merce di scambio informazioni riservate e confidenziali che il corruttore può utilizzare per ottenere decisioni a lui favorevoli; nella mancanza di trasparenza nei processi decisionali, ed i conseguenti ritardi nell'attuazione dell'*open data*, quale strumento per la realizzazione dell'*e-government*, vale a dire la partecipazione attiva e collaborativa dei cittadini all'esercizio della funzione amministrativa; nella mancanza, ovvero nel basso grado di *accountability* o di responsabilità, nel senso di rendicontazione dell'esercizio del potere da parte degli agenti pubblici, agli organi di controllo, interni ed esterni. A questi possono, inoltre, aggiungersi, quali fattori che hanno contribuito ad alimentare la corruzione frenando quei meccanismi che avrebbero potuto disinnescarla: la scarsa efficienza del sistema giudiziario e, segnatamente della repressione penale, dovuta, in particolare, alla disciplina delle prescrizioni ed alla depenalizzazione del reato di falso in bilancio; la scarsa percezione da parte degli elettori degli scandali politici, con conseguente inoperatività di sanzioni politiche; una collusione non dichiarata

¹⁰ Su cui F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Pasigli, 2010.

tra i partiti, di governo e di opposizione. Infine, ma non per importanza, la scarsa consapevolezza del disvalore del fenomeno corruttivo e una crescente assuefazione da parte dei più allo stesso.

Un quadro dal quale emerge una corresponsabilità a tutti i livelli nella diffusione del fenomeno corruttivo, vissuto tutt'al più come un male talmente radicato da essere ormai inevitabile.

In Brasile le cause sottese ai fenomeni corruttivi sono per certi versi le stesse del sistema italiano, con una variante data da una strutturale corruzione della magistratura con conseguente inefficienza del sistema giudiziario che negli anni ha assicurato l'impunità dei corrotti e dei corruttori.

2. *Le politiche di contrasto al fenomeno corruttivo*

Quanto alle politiche messe in atto per contrastare il fenomeno corruttivo, in entrambi gli ordinamenti si assiste ad una evoluzione degli strumenti giuridici di lotta alla corruzione, dato che nell'ultimo decennio si è passati da un modello basato essenzialmente sulla predisposizione di misure repressive di carattere penale, che sanzionano *a posteriori* le condotte corruttive, ad un assetto normativo che, attraverso l'utilizzazione degli strumenti tipici del diritto amministrativo, punta, da un lato, alla prevenzione del malcostume politico e amministrativo, sull'esempio di alcuni paesi occidentali, come la Francia¹¹, rimuovendo tutte quelle situazioni o condizioni di ordine funzionale o organizzativo nell'esercizio del potere pubblico che possono agevolare la realizzazione dei comportamenti illeciti con finalità corruttive o concussive. L'importanza della prevenzione nella lotta alla corruzione era stata del resto sottolineata già da tempo, sia in Italia che in Brasile, oltre che dalla dottrina, dalle diverse commissioni di studio o di indagine, di nomina sia governativa che parlamentare. Dall'altro, punta alla trasparenza, intesa come pubblicità di tutte le informazioni in possesso dell'Amministrazione, attraverso l'introduzione di istituti volti a garantire l'*"open government"*. Sul presupposto che la trasparenza e la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali, con particolare riferimento alla gestione delle risorse finanziarie pubbliche, può costituire uno strumento efficace di contrasto alla corruzione. Come sancito, del resto, dalla già richiamata Convenzione dell'ONU, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003, che all'art. 9 impone agli Stati contraenti l'adozione di misure di trasparenza nella gestione delle risorse finanziarie e nella stipulazione degli appalti pubblici, fertili terreni entrambi di fenomeni corruttivi oltre che di infiltrazioni da parte delle mafie locali. Il successivo art.10 invita gli stessi contraenti alla diffusione di informazioni che "permettano agli utenti di ottenere

¹¹ *Loi n. 93 – 12 du 29 janvier 1993.*

se del caso, informazioni sull'organizzazione, il funzionamento, i processi decisionali delle p. p. A.A.”

E' stata la constatazione che una corretta applicazione delle procedure di gara o di procedimenti decisionali trasparenti possano costituire, già a monte, una barriera a pratiche corruttive¹², che ha spinto, soprattutto negli ultimi anni, entrambi i Paesi - a fronte anche di segnali sempre più corposi di insofferenza verso i corrotti, sia politici che agenti pubblici, da parte dei cittadini, delle imprese sane, del sistema produttivo in generale - ad adottare politiche che puntano alla prevenzione del malcostume politico ed amministrativo, rimuovendone le relative cause. Un sistema imperniato oltre che su strumenti operativi il più possibile efficaci, anche sulla cultura dell'integrità, intesa come comportamento "onesto" nel perseguimento del bene comune¹³.

In questa prospettiva sono stati previsti interventi volti al recupero della centralità dell'etica pubblica, attraverso la disciplina dell'incandidabilità per i condannati; la disciplina di codici etici e di condotta, contenenti regole di comportamento per quanti lavorano per la collettività; la disciplina delle incompatibilità e dell'inconferibilità e dei conflitti di interesse; della responsabilità disciplinare, a livello individuale; la disciplina dei controlli interni; della trasparenza amministrativa e dell'accesso all'informazione; della partecipazione dei cittadini ai processi decisionali; l'uso diffuso delle nuove tecnologie dell'informazione.

Tutti istituti che facilitano la responsabilità, il controllo diffuso sull'azione amministrativa, la *performance* organizzativa.

In Brasile, ad esempio, sono state emanate delle *Simulas*, alcune vincolanti, come quella che ha proibito il nepotismo, corrispondenti in linea di massima ai nostri codici etici. Sul presupposto, in altri termini, che una efficace politica di prevenzione della corruzione postula anche una rigenerazione etica dell'Amministrazione pubblica e della classe politica.

Nondimeno, se risulta comune la direttrice di politica del diritto nella lotta al fenomeno della corruzione, che ha portato entrambi i Paesi all'approvazione di leggi, nel 2012 l'Italia, nel 2013 il Brasile, dalle quali emerge l'intenzione di attivare sistemi di contrasto alla corruzione e di miglioramento della *governance* dell'economia, diverse sono le soluzioni giuridiche concretamente elaborate dalla legislazione italiana e da quella brasiliana, anche tenuto conto delle specifiche cause, di natura sia economica che socio - culturale.

Ecco perché il Convegno odierno costituisce l'occasione per valutare, in un'ottica comparata, i vantaggi e i rischi che presentano i due differenti approcci

¹² G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art.1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 125 ss.

¹³ B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2014, 309 ss.

legislativi al problema della corruzione in termini, soprattutto, di efficacia dell'azione di prevenzione.

3. *Segue: in Brasile*

Nel sistema brasiliano, così come è avvenuto negli altri Paesi dell'America Latina ed, in particolare, in Colombia e Messico, a seguito di una mobilitazione popolare su larga scala - che ha coinvolto anche le classi medie emergenti - contro la corruzione, oltre alle pressioni delle organizzazioni internazionali, è stato varato un sistema anticorruzione con pene severe per gli individui e le imprese colpevoli di corruzione, frode nelle pubbliche forniture e manipolazione delle offerte.

L'approvazione di queste normative ha coinciso con un irrigidimento dei controlli sulle transazioni commerciali in America Latina predisposta dal DG e dalla SEC statunitensi. Negli ultimi mesi sono stati presi provvedimenti contro società in Argentina, Brasile, Messico, Panama e Venezuela, colpevoli di violazioni del *Corrupt Practices Act* (FCPA).

È prevedibile per il futuro un'escalation dei procedimenti vertenti sull'FCPA in America Latina, e ciò in quanto il rischio di una costante diffusione della corruzione nei paesi dell'area rimane sempre molto elevato.

In Brasile, dopo che nel giugno/luglio 2013, milioni di persone - indignate per il fatto che i soldi per la costruzione degli stadi per i mondiali 2014 erano stati sottratti ai servizi di base per la popolazione - si sono riversate nelle strade di oltre 100 città brasiliane, per manifestare contro la corruzione, foriera anche di una spesa pubblica eccessiva, e denunciare la mancanza di trasparenza istituzionale da parte del governo, la classe politica si è vista costretta ad approvare un progetto di legge anticorruzione per certi versi rivoluzionario, progetto che per oltre tre anni era rimasto insabbiato nel Congresso.

Nota come "Legge anticorruzione imprenditoriale (*Lei Anticorrupção Empresarial*)," la legge federale 1 agosto 2013, n. 12846, è anche il risultato degli impegni internazionali assunti dal Brasile in vista dei campionati di calcio del 2014 e delle olimpiadi del 2016 nella lotta contro la corruzione, oltre che degli impegni assunti in attuazione della Convenzione sulla lotta alla corruzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), ratificata dal Brasile nel giugno del 2000.

La grande novità della legge federale brasiliana, che ha visto un'ampia partecipazione della società civile nel corso della sua elaborazione, è la previsione di un sistema di responsabilità oggettiva, secondo quella che è una tendenza che si sta affermando a livello internazionale.

In particolare, la legge prevede forme di responsabilità diretta, civile e amministrativa, a carico delle persone giuridiche per gli episodi di frode e concussione commessi dai propri agenti, a vantaggio loro o della stessa persona giuridica,

nei rapporti con le pubbliche Amministrazioni, a decorrere dal mese di gennaio 2014, data di entrata in vigore della legge stessa.

Il cambio di rotta è evidente, anche se parte della dottrina ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale su tale previsione. Prevedendo infatti la normativa preesistente solo forme di responsabilità personale, da accertarsi, peraltro, attraverso processi lunghi e defatiganti per la difficoltà di provare la colpa o il dolo dell'imputato, oltre che per la corruzione degli stessi giudici brasiliani.

Tra le sanzioni amministrative previste rilevano il sequestro del patrimonio della persona giuridica, la possibilità del suo inserimento in una *blacklist* e l'esclusione da contratti futuri, oltre al divieto per la stessa di ricevere incentivi, sussidi, sovvenzioni o prestiti da parte di enti pubblici. Nei casi più gravi, con l'intervento di un giudice, all'impresa può essere comminata la sospensione o l'interdizione dalle proprie attività, fino ad arrivare allo scioglimento. A queste sanzioni si aggiunge l'iscrizione delle imprese riconosciute corrotte nel "Registro nazionale delle imprese non idonee e sanzionate", istituito dal decreto 516/2010.

È importante sottolineare che la responsabilità oggettiva non esclude il perseguimento dei soggetti coinvolti.

La legge ha un ambito di applicazione molto vasto, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Riguarda infatti il potere esecutivo, il potere legislativo e quello giudiziario, e tutte le articolazioni territoriali federative: Unione, Stati, Distretto federale e Municipi. Si applica inoltre a tutte le persone giuridiche, indipendentemente dalla loro forma organizzativa, privata o pubblica¹⁴.

La legge prevede un sistema premiale per le imprese che adottano programmi di conformità efficaci (controlli interni e di conformità con le norme etiche), che collaborano attraverso la confessione di atti di corruzione e si impegnano ad evitare in futuro pratiche corruttive.

Un'altra importante novità contenuta nella legge è data dall'introduzione del "contratto di tolleranza", con cui possono essere ridotte le sanzioni alle organizzazioni, qualora queste contribuiscano all'identificazione dei responsabili o forniscano la prova documentale di comportamenti illegali.

La legge anticorruzione rafforza l'importanza dei meccanismi di *governance* e di conformità delle organizzazioni della società civile, contribuendo alla creazione di una cultura aziendale di integrità e trasparenza.

Anche il fatto che il Brasile, come il Messico e la Colombia, abbia intrapreso iniziative per l'*open government* costituisce un indizio rilevante verso quelle forme di amministrazione aperta considerate, a ragione, un valido strumento di contrasto alla corruzione¹⁵.

¹⁴ In argomento, E. GABARDO, *A nova lei anticorrupção brasileira: aspectos controversos e os mecanismos de responsabilização das pessoas jurídicas*, in questo volume.

¹⁵ <http://www.opeggornpartnership.org>.

Ma anche il profilo della corruzione politica ha costituito in Brasile oggetto, negli anni più recenti, di una normativa puntuale volta, per fare qualche esempio, ad impedire ai condannati di candidarsi, ma anche diretta a consentire alla Corte Suprema Brasiliana di processare i governanti senza la preventiva autorizzazione a procedere del Parlamento (legge 135/2010). Una legge del 1999, la n. 9840, sancisce il divieto per i candidati di acquistare i voti, nonché l'uso degli uffici delle pubbliche Amministrazioni a fini elettorali.

Per quanto concerne il finanziamento, considerato foriero di corruzione, dei partiti politici, la costituzione del 1988 vieta quelli provenienti da organizzazioni o governi stranieri ed impone un controllo sulle spese. Contestualmente garantisce loro l'accesso al Fondo speciale di Assistenza finanziaria ai partiti, costituito da soldi pubblici, il diritto d'antenna, ovvero l'accesso alla radio ed alla televisione, l'autonomia.

E' ammesso il finanziamento privato, sotto forma di donazioni, per le campagne elettorali, ma con alcuni limiti¹⁶. In particolare, poiché i finanziamenti possono ben costituire il credito futuro che i soggetti finanziatori avanzeranno nei confronti dei partiti finanziati, le proposte di legge sul tema insistono sulla massima trasparenza sui donatori, sulle spese, sui programmi finanziati e poi portati avanti dai partiti, nonché sulla necessità di stabilire un limite massimo ai finanziamenti medesimi.

4. *Segue: in Italia*

Nel sistema italiano, dopo un lungo processo normativo che è culminato nell'approvazione della legge-delega n. 190 del 2012, cd. legge anti-corruzione, e nell'emanazione dei due decreti legislativi attuativi n. 33 e n. 39 del 2013, è stata finalmente introdotta una disciplina generale in materia di contrasto alla corruzione, che si propone come obiettivo principale di arginare, attraverso strumenti oltre che repressivi, anche preventivi, il malcostume presente nella pubblica Amministrazione italiana.

In passato, a fronte dell'inefficacia dei controlli amministrativi e degli anticorpi interni agli apparati politico/amministrativi, in assenza anche di una seria politica di prevenzione, alla magistratura penale è stato attribuito un ruolo di "supplenza".

Ruolo, tuttavia, per certi versi depotenziato dal regime delle prescrizioni, basato su tempi ormai talmente ridotti da rendere poco temibile il processo penale, con conseguente rafforzamento della percezione di impunità da parte dei soggetti della corruzione.

¹⁶ In argomento, E. D. SALGADO, *Finanziamento ai partiti politici in Brasile: corruzione e democrazia*, in questo volume.

Diversamente, si è sperimentato che hanno un'efficacia maggiormente dissuasiva, in termini repressivi, strumenti tipici del diritto amministrativo, quali le sanzioni disciplinari e la responsabilità erariale¹⁷.

La cit. l. n.190 del 2012, punta sicuramente più sulla corruzione amministrativa che sulla corruzione politica, anche tacendo ad esempio sulla trasparenza dei finanziamenti alla politica; potenzia i codici di comportamento degli agenti pubblici, prevedendo l'obbligo dell'adozione di codici etici anche per ciascuna magistratura e per l'avvocature dello Stato, ma non ne prevede per i politici; tace sul conflitto di interessi dei parlamentari, ma disciplina la materia dell'inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi dei dipendenti pubblici.

La legge si propone quindi come obiettivo quello di contrastare le diffuse pratiche di *maladministration* e di corruzione nell'amministrazione italiana. La sensazione, colta dai primi commentatori della legge, è quella di una classe politica che non riesce ad affrontare i problemi ed i difetti che la caratterizzano, trascurando, come gli scandali passati e recenti hanno crudelmente posto in evidenza, l'intreccio perverso tra politica e amministrazione nei fenomeni di corruzione.

La legge presenta una lacuna di non poco conto, non si occupa infatti della corruzione privata, nonostante sia indubitabile lo stretto collegamento tra questa e la corruzione, sia politica che amministrativa. Il falso in bilancio, per fare un esempio, costituisce quasi sempre lo strumento per la predisposizione di fondi occulti per il pagamento di tangenti¹⁸. Ma la legge 190 non ne ha rivisto la relativa disciplina, così come auspicato da più parti, diversamente da come ha fatto per il reato di corruzione. Ma, altre lacune sono da segnalare, come l'assenza di regole di contenimento dello *spoils system*, che ha in pratica depotenziato il principio della separazione tra politica e amministrazione; la mancata introduzione di regole di incompatibilità e di codici di comportamento per i titolari degli uffici di *staff*; il mancato rafforzamento dei corpi tecnici ed ispettivi; la mancata disciplina, come avviene all'estero, del *lobbying*¹⁹, ovvero di quelle cordate, sempre più trasversali, che operano per condizionare i poteri pubblici, rivolgendosi, tuttavia, più che alla politica, come avveniva in passato, alla burocrazia, dove oggi risiede il potere effettivo.

In particolar modo, i recenti provvedimenti legislativi non solo hanno riformulato alcune fattispecie penalmente rilevanti (come il reato di corruzione), ma hanno anche rilanciato alcuni istituti giuridici già presenti nella normativa previgente, come gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni

¹⁷ Sul tema, C. CELONE, *Le responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione delle informazioni e delle situazioni di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in questo volume.

¹⁸ B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, n. 2/2013.

¹⁹ Su cui, R. DI MARIA, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa. Tipicità ed Interferenze del modello statunitense*, Franco Angeli Ed. 2013, ove ampi riferimenti bibliografici.

a carico delle pubbliche amministrazioni, i vincoli in materia di incandidabilità alle elezioni politiche ed amministrative e di incompatibilità ed inconfiribilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati sottoposti a controllo pubblico; i limiti nella scelta dei contraenti privati.

E' stato, inoltre, introdotto un sistema organizzativo e gestionale²⁰ che fa perno, da un lato, sulla CIVIT²¹, indicata come nuova Autorità nazionale anticorruzione²², con funzioni (rafforzate dalla l. n. 221/2012 di conversione del d.l. n. 179/2012²³ e dalla l. n. 114/2014 di conversione del d.l. n. 90/2014) di raccordo con le altre autorità nazionali, di vigilanza e controllo sull'efficacia delle misure di prevenzione adottate dalle Amministrazioni e sul rispetto della normativa in materia di trasparenza, nonché di sanzione (pecuniaria) nel caso in cui i soggetti obbligati non adottino i piani triennali di prevenzione della corruzione, i programmi triennali della trasparenza o i codici di comportamento. Chiamato ad affiancare nella sua attività l'Autorità è il Referente unico per la prevenzione della corruzione, figura introdotta presso ogni Amministrazione, con funzione anche di vigilanza del complessivo sistema anticorruzione. Dall'altro, il sistema, s'impernava sul Dipartimento della funzione pubblica al quale spettavano funzioni normative, esecutive, di coordinamento e supporto diretto alle Amministrazioni, anche sulla base degli indirizzi impartiti, attraverso l'elaborazione di linee guida, da un Comitato interministeriale, istituito e disciplinato dall'art. 1, co. 4, della cit. l. n. 190. Le funzioni del Dipartimento della funzione pubblica in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione sono state però trasferite dalla legge n. 114/2014 all'Autorità nazionale anticorruzione. Un ruolo importante, di sostegno all'azione di prevenzione spetta inoltre alla Scuola superiore della pubblica Amministrazione, chiamata a predisporre percorsi, anche specifici e settoriali, di formazione dei dipendenti delle pubbliche Amministrazioni statali sui temi dell'etica pubblica e della legalità.

Il nuovo apparato amministrativo presenta una ripartizione delle funzioni che, pur presentando delle criticità, fa comunque chiarezza rispetto al passato²⁴.

La legge 190, inoltre, punta molto, configurandolo come il principale strumento di indirizzo in materia di prevenzione della corruzione – essendo rimessa

²⁰ Su cui, P. CANAPARO, *I nuovi protagonisti della lotta alla corruzione nelle pubbliche Amministrazioni*, in www.federalismi.it, n. 16/2013.

²¹ Istituita dall'articolo 13 del d. lgs. n. 150 del 2009, con il compito precipuo di favorire la diffusione della legalità e della trasparenza nelle pp. AA.

²² Secondo quanto previsto dall'art. 5, co. 3, del d.l. n. 101/2013, convertito dalla legge n. 125/2013, in materia di razionalizzazione della pubblica amministrazione.

²³ G. LEONORI, *Norme in materia di Pubblica amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, n. 3/2013.

²⁴ Sui soggetti responsabili della prevenzione della corruzione, G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione, La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 71 ss. ; N. GULLO, *La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, in questo volume.

allo stesso la delineazione dei modelli organizzativi e gestionali che dovranno essere adottati - sul “Piano nazionale anticorruzione”, elaborato a livello governativo, e sui piani triennali che, a valle, ogni singola Amministrazione, comprese quelle regionali e locali, sarà chiamata ad approvare.

La riuscita del sistema di pianificazione, configurato come un tassello importante nell’impianto anticorruzione previsto dalla nuova legge è incerta, legata a fattori diversi e molteplici, come l’*asistematicità* del complesso normativo che, si è notato in dottrina, si riflette negativamente sulla messa a fuoco della funzione del piano, del quale non risulta ben chiaro “*come, dove e perché*” lo stesso si relazioni ed interagisca con gli svariati meccanismi ed istituti delineati dal legislatore²⁵. O, ancora, il sostegno politico che riceverà e il grado di fiducia che sullo strumento riporranno gli stessi organi responsabili della sua elaborazione ed attuazione. Non è escluso che a valle si dia vita ad una sorta di “taglia e incolla”.

Inoltre, come dicevo prima, la legge 190 interviene su entrambi i versanti, quello della repressione penale - attraverso la riformulazione di alcune fattispecie penalmente rilevanti, come il reato di corruzione²⁶ - e quello della prevenzione. Con prevalenza, comunque, di quest’ultimo profilo che costituisce, come emerge dal comma 59 dell’unico art. 1, il *fil rouge* che percorre tutta la legge, secondo un approccio suggerito dalla Convenzione ONU del 2003, richiamata nella stessa legge 190.

Nella Convenzione gli strumenti repressivi, penali ed amministrativi, costituiscono infatti l’ultima *ratio*, ai quali ricorrere in caso di fallimento delle misure di prevenzione.

Nell’ambito delle politiche di prevenzione della corruzione la legge 190 ed i decreti attuativi, hanno anche perfezionato, lo ricordavo prima, alcune tecniche giuridiche amministrativistiche già presenti nel nostro ordinamento.

Mi riferisco, in particolare, agli obblighi a carico delle pubbliche amministrazioni, di pubblicità, di trasparenza e diffusione delle informazioni sull’organizzazione, sull’azione amministrativa e i relativi processi decisionali.

Della trasparenza la legge del 2012 ne ribadisce - sulla scia del decreto legislativo n. 150 del 2009, con il quale si pone in linea di continuità - la natura di livello essenziale delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali e delega il Governo all’emanazione di apposite norme, oggi contenute nel d.lgs. n. 33/2013, meglio conosciuto come Codice sulla trasparenza, successivamente integrato dal d. l. n. 90 del 2014, conv. in l. n. 114/2014.

In tale decreto la trasparenza viene definita come “accessibilità totale delle informazioni che riguardano l’organizzazione e l’attività delle pp. AA., allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche”, essendo, infatti, lo scopo del d.lgs. n. 33 proprio quello di consentire ai cittadini un controllo democratico sull’attività delle Ammini-

²⁵ S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, cit.

²⁶ D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione. Un primo commento*, in www.federalismi.it, 2012.

strazioni e sul rispetto, tra gli altri, dei principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza dell'azione pubblica.

Sono chiare le difformità della trasparenza, così come è stata positivizzata dal Codice del 2013, rispetto alla trasparenza come principio dell'azione amministrativa²⁷ (art. 1, l. 241/90); o come strumento per il controllo sull'uso delle risorse pubbliche o, ancora, per il controllo della *performance* dei dirigenti, strumento, in questo caso, volto a garantire un miglioramento di efficienza e di produttività nelle attività istituzionali e nei servizi pubblici²⁸ (d. lgs. 150/2009). Altrettanti evidenti sono le differenze rispetto al diritto di accesso, disciplinato dalla l. 241/90, configurandosi infatti la trasparenza come un vero e proprio diritto all'informazione, in funzione di partecipazione democratica dei cittadini, consentendo loro il controllo dei poteri istituzionali propri di un ordinamento democratico²⁹.

Come si è detto in dottrina, la trasparenza "è certamente tutto questo"³⁰ ma, oltre che uno strumento rivolto al conseguimento di altri interessi tutelati dall'ordinamento, è anche un "valore di tipo finalistico, espressione di democrazia politica e amministrativa"³¹, in quanto consente ai cittadini il controllo dei poteri istituzionali propri di un ordinamento democratico³²; strumento, quindi, strettamente connesso ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, oltre che mezzo per assicurare la legalità, ed in questa logica, strumento di contrasto alla corruzione.

In questa prospettiva, oltre alla previsione di nuovi e più incisivi obblighi di pubblicità, concernenti anche la situazione patrimoniale dei politici, è stato stabilito il principio della totale accessibilità delle informazioni, sull'esempio, ma con alcune differenze, del *Freedom of Information Act* (FOIA) statunitense, con conseguente garanzia dell'accessibilità di chiunque lo richieda a qualsiasi documento o dato in possesso delle pp. AA. e per i quali esiste l'obbligo di pubblicità, salvo, quindi, i casi in cui la legge lo esclude espressamente (es. per motivi di sicurezza). Ed è stato introdotto l'istituto dell'accesso civico, sia pure temperato da limiti in funzione di garanzia dei dati sensibili, a tutela, in particolare, della dignità della persona, come suggerito anche dal Garante della *privacy* con il parere n. 49 del 7 febbraio 2013³³.

²⁷ Già prima della stessa legge 241 sul valore della trasparenza, R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 e ss.

²⁸ F. PIZZETTI, in F. PIZZETTI - G. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Studi CIS ANCI EDIK editore 2010, 29.

²⁹ F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 11 e ss.

³⁰ A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in questo volume.

³¹ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2013.

³² F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, cit.

³³ In argomento, F. MANGANARO, *Trasparenza ed obblighi di pubblicazione*, in questo volume.

Oltre alle regole sulla pubblicità e sulla trasparenza, la legge contiene norme in materia di appalti pubblici e gestione delle risorse finanziarie, nonché in materia di procedimento amministrativo.

Il settore degli appalti pubblici, del quale la mafia “imprenditrice” è venuta nel tempo ad assumere un dominio quasi monopolistico, costituisce, com’è noto, anche fertile terreno della più eclatante corruzione, politico/amministrativa.

La legge 190, interviene nel settore, specificando e razionalizzando la disciplina sulla *white list*³⁴, strumento di semplificazione della documentazione antimafia, poiché l’iscrizione nelle stesse sostituisce l’informativa antimafia; introducendo disposizioni finalizzate ad assicurare la massima trasparenza nelle gare d’appalto, attraverso la posizione di precisi obblighi informativi a carico delle Amministrazioni aggiudicatrici. Trattasi dell’obbligo di pubblicare nei propri siti *web* istituzionali, in forma semplificata, tutte le informazioni relative alla scelta del contraente ed alla procedura selettiva e segnatamente le informazioni relative alla struttura proponente, all’oggetto del bando, all’elenco degli operatori invitati a presentare offerte, all’aggiudicatario, all’importo di aggiudicazione, ai tempi di completamento dell’opera, al servizio o fornitura, all’importo delle somme liquidate. Informazioni che dovevano essere trasmesse all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), le cui funzioni sono state, a seguito della soppressione, trasferite all’ANAC, alla quale spetta trasmettere alla Corte dei conti l’elenco delle Amministrazioni inadempienti.

Quanto all’istituto dell’arbitrato, le nuove disposizioni, intervenendo sulla scelta degli arbitri ed i loro compensi, chiudono definitivamente l’annosa *querelle* circa l’assunzione di arbitrati da parte di magistrati, ordinari ed amministrativi, oltre che per gli avvocati dello Stato ed i componenti di commissioni tributarie, ponendo loro un divieto assoluto di assumere le relative funzioni.

In materia di procedimento amministrativo le norme, che hanno introdotto nell’impianto della l. 241 del 1990 modelli processuali, sono state giudicate dai primi commentatori irragionevoli, comunque superflue, in quanto non del tutto pertinenti al tema del contrasto alla corruzione³⁵.

E’ stato previsto un obbligo di motivazione per gli accordi *ex art.* 11. Il che, per la verità, è incomprensibile, poiché appesantisce inutilmente il procedimento, considerato che già nel 2005, con la l. n. 15, si è previsto che gli stessi siano preceduti da una deliberazione unilaterale, motivata, della p. A.

³⁴ Su cui, J. BUGGIA, *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in questo volume. Più in generale sul sistema della prevenzione amministrativa e il sindacato giurisdizionale si rinvia a E. QUADRI, *I controlli antimafia e il giudice amministrativo*, in questo volume.

³⁵ M. CLARICH, B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 59 ss.

L'altra previsione, che lascia perplessa la dottrina, ma sulla quale occorre riflettere circa gli scopi possibili perseguiti dal legislatore, è quella relativa all'obbligo di provvedere (co. 38, art. 1), con una motivazione semplificata, anche in presenza di istanze manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate.

La norma, con la quale un istituto del codice del processo amministrativo è stato trasfuso nel procedimento amministrativo³⁶, sembrerebbe avere uno scopo di semplificazione procedimentale, ma al riguardo è certo che a fronte di una simile istanza l'Amministrazione difficilmente adotterebbe un provvedimento ampiamente motivato. Né sembra diretta ad ampliare l'obbligo di provvedere, se così fosse appesantirebbe inutilmente, in contrasto con il principio di buon andamento, il lavoro dell'Amministrazione, considerata anche una giurisprudenza ormai consolidata che esclude obblighi di provvedere a fronte di simili istanze. Potrebbe essere diretta ad evitare la formazione del silenzio assenso, e in questo senso avere una funzione di prevenzione della corruzione.

L'altra disposizione è quella che ha introdotto nel corpo della l. 241 l'art. 6 *bis*, che sancisce l'obbligo di astensione e di segnalazione da parte del responsabile del procedimento e dei titolari degli uffici delle situazioni, anche solo potenziali, di conflitto di interessi nell'adozione di pareri, valutazioni tecniche o provvedimenti finali.

Si tratta anche in questo caso di norma superflua? Vero è che quest'ultima ribadisce un principio già vigente nell'ordinamento, quale l'obbligo di astensione, ricorrendo determinati presupposti, che discende direttamente dal principio di imparzialità il quale comporta il dovere di parità di trattamento, il divieto di favoritismi e l'obbligo di procedere ad un contemperamento di tutti gli interessi comunque coinvolti nel procedimento. Ma non credo che il tema possa essere liquidato tacciando di superficialità la norma. Alcune riflessioni si impongono³⁷.

In attuazione della legge 190 (art. 1, commi 49 e 50) nel 2013 è stato emanato il d. lgs. n. 39 contenente disposizioni in materia di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi nelle pp. AA. e presso gli enti privati in controllo pubblico, con l'obiettivo di prevenire potenziali conflitti tra interesse pubblico e interessi particolari, nonché quello di assicurare l'imparzialità dei funzionari amministrativi³⁸.

³⁶ L.R. PERFETTI, *Sulla distinzione tra procedimento e processo. Diritto brasiliano e tradizione giuridica italiana alla luce della riforma del procedimento amministrativo introdotta dalla legislazione anti-corruzione*, in questo volume.

³⁷ Al riguardo, M. D'ARIENZO, *Obblighi di astensione e di segnalazione nel procedimento amministrativo e pienezza della tutela*, in *www.federalismi.it*, n. 1, 2015.

³⁸ M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in questo volume.

Quanto all'ambito soggettivo la nuova disciplina si applica soltanto ai dirigenti, interni ed esterni, ed ai soggetti con incarichi di responsabilità amministrativa di vertice. Sono esclusi dal suo ambito di operatività i componenti degli organi d'indirizzo politico³⁹.

Inoltre, per l'importanza della materia che interseca i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, il legislatore, all'art. 22, ha introdotto una generale clausola espressa di prevalenza rispetto alle diverse disposizioni previste dalla normativa regionale in materia di inconferibilità e incompatibilità.

Configurano, in particolare, situazioni di inconferibilità (art. 1, co. 2, lett. g), che impediscono il conferimento di determinati incarichi, il pregresso svolgimento di cariche politiche o incarichi di vertice in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o lo svolgimento di attività professionali a favore di questi ultimi. Obiettivo del legislatore in questi casi è quello di evitare che, proprio in ragione della carica ricoperta, il soggetto interessato possa preconstituirsì una situazione di favore ai fini dell'attribuzione di un nuovo incarico di carattere amministrativo, esercitando, quindi, la pubblica funzione a vantaggio proprio e non dell'Amministrazione.

Situazioni ulteriori di ipotesi di inconferibilità sono, inoltre, quelle determinate da condanne penali per reati contro la pubblica Amministrazione, e ciò al fine evidente di evitare gravi danni all'immagine della pubblica Amministrazione.

Quanto alle cause d'incompatibilità, che sono complementari rispetto alle cause di inconferibilità, il legislatore ne ha individuate due: quella tra incarichi amministrativi e cariche in enti di diritto privato, regolati o finanziati da pp. AA., nonché lo svolgimento in proprio di attività professionale regolata o retribuita dalla stessa Amministrazione che conferisce l'incarico, nel caso in cui gli incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali comportino poteri di vigilanza o controllo sulle attività svolte da tali enti; quella tra incarico amministrativo e cariche di componenti di organi di indirizzo politico.

L'obiettivo delle citate previsioni è quello di garantire l'imparzialità del funzionario e, di conseguenza, dell'amministrazione, evitando tutte quelle situazioni che, nell'ottica delle finalità della legge n. 190, sono considerate dal legislatore come "sintomatiche" per la diffusione della corruzione nella p. A.

Nella stessa prospettiva degli impedimenti per i dirigenti si pongono le disposizioni (commi 63 – 65, della l. 190) relative alla incandidabilità a cariche elettive dei soggetti condannati, con estensione della disciplina alle cariche di governo.

Va, infine, segnalata la disposizione di cui al comma 51 della l. 190, che prevede una disciplina a tutela dei funzionari che denunciano un illecito del quale sono a conoscenza, garantendone, in presenza di determinati presupposti, l'a-

³⁹ Per la critica a tale esclusione, F. MERLONI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 806 ss.

nonimato. Ma, la mancata previsione di misure premiali, come avviene in altri ordinamenti, rischia di rendere inutile la disposizione.

La legge 190, nonostante le lacune o le criticità rilevate, sia pure sinteticamente, va salutata con favore, perché, soprattutto in una con i decreti legislativi attuativi, delinea un sistema di contrasto alla corruzione, basato in primo luogo sulla prevenzione, con ciò allineandosi finalmente agli altri paesi e colmando una lacuna importante dell'ordinamento, vale a dire l'assenza di un programma anticorruzione coordinato.

Ciò detto, nessun dubbio che sono necessari ulteriori interventi da parte del legislatore, ed in questo senso si muovono i disegni di legge pendenti in Parlamento necessari per rendere la legge stessa più incisiva, completandone anche il relativo impianto con la reintroduzione nell'ordinamento di norme che modifichino il reato di scambio elettorale politico – mafioso; dettino una disciplina più severa della prescrizione; rivedano la collocazione sistematica del delitto di riciclaggio, introducendo anche l'autoriciclaggio; cancellino la depenalizzazione *de facto* del falso in bilancio introdotta nel 2002, foriera di sacche di impunità che alimentano il malaffare e pregiudicano l'affidamento dei terzi; introducano misure premiali a favore dei funzionari che denunciano fatti illeciti dei quali sono venuti a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni.

Interventi ancora più necessari alla luce dei primissimi bilanci relativi all'attuazione⁴⁰ della legge 190 che confermano le previsioni, come risulta dal *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, approvato e pubblicato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)⁴¹ nel dicembre del 2013, nel quale sono evidenziati numerosi profili critici che rendono, e renderanno, molto complessa e lenta l'attuazione delle scelte di politica anticorruzione sottese alla legge.

INSTRUMENTS AGAINST THE CORRUPTION IN THE PUBLIC ADMINISTRATION
BETWEEN ITALIAN AND BRAZILIAN LAW. INTRODUCTION

by Maria Immordino

Abstract

This paper examines the anti-corruption policies in the Italian and Brazilian law to underline the similarities and the differences.

After having individualized the causes of the corruption according to the principal international searches, the article analyzes the remedies that have been experimented by the Italian and Brazilian legislator.

⁴⁰ F. DI MASCIÒ, *Il primo anno di attuazione delle politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2014, 273 ss.

⁴¹ Il "Rapporto" è scaricabile dal sito www.civit.it.



A nova lei anticorrupção brasileira: aspectos controvertidos E os mecanismos de responsabilização das pessoas jurídicas

di Emerson Gabardo

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. A responsabilização objetiva. - 3. O âmbito de aplicação da Lei e a responsabilização da pessoa jurídica. - 4. Das condutas tipificadas na lei e suas sanções. - 5. A problemática da independência das instâncias e a vedação ao *bis in idem*. - 6. O processo administrativo punitivo. - 7. Responsabilização Judicial. - 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O histórico brasileiro em termos de leis de combate à corrupção é significativo. Todas as Constituições brasileiras trataram do tema da improbidade¹. Trata-se de uma patologia incrustada na cultura brasileira e que retrata um fenômeno com causas, consequências e tratamentos de elevada complexidade².

A mais recente norma de combate à corrupção no Brasil é a Lei 12.846, de 2013 – que passou a ser chamada de “Lei Anticorrupção Empresarial”. O conteúdo da Lei foi influenciado por outras legislações precedentes, tais como a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), a Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa) e a Lei nº 8.884/94 (Lei do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Entretanto, a edição da norma decorre fundamentalmente de uma forte pressão de organismos internacionais³. Vários países criaram normas semelhantes na última década.⁴ Na Itália, além do Decreto Legislativo 231 de 2011, foi publicada a Lei 190 de 2013 e o Decreto Legislativo 33, de 2013.

¹ M.V. PETRELLUZZI, R.N. RIZEK JUNIOR, *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*, São Paulo, Saraiva, 2014, 30.

² Sobre o assunto, vale a pena a leitura do excelente trabalho de: R.G. LEAL, *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2013.

³ L.O. RAMINA, *Ação internacional contra a corrupção*, Curitiba, Juruá, 2003.

⁴ Em que pese a pioneira e mais antiga seja o *Foreign Corrupt Practices Act*, aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos em 1977, a maioria surgiu muito recentemente. Por exemplo, a Lei britânica é de 2011, a lei mexicana é de 2012 e a lei russa, assim como a brasileira, é de 2013.

Todas normas que se relacionam à questão da transparência e da probidade na Administração.

A proposição legislativa que deu origem à lei foi discutida em uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados. A minuta inicial elaborada pela Controladoria Geral da União recebeu mais de quarenta emendas parlamentares além das contribuições da sociedade civil. Várias audiências públicas e seminários de discussão do projeto foram realizados para a discussão pública. Deste modo, a nova lei parece ser sido elaborada em um ambiente de farta participação popular⁵.

Tomando por base leis pré-existentes e colmatando suas lacunas⁶, a nova Lei brasileira anticorrupção empresarial visa conferir ao poder público mecanismos eficazes e céleres para responsabilizar, educar e obter o ressarcimento do erário em face de atos de corrupção e fraudes praticadas por pessoas jurídicas e seus agentes contra a Administração Pública, atendendo a compromissos internacionais assumidos em convenções pelo Brasil.

A fim de garantir a eficácia da Lei, adotou-se o marco da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira, praticados por seus agentes em seu benefício ou ainda que não proporcione a ela vantagem efetiva. Seu âmbito de aplicação é bastante amplo e abrange qualquer tipo de pessoa jurídica, independente de sua forma de organização⁷.

O maior problema, todavia, é a falta de um maior detalhamento quando a aplicabilidade da lei no nível dos Estados membros da Federação e no dos municípios. Após mais de um ano de edição da lei (e já tendo passado alguns meses de sua vigência), o Decreto regulamentar federal ainda não foi editado. Alguns Estados já estão fazendo a sua própria regulamentação. Ocorre que quanto mais discrepante forem as regulações de cada ente federado, certamente maiores serão as controvérsias existentes, bem com a insegurança jurídica inerente ao sistema.

2. *A responsabilização objetiva*

A Lei adota como marco político a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica com o objetivo de colocar à disposição da Administração Pública meios

⁵ M.A.B. ORTOLAN, I.G. ROCHA, F.A.P. REIS, *Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos – questões centrais do projeto de lei nº 6.826/2010*, in G. DE SALLES GONCALVES, E. GABARDO (coords.), *Direito da Infraestrutura*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, 159 ss.

⁶ J.A.A. SANTOS, M. BERTONCINI, U. COSTODIO FILHO, *Comentários à lei 12.846/2013*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, 49 ss.

⁷ J.U.J. FERNANDES, K.A.S. COSTA, *Breves comentários à lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira*, in M.D. DO NASCIMENTO, *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013*, Belo Horizonte, Fórum, 2014, 37.

eficazes para se responsabilizar as pessoas jurídicas corruptoras. A legislação brasileira atual prevê apenas meios de responsabilização subjetiva das pessoas jurídicas não estatais e não prestadoras de serviços públicos, o que demanda a persecução da responsabilização dos agentes corruptores através de morosos processos judiciais e a difícil comprovação do dolo ou má-fé destes agentes⁸.

Assim, pela legislação atual, além do processo de responsabilização dos agentes corruptores ser demorado e de difícil comprovação, via de regra, o patrimônio da pessoa jurídica resta ileso e intocável, não recebendo qualquer penalização, mesmo que tenha se beneficiado com os efeitos econômicos decorrentes de ilícito perpetrado. Convém ressaltar que a teoria da responsabilidade objetiva se encontra prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988,⁹ acarretando o dever do Estado de indenizar em razão da prática de ato ilícito, ou até mesmo de ato lícito, que produza lesão na esfera juridicamente protegida de outrem.

Autores como Jorge U. Jacoby e Karina A. Sampaio levantam, contudo, a questão relativa às inconstitucionalidades lei, principalmente no tocante à previsão de responsabilização objetiva da pessoa jurídicas. Em síntese, argumentam os autores: “a Lei nº 12.846/13 fere direito fundamental sobre a individualização da pena e a responsabilidade objetiva; ultrapassa a pessoa do condenado, ferindo as disposições constitucionais que asseguram tais direitos”¹⁰. Autores como Fábio Medina Osório, entretanto, concluem de forma diversa, sugerindo que não há inconstitucionalidade na previsão legal de responsabilidade objetiva. A Constituição Federal e as demais leis, segundo o autor, não estabelecem qualquer impedimento para a instituição de responsabilidade objetiva à pessoa jurídica. Sustenta também não haver impedimento para se estabelecer a responsabilidade com base em outros critérios. Ademais, a Constituição brasileira não teria estabelecido um regime unitário de responsabilização para pessoas físicas e jurídicas, havendo uma clara ruptura no requisito da culpabilidade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador¹¹.

A questão realmente não é pacífica. Há autores, ainda, como Rafael Munhoz de Mello e Alejandro Nieto, que sustentam que a incidência do princípio da culpabilidade afastaria a possibilidade de incidência da responsabilidade objetiva no direito administrativo sancionador¹².

⁸ R.F. BACELLAR, *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, 233 ss.

⁹ § 6º: «As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa».

¹⁰ J.U.J. FERNANDES, K.A.S. COSTA, *Breves comentários à lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira*, cit., 55.

¹¹ F.M. OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo, RT, 2009, 380-381.

¹² R.M. DE MELLO, *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, 186-187.

Porém, analisando todas as posições não parece correta esta interpretação que sustenta a inconstitucionalidade. A Constituição brasileira não exige ou estabelece uma forma de culpabilidade *a priori* para as pessoas jurídicas. Sendo assim, e considerando a liberdade de inovação do legislador, não parece haver qualquer impedimento para a previsão de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica, aplicável em âmbito Administrativo. De fato, nesses casos, a resposta mais adequada se encontraria no Direito Administrativo Sancionador e não no Direito Penal (que demanda a comprovação do elemento subjetivo da conduta), já que as pessoas jurídicas, ao protagonizarem atos ilícitos, acobertam estruturas humanas atrás de um ente fictício, com personalidade e patrimônio distinto das pessoas físicas que a integram, o que torna deveras difícil a comprovação do dolo ou culpa de sua conduta.

Assim, pela teoria da responsabilidade objetiva, sendo a ideia de culpa substituída pela de nexos de causalidade, basta que sejam demonstrados (a) a prática de ato ilícito; (b) por agente da pessoa jurídica; (c) nexos de causalidade entre a conduta e o dano; (d) e o dano. Assim, na ausência de qualquer destes elementos resta afastada a responsabilidade da pessoa jurídica.

E uma vez deslocada a questão para o plano da causalidade, também podem incidir outras hipóteses excludentes e atenuantes da responsabilidade¹³. E, finalmente, é preciso ressaltar que se o ato lesivo foi causado por ato imputável à Administração Pública ou, de qualquer forma, por ato que não guarde nexos de causalidade com a pessoa jurídica, ela não será responsabilizada.

3. O âmbito de aplicação da Lei e a responsabilização da pessoa jurídica

A intenção da lei é ter validade para todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) de todas as esferas federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Ademais, tem como objetivo ser aplicada em todas as pessoas jurídicas, independente de sua forma de organização, desde que pratiquem atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira.

Justamente pelo âmbito de aplicação da lei ser tão amplo, deve-se tomar especial cuidado com as disposições relativas ao processo legislativo, pois a capacidade administrativa e técnica entre o governo federal, os governos estaduais e os governos municipais são enormes. Constata-se, contudo, que tal cuidado não foi levado em consideração pela Lei.

Por estas razões, acredita-se que o grande desafio atual é encontrar uma solução que concilie a abissal diferença entre a capacidade administrativa e técnica do governo federal e a dos governos estaduais e municipais e afaste a elevada insegurança jurídica que foi gerada pela possibilidade de aplicação não uniforme da

¹³ M. JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2009, 1087.

lei por um sem número de órgãos ou entidades administrativas. Foi deixada uma grande margem de discricionariedade ao julgador na escolha da sanção aplicável ao ato lesivo cometido, por exemplo. E isso é totalmente indesejável.

A lei prevê a responsabilização objetiva da pessoa jurídica por atos lesivos praticados em seu benefício ou interesse por qualquer de seus agentes ainda que tenham agido sem poderes de representação ou sem autorização superior e mesmo que o ato praticado não proporcione a ela vantagem efetiva ou que eventual vantagem não a beneficie direta ou exclusivamente.

A responsabilização da pessoa jurídica por ato de agente que tenha agido sem poderes de representação ou sem autorização superior somente poderia ocorrer com a comprovação da efetiva culpa da pessoa jurídica. Do contrário, estar-se-ia a responsabilizar objetivamente a pessoa jurídica por ato de terceiro, o que é flagrantemente inconstitucional.

Isso porque até mesmo a responsabilidade objetiva demanda a demonstração de nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano. Não sendo comprovado o nexo, não há como se falar em responsabilização. Por fim, apesar da Lei prever a responsabilização da pessoa jurídica mesmo que o ato praticado não proporcione a ela vantagem efetiva ou que eventual vantagem não a beneficie direta ou exclusivamente, isso não significa que o dano, algumas vezes, não precisará ser comprovado. Ao contrário, o dano deverá sempre ser demonstrado para fins de responsabilizar uma pessoa jurídica por conduta lesiva à Administração Pública.

A lei estabelece, ainda, a responsabilidade solidária de todas as pessoas físicas integrantes do quadro societário que tenham poder de direção, por ato lesivo praticado pela pessoa jurídica, sob pena de subverter-se a própria finalidade e natureza jurídica do instituto da personalidade jurídica, que tem por objetivo instituir uma entidade que possua autonomia patrimonial daquelas pessoas naturais que a integram.

Nesse sentido, a fim de superar a autonomia patrimonial da personalidade jurídica e ressaltar a possibilidade de responsabilização individual dos dirigentes, administradores ou de outros sócios co-autores ou partícipes do ato lesivo, a Lei abriu a possibilidade de descon sideração da pessoa jurídica em âmbito administrativo sempre que utilizada para a prática dos atos lesivos tipificados, com abuso de direito ou com confusão patrimonial, o que implica em ótimo avanço legislativo. Ao lado disso, foi prevista a responsabilização solidária das entidades integrantes de grupo econômico, sejam de fato ou de direito, pela prática dos atos previstos na lei¹⁴.

¹⁴ D. DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, R.V. DE FREITAS, *A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*, in http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf. Acesso em 26 Abril, 2014.

4. *Das condutas tipificadas na lei e suas sanções*

O grande foco das condutas tipificadas na lei volta-se ao combate de atos de fraude e corrupção praticados no curso de licitações e contratos administrativos contra o Poder Público. O projeto ganha em destaque por sua atual importância pragmática. As condutas administrativamente puníveis previstas no projeto de lei se assemelham aos tipos penais inscritos na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), e a grande novidade é a possibilidade de sancionamento de tais condutas sem a comprovação do elemento subjetivo (dolo), por conta do marco da responsabilização objetiva, que exige apenas a comprovação do nexo da causalidade¹⁵.

As sanções previstas pela prática de atos lesivos à Administração atingem sua finalidade repressiva, vez que são deveras adequadas e eficientes para punir as pessoas jurídicas corruptoras. Por fim, faz importante destacar a particular efetividade que a aplicação administrativa das penas de multa no valor de 0,1% a 20% por cento do faturamento bruto do último exercício da pessoa jurídica, excluídos os tributos (ou então, no montante de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões), e de publicação extraordinária da pena, podem ter para punir pessoas jurídicas corruptoras, desestimulando a prática de tais atos. Não se pode perder de vista, contudo, que a efetividade da lei está diretamente relacionada com a efetividade do processo administrativo sancionador previsto¹⁶.

Uma das principais críticas refere-se à elevada discricionariedade do julgador na aplicação das sanções previstas, em virtude da absoluta inexistência de vinculação objetiva entre os tipos de sanções aplicáveis a cada ato lesivo tipificado. Ademais, há o problema de que muitos dos critérios previstos para o julgador levar em conta no momento da aplicação das sanções são inoportunos ou até mesmo repetidos.

Nesse caminho, também devem ser levados em conta critérios adicionais no momento da “dosimetria da sanção”, para além dos atenuantes e agravantes contidos na lei, dentre os quais podem ser destacados: o histórico de condutas semelhantes, incluindo condenações penais, cíveis e de natureza administrativa contra a pessoa jurídica; e a proporcionalidade e razoabilidade da sanção em relação ao dano.

Mas o ponto mais interessante é a possibilidade de “delação premiada” e de redução da pena em caso de pré-existência de um sistema de *compliance* na entidade acusada¹⁷. Tratam-se de preceitos inovadores, mas que certamente exigirão integração normativa por meio de decreto regulamentar.

¹⁵ M.A.B. OORTOLAN, I.G. ROCHA, F.A.P. REIS, *Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos – questões centrais do projeto de lei nº 6.826/2010*, cit., 169 ss.

¹⁶ D. DE FIGUEIREIDO MOREIRA NETO, R.V. DE FREITAS, *A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*, cit.

¹⁷ IBIDEM.

5. *A problemática da independência das instâncias e a vedação ao bis in idem*

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 37, §4^o¹⁸, a independência das instâncias penal, administrativa e civil na responsabilização de agentes pela prática de ilícitos. E a doutrina confirma tal pressuposto¹⁹. Impera, portanto, a independência entre a responsabilização penal por crime e civil-administrativa por atos de improbidade administrativa em relação aos mesmos fatos. A lei anticorrupção adota regramento neste sentido.

A Carta Magna de 1988, contudo, também estabelece o princípio da vedação de cumulação de sanções ou princípio do *ne bis in idem*, que decorre do princípio constitucional da proporcionalidade e estabelece que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Este axioma é de reconhecimento internacional, sendo objeto de diversos tratados firmados pelo Brasil como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica²⁰.

O problema surge quando se comparam as sanções cíveis-administrativas previstas na nova Lei, com aquelas sanções cíveis-administrativas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, pois as penas de ressarcimento integral do dano, de multa civil, de proibição de contratar com o Poder Público e de proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, do Poder Público, se repetem. Destarte, torna-se necessário discutir se a responsabilização de pessoas jurídicas em diferentes searas jurídicas pelos mesmos fatos e fundamentos incorreria em violação ao *ne bis in idem* ou seria mera decorrência da independência das instâncias.

O Supremo Tribunal Federal já abordou a questão diretamente, posicionando-se no sentido de que uma mesma conduta, caracterizada tanto como ilícito administrativo quanto contravençional penal, poderia ser objeto de sanções em ambas as vias. O julgamento se pautou no argumento de que as diferentes disciplinas legais do feito tinham diferentes embasamentos, de modo que sua aplicação simultânea não resultaria em *bis in idem*²¹.

Desde então, vários outros Tribunais já foram instados a se manifestar a respeito e, seguindo a posição adotada pelo STF, assentaram duas premissas fundamentais em seu favor: prevalência do princípio da independência das instâncias e maior redução de impunidade pela multiplicidade de âmbitos processuais simul-

¹⁸ Art. 37 (...) § 4º: «Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*».

¹⁹ F.M. OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, cit., 322.

²⁰ Ver art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e art. 8º, n. 4 do Pacto de San José da Costa Rica.

²¹ Julgamento do HC 62196 MG, proferido em 26/2/85, 1ª Turma, rel. Min. Rafael Mayer.

tâneos²². Em relação à primeira premissa, deve-se observar que, atualmente, com base em novas lições doutrinárias e estudos de direito comparado, há autores que tem sustentado refletida contraposição à tal entendimento. Nesse caminho, questionando a atual conformação do pressuposto da prevalência da independência das instâncias, Fábio Medina Osório²³.

Ou seja, uma proteção da independência das instâncias não pode ser absoluta, sob pena de resultar em um isolacionismo que seria, na realidade, contrário ao seu fundamento na divisão dos Poderes. Uma dimensão de relativização da independência das searas jurídicas deve-se à imperatividade de toda atuação estatal observar critérios de segurança e coerência o que passa a justificar uma vinculação relativa entre as instâncias.

Em segundo lugar, quanto à premissa de que a desconsideração da vedação do *bis in idem* levaria a uma redução da impunidade, Osório sustenta que a impunidade não resulta da insuficiência de instituições de controle e repressão apurando irregularidades, mas de um déficit de eficiência sobre o qual o esvaziamento da interdição do *bis in idem* só resulta em supressão de direitos e garantias, não em melhora de atuação²⁴.

Em face do exposto, e considerando a atual concepção de independência das instâncias, coloca-se a questão: em razão de um mesmo fato, poderá ser aplicada à pessoa jurídica duas sanções de natureza idêntica, contudo, uma com fundamento na lei anticorrupção e outro com fundamento da lei de improbidade? A resposta não é clara, contudo, parece razoável supor que o princípio do *ne bis in idem* não pode importar em óbice prévio, inviabilizando a tramitação concomitante de diferentes processos punitivos. Contudo, no plano material, é possível e recomendável um enfoque permitindo compensações e atenuações de penas, a partir de uma visão unificatória das sanções e do Direito Punitivo.

É certo que a Constituição assegura que a aplicação das sanções previstas nesta Lei, via de regra, não impede a responsabilização dos agentes pela prática de improbidade administrativa. Contudo, quando sobre os mesmos fatos puderem incidir duas sanções idênticas (de mesma natureza civil-administrativa), a serem suportadas pela mesma pessoa jurídica, entende-se que aí se estaria a haver uma cumulação inconstitucional de penas (por ofensa aos princípios da proporcionalidade e do *ne bis in idem*).

Deve-se ressaltar que a Corte Constitucional da Espanha, na Sentença (STC) 177/99, decidiu que o suporte fático já processado e sancionado por uma instância perfeitamente adequada à sua teleologia conduz a um impedimento à cumu-

²² STJ, 5ª Turma, Min. Laurita Vaz, MS 4736, julgado em 27/5/03 e TRF da 4ª Região, 3ª Turma em julgamento do Agravo de Instrumento 123023, proc. 200204010575245 PR.

²³ F.M. OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, cit., 238.

²⁴ F.M. OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, cit., 282-283.

lação de sanções provenientes de outras searas²⁵. Também na doutrina brasileira há opiniões favoráveis a esta tese²⁶.

6. *O processo administrativo punitivo*

As disposições relativas ao processo administrativo para responsabilização da pessoa jurídica previstas na Lei pecam por sua injustificada simplicidade e pela falta de especificidade na definição dos procedimentos, o que compromete a aplicabilidade prática e a própria eficácia da lei. Apesar de já referido, é interessante destacar que em todas as Audiências Públicas realizadas para a discussão do Projeto de Lei (por iniciativa da Comissão Especial da Câmara dos Deputados) uma das maiores preocupações compartilhadas pelos participantes em relação ao então Projeto de Lei referiu-se justamente ao processo administrativo previsto.

Nos termos iniciais do projeto, a competência para a instauração e julgamento do processo administrativo de apuração da responsabilidade de pessoa jurídica foi entregue à autoridade máxima de cada órgão ou entidade da administração pública dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que deverá agir de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa, sendo que a competência para a instauração poderá ser delegada.

Contudo, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria Geral da União terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas e poderá avocar os processos instaurados por órgãos e entidades com fundamento nesta Lei, para corrigir-lhes o andamento. A lei, contudo, silencia sobre a existência de competência concorrente para eventuais órgãos de controle interno existentes nos Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Uma vez instaurado pelo Chefe dos respectivos Poderes, o processo administrativo passará a ser conduzido por Comissão designada pela autoridade instauradora e composta por servidores estáveis, que deverá concluir o processo no prazo legal. Importa ressaltar que o Projeto de Lei estabelece que deverá ser concedido à pessoa jurídica o prazo de quinze dias para a defesa a partir da intimação. Contudo, não se determinou em que momento a intimação deverá ser feita, circunstância que certamente gerará discussões a respeito do momento adequado para intimação.

Seja como for, o processo administrativo, com o relatório da comissão, deverá ser remetido à autoridade instauradora para julgamento final e, se for o

²⁵ Na STC 177/99, enfrentou-se o sancionamento de um crime ambiental que já havia sido castigado na esfera administrativa. Julgou-se que os aspectos que especializavam a norma penal seriam irrelevantes para o efeito de distinguir as razões da punição administrativa já aplicada.

²⁶ R.M. DE MELLO, *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, cit., 210.

caso, aplicação das sanções previstas. Neste particular, deve-se chamar a atenção para a ausência de previsão do procedimento para a liquidação de eventual pena pecuniária. Em face disso, do modo como as disposições referentes ao procedimento de responsabilização das pessoas jurídicas encontram-se redigidas, muitas críticas podem ser feitas, dentre as quais se destacam as seguintes: a) falta de especificação dos órgãos ou entidades que efetivamente ficarão responsáveis pela instauração e julgamento do processo administrativo, em razão do amplo âmbito de aplicação da lei, que valerá para todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) em todos os entes federados (União, Estados, DF e Municípios); b) inadequação da competência atribuída à autoridade máxima de cada órgão ou entidade da administração pública dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para o julgamento do processo administrativo, pois o julgador poderá estar diretamente ou indiretamente envolvido com o caso; c) previsão de que os membros da comissão poderão formular pedidos judiciais, sem o cuidado de que tenham capacidade para postular em juízo; d) inexistência de dispositivo que preveja a prescrição intercorrente pelo decurso do prazo para a conclusão do processo administrativo em razão de demora imputável ao Poder Público; e) omissão quanto ao procedimento a ser aplicado a fim de quantificar o valor específico da sanção a ser aplicada.

Apesar deste procedimento poder vir a ser operacionalizado no âmbito federal e seus respectivos Poderes, que poderão, até mesmo, instituir órgãos permanentes compostos por pessoas com expertise técnica e competência específica para o julgamento desses casos, esta não é a realidade da grande maioria dos Municípios brasileiros, que sequer contam com órgãos idôneos de controle interno.

Não se pode olvidar que a federação brasileira é marcada por desigualdades regionais. A exemplo disso, destaca-se que no Brasil existem mais de 5.500 Municípios, sendo que quase 80% de toda população brasileira se concentra em não mais que 10% destes Municípios. Assim, logo se percebe que a avassaladora maioria dos Municípios brasileiros não possui ainda condições financeiras, administrativas e técnicas para garantir a adequada e eficaz aplicação da lei²⁷. Ademais disso, a aplicação da lei por um sem número de órgãos ou entidades administrativas, em todos os poderes de todas as esferas federativas, teria o nefasto efeito de pulverizar e multiplicar os entendimentos sobre a aplicabilidade da lei sobre casos idênticos, gerando decisões contraditórias e elevada insegurança jurídica. Não parece ser um ponto positivo deixar-se grande margem de discricionariedade ao julgador na escolha da sanção aplicável ao ato lesivo cometido.

Por todas essas razões, revela-se a necessidade de reelaboração de todo o procedimento relativo ao processo administrativo aplicável, de forma a buscar

²⁷ IBGE, *Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios - Gestão pública 2001*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível via internet em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2001/munic2001.pdf>. Acesso em 22.12.2012.

uma solução que concilie a abissal diferença entre a capacidade administrativa e técnica do governo federal e a dos governos municipais, e confira maior segurança jurídica e efetividade à lei, evitando futuras discussões doutrinárias e judiciais a respeito do adequado procedimento a ser aplicado – notadamente quando a lei prevê um instituto tão pouco usual no Direito brasileiro: o acordo de leniência²⁸.

7. *Responsabilização Judicial*

A Lei estabelece a complementação das sanções administrativas mediante a previsão de sanções judicialmente demandáveis pelas pessoas jurídicas de Direito público (nacional e estrangeiras) lesadas em razão da prática dos atos tipificados e pelo Ministério Público. Todavia, o objetivo da lei é tornar o processo judicial apenas um instrumento complementar ao do processo administrativo²⁹.

Apesar do artigo 37, §4º da Constituição ser expresso a respeito da independência entre a responsabilização penal por crime e civil-administrativa por atos de improbidade administrativa em relação aos mesmos fatos, deve-se observar, contudo, que também vige o princípio da vedação de cumulação de sanções (ou princípio do *non bis in idem*), que decorre do princípio constitucional da proporcionalidade e estabelece que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato.

Assim coloca-se a questão: em razão de um mesmo fato, poderá ser aplicada à pessoa jurídica duas sanções de natureza idêntica (por exemplo, proibição de contratar com o poder público), contudo, uma com fundamento nesta lei anticorrupção e outro com fundamento da lei de improbidade?

É certo que a Constituição assegura que a aplicação das sanções previstas na lei anticorrupção, via de regra, não impede a responsabilização dos agentes pela prática de improbidade administrativa. Contudo, quando sobre os mesmos fatos puderem incidir duas sanções idênticas (de mesma natureza civil-administrativa), a serem suportadas pela mesma pessoa jurídica, entende-se que aí se estaria a haver uma cumulação inconstitucional de penas (por ofensa aos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*). Princípios estes atualmente cada mais defendidos pela doutrina nacional em casos de improbidade administrativa a partir da ideia de proibição do excesso³⁰.

De todo modo a nova lei prevê uma responsabilização da pessoa jurídica na esfera judicial independente da responsabilização administrativa. Dessa for-

²⁸ M. BERTONCINI, *Capítulo V – Do acordo de leniência*, in E. CAMBI, F.A. GUARAGNI (coords.), *Lei anticorrupção: comentários à lei 12.846/2013*, São Paulo, Almedina, 2014, 189 e ss.

²⁹ S. BITTENCOURT, *Comentários à lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, 128 e ss.

³⁰ M.R.G DE MATTOS, *O limite da improbidade administrativa*, III ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006, 520 e ss.

ma, o Ministério Público e as pessoas jurídicas de Direito público interessadas poderão ajuizar ação contra empresas que tenham praticado os atos lesivos no artigo 6º. A ação seguirá o rito tradicional da ação civil pública e será possível o deferimento de medida de indisponibilidade de bens, direitos ou valores garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, nos moldes da Lei de Improbidade, como forma de garantir o resultado que se pretende com as sanções previstas. Caso contrário, poder-se-ia estar diante de ferramenta inútil de combate à corrupção. Portanto, imprescindível que se preveja tal medida acautelatória, cujo desiderato é o de assegurar a execução de eventual sentença condenatória.

THE NEW BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW:
CONTROVERSIAL ASPECTS
AND PENALTY MECHANISMS OF PRIVATE ENTITIES

by Emerson Gabardo

Abstract

The paper aims to study the new Brazilian anti-corruption law. The text makes a descriptive analysis of the liability of private entities that relate to the State. Among the issues addressed, are spotlighted: the scope of the law; typified conducts in the law; penalties provided for in Brazilian legislation; the problem of independence of instances; the fence to bis in idem; and, yet, the administrative process punitive. Finally, the text emphasizes the subsidiary character of the judicial process.

Controle do poder judiciário: estruturas teóricas da *accountability* judicial e análise crítica da autuação do conselho nacional de justiça brasileiro de 2005 a 2013¹

di Fabrício Ricardo de Limas Tomio - Ilton Norberto Robl Filho

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. Um dilema teórico-político: *Accountability*, independência e controle do judiciário. - 3. Reforma do Judiciário (EC 45/2004) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ): solução política para *accountability*, independência, controle e eficiência judiciais. - 4. Hipóteses da literatura comparada: o CNJ aumenta (ou é dotado de mecanismos para) a *accountability*, o controle e a eficiência judiciais? - 5. Evidências: Poderes Regulamentar e Disciplinar do CNJ e Eficiência do Judiciário. - 6. Conclusão. - 7. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu substancial independência ao poder judiciário (garantias institucionais, funcionais e proteção à imparcialidade). De outro lado, antes da reforma do judiciário (EC 45/2004) e da consequente instituição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), facilmente eram observados profundos déficits de *accountability* no judiciário. O problema central deste artigo envolve responder as seguintes questões decorrentes da reforma constitucional: As competências do CNJ geraram novos controles (*accountability*) e redefiniram a independência do judiciário brasileiro? O CNJ promoveu maior eficiência no judiciário? Como resolver a relação institucional (constitucional e teórica), de difícil e delicada conciliação, entre *independência* do judiciário (autonomia administrativa e decisional) e *accountability* (controle externo/interno) das atividades e dos tribunais e membros do poder judiciário?

¹ O levantamento dos dados para este artigo foi realizada pelos membros do Núcleo de Pesquisa “DIRPOL-Direito e Política” (PPGD/UFPR) com o financiamento do CNJ Acadêmico/Capes (2010) e do CNPq/Capes (Edital 07/2011). Uma versão preliminar do artigo foi apresentada no XXXI International Congress of the Latin American Studies Association (LASA 2013, Washington-DC). Agradecemos aos debatedores os comentários, sendo as possíveis imprecisões de responsabilidade dos autores.

O argumento básico desenvolvido, decorrente da análise do desenho institucional do CNJ, é o de que a reforma preencheu algumas lacunas de *accountabilities* presentes no arranjo constitucional de 1988 por meio de mecanismos de *accountabilities* horizontal e vertical não-eleitoral do judiciário. É nítido o desenho institucional do CNJ como instrumento de *accountability* interna do judiciário. Por outro lado, algo não tão claro é a participação do CNJ em uma rede de *accountability* social (vertical não eleitoral) do judiciário. Entretanto, foi incapaz de responder a um dos objetivos da reforma constitucional: a ampliação da eficiência do judiciário.

Por fim, para construção da exposição, o artigo foi estruturado em quatro partes. A primeira aborda as diversas modalidades de *accountability*, a estrutura conceitual da *accountability* e as formas de *accountabilities* no estudo da independência e do controle do judiciário. A segunda analisa a *accountability* no poder judiciário brasileiro, as significativas prerrogativas de independência judiciais e os efeitos institucionais da reforma (EC 45/2004) e das decorrentes funções, composição e competência do CNJ. A terceira define a hipótese de trabalho deste estudo dialogando com a literatura. A última seção examina os dados resultantes do exercício de poder regulamentar e disciplinar do CNJ sobre os tribunais e magistrados, além de verificar alguns efeitos da atuação do CNJ sobre o efetivo aumento da eficiência e da *accountability* judicial.

2. Um dilema teórico-político: *Accountability*, independência e controle do judiciário

Em uma definição preliminar, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa/instituição que recebeu uma atribuição/delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente pelas suas atividades. Na *accountability* vertical típica (eleitoral), os cidadãos sancionam por meio da eleição os agentes estatais pela avaliação de seus atos e pelos resultados promovidos. Em uma variação desse tipo de *accountability* vertical (social), as organizações da sociedade e a imprensa sancionam (por meio de denúncias e exposição pública) agentes estatais eleitos ou não eleitos. Por sua vez, *accountability* horizontal (institucional) ocorre quando agentes estatais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los².

² As relações de *accountability* podem ser encontradas na teoria sobre o Estado de Direito em Hobbes, Locke, Montesquieu, Constant, Federalistas, etc.: conforme O'Donnell (1998, 27-40), Mota (2006, 62-79), Romêo (2009, 171-174), Trebilcock e Daniels (2008, 57-66). É comum indicar o mecanismo de *checks and balances* como uma rede importante de *accountability* horizontal, cf. Diamond, Plattner e Schedler (1999, 3) e Romêo (2009, 171-172).

No exercício do poder judiciário, dotado de garantias extensas de independência e sem mecanismos de seleção por eleições ou nomeação governamental/parlamentar, como o previsto constitucionalmente no Brasil, as formas de *accountability* judiciais encontram-se principalmente na esfera horizontal/institucional, podendo ser diferenciadas como: 1) *accountability* decisional, que significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais; 2) *accountability* comportamental, que se constitui na apresentação de informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade e outros); 3) *accountability* institucional, que diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento, relações com outros poderes)³.

A compreensão do termo *accountability* pressupõe a apreensão das categorias *principal* (mandante) e *agent* (agente ou mandatário), assim como da estrutura analítica da *accountability*: *answerability* (necessidade de dar respostas) e *enforcement* (coação). Dessa forma, *accountability* é uma relação que se estabelece entre *principal* e agente ou entre os agentes entre si [PRZEWORSKI, 2006; O'DONNELL, 2009; NORTH, 1995]. No âmbito dos estudos das instituições democráticas, a grande questão é como construir um arranjo que estimule os atores individuais (agentes) a um comportamento mais benéfico possível à coletividade [ARATO, 2002; MIGUEL, 2005; O'DONNELL, 1998; OFFE 1999; PRZEWORSKI, 2006; PERUZOTTI E SMULOVITZ, 2002]. Ou, como expressa Przeworski [2006, 39], o objetivo “é construir instituições que dêem poder ao aparelho do Estado para fazer o que deve fazer e o impeçam de fazer o que não deve fazer”.

As relações democráticas podem ser analisadas por meio das categorias *principal*/agente. Entretanto, os magistrados são agentes que possuem peculiares relações com o principal: normalmente, não são eleitos⁴. Para que exista uma relação de *accountability* forte, o agente *accountable*: 1) possui o dever de apresentar informações sobre as suas ações ao *principal* e a outros agentes, 2) este é obrigado a justificar suas atitudes e ações e 3) pode ser sancionado ou premiado pelo *principal* e pelos agentes competentes. A ausência da sanção constrói uma forma fraca de *accountability*⁵.

³ Para uma revisão da literatura sobre a *accountability*, propondo, a partir da literatura estrangeira, categorias de *accountability* judicial, cf. Robl Filho, 2013, 97-154.

⁴ Mesmo nos Estados Unidos, onde alguns estados escolhem seus magistrados por meio de eleições, segundo Garoupa e Ginsburg (2008, 212) funcionam em 33 estados os *Merit Plan Systems* (conselhos que nomeiam juizes ou elaboram lista para posterior escolha e nomeação pelo governador).

⁵ Segundo Schedler (1999, 17), sanções *softs*, como destruição da reputação de uma personalidade pública e demissão de um ministro em virtude da conveniência política, nos casos de violações às leis, são relevantes, porém insuficientes.

Na *accountability* horizontal observa-se que existe um agente *accountable* que deve prestar informações e justificações a outro agente competente. Conforme o arranjo institucional, diferentes mecanismos permitem variáveis graus de responsabilização dos agentes estatais⁶ ou resolução dos problemas informacionais que envolvem a relação *principal*/agente. Um modelo pautado na *accountability* eleitoral pura desconsidera substancialmente os papéis da *accountability* horizontal e do constitucionalismo [DIAMOND, PLATTNER e SCHEDLER, 1999, 2; PERUZZOTTI e SMULOVITZ, 2002, 26]. Um poder/autoridade para exercer suas funções necessita da ação e da cooperação de outro poder ou órgão, buscando coibir a existência de *unchecked power* (poder sem controle) [PREZEWSKI, 1999, 328-329].

O principal tipo de agente de *accountability* horizontal independente é o judiciário. Essa configuração institucional do judiciário traz a seguinte questão: quem guarda e como se guarda o guardião? Já na década de noventa O'Donnell [1998, 49] e Przeworski [1999, 330] apontaram a ausência de *accountability* do judiciário brasileiro. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, a discussão sobre a *accountability* judicial relaciona-se, necessariamente, com a independência judicial. As questões sobre *accountability* judicial inserem-se na discussão designada por Schedler [1999, 25] como problemas de segunda ordem de *accountability*. Nesse campo, busca-se responder ao seguinte dilema: como criar instituições com funções de *accountability* que sejam elas mesmas *accountable*?

A busca por solução desse problema encontra-se no contexto de criação de agentes de *accountability* especializados, sendo compostos por membros muitas vezes não eleitos e dotados de independência. Há, pelo menos, três arranjos institucionais descritos para lidar com a ausência de *accountability* sobre agentes não eleitos e independentes: 1) criar um mecanismo de eleição para esses agentes, 2) desenhar relações institucionais dos agentes estatais entre si para que se estabeleçam interações vedando a existência de *unchecked power/agent* e 3) desenvolvimento de relações internas ou externas de *accountability* dentro de uma agência ou poder (como Conselhos de Justiça).

Mecanismos que busquem construir a *accountability* judicial decisional devem ser desenhados com muito cuidado para não afrontar o conceito de independência judicial decisional [BRODY, 2009, 9]. Essa forma de indepen-

⁶ Segundo Przeworski (2006, 68-69): “A verdade é que, nos últimos 200 anos, pensamos pouco sobre o desenho institucional da democracia. Desde a grande explosão do pensamento institucional, quando se inventaram as instituições democráticas atuais – e, sim, elas foram inventadas – praticamente não se viu mais criatividade institucional (...) as últimas grandes invenções políticas foram a descoberta da representação proporcional, nos anos de 1860, e dos partidos de massa, nos anos de 1890 (...) Há, portanto, muito espaço para a criatividade institucional”.

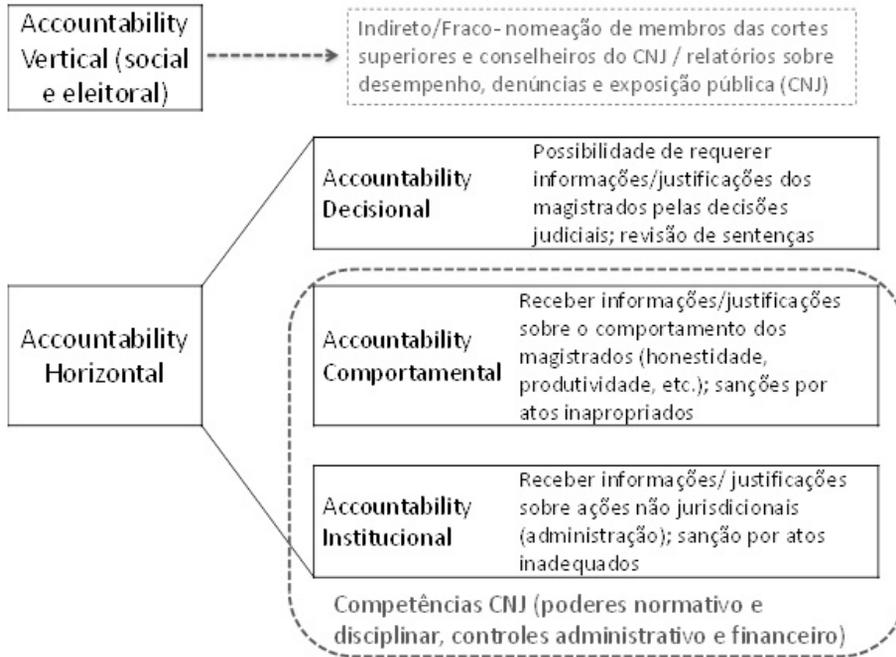
dência afirma que o magistrado deve analisar os casos trazidos à sua jurisdição de acordo com a livre interpretação dos fatos, das leis e da constituição [FEREJOHN, 1999, 353] e também estabelece o sistema de recursos judiciais⁷. O problema em afrontar a independência judicial é que se trata de um valor que se relaciona com Estado Democrático de Direito, especificamente com o império do direito (*rule of law*), com o constitucionalismo e com a democracia [FEREJOHN, 1999, 366-7]. Desse modo, o espaço para aplicação da *accountability* judicial decisional é mais estreito em virtude da independência judicial decisional. Por outro lado, há a *accountability* judicial comportamental e a *accountability* judicial institucional.

Accountability judicial comportamental reside na responsividade dos juízes pela sua conduta perante as partes, os advogados, os funcionários judiciais, etc. Diversas características são albergadas sob a *accountability* judicial comportamental como imparcialidade, integridade, urbanidade e eficiência na prestação judicial, não havendo afronta pelo seu exercício à independência judicial decisional [BRODY, 2008, 10]. Outra relevante dimensão da *accountability* judicial diz respeito ao aspecto institucional. No exercício da função jurisdicional, os magistrados atuam como agentes estatais de *accountability* horizontal em relação aos poderes executivo e legislativo. O poder judiciário também se encontra em um modelo de desenho institucional de *checks and balances*, o qual constrói interações e limitações recíprocas entre os três poderes. Nesse contexto, a independência judicial institucional diz respeito à autonomia de que goza o judiciário por ser um poder estatal independente dotado da função primeira de julgar os conflitos jurídicos [GEYH, 2003, 163].

Entretanto, a grande independência judicial institucional e a forte participação política do judiciário, principalmente pelo controle de constitucionalidade, podem debilitar os mecanismos de *accountabilities* judiciais internos. Uma resposta institucional a esse problema encontra-se na criação de Conselhos de Justiça, com o objetivo de ampliar as *accountabilities* comportamental e institucional, porém não por meio de controle externo, e sim interno. Esse é o caso do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) - o Quadro 1 expressa como as competências do CNJ relacionam-se com o exercício do *accountability* judicial.

⁷ Há um caso emblemático que é lembrado pela literatura sobre independência e *accountability* judiciais: o caso White (BRODY, 2008, 10; ZEMANS, 1999, 627; CARRINGTON, 1998, 115).

Quadro 1 – Modalidades de Accountability Judicial / Competências CNJ



Fonte: Organizado pelos autores.

3. *Reforma do Judiciário (EC 45/2004) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ): solução política para accountability, independência, controle e eficiência judiciais*

As relações de *accountabilities* judiciais são conformadas pelos arranjos institucionais e estabelecem a gradação entre independência e controle do judiciário, como poder constitucionalizado, e dos magistrados e tribunais, como atores individuais e coletivos (agentes). No Brasil, a Constituição Federal de 1988 ampliou a independência judicial. Por outro lado, a Reforma do Judiciário, promovida pela EC 45/2004, e, em especial, pela criação do CNJ, alterou o equilíbrio entre *accountability* e independência judiciais estabelecido em 1988⁸.

A existência de uma organização (burocracias ou judiciário) livre de *accountability* eleitoral amplia a independência desses agentes. A forma de investidura em cargo público por concursos públicos de provas e títulos produz organizações

⁸ Uma análise das competências do CNJ e sua relação com a *accountability* judicial encontra-se em Tomio; Robl Filho, 2013.

qualificadas, mas não necessariamente responsivas. As prescrições previstas no texto constitucional de 1988 sobre a *accountability* no Brasil⁹, representou importante conquista na construção do Estado Democrático de Direito. Entretanto, a legitimidade democrática dos agentes não eleitos continuou limitada. Como não há *accountability* vertical eleitoral sobre esses agentes, a literatura sugere o funcionamento de mecanismos de *accountability* horizontal e outras formas de *accountability* vertical. Essa questão é fundamental na análise do judiciário brasileiro. Isto não significa que após 1988 nenhuma forma de controle foi imposta ao judiciário. A manifestação dos cidadãos, das associações e da imprensa pode expor publicamente um agente público (*accountability* social). Além disso, a nomeação presidencial de magistrados de tribunais superiores após aprovação pelo senado constitui-se em um mecanismo de *accountability* judicial que o executivo e o legislativo podem exercer sem violar a independência judicial decisional.

Entretanto, no Brasil, o judiciário possui extenso rol de garantias institucionais e funcionais, gerando, por decorrência, amplo suporte constitucional à independência judicial. Entre as garantias estão: 1) Autogoverno - Tribunais elege sua cúpula diretiva e elaboram os seus regimentos internos, formulam concursos públicos para o ingresso na carreira de juiz substituto; 2) Competência de iniciativa de leis - Judiciário propõe privativamente ao congresso projetos de lei sobre Estatuto da Magistratura, criação de novas varas judiciárias, alteração do número de magistrados dos tribunais inferiores, criação/extinção e remuneração de cargos de juízes e dos serviços auxiliares, criação e extinção de tribunais e mudança da organização e divisão judiciárias; 3) Administração financeira - compete ao judiciário apresentar sua proposta de orçamento com dotação orçamentária mensal; 4) Garantias funcionais aos magistrados - vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, sendo previstas vedações ao exercício de outro cargo público, ao recebimento de custas ou à participação em atividade político-partidária.

Pela apresentação do desenho constitucional (garantias e prerrogativas) do judiciário brasileiro, a concepção de que esse é um poder extremamente dependente do executivo, defendida por Campos (1990) e por O'Donnell (1998), encontra-se, no mínimo, equivocada. A independência institucional do judiciário brasileira é extensa. Em virtude das garantias institucionais e funcionais do judiciário e do amplo grau de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), o desenho institucional permite forte participação do judiciário como ator político [SADEK, 1999, 298; FEREJOHN, 2002, 41].

Quanto à *accountability* judicial comportamental, a Constituição de 1988 não instituiu mecanismos eficazes que permitissem contrabalançar o elevado grau de autonomia institucional do judiciário. Como prêmio/sanção pelo comporta-

⁹ Sobre a *accountability* na CF 1988, ver. Romão (2009, 179-188) e Mota (2006, 103-133).

mento do magistrado encontra-se a promoção, sendo que esta acontece alternadamente por antiguidade e por merecimento. Essa forma de valorizar o merecimento é insuficiente para concretizar a *accountability* judicial comportamental. A razão é simples: aqueles que não buscam desenvolver uma prestação jurisdicional eficiente e um constante aperfeiçoamento serão promovidos por antiguidade. Após a Constituição de 1988, as corregedorias e os tribunais exerciam controle sobre os magistrados de primeiro grau, porém não realizavam uma fiscalização substancial sobre os juízes de segundo grau. Apesar de existirem deveres judiciais previstos no Estatuto da Magistratura, não se observava mecanismos adequados para a realização da *accountability* judicial comportamental.

Além disso, após 1988, aconteceu uma explosão de demandas apresentadas à jurisdição. Essas questões são responsáveis pela ampliação da relevância e do impacto social do judiciário¹⁰. A ampliação da provocação do judiciário também aumentou a busca por celeridade judicial e pela eficiência na prestação jurisdicional. Uma reforma mais profunda na questão da celeridade e no estabelecimento de maiores redes de *accountability* judicial comportamental e institucional exigia alterações no desenho constitucional brasileiro¹¹. Na reforma do judiciário ocorreu a discussão de como a revisão do processo de *accountability* judicial institucional pode incrementar a *accountability* judicial comportamental. Esse foi o caso de duas iniciativas de reformas do judiciário: a PEC 96/92¹² e a PEC 112/95¹³.

¹⁰ Em 1990, na justiça comum de primeiro grau foram propostos 3.617.064 processos e julgados 2.411.847. No ano de 2002, por sua vez, foram apresentados 9.764.616 e julgados 7.506.697 (SADEK, 2004a, 13).

¹¹ Em 1992, o deputado federal Helio Bicudo apresentou a PEC 96. O principal argumento da proposta encontra-se na ideia de que a CF 88 não projetou incentivos e estruturas para que os magistrados cumprissem suas funções plenamente (BRASIL, 1992, 7850).

¹² Este trecho capta o problema principal que deveria ser enfrentado pela reforma do judiciário pela proposta da PEC 96/92: “Na verdade, o problema é mais profundo, porque o Poder Judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único infenso à fiscalização. Enquanto o Executivo é fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário. Os juízes não se submetem a qualquer modalidade de censura externa” (BRASIL, 1992, 7852). A PEC n. 96/92 propôs mudanças no processo de seleção, promoção e vitaliciedade para os juízes substitutos, além de alterar o processo de nomeação de magistrados no STF e no STJ. Este trecho capta o problema principal que deveria ser enfrentado pela reforma do judiciário pela proposta da PEC 96/92: “Na verdade, o problema é mais profundo, porque o Poder Judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único infenso à fiscalização. Enquanto o Executivo é fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário. Os juízes não se submetem a qualquer modalidade de censura externa” (BRASIL, 1992, 7852). A PEC n. 96/92 propôs mudanças no processo de seleção, promoção e vitaliciedade para os juízes substitutos, além de alterar o processo de nomeação de magistrados no STF e no STJ.

¹³ O deputado federal José Genoíno formulou a PEC 112/95 (BRASIL, 1995) que buscava regulamentar e criar o sistema de controle do poder judicial (conselho federal de justiça, conselhos estaduais de justiça), não podendo interferir no mérito das decisões judiciais e nas atividades

Desde a PEC 96/92 transcorreram doze anos para que o congresso aprovasse a reforma do poder judiciário, a qual estabeleceu, entre diversos dispositivos, um Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com competência sobre as magistraturas federal e estaduais. A criação de um conselho de justiça com membros externos era repelida pela maior parte da magistratura [SADEK, 2004b, 35]. Apesar de a emenda constitucional 45/04 ter criado o CNJ com maioria de conselheiros juizes e sob a presidência de um ministro do STF, estabeleceu-se um conselho de magistratura com membros externos.

A eficiência na prestação jurisdicional foi o centro do debate da reforma do judiciário (EC 45/2004). Além disso, criou mecanismos de promoção em que o merecimento deveria ser analisado por meio da quantidade de despachos, de sentenças e de acórdãos prolatados por um magistrado e pelo fiel cumprimento dos prazos processuais. Também determinou a participação obrigatória em curso oficial de preparação para a obtenção de vitaliciedade. A remoção, a disponibilidade e a aposentadoria, por *interesse público*, passaram a ser julgadas pelo tribunal e pelo CNJ. Entretanto, apenas por meio de sentença judicial pode o magistrado perder o cargo, sendo a maior sanção disciplinar administrativa a aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço. A impossibilidade de aplicar sanção administrativa de perda de cargo diminui a *accountability* judicial comportamental.

Conforme previsto no art. 103-B, CF, o CNJ: é composto por quinze membros; o mandato dos conselheiros é de dois anos com uma possível recondução; o ministro do STF¹⁴ preside o conselho, cabendo a nomeação de todos os membros do CNJ pelo presidente da república após aprovação dos candidatos pelo Senado Federal. No que se refere à composição do CNJ, há 60% dos membros

jurisdicionais. Conforme Clève (2011b, 666-667), desde a constituinte ocorre a discussão sobre a criação de um órgão de controle externo do judiciário. Na Comissão de Sistematização da Constituinte, o Conselho Nacional de Justiça já havia sido previsto no art. 151 do Projeto A de Constituição (SAMPAIO, 2007, 241).

¹⁴ No que se refere à composição do CNJ, os conselheiros são i) ministro do STF indicado pelo tribunal, ii) ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) indicado pelo STJ, que será corregedor de justiça, iii) ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) indicado pelo tribunal, iv) desembargador de um dos Tribunais de Justiça (TJ) indicado pelo STF, v) juiz estadual indicado pelo STJ, vi) juiz do Tribunal Regional Federal (TRF) indicado pelo STJ, vii) juiz federal indicado pelo STJ, viii) juiz de um Tribunal Regional do Trabalho indicado pelo TST, ix) juiz do trabalho indicado pelo TST, x) membro do ministério público da união indicado pelo procurador geral da república, xi) membro do ministério público estadual, escolhido pelo procurador geral da república e indicado pelos ministérios públicos estaduais, xii) dois advogados indicados pelo conselho federal da OAB, xiii) dois cidadãos de notável saber jurídico e moral ilibada, sendo um indicado pela câmara dos deputados e outro pelo senado federal. A emenda constitucional n. 61/09 alterou o art. 103-B, I, CF, prescrevendo que o presidente do STF seria membro do CNJ e presidente desse conselho, sendo substituído pelo vice-presidente do STF.

juízes e 40% dos conselheiros não magistrados. O CNJ constitui-se em órgão responsável por exercer *accountability* sobre outros agentes como tribunais, magistrados, serviços auxiliares, prestadores de serviço notarial e de registro que atuam por delegação. Desse modo, a principal modalidade de *accountability* praticada pelo CNJ é a *accountability* horizontal, mas, indiretamente, esse órgão também desempenha elementos de *accountability* vertical não eleitoral (social). O CNJ constitui-se em um mecanismo de *accountabilities* judicial comportamental e institucional. Não existe competência de *accountability* judicial decisional, pois o conselho não exerce poder jurisdicional originário ou recursal.

4. *Hipóteses da literatura comparada: o CNJ aumenta (ou é dotado de mecanismos para) a accountability, o controle e a eficiência judiciais?*

A literatura comparada possui algumas contribuições valiosas para compreensão do CNJ e suas competências. Abordaremos duas referências nesta área de estudo para construir nossas hipóteses de trabalho. Primeiro, Hammergren [2002, 3 ss.] sustenta que a criação de conselhos de justiça em diversos países objetivou aumentar a independência judicial e melhorar a gestão das cortes (pela despolíticação e desburocratização do judiciário). A autora, entretanto, sugere duas questões que são interessantes para este artigo: a) a institucionalização dos conselhos é complicada e complexa e os resultados podem não ser os esperados pela engenharia institucional e b) na América Latina, ao contrário da Europa, outros objetivos (a qualidade e eficiência judiciais) foram determinantes para a criação dos conselhos de justiça. Esses dois aspectos serão abordados em seguida.

A segunda referência, mais relevante para ser debatida aqui, é a contribuição de Garoupa e Ginsburg [2008, 217-20]. Os autores avaliam a capacidade de conselhos de justiça por duas dimensões: composição e competências. Na primeira, a dominância na composição dos conselhos de magistrados (por juízes de cortes superiores, juízes de cortes inferiores ou membros externos à magistratura) demonstraria, no desenho institucional: 1) fortalecimento da hierarquia judicial com grande independência de outros poderes; 2) independência judicial não hierarquizada; e, 3) controle político/externo e ampliação do *accountability* judicial. Na segunda dimensão, há três importantes competências que mensurariam a força/fraqueza dos conselhos: 1) extensiva (nomeação, promoção, disciplina, retenção e exoneração de magistrados); 2) intermediária (somente nomeação de juízes); e 3) mínimas (*housekeeping functions*- administrativa, orçamentária, etc.). Como a segunda dimensão (competências) predominaria sobre a primeira (composição), conselhos com competências mínimas seriam fracos, independentemente da sua composição. É desta forma que os autores classificam o CNJ brasileiro, visto que destituído das competências extensivas (presentes nos conselhos de Japão, México, França e Itália) ou intermediárias (casos de Bélgica, Canadá, Alemanha

e Reino Unido). Além disso, para os autores, os juízes de cortes inferiores dominam a composição do STF, o que não favoreceria o reforço da hierarquia judicial.

Certamente, a classificação de Garoupa e Ginsburg [2008] é um grande esforço de comparação de reformas do judiciário e criação de conselhos de justiça. Particularmente, os autores pretendem entender como essas reformas maximizam/minimizam a “politização do judiciário” e a “judicialização da política”, enfatizando a importância do equilíbrio entre *accountability* e independência judiciais, sobretudo quando esta última é garantida pela nomeação despolitizada de magistrados. Entretanto, como qualquer esforço de comparação de desenhos institucionais, os autores cometem equívocos sobre a classificação de casos particulares ao ignorar o conjunto do arranjo institucional. Ou seja, a classificação/interpretação dos autores sobre o CNJ nos parece parcialmente correta quanto às competências, porém, equivocada, tanto na composição quanto no sentido da reforma/criação do conselho judicial (CNJ).

Primeiro, sobre as competências do CNJ, é correto afirmar que as ausências de nomeação/demissão dos juízes pelo CNJ reduz a *accountability* sobre a magistratura. Entretanto, através de seu poder normativo (regulamentar), o CNJ altera parcialmente o processo de promoção/retenção/disciplina dos juízes, sobretudo de primeiro grau. Isto é, o CNJ não possui unicamente *housekeeping functions*. Sobretudo, porque a instância de recurso de seu poder normativo é o STF. Caso a regulamentação produzida pelo CNJ seja mantida pelo STF, o poder de *legislar* sobre a carreira da magistratura do CNJ é reforçado, o que amplia seus efeitos de *accountability* judicial interno. Segundo, sobre a composição do CNJ, mesmo que essa seja majoritariamente formada por membros de cortes inferiores e externos ao judiciário, os postos chaves ocupados pelo presidente do STF como Presidente do CNJ e pelo representante do STJ como Corregedor Nacional de Justiça limitam a não hierarquização do CNJ. Além disso, a revisão/confirmação do STF sobre o poder regulamentar do CNJ reforça o predomínio (mesmo que não numérico) da corte superior sobre o conselho.

Terceiro, o sentido da reforma do judiciário não incide diretamente sobre a judicialização da política/politização do judiciário. O objetivo da reforma não foi diminuir a independência do judiciário e ampliar a *accountability* do poder judiciário por meio da ampliação dos poderes de instâncias legislativas/governamentais, restringindo as decisões tomadas pelos juízes. O objetivo da reforma e da criação do CNJ visou principalmente o aumento da eficiência e celeridade do judiciário diante do aumento da demanda jurisdicional dos anos noventa. O meio foi reforçar a hierarquização do judiciário, aumentar o *accountability* interno e criar mecanismos de controles sobre as instâncias inferiores através do poder normativo/disciplinar do CNJ, da súmula vinculante, etc. Entretanto, a manutenção da extensão das garantias institucionais funcionais ao conjunto da magistratura teve um efeito limitador a esses objetivos, mesmo que as *accountabilities* compor-

tamental e institucional tenham sido ampliadas. Esta é, de forma pouco precisa, a hipótese que verificaremos através das evidências apresentadas a seguir.

5. *Evidências: Poderes Regulamentar e Disciplinar do CNJ e Eficiência do Judiciário*

Segundo Streck, Sarlet e Clève [2005, 22-23] o poder regulamentar do CNJ não pode: 1) estabelecer novos direitos e deveres, 2) criar regras gerais e abstratas e 3) restringir direitos fundamentais. Esse poder regulamentar, de outro lado, deveria concretizar leis formais já estabelecidas, por meio de uma função parecida com as leis medidas, no âmbito de sua competência (atuações financeiras e orçamentárias, cumprimento dos deveres judiciais e outras competências postas na Constituição e no Estatuto da Magistratura). Excepcionalmente, esse poder regulamentar poderia concretizar diretamente a Constituição Federal de 1988.

Há uma diferença estrutural e política entre as leis ordinárias e complementares, de um lado, e o poder regulamentar do CNJ. A principal diferença estrutural é: a aprovação das leis ordinárias e complementares é mais difícil e dotada de maior respaldo democrático do que o poder regulamentar do CNJ. A maneira como essa separação será feita depende de duas questões: 1) novo Estatuto da Magistratura Nacional e 2) costumes constitucionais firmados pelo CNJ, STF, Congresso Nacional e Presidência da República.

Essa competência (fiscalizar legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) possui principalmente função de *accountability* horizontal, já que o CNJ fiscaliza a concretização de valores da administração pública. Por sua vez, a concretização desses princípios, como a publicidade, permite a realização de *accountability* social (vertical não eleitoral) sobre magistrados e serviços auxiliares, sendo aplicadas as sanções de exposição pública ou de denúncias às ouvidorias. Esses são importantes mecanismos para transformar em *accountable* os agentes estatais, analisando-os não na prestação da jurisdição, e sim das atividades administrativas, financeiras e na apresentação dos dados referentes à prestação da jurisdição (informações sobre os processos, a quantidade de processos analisados, etc.).

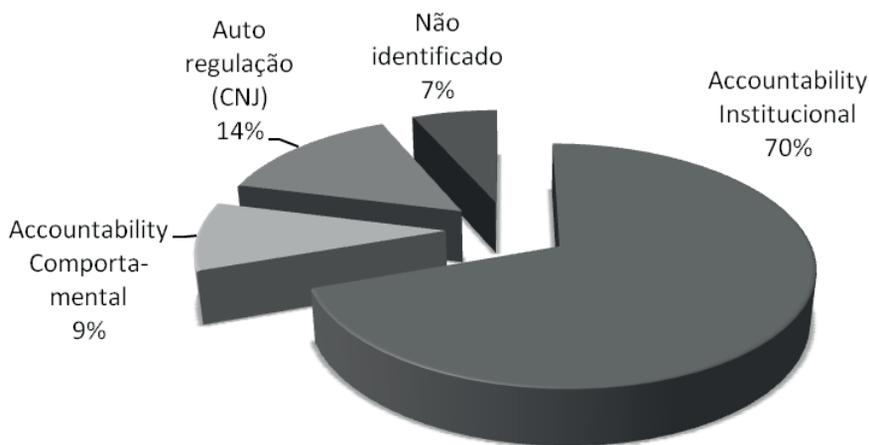
Sobre o princípio da publicidade, observam importantes mudanças implantadas pelo CNJ na efetivação dessa competência. Foram estabelecidas e concretizadas diversas resoluções para trazer maior publicidade no judiciário. De outro lado, a publicização dessas informações permite ao povo, *principal* dos agentes estatais eleitos ou não eleitos, e a grupos da sociedade civil exercerem a *accountability* social sobre o poder judiciário. Além disso, através de seus atos normativos, o CNJ define a política judiciária e determina ou recomenda aos tribunais a adoção de alterações na sua organização administrativa e a prestação de serviços jurisdicionais especializados. Por fim, as resoluções e demais atos do CNJ operacionalizam a fiscalização dos tribunais e definem as infrações administrativas e

comportamentais dos magistrados, sinalizando ao conjunto do poder judiciário a expectativa sobre a alteração do exercício funcional pelos seus membros.

Desde sua criação, entre junho de 2005 e março de 2013, o CNJ instituiu 319 atos normativos (resoluções, instruções normativas, enunciados, recomendações e provimentos). De todos os atos normativos do CNJ, 241 continuam vigentes (não foram revogados ou alterados inteiramente por novos atos) e regulamentam seu próprio funcionamento, a publicização das informações dos tribunais, a fiscalização do CNJ sobre os tribunais, os padrões de comportamento dos magistrados e as sanções administrativas aplicáveis a tribunais e juízes.

A frequência de atos normativos instituídos pelo CNJ (presidência, corregedoria e diretoria-geral) foi crescente até 2009. Possivelmente, isto demonstre o processo de institucionalização do próprio conselho e a definição crescente de seu papel regulamentador e fiscalizador do judiciário nacional. Por outro lado, no exercício de seu poder regulamentar o CNJ concentrou seus atos normativos em determinar/padronizar a administração pelos tribunais de: política jurisdicional, publicização dos atos/orçamento, política remuneratória/gestão de pessoal, organização de varas, remoção/permuta de juízes, etc. Esse conjunto de normas representou 70% dos atos normativos do CNJ, sendo esses atos tipicamente relacionados ao controle (*accountability*) institucional do CNJ exercido sobre a administração dos tribunais estaduais e federais – ver Gráfico 1 e Quadro 2.

Gráfico 1 – Objeto (tipo de *accountability* judicial) dos Atos Normativos CNJ



Fonte: CNJ (<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos>, consulta em abril/2013).

Somente 9% dos atos normativos do CNJ direcionaram-se diretamente à definição de regras que permitem o controle (*accountability*) comportamental de desembargadores e juízes – ver Quadro 3. Estas normas disciplinam o comportamento dos magistrados e tipificam ações que seriam passíveis de sanções administrativas, como: violação de condutas éticas, prática de nepotismo, improbidade administrativa, descumprimento de prazos processuais, descumprimento de jornada de trabalho e demais violações disciplinares. É claro que a concentração de normas de *accountability* institucional não indica, necessariamente, uma menor atenção ao controle comportamental. A própria observação da gestão das políticas mais gerais (institucionais) do judiciário pelos tribunais ocasiona uma mudança de comportamento nos juízes e desembargadores, ampliando o exercício dos dois tipos de *accountabilities*.

Quadro 2– Poder Regulamentar CNJ - Accountability Comportamental (exemplos)

| | |
|---------------------------|--|
| Res 7/05; 20/06 e EA 1/05 | Restringe a prática de <u>nepotismo</u> . |
| Res 30/07 e 135/11 | Uniformização de procedimento administrativo <u>disciplinar</u> . |
| Res. 34/07 | Disciplina as <u>atividades do magistério</u> . |
| Res 37/07 | Obriga Tribunais a regulamentar os casos excepcionais de <u>residência</u> fora das comarcas. |
| Res 44/07, 50/08 e 172/13 | Criação do Cadastro Nacional de Condenados por ato de <u>Improbidade Administrativa</u> no Poder Judiciário Nacional. |
| EA 6/08 | Define requisitos atinentes a <u>remoções</u> de magistrados. |
| Res 60/08 | Institui o <u>Código de Ética</u> da Magistratura Nacional. |
| Res 82/09 | Regulamenta as <u>declarações de suspeição</u> por foro íntimo. |
| Res 112/10 | Institui mecanismo para <u>controle dos prazos de prescrição</u> nos tribunais e juízos dotados de competência criminal. |
| Res 170/13 | Regulamenta a <u>participação de magistrados em congressos</u> , seminários, simpósios, encontros jurídicos. |
| Rec 10/13 | Dispõe sobre a entrega de <u>declaração de bens e rendas</u> por magistrados. |

Fonte: CNJ (<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos>, consulta em abril/2013).

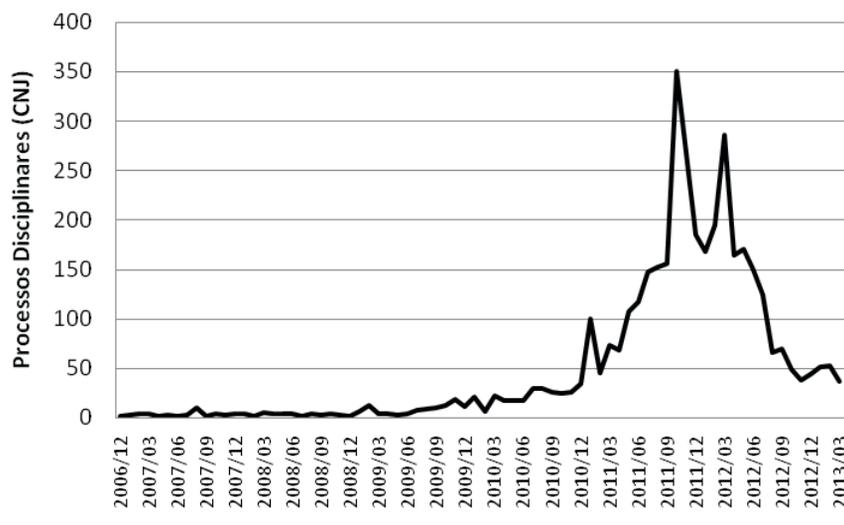
Quadro 3– Poder Regulamentar CNJ - Accountability Institucional (exemplos)

| | |
|-----------------|--|
| Res 4/05, 15/06 | Cria o <u>Sistema de Estatística</u> do Poder Judiciário. |
| Res 5/05 | Estabelece <u>limites de despesa com pessoal e encargos sociais</u> para os órgãos do Poder Judiciário da União. |
| Res 3/05 | Dispõe sobre as <u>férias coletivas</u> nos Juízos e Tribunais de 2º Grau. |
| Res 11/06 | Regulamenta o critério de atividade jurídica para a <u>inscrição em concurso público</u> de ingresso na carreira da magistratura. |
| Res 13-14/06 | Dispõe sobre a aplicação do <u>teto remuneratório</u> constitucional para os servidores do Poder Judiciário e para a magistratura. |
| Res 17/06 | Define parâmetros a serem observados na escolha de Magistrados para <u>substituição</u> dos membros dos Tribunais. |

Fonte: CNJ (<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos>, consulta em abril/2013).

Outro efeito da ampliação da *accountability* do judiciário brasileiro, pelo controle interno exercido pelo CNJ, pode ser medido pelo exercício do poder disciplinar sobre as possíveis infrações disciplinares de juízes e desembargadores. Além disso, na medida em que a população e operadores jurídicos reconhecem no CNJ a capacidade de sancionar os magistrados, é esperada uma ampliação das denúncias contra condutas irregulares dessas autoridades. No Gráfico 2, observam-se claramente o crescimento de processos disciplinares contra magistrados entre 2009 e 2011 e um declínio desses processos a partir de 2012. Isto pode ser um indício de que, no momento em que a população e operadores jurídicos perceberam a institucionalização do CNJ, passaram a utilizar deste expediente para apresentar denúncias contra condutas dos magistrados. Entretanto, há duas hipóteses explicativas para o decréscimo dessas denúncias: a) a diminuição revela uma alteração efetiva no comportamento de juízes em função da percepção da eficácia dos mecanismos de controle; ou, b) por outro lado, a falta de confiança nesse mecanismo pelos denunciantes para punições efetivas aos desvios de conduta dos magistrados promoveu o decréscimo.

Gráfico 2 – Processos Disciplinares contra Magistrados (Cadicor/CNJ)



Fonte: CADICOR-Sistema de Acompanhamento de Processos Disciplinares contra Magistrados (<http://www.cnj.jus.br/sistemas/600-presidencia/19112-cadicor>, consulta em abril/2013)

Importante observar que qualquer interessado pode formular denúncia contra juízes e desembargadores. Desse modo, os cidadãos detêm a faculdade de denunciar os ilícitos praticados por magistrados, um mecanismo de *accountability* vertical não eleitoral, que permite a aplicação de sanção por órgão de *accountability* horizontal (CNJ) sobre agentes estatais não eleitos (magistrados, servidores auxiliares e pessoas que agem por delegação).

Corregedorias dos tribunais (26%), o Judiciário (juízes e serventuários; 15%) e pessoas físicas (advogados e população atendida pela justiça, 47%), são os principais denunciadores. Juntos, esses autores de denúncias contra magistrados somam quase 90% dos 3.899 processos presentes no sistema de processos disciplinares contra magistrados do CNJ (Cadicor, em abril/2013). Os dados demonstram que 53,4% dos processos foram concluídos. Os processos disciplinares concentram-se entre juízes de primeiro grau e em tribunais estaduais, em quantidade superior a sua participação relativa no conjunto da magistratura nacional. O mais indicativo é que os processos atingem, relativamente, muito menos os desembargadores, talvez pelo controle que exercem sobre as corregedorias.

As Corregedorias dos tribunais parecem ser os autores fundamentais nas denúncias de magistrados. Nas situações em que as Corregedorias são pouco presentes

como denunciante, os outros autores não ocupam adequadamente essa lacuna. Isto indica que, na ausência de atuação dos próprios tribunais e seus corregedores, o CNJ não substitui necessariamente esses atores apesar da sua competência disciplinar ser independente e concorrente aos tribunais. A análise do ilícito disciplinar não prejudica o exercício do poder correccional e disciplinar pelos tribunais e pelas suas corregedorias. Esse mecanismo estabelece a competência disciplinar administrativa concorrente, podendo tanto o CNJ como os tribunais fiscalizarem administrativamente magistrados, servidores auxiliares e prestadores de serviços públicos delegados. Esse desenho institucional poderia aumentar a *accountability* judicial comportamental ao permitir que mais de um órgão faça o julgamento das infrações disciplinares¹⁵.

Tabela 1 – Resultado dos Processos Disciplinares contra Magistrados (Cadicor/CNJ)

| Resultado dos Processos Disciplinares | Magistrado | | Total | % |
|--|---------------|------|-------|-------|
| | Desembargador | Juiz | | |
| Demissão | | 2 | 2 | 0,1 |
| Aposentadoria Compulsória | 1 | 10 | 11 | 0,3 |
| Remoção Compulsória | | 7 | 7 | 0,2 |
| Disponibilidade | | 11 | 11 | 0,3 |
| Censura | | 13 | 13 | 0,3 |
| Advertência | | 10 | 10 | 0,3 |
| Outros resultados (não tipificados pelo CNJ) | 4 | 194 | 198 | 5,1 |
| Processos não concluídos | 25 | 1360 | 1385 | 35,5 |
| Processos arquivados | 61 | 2199 | 2260 | 58,0 |
| Não identificados | | 2 | 2 | 0,1 |
| Total | 91 | 3808 | 3899 | 100,0 |

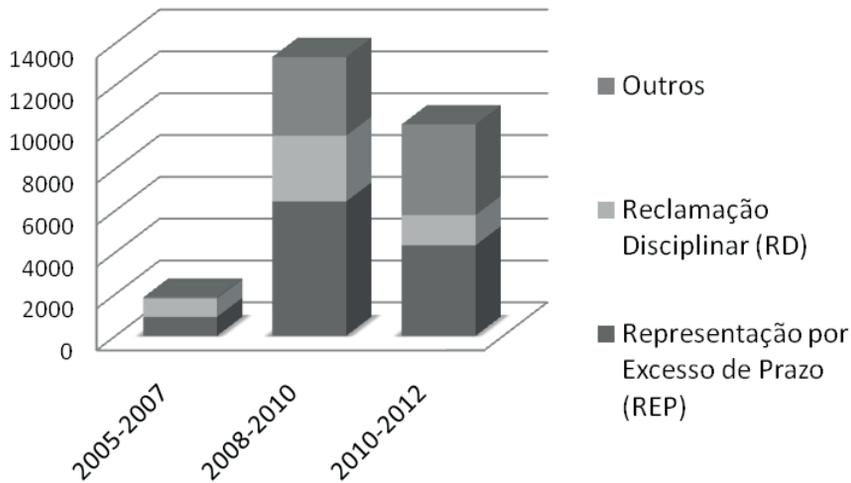
Fonte: CADICOR-Sistema de Acompanhamento de Processos Disciplinares contra Magistrados (<http://www.cnj.jus.br/sistemas/600-presidencia/19112-cadicor>, consulta em abril/2013)

¹⁵ O art. 103, § 4º, III e V, CF, estabelece nítida competência administrativa disciplinar concorrente entre o CNJ e o tribunal que pertence o magistrado. Desse modo, o CNJ pode originalmente analisar um ilícito disciplinar, além de avocar e rever processos disciplinares iniciados nos tribunais. O STF, na ADI 4638, proposta pela AMB, declarou a constitucionalidade da competência disciplinar concorrente.

Outro dado do conjunto de processos disciplinares é a baixa taxa de sanção administrativa. Conforme exposto na Tabela 1, menos de 1,5% do total de denúncias resultaram em algum tipo de sanção administrativa aos magistrados. Isto indica que não há fundamentos/elementos na denúncia ou não há investigação ou mecanismos de busca de elementos para fundamentar as denúncias.

Os dois tipos de motivação predominante para a abertura de processos disciplinares contra magistrados envolvem Representações por Excesso de Prazo (REP) e Representações Disciplinares (RD) – ver Gráfico 3. Sobretudo o primeiro tipo poderia ter efeito sobre a celeridade processual, um dos efeitos demandados pela reforma do judiciário e previsto no reforço da *accountability* judicial comportamental promovido pelo CNJ.

Gráfico 3 – Motivo dos Processos Disciplinares contra Magistrados (Corregedoria/CNJ)

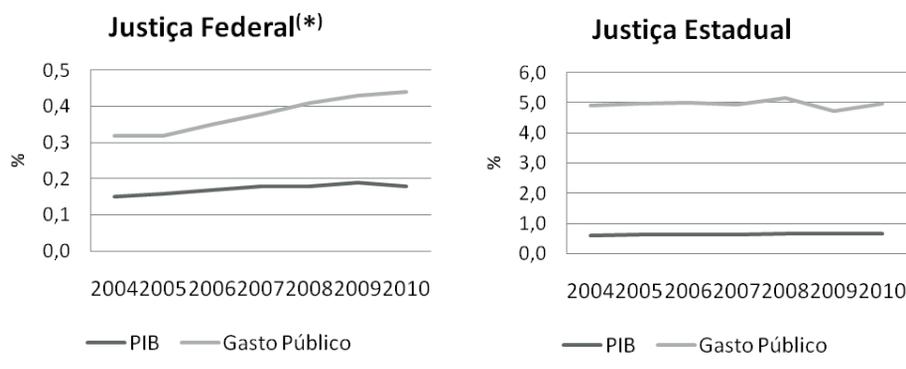


Fonte: Relatórios de Gestão Corregedoria/CNJ e Relatórios Anuais CNJ (<http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes/relatorios/relatorios-anuais-da-corregedoria><http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes/relatorios>, consulta em junho/2013)

Por fim, conforme sugerimos na hipótese de trabalho, a criação do CNJ aumentou as *accountabilities* judiciais institucional e comportamental, porém não teve o mesmo efeito em atingir o objetivo principal da reforma do judiciário: aumen-

tar a eficiência. A mensuração da eficiência envolve aspectos complexos e nem sempre claramente tangíveis. Sobretudo, cremos que a melhor forma de mensuração envolveria a comparação de dados com outros sistemas judiciais. Contudo, para oferecer alguns indicadores da eficiência judicial, mesmo que incompletos, utilizamos os dados divulgados pelo CNJ sobre duas questões chaves do judiciário, comparando a justiça federal e estadual (2004-2010): despesas do judiciário em relação ao PIB/total das despesas públicas e taxa de congestionamento¹⁶ (ver Gráficos 4 e 5). O primeiro indicador permite mensurar o custo do judiciário desde a criação do CNJ. Como pode ser visto no Gráfico 4, o custo do judiciário estadual manteve-se praticamente constante em relação ao gasto público estadual no período. Por outro lado, o custo da Justiça Federal teve um acréscimo de 37% em relação à sua participação no gasto público federal entre 2004 e 2010. Ao mesmo tempo, a taxa de congestionamento processual em ambas as justiças teve pouca alteração no período, sendo o único dado relevante o decréscimo de 10% nessa taxa na justiça estadual de primeiro grau.

Gráfico 4 – Despesas do Judiciário

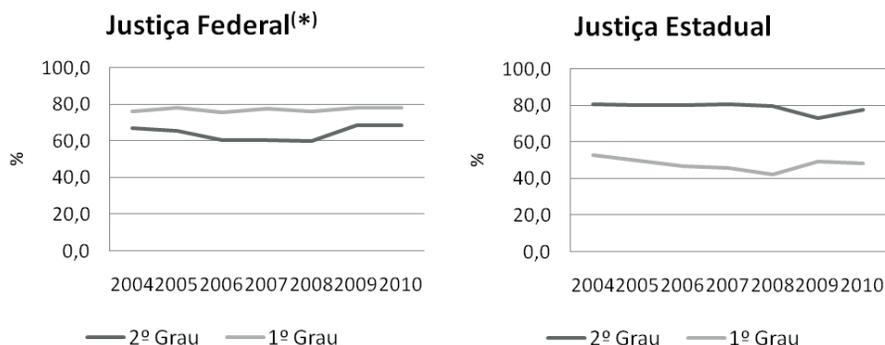


Fonte: Relatórios Anuais CNJ (<http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes/relatorios>, consulta em junho/2013)

(*)Excluídos: Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiça Militar e Tribunais Superiores.

¹⁶ Segundo descrição do CNJ, a “taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período” (<http://www.cnj.jus.br/>).

Gráfico 5 – Taxa de Congestionamento



Fonte: Relatórios Anuais CNJ (<http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes/relatorios>, consulta em junho/2013)

(*) Excluídos: Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiça Militar e Tribunais Superiores.

6. Conclusão

A independência judicial institucional constitui-se em importante aspecto da autonomia que o judiciário possui para realizar adequadamente sua função fim: exercer a jurisdição. São diversos os elementos que compõem a independência judicial institucional como poder de seleção dos magistrados e de servidores auxiliares, exercício do poder disciplinar sobre magistrados e servidores auxiliares, autonomias administrativa, financeira e orçamentária, garantias funcionais como vitaliciedade, irredutibilidade de salários e inamovibilidade, possibilidade de participar do processo legislativo de atos normativos relevantes para a magistratura e para a gestão da justiça, observância dos comandos judiciais pelos outros agentes estatais, participação dos outros agentes estatais na concretização dos interesses da magistratura e outras questões. A *accountability* judicial institucional diz respeito ao poder de fiscalizar, influenciar e sancionar o judiciário como um poder, como uma instituição.

Como o poder judiciário é composto por diversos agentes estatais (magistrados, órgãos e tribunais), a *accountability* judicial institucional também é exercida por alguns integrantes do judiciário sobre outros agentes judiciais. Em outras palavras, além da *accountability* judicial institucional externa, há a *accountability* judicial institucional interna. Esta forma de *accountability* é exercida pelo tribunal de maior hierarquia, pelos conselhos de justiça (quando a maioria dos membros são juízes), pela direção dos tribunais e pela corregedoria de justiça. Observa-se uma tendência nos Estados Democráticos de Direito em aumentar a *accounta-*

bility judicial institucional interna e diminuir a *accountability* judicial institucional externa. A ampliação da *accountability* judicial institucional interna não afronta a independência judicial institucional apesar de redesenhar as relações de poder dentro do judiciário.

Ainda, o judiciário brasileiro é dotado de grande independência judicial institucional e plena independência judicial decisional. No que se refere ao poder disciplinar administrativo, competia apenas aos próprios tribunais fiscalizar o cumprimento dos deveres judiciais dos magistrados após a Constituição Federal de 1988. Desse modo, não se desenhou adequadamente o sistema de controle disciplinar administrativo dos juízes, pois não foram concedidos os incentivos suficientes para que os magistrados buscassem seguir da melhor maneira possível os deveres funcionais.

Com a preocupação de atacar o problema da prestação da justiça adequada (garantia dos direitos) e célere e o déficit de *accountabilities* judiciais institucional e comportamental, foi proposta a PEC n. 96/92 e a PEC n. 112/95. A reforma do judiciário (EC 45/2004) procurou atacar o problema da eficiência judicial, além de aumentar os instrumentos de *accountability* dos agentes estatais em geral (por exemplo: súmula vinculante e deslocamento de competência em casos de graves violações aos direitos humanos) e de *accountabilities* judiciais institucional e comportamental.

As evidências empíricas demonstram que o poder regulamentar do CNJ foi intensamente utilizado para o aprimoramento da *accountability* institucional. De outro lado, apesar de quantitativamente o conjunto de atos normativos do CNJ sobre *accountability* comportamental ser pequeno, o poder regulamentar nessa seara promoveu relevantes disciplinas como o Código de Ética. No que se refere aos processos disciplinares administrativos, ocorreu inicialmente um progressivo crescimento desses processos e atualmente observa-se uma substancial diminuição na apresentação desses pedidos. Há duas hipóteses explicativas que necessitam ser testadas sobre o recente fenômeno da diminuição: a) o decréscimo ocorreu pelo baixo índice de condenação dos magistrados, gerando descrédito nos autores do processo administrativo ou b) os magistrados mudaram sua conduta, aumentando a atuação em conformidade com os deveres funcionais.

Ainda sobre o poder disciplinar, a taxa de condenação é baixa (1.5% de sanções administrativas aplicadas). Importante observar que, proporcionalmente ao número de desembargadores, juízes de tribunais e ministros de tribunais superiores, o número de processos disciplinares contra esses magistrados é pequeno, demonstrando que ocorreu pequena ampliação na *accountability* comportamental nesse importante segmento da magistratura. Sobre a eficiência judicial mensurada pela diminuição dos recursos financeiros utilizados pelo judiciário e pela taxa de congestionamento, não há melhora substancial na eficiência promovida pela atuação do CNJ.

Além disso, a publicização de estatísticas (despesas, eficiência processual e atividades jurisdicionais) e processos disciplinares pelo CNJ promoveu, secundariamente, a ampliação da *accountability* social do judiciário. Essas informações permitiram um maior conhecimento e controle social sobre o judiciário. Não há dúvidas de que o poder judiciário brasileiro é mais *accountable* após a criação do CNJ. De outro lado, muito ainda deve ser feito na constante busca por *accountabilities* judiciais institucional e comportamental e na questão da eficiência judicial. Em verdade, faltam a) reflexões teóricas sobre a idéia de eficiência judicial comprometida com a garantia dos direitos e o uso racional de recursos escassos (tempo e dinheiro) e b) estudos de política e direito comparados sobre a eficiência judicial.

7. Referências Bibliográficas

- W. ABENDROTH, *El Estado del derecho democrático y social como proyecto político*, in W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF, K. DOEHRING, *El Estado social*, Tradução de José Puente Egidio, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, 9-42;
- A. ARATO, *Representação, soberania popular e accountability*, in *Lua Nova*, 2002 n. 55-56, 85-103;
- G. BERCOVICI, *Controle externo do judiciário e a soberania popular*, in S.C.B. SOUZA, *Efektividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário*, São Paulo, Método, 2005, 185-191;
- D.C. BRODY, *The use of judicial performance evaluation to enhance judicial accountability, judicial independence and public trust*, in *Denver University Law Review*, Vol. 86, n.1, 2008, 1-42;
- A.M. CAMPOS, *Accountability: quando poderemos traduzir para o português?*, in *Revista de Administração Pública*, fev-abr, 1990, 30-50;
- M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Acesso à justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998;
- P.D. CARRINGTON, *Judicial independence and democratic accountability in highest state courts*, in *Law and contemporary problems*. Vol. 61, n. 3, 1998, 79-126;
- J. M. DE CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009;
- C.M. CLÈVE, *Poder Judiciário: autonomia e justiça*, in C.M. CLÈVE, L.R. BARROSO, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, Vol. 4, *Atividade legislativa do poder executivo*, São Paulo, Editora RT, 2011, 659-675;
- P. COSTA, *Teoria e crítica do Estado de Direito*. in P. COSTA, D. ZOLO, *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, tradução de Carlo Alberto Dastoli, São Paulo, Martins Fontes, 2006, 95-198;
- L. DIAMOND, M.F. PLATTNER, A. SCHEDLER, *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1999;
- A.V. DICEY, *Introduction to the study of the law of constitution*, V ed., London, Macmillan and Co., 1897;

- G. ELEY, *Forjando a democracia: história da esquerda na Europa, 1850-2000*, tradução de Paulo César Castanheira, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2005;
- G.E. EMMERICH, Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana, in *polis*, n. 4, Vol. 2, 2004, 67-90;
- J. FERREJOHN, *Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence*, in *Southern California Law Review*, Vol. 72, 1999, 353-384;
- J. FERREJOHN, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 65, n. 3, 2002, 41-69.
- G.M.C DE ARRUDA FREIRE, M.B. BERNARDES, A.J. ROVER, *Políticas públicas responsivas do Conselho Nacional de Justiça: análise da ouvidoria*, in *Revista democracia digital e governo eletrônico*, n. 5, 2011, 84-99;
- N. GAROUPA, T. GINSBURG, *Guarding the guardians: judicial councils and judicial independence*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, nov. 2008, 201-32;
- C. GEYH, *Independence, Judicial Accountability, and the Role of Constitutional Norms in Congressional Regulation of the Courts*, in *Indiana law journal*, Vol.78, n. 153, 2003, 153-222;
- L. HAMMERGREN, *Do judicial councils further judicial reform? Lessons from Latin America*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 2002;
- H. HELLER, *Teoría del Estado*, tradução de Luis Tobio, II ed., Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1998;
- A. KOERNER, *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira (1841-1920)*, II ed., Curitiba, Juruá, 2010;
- B. MANIN, A. PRZEWORSKI, S.C. STOKES, *Eleições e representação*, in *Lua Nova. Revista de cultura e política*, n. 67, 2006, 105-138;
- L.F. MIGUEL, *Impasses da Accountability: dilemas e alternativas da representação política*, in *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, nov. 2005, 25-38;
- A.C.Y.H. DE ANDRADE MOTA, *Accountability no Brasil: os cidadãos e os meios institucionais de controle dos seus representantes*, 2006, Tese (Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006;
- D. NORTH, *The new institutional economics and third world development*, in J. HARRIS et al (eds.). *The new institutional economics and third world development*, London, Routledge, 1995, 17-27;
- J.R. NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2006;
- G. O'DONNELL, *Accountability Horizontal e novas poliarquias*, in *Lua Nova. Revista de cultura e política*, n. 44, São Paulo, 1998, 27-54;
- G. O'DONNELL, *Democracia Delegativa*, in *Journal of Democracy en Español*, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 1, jul. 2009, 7-23;
- C. OFFE, *A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade*, in L.C.B. PEREIRA, J. WILHEIM, L. SOLA, Lourdes (orgs.), *Sociedade e Estado em transformação*, São Paulo, Editora UNESP, Brasília, ENAP, 1999, 119-145;

- J.A.G. PINHO, A.R.S. SACRAMENTO, *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?*, in *Revista de Administração Pública*, Vol. 43, n. 6, 2009, 1343-1368;
- E. PERUZZOTTI, C. SMULOVITZ, *Accountability social: la outra cara del control*, in E. PERUZZOTTI, C. SMULOVITZ, *Controlando la política. Ciudadanos e medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Buenos Aires, Editorial Temas, 2002, 23-52;
- A. PRZEWORSKI, *O Estado e o cidadão*, in L.C.B. PEREIRA, J. WILHEIM, L. SOLA, (orgs.), *Sociedade e Estado em transformação*, São Paulo, Editora UNESP, Brasília, ENAP, 1999, 323-345;
- A. PRZEWORSKI, *Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal*, in C.L.B. PEREIRA, P. SPINK (orgs.), *Reformado Estado e administração pública gerencial*, VII ed., Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2006, 39-73;
- G. RADBRUCH, *Leyes que No son Derecho y Derecho por Encima de las Leys*, in G. RADBRUCH, E. SCHMIDT, H. WELZEL, *Derecho Injusto e Derecho Nulo*, trad. e int. José Maria Rodriguez P., Madrid, Aguilar, 1971, 3-22;
- R.J. RIBEIRO, *Prefácio a T. HOBBS, Diálogo entre um filósofo e um jurista*, tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2004b;
- I.N. ROBL FILHO, *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2013;
- L. DO NASCIMENTO RODRIGUES, *O Conselho Nacional de Justiça como instrumento de accountability horizontal: análise do período de 2005-2007*, Dissertação (Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de Brasília, Brasília, 2008;
- C.I.M. ROMÊO, *Mecanismos institucionais de controle e limitação do poder*, in L.P. FERREIRA, R. GUANABARA, V.L. JORGE, *Curso de Teoria Geral do Estad*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, 171-210;
- A.J. ROSILHO, *O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro*, in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, ano 4, n. 14, abr. / jun. 2010;
- G. RUIZ, *Federalismo judicial: el modelo americano*, Madrid, Editorial Civitas, 1994;
- M.T. SADEK, *O poder judiciário na reforma do Estado*, in L.C.B. PEREIRA, J. WILHEIM, L. SOLA (orgs.), *Sociedade e Estado em transformação*, São Paulo, Editora UNESP, Brasília, ENAP, 1999, 323-345;
- M.T. SADEK, *Judiciário: mudanças e reformas*, in *USP- Estudos avançados*, Vol. 18, n. 51, maio/ago. 2004a, 91-92;
- M.T. SADEK, *Poder Judiciário: perspectivas de reforma* in *Opinião Pública*, Vol. X, n. 1, Maio, 2004b, 01-62;
- J.A.L. SAMPAIO, *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007;
- F. SANTOS, *República de 46: separação de poderes e política alocativa*, in C.R. MELO, M.A. SÁEZ, (org.), *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2007, 39-72;
- A. SCHEDLER, *Conceptualizing accountability*, in L. DIAMOND, M.F. PLATTNER, A. SCHE-

- DLER (orgs), *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1999, 13-28;
- A.S. SILVA, *A Corte Interamericana de direitos humanos*, in *Revista jurídica: Presidência da República*. Vol. 8, n. 79, 2006, 47-61;
- L.L. STRECK, I.W. SARLET, C.M. CLÈVE, *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*, in *Revista da Esmesc*, Vol. 12, n. 18, 2005;
- F.R. DE LIMAS TOMIO, I.N. ROBL FILHO, *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*, in *Revista de Sociologia e Política*, vol.21, n.45, 2013, 29-46;
- M.J. TREBILCOCK, R.J. DANIELS, *Rule of law reform and development: charting the fragile path of progress*, Cheltenham-UK, Northampton-USA, Edward Elgar, 2008;
- L.W. VIANNA, M.B. BURGOS, P.M. SALLES, *Dezessete anos de judicialização da política*, in *Tempo social. Revista de sociologia da USP*, Vol. 19, n. 2, 2007, 39-85;
- W. VOERMANS, P. ALBERS, *Councils for the judiciary in EU countries*, Council of Europe, 2003;
- J. WALDRON, *Law and disagreement*, New York, Oxford, 1999;
- F.K. ZEMANS, *The accountable judge: guardian of judicial independence*, in *Southern California Law Review*, Vol. 72, 1999, 625-655.

CONTROL OF JUDICIARY: THEORETICAL STRUCTURES OF JUDICIAL ACCOUNTABILITY AND CRITICAL ANALYSIS OF BRAZILIAN NATIONAL JUDICIAL COUNCIL (CNJ) FROM 2005 TO 2013

by Fabrício Ricardo de Limas Tomio - Ilton Norberto Robl Filho

Abstract

The debate on the Reform of the Judiciary (Constitutional Amendment 45th) was made to implement better mechanisms of judicial accountability and the expedite judicial process. Brazilian Judiciary has a strong institutional and decisional judicial independence after the 1988 Federal Constitution. The performance of the National Judicial Council (CNJ), created by 45th Amendment, mainly promotes a partial redesign of the power in the administrative, disciplinary and financial judicial powers. The article analyzes how the constitutional powers and institutionalization process of CNJ have determined major judicial *accountability* (institutional and behavioral) and judicial efficiency. The method used institutional variables (constitutional powers of the CNJ) and empirical data to expand the understanding of CNJ's decision making and outcomes (administrative judgments and resolutions) which allowed the growth of accountability in the judiciary institutions. The judiciary has become more accountable after the creation of the CNJ, however, this did not result in greater procedural efficiency.



Corruzione e impunità in Brasile

di Estefânia Maria de Queiroz Barboza

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il nepotismo, il peculato e la corruzione. - 3. Il problema dell'impunità dei giudici, dei politici e dei funzionari. - 4. La giustizia elettorale e il finanziamento illecito delle campagne elettorali.

1. *Introduzione*

Il tema che affronto in questo contributo è quello della corruzione e delle risposte da parte del sistema giudiziario brasiliano. Mi soffermerò principalmente sul problema della lungaggine dei processi e della sostanziale impunità di cui godono giudici, politici e funzionari pubblici, accusati di fatti corruttivi.

Sarà trattato anche il problema della giustizia elettorale che, benché svolga un ruolo importante e indipendente al fine di garantire il corretto funzionamento delle competizioni elettorali, incontra alcune difficoltà nell'identificare e provare la cosiddetta “*caixa dois*”, ossia il finanziamento illecito della campagna elettorale da parte di soggetti privati, che finisce anch'esso con il favorire la corruzione tra il governo vincitore e coloro che lo hanno finanziato.

Prima di entrare però nel cuore di questi problemi, è bene preliminarmente aver chiaro ciò che è già stato riconosciuto nei documenti internazionali americani a proposito della corruzione, e cioè che “la corruzione e l'impunità debilitano le istituzioni pubbliche e private, corrodono la morale dei popoli, attentano allo Stato di diritto, danneggiano le economie e l'assegnazione di risorse per lo sviluppo”¹: questo è quanto viene sottolineato nella Dichiarazione di Nuevo León firmata dai capi di Stato e di governo dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA) nel 2004. La corruzione è un problema presente tanto in Brasile quanto in Italia. Secondo i dati forniti da *Transparency International*, nel 2012, il Brasile occupava il 69° posto e l'Italia il 72° in una lista di 178 paesi con indici di corruzione molto alti ².

¹ *Declaración de Nuevo León*, in www.oas.org/.../declaraciondenuevoleonespañol.doc, 2004.

² Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2012*, Berlin, 2012, disponibile in [www.ey.com/Publication/vmLUAssets/2012_TI_CPI/\\$FILE/2012%20TI%20CPI.pdf](http://www.ey.com/Publication/vmLUAssets/2012_TI_CPI/$FILE/2012%20TI%20CPI.pdf).

Transparency International definisce la corruzione come “l’abuso di pubblici uffici per il guadagno privato”³. Le organizzazioni internazionali, come la Banca Mondiale⁴ e il PNUD⁵, usano definizioni simili. L’abuso può essere commesso da una persona con potere di decisione nel settore pubblico o privato; può essere iniziato da questa stessa persona o causato da un terzo che vuole influenzare il processo decisionale.

La corruzione è una manifestazione di fragilità istituzionale, di bassi valori morali, di incentivi distorti, ma è soprattutto - come si vuole qui dimostrare - una conseguenza della mancanza di controllo e di punizione. Il comportamento corrotto porta benefici a una persona o a un piccolo gruppo di persone, che ignorano le regole volte a garantire l’equità e l’efficienza. Produce, a sua volta, risultati ingiusti, inefficienti e diseconomici. Le ricompense illecite, destinate a un piccolo gruppo che viola le regole, avvengono a spese della comunità. Tra gli altri soggetti danneggiati dalla corruzione vi sono, per esempio, non tanto o non solo quelli che sono forzati a pagare le tangenti, ma anche e soprattutto coloro i quali perdono gli appalti di beni, servizi e forniture proprio a causa delle tangenti pagate da altre persone, nonché coloro a cui è negato il diritto a ricevere determinati benefici e servizi perché non possono pagarli. L’importanza della lotta alla corruzione consiste, prima di tutto, nel fatto che attraverso di essa si evitano gli effetti dannosi collaterali, in quanto la corruzione: 1) causa povertà e alza barriere che impediscono di superarla; 2) viola i diritti umani, specialmente i diritti civili, politici e sociali (le risorse pubbliche che vengono deviate impediscono la realizzazione dei diritti sociali); 3) minaccia la democrazia rappresentativa; 4) è una barriera contro lo sviluppo economico; 5) è uno strumento utilizzato dal crimine organizzato⁶.

2. *Il nepotismo, il peculato e la corruzione*

I giudici nell’ordinamento brasiliano sono connotati da un alto livello di indipendenza (secondo *The Global Competitiveness Report 2013-2014*⁷ il sistema giu-

³ Transparency International, *Bribe Payers Index 2008*, Berlin, 2008, 2, in www.transparency.org/whatwedo/publication/bribe_payers_index_2008.

⁴ *Diretrizes Anticorrupção – Banco Mundial*, 2006, in www.mme.gov.br/mme/menu/projetos/Meta/galerias/arquivos/contratos/Diretrizes_Anticorrupcao.pdf.

⁵ *Nações Unidas lançam campanha contra a corrupção e convocam sociedade a agir*, 2011, in www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=2607.

⁶ *Convenção interamericana contra a corrupção*, 1996, in www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organizacao-dos-Estados-Americanos/convencao-interamericana-contra-a-corrupcao.html.

⁷ K. SCHWAB, *The Global Competitiveness Report 2013-2014*, SRO-Kundig, Switzerland, 2013, 135, in: www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf. Sullo stesso tema, si v. pure *Los 10 países con la Justicia más independiente del mundo*, 2014, in www.infobae.com/2014/06/21/1574793-los-10-paises-la-justicia-mas-independiente-del-mundo.

diziario brasiliano è il più trasparente dell'America Latina e probabilmente del mondo). Un grande numero di garanzie finanziarie e funzionali sono state introdotte durante la transizione democratica, così i giudici brasiliani sono riusciti con successo ad evitare indebite influenze da parte della politica, diversamente da molti loro colleghi latinoamericani, come per esempio i giudici argentini. Il Brasile non soffre di indebite interferenze politiche sulle decisioni giudiziali, che, invece, rappresentano una forma di corruzione diffusa in molti paesi in via di sviluppo, secondo i dati raccolti e diffusi da *Transparency International*. E' pur vero, però, che questa stessa indipendenza ha anche reso l'ordinamento giudiziario brasiliano non trasparente nè responsabile, favorendo il nepotismo, il peculato e la corruzione⁸.

Il nepotismo dei giudici è una prassi comune e persino legale. Un caso vergognoso è stato quello avvenuto nel Tribunale Regionale del Lavoro di Paraíba, in cui un giudice è riuscito ad inserire 63 parenti nel libro paga del Tribunale⁹. Nel 2010, il presidente del Tribunale di Giustizia del Mato Grosso è stato punito con il pensionamento forzato per avere incluso due dei suoi figli nel libro paga, nonostante questi non lavorassero per il Tribunale¹⁰.

Il peculato, ossia l'appropriazione indebita di denaro altrui da parte dei giudici brasiliani è piuttosto frequente, dal momento che il potere giudiziario controlla autonomamente il proprio bilancio, mentre il rendiconto sull'utilizzo delle proprie risorse non è frequente. L'esempio più evidente di questo problema è stato lo scandalo verificatosi nel 1998, che ha coinvolto un giudice del Tribu-

⁸ F. FILGUEIRAS, *Transparência e controle da corrupção no Brasil*, in *Corrupção e sistema político no Brasil*, a cura di L. AVRITZER e F. FILGUEIRAS, Rio de Janeiro, 2011, 133 ss.

⁹ *A farra dos parentes*, *Revista Veja*, 1999, in veja.abril.com.br/050599/p_116.html.

¹⁰ *Ex-presidente do TJMT é punido com aposentadoria compulsória*, CNJ, 2010, in www.cnj.jus.br/noticias-gerais/8750-ex-presidente-do-tjmt-e-punido-com-aposentadoria-compulsoria. "O filho do desembargador, Bráulio Estefânio, recebeu salários por cinco anos sem trabalhar, entre 2001 e 2006, período em que cursava medicina. Bráulio morreu há três anos em um acidente de carro em Cuiabá. Já a filha, Tássia Fabiana, ficou três anos como funcionária recebendo sem trabalhar, de março de 2003 a janeiro de 2006, enquanto cursava Comunicação Social em São Paulo, com especialidade em Publicidade e Propaganda, na Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP). O processo administrativo foi aberto a partir de um inquérito criminal que o desembargador respondia no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Embora a denúncia inicial fosse uma referência a Bráulio e Tássia, toda a família recebia rendimentos pelo TJMT. A denúncia só abrangeu os dois filhos do denunciado, embora, estivessem também lotados no gabinete de Jurandir Lima sua esposa, Tânia Regina, e um terceiro filho, José Jurandir de Lima Júnior, na época em que o desembargador era presidente do TJMT, entre 2005 e 2007. "Está claro que o desembargador utilizou recursos públicos para custear os estudos dos filhos", disse o conselheiro Walter Nunes. "É o típico caso do uso do cargo em benefício da família, numa clara caracterização de infração disciplinar", lembrou o conselheiro Jose Adônís. Já para o conselheiro Jorge Hélio, "em cinco anos de gestão o CNJ está exercendo uma assepsia que se faz necessária desde a época de Cabral".

nale del Lavoro nello Stato di San Paolo, che “ha distratto all’incirca 85 milioni di dollari provenienti dalle risorse federali e destinate per la costruzione di un nuovo tribunale”¹¹. In un caso più recente, funzionari della Giustizia del Lavoro dello Stato di Rondonia sono sotto inchiesta per avere presumibilmente distratto all’incirca 1 miliardo di dollari dal bilancio del potere giudiziario a vantaggio di soggetti privati¹².

Infine, vi sono diversi casi in cui i giudici sono stati denunciati per fatti di corruzione. Nel dicembre 2013, per esempio, il Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ), l’organo di supervisione e controllo del Potere giudiziario brasiliano, ha avviato un procedimento disciplinare contro un giudice dello Stato di Tocantins per evidenti prove sul fatto che venivano adottate sentenze favorevoli in cambio di soldi (i prezzi variavano tra i 5.000 e i 25 mila dollari)¹³.

La corruzione giudiziaria non può certo essere spiegata per ragioni connesse a necessità finanziarie dei giudici brasiliani, considerato che i loro stipendi sono alti. Ciò che invece incentiva le pratiche corruttive dei giudici sembra essere la mancanza di adeguati meccanismi di responsabilità e sanzione¹⁴. Diversi scandali giudiziari per distrazione di fondi, nepotismo, corruzione, non sono stati denunciati. Per risolvere queste ed altre preoccupazioni, il Consiglio Nazionale di Giustizia ha inserito tra le sue priorità la lotta alla corruzione in atti giudiziari, tanto è vero che, dopo essere stato creato nel 2004, ha scoperto molti fatti corruttivi, avviando numerosi procedimenti sanzionatori. È senz’altro vero che l’attività dell’organo d’investigazione del Consiglio è andata aumentando negli ultimi anni. Dal 2004 al 2008, sono stati appena 28 i processi contro i giudici, ma nel settembre del 2008 il numero è aumentato a 113 e da allora è andato sempre crescendo¹⁵. Nel 2013, il Consiglio Nazionale di Giustizia ha indagato sui giudici che manipolano i processi. Per la prima volta, si è verificato un caso di rimozione: un giudice che stava al comando dei meccanismi di *accountability* interna, nello Stato dell’Amazzonia, ha deciso di destituire un altro giudice dopo aver scoperto

¹¹ M. PRADO, L. CARSON, *Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design*, 2014, 13, in ssrn.com/abstract=2497936.

¹² M. PRADO, L. CARSON, *Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil*. *International Research Initiative On Brazil and Africa*, 2014, 17, disponibile in www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/2014/07/IRIBA-working-paper-08-Mapping-Corruption-and-its-Institutional-Determinants-in-Brazil.pdf.

¹³ *Conselho Nacional de Justiça, Procedimento Administrativo Disciplinar*, data: 2/12/2012, PAD 0003402-36.2011.2.00.0000.

¹⁴ M. PRADO, L. CARSON, *Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil*. *International Research Initiative On Brazil and Africa*, 2014, 18, in www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/2014/07/IRIBA-working-paper-08-Mapping-Corruption-and-its-Institutional-Determinants-in-Brazil.pdf.

¹⁵ G. R. GUERRA. *Independência e Integridade: O Conselho Nacional de Justiça e a nova condição da política judicial*, Tese de Doutorado, UnB, 2010, 132. Si v. pure la notizia: *Só neste ano, juízes foram alvo de 113 sindicâncias*, *O Estado de São Paulo*, 2009, in www.estadao.com.br/noticias/geral,so-neste-ano-juizes-foram-alvo-de-113-sindicancias,452363.

che questi aveva ritardato ed archiviato alcuni casi giudiziari senza una valida giustificazione, ma al solo fine di proteggere dei colleghi¹⁶.

Nonostante questi cambiamenti e la presenza di maggiori controlli a seguito dell'istituzione del Consiglio Nazionale di Giustizia, in una parte della dottrina¹⁷ permangono dubbi sulla sufficiente durezza delle punizioni inflitte ai giudici al fine di scoraggiare i loro atti corruttivi. Il Consiglio Nazionale di Giustizia è stato abbastanza attivo nell'infliggere sanzioni, avendo punito 64 giudici dalla sua creazione. La punizione più severa che possa imporre è però soltanto il pensionamento obbligatorio, a cui sono stati condannati 44 giudici¹⁸, i quali, nonostante il pensionamento forzato, hanno, tuttavia, ancora diritto ad un generoso pacchetto di benefici, incluso il pagamento mensile della pensione, che gira intorno ai dodici mila dollari. Sicché non si può realmente parlare di una vera punizione.

3. *Il problema dell'impunità dei giudici, dei politici e dei funzionari*

L'altra questione importante strettamente collegata al tema della corruzione è quella riguardante la difficoltà di punire quei giudici, quei politici e quei funzionari pubblici imputati di fatti di corruzione e quindi la loro sostanziale impunità.

Dal 1988, la corruzione è, per i brasiliani, uno dei fenomeni da combattere in via prioritaria per uno Stato che ambisca ad essere efficiente e capace di assicurare lo sviluppo economico, politico e sociale, come sostiene Leonardo Avritzer, prestigioso sociologo e politologo brasiliano¹⁹. Nel processo di transizione verso la democrazia, uno degli obiettivi principali della politica brasiliana è stato quello di rendere più efficiente la Pubblica Amministrazione, nella consapevolezza che la stessa "è stata riconosciuta come una delle principali barriere allo sviluppo, in quanto inefficiente, lenta, poco collaborativa e corrotta"²⁰. L'autoritarismo del regime militare (durato ventuno anni, dal 1967 al 1988) ha aumentato i problemi storici della Pubblica Amministrazione, rendendo carenti i controlli finanziari (sulla stessa) e deresponsabilizzando governanti e burocrati nei confronti della società.

¹⁶ *Supremo mantém afastamento de desembargador do Amazonas*, O Estado de São Paulo, 2009, in *política.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-mantem-afastamento-de-desembargador-do-amazonas,402126*. Nello stesso senso: M. PRADO, L. CARSON, *Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil*, International Research Initiative On Brazil and Africa, cit., 18.

¹⁷ M. PRADO, L. CARSON, *op. ult. cit.*

¹⁸ G. DETTMAR, *Número de processos administrativos disciplinares abertos dobra em 2013*, CNJ, 2014, in *www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27285:numero-de-processos-administrativos-disciplinares-abertos-dobra-em-2013*.

¹⁹ L. AVRITZER, F. FILGUEIRAS, *Corrupção e controles democráticos no Brasil*, Brasília, DF: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2011. Textos para Discussão CEPAL-IPEA, 32. Disponibile in *www.cepal.org/brasil/publicaciones/sinsigla/xml/6/43436/cepal_32.pdf*.

²⁰ *Ibidem*, 23.

Con la promulgazione, nel 1988, della Costituzione democratica - ove, tra i principi che reggono la Pubblica Amministrazione, sono sanciti quello di legalità, d'imparzialità, di pubblicità, di moralità e di efficienza amministrativa (art. 37, CF/1988) - la corruzione in Brasile non è cessata anzi è aumentata, al punto da non essere considerata la conseguenza logica di un regime autoritario, ma piuttosto una prassi diffusasi con la nascita della democrazia. Un fenomeno, quello della corruzione, che non si è arrestato neppure con il potenziamento dei meccanismi di controllo esterno della Pubblica Amministrazione, quali specialmente quelli esercitati dal Pubblico Ministero e dalla società civile, che hanno certamente contribuito a democratizzare lo Stato.

La corruzione è quindi diventata - come spiega Avritzer - uno dei principali problemi dell'amministrazione e della democrazia, come riconosce ampiamente l'opinione pubblica in Brasile, tanto che il 73% dei brasiliani considera la corruzione come un fenomeno molto grave, mentre il 24% come grave²¹.

La corruzione - secondo Avritzer - influenza la legittimità dei governi, la capacità di governare e persino la visione generale della popolazione sul proprio paese²².

In Brasile la corruzione ha origini storiche che risalgono alla colonizzazione portoghese, che remunerava insufficientemente i propri funzionari, riservandogli però una consistente quantità di privilegi nei rapporti privati. Siffatta eredità politico-amministrativa ha contribuito a determinare nell'ordinamento brasiliano delle inefficienze nel funzionamento delle istituzioni, che risentono in particolar modo della cattiva gestione delle risorse pubbliche. Sicché, la possibilità di ridurre o eliminare la corruzione è legata piuttosto ad una rivoluzione culturale del Brasile²³ ed all'elezione di politici non corrotti e moralmente integri²⁴.

Intanto, per comprendere ed affrontare meglio il fenomeno della corruzione in Brasile all'interno di un contesto democratico, è importante considerarla in

²¹ L. AVRITZER, F. FILGUEIRAS, *Corrupção e sistema político no Brasil*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, 16. Diversamente, C. PEREIRA, L. R. RENNÓ, D. SAMUELS, *Corruption, Campaign Finance, and reelection*, in *Corruption and Democracy in Brazil: the struggle for accountability*, University of Notre Dame Press, Indiana, 2011, 81, "Indeed, public opinion surveys find that a majority of Brazilians accept or even support the notion of *rouba mas faz* - the idea that a politician "steals, but gets things done". According to the 2002 Brazilian National Electoral Study (ESEB), 53% of voters with no education said they would vote for a politician who steals but gets things done. Support for *rouba mas faz* declines with education, but even so, 46% of Brazilians with an eighth-grade education would vote for such a politician. Among Brazilians with a high school education the percent-age is 38%, and even among those with some college education the proportion is 25%".

²² L. AVRITZER, F. FILGUEIRAS. *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, 16.

²³ L. AVRITZER; F. FILGUEIRAS. *Corrupção e controle democrático no Brasil*, Brasília, DF, CEPAL, 2011, 8, in www.cepal.org/brasil/publicaciones/sinsigla/xml/6/43436/CEPAL_32.pdf. Nello stesso senso: C. PRADO JR. *História Econômica do Brasil*, São Paulo: Brasiliense, 2006.

²⁴ L. AVRITZER, F. FILGUEIRAS, *op. ult. cit.*

modo diverso: non come qualcosa di naturale, ma come conseguenza di un insieme di prassi e di istituzioni che esistono nel paese e che contribuiscono in modo sostanziale alla continuità del fenomeno. In questo non c'è niente di naturale.

Pertanto, l'organizzazione del sistema politico dello Stato e delle strutture di controllo della Pubblica Amministrazione costituisce una delle cause principali della corruzione, rendendola un fenomeno molto diffuso in Brasile.

Restare in attesa di una rottura culturale e istituzionale con il passato, è probabile che non sia il modo migliore per superare il problema della corruzione in Brasile²⁵.

Considerare la prassi corruttiva come qualcosa di naturale promuove un tipo di approccio che può ostacolare il suo effettivo controllo democratico. Infatti, in questo modo, il problema della corruzione sarebbe considerato soltanto sotto l'aspetto morale da parte della società e delle élite politiche.

La corruzione ha prodotto un radicalismo etico, che sostiene una maggiore moralizzazione della politica e della società. La popolazione, nell'ultimo decennio, ha vissuto nell'attesa di una moralizzazione della politica ad opera del Potere giudiziario, in particolare della Corte Suprema. Questo è accaduto, per esempio, con la *Súmula Vinculante 13*²⁶, che ha proibito il nepotismo, con l'obbligo di fedeltà dei deputati al proprio Partito²⁷, con lo scandalo del *Mensalão*²⁸, o con il finanziamento privato della campagna elettorale, recentemente giudicato dalla Suprema Corte brasiliana (Supremo Tribunal Federal)²⁹. Se si vuole contrastare efficacemente la

²⁵ Ibidem, 8-9.

²⁶ *Súmula Vinculante 13* "La nomina del coniuge, del compagno o del parente in linea retta o collaterale, o dell'affine, fino al terzo grado, inclusa l'autorità nominante o l'impiegato della stessa persona giuridica con un incarico dirigenziale, di comando o assistenza, per l'esercizio di un incarico assegnato o di fiducia, in qualsiasi dei Poteri dell'Unione, degli Stati, del Distretto Federale e dei Municipi, viola la Costituzione Federale". In Brasile esistono *Súmulas* e *Súmulas* vincolanti. La *Súmula* è una sintesi di tutti i casi simili, decisi nello stesso modo. La *súmula* non ha carattere cogente, avendo soltanto una funzione orientativa per le altre decisioni. Diversamente, le *súmulas* vincolanti si caratterizzano per la loro obbligatorietà e vincolatività nei confronti degli altri organi del Potere giudiziario e in generale dell'Amministrazione pubblica, al livello federale, statale e municipale.

²⁷ Supremo Tribunal Federal – MS 26602 – Rel. Ministro Eros Grau – DJU 17.10.2008, in www.stf.gov.br. STF – MS26603 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 18.12.2008, in www.stf.gov.br. STF – MS 26604 – Rel. Ministra Carmen Lúcia – DJU 3.10.2008, in www.stf.gov.br.

²⁸ Supremo Tribunal Federal, Ação Penal, 22/04/2013, n. AP 470, in ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. *Mensalão* (mensile) è il nome dato allo scandalo per corruzione, scoppiato tra il 2005 e il 2006, che ha coinvolto il Governo brasiliano guidato dal Presidente Lula da Silva, per il fatto che sarebbero stati corrisposti ad alcuni deputati cospicui compensi mensili (si sospetta intorno ai dodicimila dollari al mese), perché venissero votati progetti che stavano particolarmente a cuore all'Esecutivo.

²⁹ STF, Azione diretta d'incostituzionalità (ADI, 4650), in www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819. In Brasile, il Supremo Tribunale Federal svolge la funzione di Corte Costituzionale ma anche di Corte di Cassazione.

corruzione in Brasile, occorrerebbe evitare un approccio moralista, perché si ritiene che determini uno stato di paralisi, impedendo una riflessione approfondita sulla trasformazione verso un modello meno corrotto e più democratico. Il moralismo contribuisce alla delegittimazione della stessa democrazia in Brasile, non permettendo la produzione di consensi intorno ai principi ed alle regole istituzionali della politica. Per Avritzer “Il moralismo nella politica porta ad un discorso fondato sull’anti-politica, che a sua volta porta alla trasformazione del sentimento d’insoddisfazione verso le istituzioni in indifferenza, neutralizzando l’azione della cittadinanza democratica”. Tale punto di vista moralista fa sì che il problema della corruzione sia trasferito dal piano politico al piano giuridico, principalmente nella sua dimensione penale, pretendendo di risolverlo attraverso la criminalizzazione dei comportamenti corruttivi. Ci si illude che la criminalizzazione della corruzione sia la soluzione per ridurla, trasferendo presumibilmente la capacità di controllo sull’azione corruttiva posta in essere dal funzionario pubblico alle leggi penali, come se le leggi fossero in grado di trasformare immediatamente il comportamento delle persone.

Il fenomeno della corruzione genera una contraddizione nell’opinione pubblica brasiliana: sebbene, infatti, il cittadino brasiliano condivide l’idea che per diminuire la corruzione servirebbero leggi più dure, tuttavia nella vita quotidiana la gente mostra un sentimento di tolleranza nei confronti del fenomeno corruttivo. Questo può essere confermato dalle recenti elezioni presidenziali, ove, nonostante il Partito dei Lavoratori del Presidente Dilma Rousseff sia stato coinvolto, negli ultimi anni, in diversi scandali per fatti di corruzione, come il citato *Mensalão*, o i recenti scandali che hanno coinvolto la Petrobrás (la grande impresa statale di produzione del petrolio)³⁰, la Rousseff è stata rieletta. Uno degli argomenti a difesa del suo partito è stato che tutti i partiti politici soffrono dello stesso male e che, quindi, il problema della corruzione è un elemento invariabile nella politica, indipendentemente dal partito che vinca le elezioni.

Questo moralismo di élite e questo spostamento del problema della corruzione sul piano del diritto penale si rivelano poco produttivi nella lotta alla corruzione, così come, d’altra parte, non è possibile contrastare efficacemente il fenomeno corruttivo, se non si introduce una forma di *accountability* elettorale³¹.

³⁰ *Escândalo na Petrobrás*, *Folha de São Paulo*, 2014, in www1.folha.uol.com.br/infograficos/2014/09/114361-escandalo-na-petrobras.shtml.

³¹ Cf. PEREIRA, L. R. RENNÓ, D. SAMUELS, *Corruption, Campaign Finance, and reelection*, in *Corruption and Democracy in Brazil: the struggle for accountability*, University of Notre Dame Press, Indiana, 2011, 81, “Given this widespread tolerance of corruption, most voters are unlikely to punish *rouba mas faz* behavior as long as politicians continue to deliver on their personalistic promises of private goods. Thus, despite the occasional counterexample, observers of Brazilian politics tend to assume that politicians generally do not fear accusations of corruption simply because few are caught, fewer are prosecuted, and even fewer are ultimately punished. If electoral impunity is the norm and if the root of impunity lies not in an underfunded and perhaps similarly corrupt judiciary but rather

Ciò che qui si vuole sostenere è che l'approccio probabilmente più efficace per contrastare la corruzione non è tanto quello morale o penale, ma piuttosto quello del controllo democratico attraverso una maggiore partecipazione popolare, così da non votare alle successive elezioni il politico condannato per fatti di corruzione.

Le maggiori criticità sul tema riguardano le risposte che al problema della corruzione vengono date dal Potere giudiziario, specialmente per quel che riguarda le decisioni di condanna, considerato che in Brasile, oltre alle sanzioni irrogate dall'autorità amministrativa, grande parte della punizione per corruzione spetta al Potere giudiziario.

A tal proposito, tra l'altro, stando ai dati forniti da *Transparency International*, in Brasile non mancherebbero leggi anticorruzione ma la loro effettiva applicazione.³²

Oltre ai documenti internazionali ratificati dal Brasile³³, nel nostro Paese, a partire dal 1988, sono state promulgate le seguenti leggi anticorruzione:

Tabella I - Leggi anticorruzione in Brasile³⁴

| | |
|---------------|--|
| Legge 8112/90 | Ha istituito il regime degli impiegati pubblici civili dell'Unione, stabilendo <i>sanzioni per gli atti a danno dell'incolumità della cosa pubblica</i> . |
| Legge 8429/92 | Conosciuta come legge sulla "Disonestà Amministrativa". Precvede l'applicazione di sanzioni contro gli agenti pubblici per arricchimento illecito nell'esercizio del mandato, dell'incarico, dell'impiego o della funzione. |

in popular indifference or even acquiescence to corruption, then we should expect allegations of corruption to matter little for politicians prospects of reelection".

³² Per Mariana Mota Prado, professoressa brasiliana presso l'Università di Toronto, il problema riguarda la mancata punizione da parte del potere giudiziario brasiliano: "The hypothesis may also offer an explanation for unsuccessful cases. Indeed, as we have suggested here, while Brazil's federal system shows much institutional multiplicity in the areas in which the country has achieved some degree of success in battling corruption – oversight and investigation – the stage at which accountability institutions appears most dysfunctional and in need of reform – enforcement – is charged to a single entity – the judiciary." M. M. PRADO, L.D. CARSON, *Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design*, cit., 24. Nello stesso senso, T. J. POWER, M. M. TAYLOR, *Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for accountability*, University of Notre Dame Press, Indiana, 2011, 3, "The World Bank's Worldwide Governance Indicators, for example, show Brazil doing better than most countries in its income category on three relevant indicators: "voice and accountability", "rule of law", and "control of corruption".

³³In ambito internazionale, il Brasile ha firmato la Convenzione OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri, le Convenzioni contro la corruzione dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS) e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, disponibili in www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional.

³⁴ Consultabili in www.planalto.gov.br e www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/leis.

| | |
|------------------------------|--|
| Legge 8666/93 | Istituisce norme molto rigide in materia di appalti e di altri contratti pubblici. |
| Legge 8730/93 | Impone l'obbligo per i titolari di incarichi, impieghi e funzioni pubbliche, di dichiarare beni posseduti e redditi percepiti. |
| Legge 8884/94 | Contiene disposizioni in tema di prevenzione e repressione delle infrazioni contro l'ordine economico. |
| Legge 9840/99 | Aggiunge due nuove disposizioni alla Legge elettorale 9.504/97): Divieto dell'acquisto di voti (<i>articolo 41-A</i>) e divieto di utilizzo delle strutture e risorse amministrative per finalità elettorali (<i>paragrafo 5° dell'articolo 73</i>). |
| Legge complementare 101/2000 | Legge sulla Responsabilità fiscale. |
| Legge 10467/2002 | Ha inserito nel codice penale il reato di corruzione attiva e di traffico di influenze illecite in transazioni commerciali internazionali. |
| Decreto 4923/2003 | La sua finalità è discutere e raccomandare meccanismi volti, in particolare, a migliorare il controllo sulle risorse pubbliche, promuovere la "trasparenza nella pubblica amministrazione e la lotta alla corruzione e alla sua impunità". |
| Legge 10763/2003 | Crimini di corruzione attiva e passiva nel codice penale. |
| Decreto 516/2010 (CGU) | Registro Nazionale delle Imprese non idonee e sanzionate – CEIS |
| Legge Complementare 135/2010 | La legge, conosciuta come "Ficha Limpa" ("Scheda Pulita"), sancisce i casi di ineleggibilità di quanti vengono riconosciuti colpevoli di reati inerenti l'arricchimento personale illecito e lesivi del patrimonio pubblico. Ha rappresentato un passo importante per la moralizzazione della politica in Brasile. |
| Legge 12527/2011 | Legge di accesso alle informazioni pubbliche |
| Legge 12813/2013 | Dispone misure sul conflitto di interessi nell'esercizio di un incarico o di un impiego presso il Potere Esecutivo Federale e stabilisce divieti successivi all'esercizio dell'incarico o dell'impiego. |
| Legge 12846/2013 | Contiene disposizioni sulla responsabilità amministrativa e civile delle persone giuridiche per atti contro la pubblica amministrazione, nazionale o straniera, nonché altre misure. |

Sulla base di questi dati, si potrebbe dire che il Brasile non ha bisogno di altre leggi per combattere la corruzione, piuttosto di rendere effettive quelle esistenti, sebbene il problema più grande sia la lentezza dei processi e l'esiguo numero di sentenze di condanna per corruzione³⁵.

Sebbene sia in corso un'attività di contrasto alla corruzione da parte del *Tribunal de Contas da União*, la Corte dei Conti brasiliana, nonché da parte della Polizia Federale, la corruzione in Brasile non è tuttavia diminuita dall'avvento della Costituzione democratica.

Per Leonardo Avritzer, la risposta risiede nella lentezza e lunghezza dei processi, dal momento che, per un verso, esistono quattro gradi di giudizio, per altro verso, vige la presunzione di innocenza, per cui la certezza della colpevolezza può aversi soltanto se si viene colti in flagrante, il che avviene molto raramente nei casi di corruzione³⁶.

Questo tipo di crimini, diversamente da quelli comuni, non sono visibili. Per questo, Avritzer afferma che la presunzione d'innocenza finisce per essere accompagnata dall'illimitata possibilità di ricorrere, che è accettata dall'opinione pubblica³⁷. Ciò assicura tranquillità ai corrotti ed ai corruttori.

Il problema di questi giudizi è che le condanne di primo e secondo grado – e frequentemente quelle di terzo grado – sono poco efficaci, perché il principio della presunzione di innocenza non consente di arrestare l'imputato che sia stato condannato, se non dopo che la sentenza sia diventata definitiva. Il che avviene spesso dopo un decennio di durata del processo. Soltanto se si cambia questo sistema sarà possibile contrastare la corruzione, diminuendone l'incidenza.

È necessario cominciare a discutere seriamente di due questioni in Brasile: della riforma politica³⁸, in particolar modo, della riforma delle modalità di finanziamento delle campagne elettorali, e della riforma del sistema di punizione dei delitti, in particolare di quelli politici.

Il futuro della lotta alla corruzione in Brasile poggia sul destino di due riforme ancora non realizzate del tutto: la legge n. 135/2010, sui casi di ineleggibilità di quanti vengono riconosciuti colpevoli di reati inerenti l'arricchimento personale illecito e lesivi del patrimonio pubblico, conosciuta come "Ficha Limpa" ("Scheda Pulita"), e l'emendamento che prevede l'ottemperanza alla decisione del Tribunale di 2^a istanza, anche quando tale decisione sia stata appellata. Entrambe le iniziative

³⁵ M. M. PRADO, L.D. CARSON, *Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design*, cit., 24-25

³⁶ L. AVRITZER, *O real combate à corrupção*, *Carta Capital*, 2011, in www.cartacapital.com.br/sociedade/combate-a-corrupcao-e-programa-de-governo.

³⁷ L. AVRITZER, *O real combate à corrupção*, *Carta Capital*, 2011, in www.cartacapital.com.br/sociedade/combate-a-corrupcao-e-programa-de-governo.

³⁸ Per approfondire la proposta di riforma politica per il Brasile, si v.: L. R. BARROSO, *A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*, 2010, in www.ufff.br/siddhartha_legale/files/2014/07/Barroso-Reforma-Pol%C3%ADtica.pdf.

hanno la capacità di fare quello che l'eventuale politica di moralizzazione non ha ancora fatto: e cioè prevenire il rischio corruttivo, introducendo pericoli reali per le carriere e per il patrimonio dei politici che si macchiano di tali fatti illeciti³⁹.

L'attuale processo penale per fatti di corruzione prevede che: se il Giudice di prima istanza condanna l'accusato, si può fare ricorso al "Tribunale Regionale Federale" (Tribunale di seconda istanza); mentre, nel caso di una nuova condanna da parte del Tribunale Regionale Federale è ancora possibile contestare la decisione presso il "Superiore Tribunale di Giustizia". Se poi anche quest'ultimo Tribunale condanna il reo, rimane un'ultima possibilità: ricorrere al "Supremo Tribunale Federale" (STF). Con tutti questi gradi di giudizio, quindi, è molto frequente che il processo si prolunghi tanto da comportare la prescrizione della pena, sicché il reo non potrà più essere condannato. La possibilità di poter esperire tutti questi ricorsi contro le eventuali sentenze di condanna emesse nei quattro gradi di giudizio diventa spesso un espediente per procrastinare la durata del processo al fine di ottenere la prescrizione della pena⁴⁰. Secondo i dati forniti dal Supremo Tribunale Federale, le decisioni di primo grado giungono dopo venti mesi, mentre, quelle di secondo grado e nei gradi successivi dopo quaranta mesi ognuna. Non è raro che un processo duri più di dieci anni senza concludersi⁴¹. E' dunque l'inefficienza della risposta giudiziaria uno dei principali problemi nella lotta alla corruzione degli impiegati pubblici e dei politici.

D'altra parte, i risultati delle ricerche di Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Jr. dimostrano che la chance che un funzionario pubblico corrotto venga processato penalmente è molto bassa, del 34,01%, mentre, che venga processato civilmente è ancora minore, appena del 24,26%. La chance, poi, di essere effettivamente condannato penalmente è ancora più bassa, del 3,17%, mentre, quella di essere condannato civilmente è addirittura minore, dell'1,59% soltanto⁴².

La sensazione d'impunità, specialmente dei politici, che, in base alla Costituzione brasiliana, godono di un foro privilegiato, viene corroborata dai seguenti dati:

³⁹L. AVRITZER, *O real combate à corrupção*, *Carta Capital*, 2011, in www.cartacapital.com.br/sociedade/combate-a-corrupcao-e-programa-de-governo.

⁴⁰L. AVRITZER, *O real combate à corrupção*, *Carta Capital*, 2011, in www.cartacapital.com.br/sociedade/combate-a-corrupcao-e-programa-de-governo.

⁴¹*Privilegio e impunidade*, *Revista Época*, 2009, in revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/1,EMI5197-15273,00.html. Sullo stesso argomento, C. OTAVIO, M. REMIGIO, *No Rio, tempo médio para julgar processos é de quatro anos*, *O Globo*, 2014, in oglobo.globo.com/brasil/no-rio-tempo-medio-para-julgar-processos-de-quatro-anos-12252139. Il Consiglio Nazionale di Giustizia ha anche pubblicato un rapporto sulla Giustizia brasiliana: *Justiça em números 2014*, ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça, Brasília: CNJ, 2014, in ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf.

⁴²C. H. R. ALENCAR, I. GICO JR., *Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção*, *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, June 2011, 90, in www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000100005&lng=en&nrm=iso.

“delle 130 azioni penali contro persone che, per una questione di foro privilegiato, sono arrivate davanti al Supremo Tribunale Federale, tra il 1988 e il 2007, nessuna è terminata con una condanna”⁴³. Delle “483 azioni penali che sono arrivate, invece, presso il Superiore Tribunale di Giustizia, soltanto in cinque casi c’è stata una sentenza di condanna”⁴⁴. Anche la mancanza di risorse dei Tribunali superiori al fine di dare continuità alle azioni penali intraprese costituisce una delle cause dell’impunità.

Un sondaggio del Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ) mostra che i Tribunali hanno giudicato appena il 34% delle azioni penali intraprese per i crimini contro la pubblica amministrazione⁴⁵.

Davanti a questi risultati, non si può non affermare l’assoluta inefficacia della risposta del sistema giudiziario brasiliano nella lotta alla corruzione.

Considerato che una persona è normalmente preoccupata della probabilità di essere punita, non già soltanto della probabilità di essere meramente processata⁴⁶, ne segue, anche sulla base dei dati empirici forniti, che attualmente in Brasile non ci sono forti disincentivi per il funzionario o il politico che intendano mettere in atto condotte corruttive, in quanto resteranno probabilmente impuniti. Poiché la probabilità di essere puniti è una delle variabili più rilevanti che incide sulla volontà di porre in essere attività illecite, questa bassa percentuale di azioni e di condanne per fatti corruttivi è sicuramente una delle ragioni che può spiegare come mai il livello di corruzione in Brasile sia ancora molto elevato ed indebolisca la capacità dello Stato di sviluppare buone politiche pubbliche.

In conclusione, poiché in Brasile ci sono varie criticità nelle tre fasi in cui si sviluppa il processo di lotta alla corruzione, che sono il controllo, l’investigazione e la sanzione, in uno schema in cui la debolezza di una fase della complessiva azione di contrasto del fenomeno debilita e indebolisce le altre, accade che la risposta sanzionatoria diventi la più debole fra tutte⁴⁷.

4. *La giustizia elettorale e il finanziamento illecito delle campagne elettorali*

L’attuale inefficacia, in Brasile, del sistema di lotta alle varie forme di corruzione coinvolge anche la giustizia elettorale, che, sebbene svolga un ruolo importante e indipendente nel garantire il corretto andamento delle procedure

⁴³ *Privilegio e impunidade*. Revista Época, 2009, in revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/1,EMI5197-15273,00.html.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ J. CASTRO, *Contra a corrupção, gergalo também no Judiciário*, O Globo, 2013, in oglobo.globo.com/brasil/contra-corrupcao-gergalo-tambem-no-judiciario-8826636.

⁴⁶ M. PRADO, L. CARSON, *Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil*. *International Research Initiative On Brazil and Africa*, cit., 23.

⁴⁷ M. PRADO, L. CARSON, *Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement ...*, cit., 16.

elettorali, incontra dei problemi nel provare la cosiddetta “*caixa dois*”, ovvero il finanziamento illecito della campagna elettorale, che non viene contabilizzato né tantomeno dichiarato presso i competenti organi del fisco.

Le spese ufficialmente dichiarate nella campagna elettorale rappresentano normalmente circa la metà del totale delle spese affrontate dai singoli candidati e dai partiti in un Paese in cui, peraltro, le elezioni sono molto care (inferiori appena a quelle statunitensi).

Altri comportamenti illeciti, quali l’acquisto di voti, sono piuttosto comuni in Brasile, tant’è che circa un elettore su sette dichiara di aver ricevuto offerte di acquisto del proprio voto. Tuttavia, si è fatto molto poco sul versante della prevenzione e della repressione di questi comportamenti, tant’è vero che appena lo 0,3% dei relativi casi giudiziari sono stati considerati reati elettorali⁴⁸.

Per Taylor, le cause di questo pessimo risultato della giustizia elettorale discendono “dalla sua struttura, dalla sua amministrazione, dal suo ruolo nel sistema politico e dalle sue relazioni con il potere giudiziario”.

Per quel che riguarda la struttura della giustizia elettorale, questa è considerata molto piccola per potere render conto di tanto lavoro, per monitorare i processi elettorali, i candidati ed i soggetti coinvolti in ogni elezione nella quarta maggior democrazia del mondo, con circa 140 milioni di elettori⁴⁹. Il corpo giudiziario ed amministrativo è ridotto ed il suo bilancio è esiguo. Inoltre, il fatto che i giudici elettorali non siano permanenti, ma siano dati in prestito dal Potere giudiziario ordinario per un periodo di appena due anni, rinnovabile di altri due, dà luogo ad una situazione precaria che pregiudica il corretto funzionamento della giustizia elettorale⁵⁰.

Sulla questione dei finanziamenti delle campagne elettorali, si osserva che i tribunali elettorali non riescono a risalire alle fonti di finanziamento, specialmente di quello illecito. Tanto i tribunali quanto soprattutto i partiti chiudono gli occhi davanti a quello che succede veramente.

Il Brasile, dopo gli Stati Uniti, ha una delle campagne politiche più care del mondo, con circa un miliardo di reais spesi dai partiti e dai politici brasiliani nelle elezioni del Congresso Nazionale del 2014⁵¹, nonostante il servizio gratuito offerto sul tema dalla televisione e l’assenza di elezioni primarie.

⁴⁸ M. M. TAYLOR, *The Federal Judiciary and Electoral Courts. Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for accountability*, a cura di T. J. POWER, M. M. TAYLOR, University of Notre Dame Press, Indiana, 2011, 167.

⁴⁹ *Urnas eletrônicas com biometria serão utilizadas por 23 milhões de eleitores*, 2014, in www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/474575-URNAS-ELETRONICAS-COM-BIOMETRIA-SERAO-UTILIZADAS-POR-23-MILHOES-DE-ELEITORES.html.

⁵⁰ M. M. TAYLOR, *op. ult. cit.*, 168.

⁵¹ J. TOLEDO, R. BURGARELLI, *Eleição do Congresso 2015 custa R\$ 1 bilhão*, *O Estado de São Paulo*, 2014, in politica.estadao.com.br/noticias/geral,eleicao-do-congresso-2015-custa-r-1-bilhao,1588590.

Potenti corporazioni hanno finanziato quasi per intero la campagna elettorale vincente, del 2010, di Dilma Rousseff, coprendo circa il 98% delle spese totali, così come quelle del suo principale avversario (95,5%).

Le imprese brasiliane sono autorizzate a dare fino al 2% del loro reddito lordo annuale direttamente ai candidati, mentre, altre piccole contribuzioni provengono da singole persone fisiche; nelle elezioni del 2006 il 55% delle donazioni fatte ai candidati aspiranti ad essere eletti deputati federali sono pervenute da corporazioni, mentre, il 34% da persone fisiche⁵².

Questo tipo di donazioni, d'altra parte, per le imprese ed altre figure corporative rappresentano un ottimo investimento finanziario, nella misura in cui il candidato che ne sia beneficiario vinca le elezioni. I sondaggi dimostrano, infatti, che, nelle elezioni del 2006 per i deputati federali, le imprese che avevano fatto donazioni ai candidati poi eletti del Partito dei Lavoratori, hanno ricevuto, in media, almeno 14 volte in più del valore delle loro contribuzioni elettorali, tramite la successiva stipula, nel corso della legislatura, di contratti con il Governo. Oltre a ciò, queste imprese hanno avuto più facilità nel ricevere finanziamenti da parte della Banca Nazionale di Sviluppo Economico e Sociale del BNDES.

Queste questioni hanno condotto l'Ordine degli Avvocati del Brasile a proporre un'azione diretta d'incostituzionalità contro le disposizioni della legge n. 9504/1997 e n. 9096/1995, che regolano rispettivamente il finanziamento delle campagne elettorali e dei partiti politici. Nonostante il processo non sia ancora terminato, la maggioranza dei ministri della Suprema Corte (STF) si è già manifestata a favore del ricorrente, ovvero nel senso dell'incostituzionalità delle relative disposizioni di legge, specialmente perché le norme contestate discriminano le persone ed i candidati in base alla disponibilità finanziaria di ognuno, sicché la partecipazione alle elezioni non è uguale per tutti.

Per la Suprema Corte “non basta frenare il finanziamento”, ma è necessaria la creazione di un sistema elettorale con meno costi e, di conseguenza, più autentico e democratico, capace di rispondere alla richiesta dell'opinione pubblica brasiliana di una moralizzazione della politica.

A tal proposito, è già stato approvato dal Senato Federale un progetto di legge che vieta il finanziamento delle campagne elettorali anche da parte delle persone giuridiche. Il progetto deve ancora essere approvato dalla Camera dei Deputati⁵³.

Nonostante questo progetto sia già al Senato, si osserva tuttavia che la predetta decisione della Suprema Corte è stata criticata da parte di alcuni per il fatto che la Corte sarebbe andata oltre i suoi limiti.

⁵² M. PRADO, L. CARSON, *Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil*. . . , cit., 16.

⁵³ G. GUERREIRO, *Senado acaba com doações de empresas em campanhas eleitorais*. *Folha de São Paulo*, 2014. Disponibile in www1.folha.uol.com.br/poder/2014/04/1441496-senado-acaba-com-doacao-de-empresas-em-campanhas-eleitorais.shtml.

In Brasile, così com'è avvenuto per lo scandalo del cosiddetto *Mensalão*, questo caso ha portato ad una reazione del Potere legislativo, che ha presentato una proposta di emendamento della Costituzione. Secondo questo emendamento, nei casi di dichiarazione d'incostituzionalità della legge da parte della Corte Suprema, se il Congresso Nazionale non è d'accordo, si decide attraverso un plebiscito popolare⁵⁴.

Sul tema, si deve, però, osservare, che, se il Brasile ha bisogno di una riforma legislativa, questa deve in verità consistere soprattutto nell'emanazione di una nuova legge diretta a cambiare il sistema processuale, al fine di renderlo più agile ed efficace.

Per concludere, bisogna invertire i dati della corruzione, poiché "la corruzione in una democrazia è la corruzione della democrazia"⁵⁵.

CORRUPTION AND IMPUNITY IN BRAZIL

by Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Abstract

This paper aims to analyze the problem of corruption in general in the Brazilian courts, going after, the specific issue of impunity in the judgments of corruption cases from these courts. Also, exposes the problem of impunity due to structural difficulties of Brazilian system for what concerns the punishment. The article treats, also, of the issue of electoral justice that, although plays an important and independent role, in the sense of the warranty of the electoral process, finds it difficult to identify and prove the so-called "Caixa Dois", the campaign finance undeclared. Finally, faced the issue of campaign financing by private persons, which creates an environment that favors corruption.

⁵⁴ La proposta di emendamento costituzionale può essere consultata in www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100182.

⁵⁵ M. WARREN, *The meaning of corruption in Democracies*, *American Journal of Political Science*, April 2004, 327, "While not the worst of political pathologies, corruption is the one most likely to be found in democracies. Corruption is not as dangerous as war, as urgent as terrorism. Some have even argued that the little bit of corruption that comes with democracies makes them work better – by lowering transaction costs, reducing the inefficiencies of cumbersome rules, and generally making things happen. But more recently a strong consensus has emerged that political corruption is neither a benefit to a democracy, nor an insignificant irritant: it corrodes the norms, processes, and mechanisms of democracy itself. By most measures the world's democracies are the least corrupt regimes. But when democracies go bad, corruption (rather than oppression, violence, tyranny or related pathologies) likely to be high on the list of problems and citizens are likely to place corruption as high among their reasons for disaffection".

Il finanziamento ai partiti politici in Brasile: corruzione e democrazia

di Eneida Desiree Salgado

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La regolazione del finanziamento ai Partiti Politici. - 3. Le proposte di riforma. - 4. Conclusione.

1. *Introduzione*

Si può rintracciare nel discorso giuridico un pensiero unico, quasi un dogma per quanto riguarda il ruolo dei partiti politici nei sistemi istituzionali contemporanei. Si afferma insistentemente l'imprescindibilità dei partiti per la democrazia. Non c'è democrazia senza i partiti, si dice. La democrazia dei partiti è necessaria nelle costituzioni democratiche di questo secolo, «non ci sono alternative valide ai partiti politici»¹, perché la democrazia non funziona senza di essi².

Non mi pare che sia così. Tuttavia, le costituzioni del XX secolo, soprattutto dopo la prima guerra mondiale, hanno previsto il ruolo dei partiti nei loro testi, conferendo ad essi, in alcuni casi, il monopolio nella presentazione dei candidati. Il protagonismo senza rivali nell'arena pubblica che è stato consegnato ai partiti politici dalle costituzioni contemporanee,³ sembra, però, non corrispondere all'immagine dei partiti politici che si è affermata durante gli ultimi decenni nella società civile.

Partito politico è, secondo Jorge Fernández Ruiz, «agrupación permanente de una porción de la población, vinculada por ciertos principios y programas, derivados de sus intereses o de su interpretación del papel que corresponde a los depositarios del poder público y a los diversos segmentos sociales en el desar-

¹ P. BONAVIDES, *Ciência política*, São Paulo: Malheiros, 2010, 424.

² J. THESING, W. HOFMEISTER (ed.), *Partidos políticos en la democracia*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer/Ciedla, 1995, 3 e 9.

³ E.D. SALGADO, *Los partidos políticos y el Estado democrático: la tensión entre la autonomía partidaria y la exigencia de democracia interna*, in *Revista Ideología y Militancia*, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 1, 2013.

rolo socioeconómico del Estado, con miras a hacerse de dicho poder para, en ejercicio del mismo, poner en práctica los principios y programas que postula».⁴ Secondo questo autore, tradizionalmente i partiti svolgono cinque funzioni fondamentali: contribuire alla formazione della volontà popolare, coordinando le varie istanze sociali e risvegliando l'interesse della cittadinanza per i temi politici; contribuire al rafforzamento della rappresentanza politica, rendendola capace di interpretare la volontà popolare; creare progetti di riforma istituzionale e programmi di governo; garantire il collegamento tra la cittadinanza ed il governo e presentare candidati alle cariche pubbliche, elettive e non.⁵

Però, davanti al nuovo modello di competizione politico-elettorale, la c.d. “democrazia di udienza”⁶, si verifica una dispersione dell'identità dei partiti, che non si identificano più con un forte principio ideologico, ma ricercano soltanto voti e diventano organizzazioni che cercano di rappresentare tutti gli interessi, come partiti *catch-all*⁷ oppure partiti «di tutto il mondo»⁸. Questo si riflette nella crisi del ruolo “pedagogico” dei partiti, che non offrono più una visione organica e sistematica delle relazioni sociali ai loro elettori e, anzi, mettono da parte le istanze sociali più difficili da mediare⁹.

Affrontando il tema della crisi dei partiti politici, Jorge Fernández Ruiz indica come elementi sintomatici della situazione attuale la riduzione del numero degli iscritti e dei simpatizzanti e le campagne di auto-annullamento del voto¹⁰. Josef Thesing, a sua volta, segnala, come causa del fallimento dei partiti, la crescente domanda della popolazione di interventi e misure di carattere pubblico combinata con la scarsa efficacia della politica nella soluzione dei problemi sociali¹¹.

⁴ J. FERNÁNDEZ RUIZ, *Tratado de Derecho Electoral*, México, DF-Editorial Porrúa, 2010, 244.

⁵ J. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Tratado de Derecho Electoral*, cit., 264-265.

⁶ B. MANIN, *Los principios del gobierno representativo*, Tradução de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1998 [1995], 274-276.

⁷ Partiti in cui si registra la dissoluzione del profilo ideologico, con la presentazione di un vago programma, senza obiettivi specifici, cercando di ottenere voti in tutti i contesti sociali (C.R. AGUILERA DE PRAT, *Problemas de la democracia y de los partidos en el Estado social*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, ene./mar. 1999, n. 67, 113.

⁸ M. RAMÍREZ GIMÉNEZ, *La participación política*, Madrid, Tecnos, 1985, 37.

⁹ B. ACCARINO, *Rappresentanza*, Bologna: 1999, 159-160 e 162. Un'analisi della difficoltà dei partiti politici alla formazione e al mantenimento di una identità collettiva che sia sintesi della pluralità degli interessi individuali, con la conseguente comparsa di associazioni rappresentative non-partitiche, può essere trovata in R.X. LEONARDO, *As associações em sentido estrito no direito privado*, São Paulo, 2006. 249f, Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. item 3.1.

¹⁰ J. FERNÁNDEZ RUIZ, *Tratado de Derecho Electoral*, cit., 275.

¹¹ J. THESING, *Transición, democracia y partidos políticos: tarea e importancia de los partidos*, in J. THESING, W. HOFMEISTER (ed.), *Partidos políticos en la democracia*, cit., 18-19.

Anche Marcello Baquero osserva un declino nell'importanza dei partiti politici per effetto dell'inefficienza nell'intermediazione delle richieste sociali, originata dalla spaventosa distanza tra la teoria e la prassi della maggioranza dei partiti, ed anche della sempre più diffusa consapevolezza sociale che la democrazia non dipende, necessariamente, da un forte ed istituzionalizzato sistema di partiti¹².

In realtà, i partiti perdono il ruolo di protagonisti dell'arena pubblica e cominciano a dividere lo spazio con altri attori politici. Un fenomeno che non si verifica, invece, nell'ambito dei processi legislativi.

L'opinione pubblica ormai, sebbene riconosca la necessità dei partiti politici¹³, li considera al tempo stesso come istituzioni poco affidabili¹⁴. Un aspetto particolare di questa immagine negativa riguarda la diffusione della corruzione. I dati raccolti dai centri di ricerca internazionali indicano che, in base alla percezione dei brasiliani intervistati, i partiti politici presentano un grado di corruzione quantificabile in 4,1 punti - in una scala da 1 a 5 - il più elevato tra le istituzioni pubbliche, punteggiato condiviso con il Parlamento¹⁵.

Al riguardo si sostiene che la principale causa della corruzione dei partiti politici è da ricercare nel modello di finanziamento. Questa posizione è sostenuta da diverse ricostruzioni giuridiche, alcune delle quali forzano anche il testo costituzionale.

Nel caso brasiliano, l'assetto giuridico è del tutto peculiare. Al di là del modello presidenziale, elemento qualificante dell'America Latina, in Brasile esistono ben 32 partiti politici di livello nazionale, anche per effetto della clausola relativa al divieto di partiti regionali o locali: di questi, ventitré sono rappresentati nella Camera dei Deputati. Il multipartitismo è, per alcuni studiosi, un difetto del sistema in quanto compromette la governabilità, mentre, per altri, rappresenta la realizzazione del principio costituzionale del pluralismo politico.

L'esigenza del carattere nazionale dei partiti è il risultato di una scelta legislativa¹⁶, formalizzata nella *Legge sui Partiti Politici* (Lei n. 9.096/95), che fissa lo sbarramento rappresentato dal «apoiamento de eleitores corrispondente a, pelo

¹² M. BAQUERO, *A vulnerabilidade dos partidos políticos e a crise da democracia na América Latina*, Porto Alegre, Ed. Universidade/UFRGS, 2000, 151-157.

¹³ Secondo ricerche dell'Associazione Latinobarómetro realizzate in Brasile tra 1995 e 2010, il 37,8% degli intervistati ritiene che i partiti sono necessari, mentre il 28,9% non è d'accordo: dati disponibili in <http://www.latinobarometro.org/latino/LATANalyzeQuestion.jsp>.

¹⁴ Le stesse ricerche indicano che il 3,5% degli intervistati ha molto fiducia nei partiti politici, 15,1% ha una fiducia moderata, il 34,1% ha poca fiducia e il 47,3% non si fida per niente nei partiti politici.

¹⁵ La polizia ottiene 3,8 punti di corruzione, il potere giudiziario 3,2, l'amministrazione pubblica 3,1 e i militari 2,4 punti. La stessa ricerca è stata realizzata in Messico, con dati spaventosi: i partiti ottengono 4,4 punti, come la polizia; il potere giudiziario 4,3, il Parlamento e l'amministrazione pubblica 4,2: questi dati sono disponibili nei siti http://www.transparency.org/country#BRA_PublicOpinion e http://www.transparency.org/country#MEX_PublicOpinion.

¹⁶ V.A. DA SILVA, *Partidos e reforma política* in *Revista Brasileira de Direito Público*, 2005, 11.

menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles» (art. 7º, §1º).

L'associazione che intende registrarsi come partito politico presso il Tribunale Superiore Elettorale deve dimostrare la presenza in almeno nove regioni brasiliane. Con la registrazione il partito ottiene l'accesso gratuito alla radio ed alla televisione, nei semestri non elettorali, ed ai fondi pubblici. Tuttavia, non esiste nell'ordinamento brasiliano la clausola di "produção eleitoral", nel senso che un partito politico non perde la registrazione, con le connesse garanzie giuridiche, se non raggiunge un certo minimo di voti.

Attualmente, il sistema è abbastanza liberale per quanto riguarda il finanziamento ai partiti politici. Diverse proposte cercano di regolare in modo più rigoroso il finanziamento alla politica, prevedendo il divieto totale di donazioni da parte delle persone giuridiche, la limitazione di donazioni delle persone fisiche oppure stabilendo il finanziamento esclusivamente pubblico. Tuttavia, il denaro trova sempre un cammino: «outside money always finds its way in»¹⁷. E l'esperienza storica brasiliana conferma tale verità.

2. *La regolamentazione del finanziamento ai partiti politici*

In modo più enfatico, tenendo conto che il pluralismo politico è un carattere imprescindibile delle democrazie costituzionali contemporanee, si può affermare che la regolazione del finanziamento ai partiti politici è un corollario del principio della massima parità nella competizione elettorale.

José Joaquim Gomes Canotilho, affrontando il tema del finanziamento ai partiti politici, richiama il principio della parità e della libertà di concorrenza dei partiti, che esige non solo un trattamento paritario, ma anche tolleranza, neutralità del potere pubblico e relatività dei valori politici¹⁸. Dian Schefold afferma che la limitazione delle spese dei partiti è un requisito per garantire l'equilibrio tra le forze politiche e serve ad evitare lo «spostamento del potere dal sistema politico a quello finanziario»¹⁹.

È necessario ribadire che la struttura del sistema partitico e la regolazione del loro finanziamento si riflettono in modo precipuo sul diritto di opposizione, fondamentale per l'affermazione di una vera democrazia.

¹⁷ Note: *Restoring electoral equilibrium in the wake of constitutionalized campaign finance*, in *Harvard Law Review*, Vol. 124, 2011, 1543.

¹⁸ J.J.G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1999, 310.

¹⁹ D. SCHEFOLD, *Financiamento de los partidos políticos: análisis comparado de los sistemas europeos*, in J. THESING, W. HOFMEISTER (ed.), *Partidos políticos en la democracia*, cit., 394: traduzione libera da «desplazamiento del poder desde el sistema político al sistema financiero».

I partiti possono essere finanziati con il denaro privato o pubblico. I modelli di finanziamento esistenti mescolano le fonti e stabiliscono diverse regole per il funzionamento dei partiti.

In Brasile, la prima carta costituzionale che ha regolato i partiti politici è stata la Costituzione di 1946, che ha sostituito la Legge *Agamenon* del 1945. Tuttavia, il *Codigo eleitoral* del 1932 faceva riferimento ai partiti, riconoscendo la possibilità di presentare candidati e di controllare il processo elettorale.

Il *Codigo* del 1950 ha previsto che i partiti dovevano fissare un tetto massimo alle spese della campagna elettorale (art. 143, I), disciplinando la competenza del Tribunale Superiore Elettorale per «conhecer das reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos» (art. 12, o). Il *Codigo*, inoltre, ha stabilito che i partiti politici si devono considerare come persone giuridiche di diritto pubblico interno (art. 132), ha imposto limiti al contributo degli iscritti (art. 143, II), ha vietato le donazioni dall'estero e da altre fonti come le autorità pubbliche, le imprese ad economia mista e i concessionari di servizio pubblico (art. 144). Infine, ha sancito l'illiceità delle risorse non registrate (art. 145).

Bruno Wilhelm Speck ha analizzato il primo scandalo di corruzione relativo al finanziamento delle campagne elettorali in Brasile, che si è verificato nel 1962, quando il gruppo di opposizione è stato accusato di utilizzare risorse finanziarie provenienti dall'estero²⁰.

La *Legge Organica sui Partiti Politici* (Lei n. 4740/1965), elaborata subito dopo il golpe militare, è rimasta in vigore formalmente soltanto per sei anni. Tale provvedimento si segnala in quanto ha incluso, tra le fonti di finanziamento vietate per i partiti politici, anche le imprese private con scopo di lucro (art. 56, IV). Il controllo della giustizia elettorale è diventato più intenso sulla base di nuove norme che prevedono la responsabilizzazione civile e penale del tesoriere del partito in caso di irregolarità (art. 58, II).

Questa legge istituisce, per la prima volta, un *Fondo speciale di assistenza finanziaria per i partiti politici*, formato con risorse²¹ provenienti da sanzioni elettorali, contributi pubblici previsti per legge e donazioni private (art. 60). Per quanto riguarda la ripartizione di tali risorse, il 20% è distribuito in modo uguale tra tutti i partiti politici, mentre il restante 80% proporzionalmente al numero dei rappresentanti nella Camera dei Deputati (art. 62). Negli articoli seguenti, la legge

²⁰ B.W. SPECK, *O financiamento político e a corrupção no Brasil*, in R. DE CASSIA BIASON (org.), *Temas de corrupção política no Brasil*, I, São Paulo, Balão Editorial, 2012, Vol. I, 51.

²¹ Secondo Maria do Socorro Sousa Braga e Adla Bourdoukan il primo Stato ad adottare il finanziamento pubblico dei partiti è stato l'Uruguay nel 1928: M. DO SOCORRO SOUSA BRAGA, A. BOURDOUKAN, *Partidos políticos no Brasil: organização partidária, competição eleitoral e financiamento público in Perspectivas*, São Paulo, vol. 35, jan./jun. 2009, 117 ss.

ha previsto la somma destinata ai direttori regionali (80%) ed ai direttori comunali (60%). L'obiettivo del Fondo speciale di assistenza finanziaria per i partiti politici è stato individuato nell'art. 70: mantenere le sedi ed i servizi dei partiti, vietando la remunerazione del personale a qualsiasi titolo; consentire la propaganda dottrinale e politica; favorire l'arruolamento di candidati per le elezioni; permettere la creazione e il mantenimento di un istituto di istruzione politica per la formazione e il rinnovamento dei quadri e della dirigenza politiche. La legge ha stabilito anche che i partiti politici sono tenuti a presentare il rendiconto delle somme ricevute alla Corte dei Conti dell'Unione: quest'organo svolge il compito del controllo dopo la verifica del tribunale superiore elettorale. Peraltro, nelle disposizioni generali, l'art. 75 ha previsto la possibilità, almeno due volte all'anno, della diffusione gratuita alla radio e alla televisione dei congressi o delle riunioni pubbliche dei partiti (III e paragrafo unico).

Regolando il controllo che la magistratura elettorale svolge sulle risorse dei partiti impiegate durante le campagne elettorali, l'art. 58 ha introdotto la fattispecie della corruzione nei procedimenti elettorali. Una parte della disposizione, tuttavia, è stata censurata dalla Presidenza della Repubblica, per «melhorar a redação, evitando-se interpretações menos apropriadas».

La *Legge Organica sui Partiti Politici* è stata pubblicata il 15 luglio 1965. Nell'ottobre dello stesso anno, la dittatura militare ha promulgato, però, l'*Atto Istituzionale* n. 2, che ha abolito i partiti politici. A novembre, in base all'*Atto Complementare* n. 4, è stata consentita la creazione, per i membri del Parlamento, di raggruppamenti (che non potevano utilizzare il nome "partito" o simbolo, nome, sigla dei partiti estinti), in grado di poter contare sull'appoggio di un terzo dei senatori e di un terzo dei deputati, imponendo sostanzialmente un sistema bipolare alle forze politiche.

Dopo l'*Atto Istituzionale* n. 5, che ha eliminato qualsiasi ricordo dello Stato di diritto che ancora rimaneva in Brasile, è stata approvata la nuova *Legge Organica sui Partiti Politici* (Legge n. 5.682/1971). Tale provvedimento ha disciplinato le finanze e la contabilità dei partiti, includendo tra le fonti vietate le risorse provenienti dagli enti di categoria e dai sindacati (art. 91, IV). I partiti continuano ad essere responsabili per le spese della campagna elettorale (art. 93, §2°). Il Fondo speciale di assistenza finanziaria ai partiti politici è alimentato da specifici capitoli del bilancio della Repubblica (art. 95, III, con la modifica promossa dalla legge n. 6767/1979), però, dopo il 1979, il 10% è distribuito in modo uguale tra i partiti e il 90% proporzionalmente al numero di rappresentanti nella Camera dei Deputati (art. 97). Dallo stesso anno, diviene permesso l'uso del Fondo speciale di assistenza finanziaria ai partiti politici per il pagamento del personale, limitato al 20% del totale ricevuto (art. 105, II).

Le modifiche apportate a tale disciplina con la legge n. 6767/1979 hanno estinto le artificiose organizzazioni politiche create con l'*Atto Complementare* n°

4 e hanno nuovamente creato le premesse per il pluripartitismo. Nel 1981, tuttavia la legge n. 6.937 ha previsto, a partire dalle elezioni del 1982, che la totalità del Fondo speciale di assistenza finanziaria sia distribuita ai partiti politici secondo la loro presenza nella Camera dei Deputati, mettendo fine alle quote assegnate indistintamente a tutti i partiti registrati (art. 3). Maria do Socorro Sousa Braga e Adla Bourdoukan rilevano come l'interpretazione seguita dal Tribunale Superiore Elettorale nel 1983 abbia comportato la distribuzione del Fondo speciale di assistenza finanziaria ai partiti politici soltanto tra due partiti politici, avendo ritenuto che le altre formazioni partitiche non fossero in grado di soddisfare i requisiti previsti dall'emendamento costituzionale n. 11/1978. Nel mese seguente, il Parlamento ha approvato la legge n. 7090, che permette che a tutti i partiti con propri rappresentanti nel Parlamento di avere accesso al Fondo speciale di assistenza finanziaria ai partiti politici²².

L'apertura democratica, lenta e graduale, è culminata nell'introduzione di nuovi principi politico-democratici nella Costituzione del 1988.

La Costituzione brasiliana del 1988 classifica i partiti politici come persone giuridiche di diritto privato (ritornando alla disposizione anteriore alla dittatura militare del periodo 1964 – 1985), che sono tenute a rispettare la sovranità popolare, il regime democratico, il pluripartitismo e i diritti fondamentali della persona umana.

Il testo costituzionale vieta ai partiti politici il «recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes» (art. 17, II). La Costituzione, peraltro, vieta ai partiti, come a qualsiasi altra associazione, l'istituzione di organizzazioni paramilitari (art. 17, § 4°).

Nello stesso art. 17 Cost. vengono imposte ai partiti due esigenze.

La prima riguarda il controllo delle spese da parte della Giustizia Elettorale. In considerazione del finanziamento pubblico ai partiti con il Fondo speciale di assistenza finanziaria ai partiti politici, qualsiasi persona fisica o giuridica che riceve denaro pubblico, come i partiti, devono rendere conto delle spese. Tuttavia, mentre gli altri soggetti sono controllati dalla Corte dei Conti, i partiti sono sottoposti al controllo della Giustizia Elettorale, in relazione alla vasta competenza di quest'organo giudiziario.

La seconda, implica l'impegno dei partiti ad un "funzionamento parlamentare conforme alla legge", che si comprende in relazione all'organizzazione in *bancada*²³ e alla struttura leaderistica che presentano i partiti politici (art. 12, legge n. 9.096/95).

²² M. DO SOCORRO SOUSA BRAGA, A. BOURDOUKAN, *Partidos políticos no Brasil: organização partidária, competição eleitoral e financiamento público*, cit., 117 ss.

²³ *Bancada* è il nome dato alla rappresentanza di un gruppo, partito politico o di una regione, nelle camere comunali, regionali o nel Parlamento, in base all'esigenza di tutelare interessi parziali.

Le garanzie costituzionali riconosciute ai partiti politici sono le seguenti: accesso al Fondo speciale d'assistenza finanziaria ai partiti politici, che raccoglie le risorse pubbliche destinate al finanziamento parziale dei partiti politici, garantendo l'indipendenza nell'esercizio delle funzioni²⁴; il diritto d'antenna, ovvero lo spazio destinato ai partiti politici nella radio e nella televisione per diffondere il programma e la posizione politica in relazione ai problemi nazionali²⁵; e l'autonomia organizzativa e politica.

La prima elezione alla carica di Presidente dopo la dittatura militare è stata segnata da uno scandalo riguardante il finanziamento illecito. Il ruolo delle aziende private nel finanziamento parallelo nel caso Collor-PC ha contribuito all'*impeachment* del Presidente Collor nel 1992²⁶.

Nel capitolo X del *relatorio* della Commissione parlamentare d'inchiesta che ha investigato sul caso, i parlamentari hanno indicato il finanziamento alle campagne elettorali come il principale fattore che ha favorito il traffico di favori gestito dal tesoriere, Paulo Cesar Farias. Nel *relatorio*, si afferma che «a legislação brasileira sobre controle de gastos é considerada irreal e mesmo excessivamente rigorosa» e si suggerisce la legalizzazione delle donazioni alle aziende private, anche se sottoposte a limiti rigorosi²⁷.

La legislazione sulle competizioni elettorali prevede la possibilità di effettuare donazioni a persone giuridiche, senza però fissare dei limiti. L'articolo 38, §1°, della legge n. 8713/1993 dispone che le donazioni e i contributi possono essere effettuati da persone fisiche, nella misura del dieci per cento dei proventi per l'anno 1993; le risorse personali del candidato si devono mantenere entro il tetto massimo stabilito dal partito; per le persone giuridiche va rispettato il limite del due per cento delle risorse nell'anno 1993.

La normativa sui partiti politici, tuttavia, è stata modificata nel 1995, con la legge n. 9096. Secondo quanto previsto all'articolo 31 «é vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de: entidade ou governo estrangeiros; autoridade ou órgãos públicos; autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços

²⁴ Il "Fondo Speciale d'Assistenza Finanziaria ai Partiti Politici" è disciplinato dalla legge n. 9.096/95, artt. 38 ss. Sono regolate le forme di composizione del Fondo, gli obiettivi e i criteri di distribuzione tra i partiti politici registrati.

²⁵ La finalità dell'accesso gratuito alla radio e alla televisione è disciplinato dalla legge dei Partiti Politici, artt. 45 ss.

²⁶ Sul tema cfr. L. FIGUEREDO, *Morvegos Negros. PC Farias, Collor, Máfias e a história que o Brasil não conheceu*, II ed., Rio de Janeiro, Record, 2000; M.S. CONTI, *Notícias do Planalto. A imprensa e Fernando Collor*, São Paulo, Companhia das Letras, 1999, dall'altro lato, la bibliografia sul Presidente Collor: C.H.R. SILVA, *Mil dias de solidão. Collor batem e levam*, São Paulo, Geração Editorial, 1993.

²⁷ In www.senado.gov.br

públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgãos ou entidades governamentais; e entidade de classe ou syndical».

L'art. 38, IV, prevede che il Fondo speciale d'assistenza finanziaria ai partiti politici è in parte finanziato dal bilancio federale, per il valore di R\$ 0,35 (circa undici centesimi di euro) per votante. La legge prevede espressamente la possibilità di donazioni da parte di persone fisiche e giuridiche (art. 39) e, nel suo testo originale, ha disposto che il valore delle donazioni fatte ai partiti politici, da persone giuridiche, è limitato all'importo massimo da calcolare sul totale delle donazioni previste nell'art. 38, IV, nel rispetto delle seguenti percentuali: 0,2% agli organi di direzione nazionale; 0,02% agli organi regionali e comunali. Il paragrafo 4° è stato abrogato dalla legge sulle Elezioni nel 1997. La legge n. 12034/2009 ha introdotto, altresì, alcune limitazioni all'utilizzo dei fondi provenienti da donazioni di persone fisiche e giuridiche ai partiti durante le operazioni della campagna elettorale.

La Corte dei Conti non partecipa più al controllo sul finanziamento delle spese e l'erogazione di denaro ai piccoli partiti da parte del Fondo Speciale d'Assistenza Finanziaria ai Partiti Politici risponde a logiche più stringenti. La legge ha previsto che soltanto l'1% del Fondo Speciale di Assistenza Finanziaria ai Partiti Politici sia destinato ai partiti e che il restante 99% sia riservato ai partiti della Camera dei Deputati in proporzione ai voti ottenuti, in una percentuale non inferiore al 5% e provenienti da almeno 9 Regioni, all'interno delle quali sia stata raggiunta la soglia del 2% (ex. art. 41, da leggere in combinato disposto con l'art. 13).

Tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale dal Supremo Tribunale Federale (STF), in seguito a due azioni dirette d'incostituzionalità (ADI 1351 e 1354), le quali hanno altresì riguardato le disposizioni concernenti la propaganda dei partiti che concedevano un tempo massimo di due minuti ai partiti che non raggiungevano la soglia elettorale di cui al precedente articolo e due ore a quelli che la oltrepassavano. Il Supremo Tribunale Federale ha statuito che “surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário”²⁸, in tal modo ledendo il principio costituzionale del pluralismo politico²⁹.

²⁸ Traduzione libera di: “surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário”

²⁹ Supremo Tribunal Federal. ADI 1351. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento del 07/12/2006. Ementa: PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo

La dichiarazione d'incostituzionalità ha causato un vuoto normativo, che è stato colmato dal Tribunale Superiore Elettorale (TSE), che ha emesso la risoluzione n. 22.503/2006, con la quale ha fissato i tempi di propaganda rispettivamente a 40, 10 e 5 minuti, in proporzione alla rappresentanza ed al numero di voti ottenuti, senza però fissare una soglia minima.

Il Tribunale Superiore Elettorale ha altresì emanato la risoluzione n. 22506 del 6 febbraio 2007 sul Fondo Speciale d'Assistenza Finanziaria ai Partiti Politici, stabilendo il che 42% delle risorse pubbliche sia da distribuire in modo uguale; che il 29% sia destinato secondo il criterio della rappresentanza nella Camera dei Deputati, e che un altro 29% secondo il criterio del numero di voti ottenuti nell'elezione della Camera dei Deputati, se il partito riesce a eleggere propri membri per due elezioni consecutive in almeno cinque regioni, con il minimo dell'1% dei voti validi.

Tale disciplina avrebbe dato vita ad una vera rivoluzione all'interno del sistema dei partiti: tuttavia, la legge n. 11459 del 21 marzo 2007 ne ha disposto l'abrogazione. Si tratta, probabilmente, dell'intervento legislativo più celere nella storia del Parlamento brasiliano. Il progetto di legge n. 84 è stato proposto in data 8 febbraio 2007 (solo due giorni dopo la Risoluzione), ed approvato il 15 febbraio successivo dalla Camera dei Deputati in seduta plenaria. Il progetto è stato mandato al Senato il giorno stesso, ed approvato il 27 febbraio. Il 21 marzo il Presidente della Repubblica ha promulgato la legge.

Secondo la nuova normativa, «5% (cinco per cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados» (art. 41-A, così come modificato dalla legge n. 11459/2007).

Occorre altresì soffermarsi sulla disciplina del finanziamento delle campagne elettorali, la quale incide sul sistema di finanziamento dei partiti. La *legge sulle elezioni*, l. n. 9504/97, stabilisce un limite massimo per le donazioni: se provenienti da persona fisica, è rappresentato dal 10% delle entrate dell'anno precedente a quello delle elezioni; se il candidato utilizza risorse personali, occorre rispettare la soglia massima fissata dal partito; se persona giuridica, invece, al 2% del reddito dell'anno anteriore all'elezione (artt. 23, §1° e 81).

La *legge sulle elezioni* è molto rigorosa nel sancire divieti di finanziamento da parte di organismi o governi esteri, organi della pubblica amministrazione ovvero fondazioni sovvenzionate da fondi pubblici, concessionari di servizi pubblici,

Partidário. NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional.

enti di diritto privato che beneficino di contributi obbligatori per legge, enti di pubblica utilità, associazioni di categoria o sindacali, persone giuridiche senza scopo di lucro e finanziate dall'estero, enti religiosi e di beneficenza, enti sportivi, organizzazioni non governative con finanziamenti pubblici, organizzazioni civile di interesse pubblico. Gli ultimi quattro divieti sono stati introdotti nel 2006.

L'incoerenza del sistema è evidente, in quanto i partiti sono liberi di procurarsi le risorse economiche, e possono altresì finanziare le campagne elettorali dei propri candidati. Il sistema proporzionale brasiliano, difatti, si applica alla campagna elettorale dei candidati, e non al partito stesso. Virgilio Afonso da Silva in proposito afferma: «A situação atual, em que cada candidato faz a sua própria campanha, tendo que derrotar não somente os candidatos dos outros partidos, mas também os candidatos de seu próprio partido, eleva sobremaneira os custos das campanhas eleitorais e faz com que pouco do que é gasto com um candidato seja aproveitado por seus colegas de partido. Assim, mais chances têm os candidatos com maiores recursos financeiros *privados*. Os partidos têm pouca influência nesse processo»³⁰.

La normativa che regola il sistema di finanziamento politico (nello specifico quello misto) in Brasile è attualmente oggetto di molte critiche e svariati progetti di riforma.

3. *Le proposte di riforma*

In tema di riforme occorre soffermare l'attenzione sulla tematica concernente il finanziamento pubblico ai partiti politici. Al fine di stabilire la convenienza e l'estensione del suddetto metodo di finanziamento è necessario effettuare alcune considerazioni preliminari. Manuel Ramírez Giménez per risolvere l'annosa questione propone di recuperare una legge irlandese del 1938 che disciplina i metodi di finanziamento ai partiti³¹, il “*Ministerial and Parliamentary Office Act*”³².

Anche altri autori, come Dian Schefold³³, includono le indennità previste per i rappresentanti istituzionali tra le risorse pubbliche da prendere in considerazione

³⁰ V.A. DA SILVA, *Partidos e reforma política*, in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 11, 2005, 9-19.

³¹ M. RAMÍREZ GIMÉNEZ, *La participación política*, Madrid, Tecnos, 1985, 93.

³² *Ministerial and parliamentary offices act*, 1938. An act to make provision for regulating the salaries of members of the government, parliamentary secretaries, the attorney-general, the chairman and the deputy chairman of dáil eireann, and the chairman and the deputy chairman of seanad eireann, to provide for the payment of additional allowances to the leaders of certain parties in dáil eireann, to provide for the payment of pensions, gratuities and allowances to and in respect of persons who have held certain ministerial and parliamentary offices, and to provide for certain other matters connected with the matters aforesaid. [22nd december, 1938.] Disponibile nel <http://www.irishstatutebook.ie/1938/en/act/pub/0038/print.html>.

³³ D. SCHEFOLD, *Financiamiento de los partidos políticos: análisis comparado de los sistemas europeos*, in J. THESING, W. HOFMEISTER, *Partidos políticos en la democracia*, cit., 393-451.

nell'analisi del finanziamento ai partiti. Ma, in questa sede, lo studio del sistema di finanziamento pubblico non comprende l'analisi dei sussidi e delle remunerazioni dei dipendenti pubblici – costituendo gli stessi forme di controprestazione per un servizio svolto dall'agente –, delle *verbas de gabinete*³⁴ ed infine dell'immunità fiscale (costituzionalmente sancita) dei partiti politici³⁵.

Peraltro, la questione del finanziamento statale ai partiti è strettamente connessa al ruolo degli organi costituzionali all'interno del sistema democratico, in ciò distinguendosi da quello delle associazioni private.

La destinazione di denaro pubblico al finanziamento dei partiti non è priva di giustificazioni. In dottrina, Canotilho sostiene la correttezza del finanziamento pubblico, in virtù della considerazione che i partiti politici apportano un consistente contributo alla formazione della volontà politica. Ciò, tuttavia, non consente di giustificare l'utilizzo del denaro pubblico come premio per il potere conseguito ovvero come strumento di riduzione dello spettro dei partiti³⁶: ipotesi che possono verificarsi in caso di distribuzione sproporzionata delle risorse pubbliche.

Santiago González-Varas, di contro, prospetta tra gli effetti negativi derivanti dal finanziamento pubblico, una eccessiva dipendenza dei partiti dallo Stato³⁷. Ulteriore conseguenza di non scarso rilievo è rappresentata dalla probabile immobilizzazione del sistema dei partiti, in quanto le maggiori erogazioni monetarie destinate ai partiti che hanno conseguito la maggiore rappresentanza istituzionale è in grado di favorire la diffusione dei loro ideali politici e di determinare un più ampio consenso nei confronti dei candidati appartenenti a tali organizzazioni partitiche.

La questione fondamentale del finanziamento pubblico dei partiti, pertanto, consiste nell'individuazione dei meccanismi che non provochino una paralisi del sistema politico, evitare l'eliminazione dei partiti più piccoli e la costituzione di formazioni che abbiano come scopo principale quello di ricevere erogazioni di denaro pubblico.

³⁴ *Verbas de Gabinete* – risorse pubbliche destinate ai parlamentari per organizzare e garantire il funzionamento del loro ufficio.

³⁵ L'articolo 150 della Costituzione brasiliana, trattando dei limiti al potere tributario, stabilisce che «sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão».

³⁶ J.J.G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1999, 311-312.

³⁷ S. GONZÁLEZ-VARAS, *La financiación de los partidos políticos*, Madrid, Dykinson, 1995, 22.

È necessario, a tal fine, fissare criteri di finanziamento pubblico che siano compatibili con i valori costituzionali e democratici. Affinché tale obiettivo possa essere raggiunto, Canotilho sostiene la necessità di una maggiore regolamentazione circa i destinatari del finanziamento (il candidato, il partito o entrambi), l'oggetto del finanziamento (l'attività dei partiti ovvero le campagne elettorali), le modalità di distribuzione delle risorse pubbliche (secondo il criterio della rappresentanza parlamentare, del numero di voti ricevuti ovvero un criterio che li comprenda entrambi), il livello al quale deve avvenire il finanziamento (se alla dirigenza nazionale o locale) e gli eventuali divieti di finanziamenti esterni³⁸.

Esistono tuttavia alcune forme indirette di finanziamento pubblico, tra le quali la concessione di esenzioni fiscali o compensazioni tributarie, di prestazioni specifiche (concessione di luoghi per riunioni, disponibilità di spazi per lo svolgimento di propaganda, sussidi postali, benefici doganali, prestiti bancari a condizioni vantaggiose, benefici per le locazioni, sussidi alla stampa dei partiti). Dian Schefold inserisce il diritto di antenna, ovvero lo spazio per la propaganda dei partiti e la campagna elettorale nei programmi radiofonici e televisivi³⁹. La Carta costituzionale brasiliana annovera il diritto di antenna tra le garanzie costituzionalmente garantite.

Diversi progetti di legge disciplinano il finanziamento pubblico esclusivamente per le campagne elettorali (attualmente nove sono al vaglio della Camera dei Deputati, in particolare della Commissione Speciale di Riforma Politica⁴⁰, e 4 invece al vaglio del Senato Federale)⁴¹. La tendenza è moltiplicare per venti il valore della dotazione del bilancio dell'Unione, e mantenere l'attuale formula di distribuzione delle risorse pubbliche.

Il progetto della Commissione modifica il nome del fondo in "Fondo di finanziamento delle campagne elettorali" e fissa parametri diversi per l'assegnazione delle risorse: a) cinque per cento, indistintamente a tutti i partiti registrati presso il Tribunale Superiore Elettorale; b) dieci per cento, indistintamente a tutti i partiti che abbiano un rappresentante nella Camera dei Deputati eletto durante le precedenti elezioni; c) dieci per cento ai partiti che abbiano almeno dieci rappresentanti nella Camera dei Deputati eletti durante le precedenti elezioni; d) settantacinque per cento, proporzionalmente al numero dei voti che i partiti hanno ottenuto nell'ultima elezione generale della Camera dei Deputati.

Il progetto di legge n. 5281/2009 propone la seguente divisione: a) l'uno per cento tra tutti i partiti registrati presso il Tribunale Superiore Elettorale; b) il di-

³⁸ J.J.G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 312-313.

³⁹ D. SCHEFOLD, *Financiamiento de los partidos políticos: análisis comparado de los sistemas europeos*, in J. THESING, W. HOFMEISTER, *Partidos políticos en la democracia*, cit., 393-451.

⁴⁰ Progetti di Legge n° 5177/2013, 5281/2009, 5277/2009, 4883/2009, 4634/2009, 1210/2007, 2679/2003, 385/2003, 1577/1999 e o APJ 3/2012.

⁴¹ Progetti di Legge del Senato (PLS) n° 188/1998, 353/1999, 252/2000 e 268/2011.

ciannove per cento tra i partiti con rappresentanza nella Camera dei Deputati; c) l'ottanta per cento proporzionalmente al numero degli eletti nell'ultima elezione generale della Camera dei Deputati. Il progetto prevede che i partiti siano finanziati esclusivamente con risorse pubbliche. Il progetto di legge n. 4634/2009 propone i medesimi criteri.

Il progetto di legge n. 5277/2009 prospetta il divieto di finanziamento privato delle campagne elettorali e dei partiti e propone i seguenti criteri: a) uno per cento diviso tra tutti i partiti registrati presso Tribunale Superiore Elettorale; b) quattordici per cento da dividere tra tutti i partiti con rappresentanza nella Camera dei Deputati; c) ottantacinque per cento, proporzionalmente al numero dei rappresentanti eletti nell'ultima elezione generale della Camera dei Deputati. Le stesse percentuali sono altresì proposte dal progetto di legge n. 1210/2007, il quale consente altresì l'utilizzo di risorse private, provenienti da persone fisiche o giuridiche. Il progetto di legge n. 2679/2003 opera la medesima suddivisione, ma non consente che vengano effettuate donazioni private ai partiti politici.

Il progetto di legge n. 4883/2009, nel disciplinare il finanziamento pubblico ai partiti ed alle campagne elettorali, propone ulteriori criteri sia per l'individuazione dell'ammontare delle risorse pubbliche⁴², sia per la distribuzione tra i partiti: due per cento divisi ugualmente tra tutti i partiti registrati presso il Tribunale Superiore Elettorale; ventotto per cento divisi in misura eguale tra tutti i partiti con rappresentanza nella Camera dei Deputati; settanta per cento divisi tra i partiti, in proporzione al numero di voti ottenuti nell'ultima elezione generale della Camera dei Deputati. Sono proposte nuove regole anche per la ripartizione delle risorse delle risorse del Fondo Speciale di Assistenza Finanziaria ai Partiti Politici tra i candidati: venti per cento diviso tra tutti i candidati; ottanta per cento diviso secondo i criteri definiti dall'organo di direzione nazionale del partito, pubblicato nel Diario Ufficiale dell'Unione centottanta giorni prima dell'elezione).

Il progetto di legge n. 385/2003 propone di decuplicare l'attuale quota del Fondo Speciale di Assistenza Finanziaria ai Partiti Politici e vietare qualsiasi altra fonte di finanziamento ai partiti politici.

Infine il progetto di legge n. 1577/1999 ha ad oggetto il divieto di donazioni ai partiti provenienti da persone fisiche e giuridiche, con l'eccezione dei membri del partito stesso.

Tuttavia, nessuno dei suesposti progetti di legge promuove una divisione che possa definirsi adeguata al rispetto dei principi di un regime democratico, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di partiti politici.

Altra questione concerne il mantenimento del modello misto, riducendo le fonti lecite, in modo da contenere il finanziamento privato entro limiti più stretti.

⁴² R\$ 1/votante negli anni senza elezioni e R\$6/votante negli anni delle elezioni, il che corrisponde rispettivamente a circa € 0,3 e € 1,81.

Il finanziamento privato può essere realizzato tramite l'erogazione di contributi da parte dei membri del partito; in via eccezionale, tramite risorse economiche dei membri eletti o che occupano una funzione pubblica (la legalità di questa proposta è messa in discussione in base al principio del divieto di vincolo di mandato⁴³); tramite donazioni ed infine attraverso le attività economiche del partito.

Ad avviso di chi scrive, le donazioni sono l'aspetto fondamentale del finanziamento ai partiti politici. Se, da un lato, è possibile considerare l'erogazione di denaro da parte di persone fisiche ai partiti come esplicazione dell'autonomia individuale e della libertà di associazione, dall'altro lato, la stessa logica non può applicarsi alle donazioni fatte da persone giuridiche. Anche a voler riconoscere che i partiti sono titolari di diritti fondamentali e di interessi legittimi, alcuni autori non ammettono il finanziamento ai partiti da parte di persone giuridiche⁴⁴.

Il Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁴⁵ ha adito il Supremo Tribunale Federale (STF) al fine di ottenere la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni della *legge sui partiti politici* (l. n. 9096/95) e della *legge sulle elezioni* (l. n. 9504/97) nella parte in cui autorizzano donazioni ai partiti politici ed alle campagne elettorali da parte di persone giuridiche; in quella in cui stabiliscono limiti relativi alle donazioni da parte di persone fisiche ed all'uso di risorse personali dei candidati, in quanto in aperto contrasto con i principi di uguaglianza e democrazia.

Uno dei principi costituzionali del diritto elettorale brasiliano è proprio il principio della massima uguaglianza nella competizione elettorale tra i candidati⁴⁶, da considerare espressione del principio repubblicano e di quello di uguaglianza.

Tale principio, secondo Óscar Sánchez Muñoz, si ricollega sia al principio di non discriminazione, di tradizione liberale, sia all'esigenza di un intervento statale che garantisca l'equilibrio tra i candidati: ovviamente la regolazione dei vari elementi della campagna elettorale influisce in modo determinante sulla qualità della partecipazione politica dei cittadini⁴⁷. Il sistema brasiliano impone la regolamentazione delle campagne elettorali, stabilendo restrizioni alla propaganda elettorale, divieto all'uso del potere pubblico durante la campagna elettorale, limiti all'attività dei media e controllo del potere economico.

⁴³ D. SCHEFOLD, *Financiamiento de los partidos políticos: análisis comparado de los sistemas europeos*, cit., 393-451.

⁴⁴ D. SCHEFOLD, op. ult. cit., 394.

⁴⁵ (NT) Consiglio di autogoverno degli avvocati in Brasile.

⁴⁶ Insieme ai principi della libertà della scelta elettorale, della libertà di esercizio del mandato, della necessaria partecipazione delle minoranze nelle istituzioni politiche e nel dibattito pubblico, ed infine del principio costituzionale di legalità delle operazioni elettorali. L'analisi dei suddetti principi è affrontata da E.D. SALGADO, *Princípios constitucionais eleitorais*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010.

⁴⁷ O. SÁNCHEZ MUÑOZ, *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 12-15.

L'azione diretta d'incostituzionalità n. 4650 propone un'interpretazione più restrittiva del principio di uguaglianza, sostenendo l'incostituzionalità sia dell'imposizione di limiti alle donazioni di persone fisiche, sia della disposizione che stabilisce che la soglia massima di finanziamenti provenienti dai candidati sia stabilita dal partito politico, sia, infine, del divieto di donazioni da parte delle persone giuridiche.

Nelle democrazie contemporanee, l'esigenza di finanziamenti per la realizzazione di propaganda elettorale costituisce un elemento che contrasta con il principio di uguaglianza⁴⁸. L'intervento dello Stato nella disciplina dei finanziamenti e delle spese elettorali risponde ad esigenze di uguaglianza: l'imposizione di limiti, deriva anche dalla pressione dei gruppi orientati a garantire una piena ed equa partecipazione al dibattito pubblico, strettamente legata al principio della libertà di espressione⁴⁹.

Nonostante la soluzione proposta dall'Ordem dos Advogados do Brasil sembri auspicabile, pur peccando di ingenuità, non si ritiene che l'attuale sistema sia affetto da illegittimità incostituzionale.

Diverse disposizioni, tra le quali alcune norme costituzionali, presuppongono, in realtà, la disuguaglianza tra candidati e gruppi politici. La possibilità di rielezione, per addurre un esempio, introdotta dall'Emendamento Costituzionale n. 16/1997 e che, modificando il paragrafo 5° senza alterare il paragrafo 6°, crea una "regola di privilegio", un "Cavallo di Troia"⁵⁰. Se il candidato-amministratore mantiene la carica pubblica durante la campagna elettorale, si limita il diritto «de todo e qualquer cidadão concorrer em igualdade de condições com estas autoridades»⁵¹. Questa norma iniqua, anche se impugnata con un'azione diretta d'incostituzionalità, non è stata annullata dal Supremo Tribunale Federale. L'ADI 1805 è stata analizzata soltanto nel procedimento cautelare, respinto dalla maggioranza; spetta al relatore decidere se continuarla.

Anche la divisione del Fondo Speciale di Assistenza Finanziaria ai Partiti Politici e le modalità di accesso alla radio e alla televisione sono state disciplinate in modo diseguale. Dopo la dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 13 della *legge sui partiti politici* (ADI 1351 e 1354, nel dicembre/2006), le garanzie costituzionali

⁴⁸ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte II ed., Barcelona, Ariel, 1976 [1961], 343.

⁴⁹ R. OWEN FISS, *Free speech and social structure*, in *Yale Law School*, 1986, in www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm.

⁵⁰ P.P. TORELLY, *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 236 e 280. Secondo l'autore, il divieto di rielezione garantisce l'uguaglianza tra i candidati, il pluralismo democratico, la distinzione tra amministrazione pubblica e competizione elettorale e "la legittimità razionale e democratica dei processi elettorali", spec. 276.

⁵¹ C.A. BANDEIRA DE MELLO, *Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, 1997, 5 ss.

dei partiti politici sono state attuate in modo diseguale dal Tribunale Superiore Elettorale nelle risoluzioni n. 22.503/2006 e 22.506/07⁵². Attualmente, con le modifiche apportate dalla legge n. 11.459/2007 alla *legge sui partiti politici*, soltanto il cinque per cento del Fondo Speciale di Assistenza Finanziaria ai Partiti Politici è diviso in parti eguali.

Per quanto concerne la materia della propaganda istituzionale e della campagna elettorale, sia a vantaggio del proprio amministratore-candidato, che del suo gruppo politico, tale disciplina dovrebbe essere considerata «contraria o regime constitucional e a própria essência republicana»⁵³, oltre che poco organica.

Accanto alle disuguaglianze giuridiche sussistono pure le disuguaglianze di fatto. Nello specifico, i candidati detengono differenti patrimoni personali, oltre ad avere diverse idee politiche che influenzano in maniera distinta la società. Qualora si decida di consentire i finanziamenti delle persone fisiche, ne conseguirà che alcuni partiti riceveranno maggiori erogazioni di denaro rispetto ad altri in proporzione al numero degli affiliati⁵⁴ ed alla loro situazione patrimoniale.

Per ciò che concerne, invece, il divieto assoluto di finanziamento ai partiti politici ed alle campagne elettorali da parte delle persone giuridiche, è necessario analizzare alcuni aspetti della normativa che in qualche modo ne ostacolano la corretta applicazione.

In un primo momento nessuna disposizione contenuta nella Costituzione brasiliana sanciva l'illegittimità costituzionale dei finanziamenti ai partiti. L'applicazione stessa del principio di uguaglianza nella competizione elettorale da parte del potere giudiziario, non ha avallato una simile lettura del dettato costituzionale.

All'interno dell'ordinamento giuridico brasiliano le persone giuridiche sono titolari d'interessi, i quali si distinguono dagli interessi personali dei soci. Un'impresa produttrice di bevande alcoliche, per fare un esempio, ha interesse a che

⁵² Dopo la dichiarazione d'incostituzionalità della *cláusula de barreira*, il Tribunale Superiore Elettorale ha deciso di regolare la ripartizione delle risorse del Fondo e disciplinare l'esercizio del diritto d'antenna: la risoluzione 22.503/06 ha determinato il tempo di 5 minuti, 10 minuti o 50 minuti in ogni semestre per ciascun partito, in base alla rappresentanza ed al numero di voti ricevuti; la risoluzione 22506/07 ha sancito la divisione del Fondo in tre parti: il 29% tra tutti i partiti in base alla rappresentanza; il 29% tra i partiti che abbiano eletto almeno due rappresentanti in almeno cinque regioni o almeno l'uno per cento dei voti a livello nazionale e il 42% diviso in maniera eguale tra tutti i partiti.

⁵³ E. GABARDO, E.D. SALGADO, *O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea*, in *II Congreso Ciencias, Tecnologías y Culturas. Diálogo entre las disciplinas del conocimiento. Mirando al futuro de América Latina y el Caribe*. 2012, Santiago - Chile, in *Direito, Informação e Cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática*, Belo Horizonte, MG Fórum, 2012. 149-171.

⁵⁴ Il Tribunale Superiore Elettorale divulga la statistica di affiliati ai partiti politici nel Brasile. I numeri di marzo/2013 indicano 2.231.476 affiliati al Partido do Movimento Democrático Brasileiro e 2.560 affiliati al Partido da Classe Operária, per esempio. Disponibile in <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas/filiados>.

non sia vietata la promozione di bevande; un'associazione ambientalista, invece, ha interesse a sostenere un programma di governo più attento alle tematiche ambientali.

Il Supremo Tribunale Federale riconosce l'esistenza di diritti fondamentali delle persone giuridiche, come rivela il voto del Ministro Gilmar Mendes nei *mandamus* che hanno introdotto il concetto di fedeltà ai partiti nell'ordinamento brasiliano giuridico⁵⁵.

L'Ordem dos Advogados do Brasil sostiene che il finanziamento ai partiti e alle campagne elettorali determina «uma relação promíscua entre o capital e o meio político» e «a doação de hoje torna-se o 'crédito' de amanhã». La circostanza che in alcuni casi i soggetti donatori coincidano con coloro che stipulano contratti con l'amministrazione pubblica, dimostra – più che l'inadeguatezza della legislazione elettorale – l'inosservanza dei principi costituzionali della pubblica amministrazione quali l'imparzialità, oltre che la violazione della disciplina dei contratti. Tale coincidenza è altresì sintomo dell'inefficienza dei meccanismi di controllo, sia interno che esterno, sull'attività amministrativa: inefficienza tuttavia non sanabile attraverso l'imposizione di un semplice divieto per le persone giuridiche di effettuare finanziamenti ai partiti.

Alcuni progetti di legge, quali i progetti n. 2059/2011 e 5558/2013, dispongono il divieto di donazioni da parte di persone giuridiche, senza però distinguere tra persone giuridiche con e senza scopo di lucro. Sembra, però, che il divieto di elargizioni previsto in passato non abbia fornito utili insegnamenti.

Si devono segnalare alcune iniziative rivolte a limitare le donazioni delle persone fisiche ad un valore massimo predefinito. Anche se, a prima vista, la proposta sembra ragionevole, perché tende a livellare il potere d'influenza dei votanti, il valore indicato nel progetto di legge n° 5883 è di 700 reais (circa € 213) per votante: un valore irrisorio anche in un paese in via di sviluppo, e, si può dire, conforma la teoria di derivazione nordamericana che tale precetto offende la libertà d'espressione⁵⁶.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 26.602/DF, giudicato nel 04.10.07. Relator Ministro Eros Grau. 234 páginas. Publicado nel 17 de outubro de 2008, DJe 197. Mandado de segurança 26.603/DF, giudicato nel 04.10.07. Relator Ministro Celso de Mello. 348 páginas. Publicado nel 19.12.08, DJe 241. Mandado de segurança 26.604/DF, giudicato nel 04.10.07. Relatora Ministra Cármen Lúcia. 335 páginas. Publicado nel 03.10.08, DJe 187. Un'analisi critica delle decisioni è effettuata in E.D. SALGADO, P. BERNARDELLI, *A inocuidade da reforma política a fórceps ou a escolha do eleitor antes e depois da Resolução nº 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral ou, ainda, como diria o poeta, os lírios não nascem das leis*, in *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Vol. 5, 2011, 55 ss..

⁵⁶ Conferma, in particolare, la lettura che Samuel Issacharoff dà delle decisioni della Suprema Corte degli Stati Uniti: cfr. S. ISSACHAROFF, *The constitutional logic of campaign finance regulation*, in *Pepardine Law Review*. Vol. 36, issue 2, 2009.

4. *Conclusioni*

Non esiste tuttora un disegno di legge in grado di regolare esaustivamente la complessa questione concernente la relazione tra denaro e politica.

Al fine di migliorare le regole che possano assicurare una maggiore garanzia del principio di trasparenza delle operazioni elettorali è necessario promuovere un controllo più penetrante sulle forme di utilizzo delle risorse economiche da parte dei partiti politici e una vigilanza più intensa sui contratti pubblici. È altresì fondamentale che ai partiti si applichi la normativa che regola l'accesso agli atti, la cd. legge di accesso alle Informazioni (l. n. 12527/2011), al fine di garantire la trasparenza delle entrate e delle spese.

Un altro espediente utile a risolvere la questione potrebbe essere quello di imporre ai partiti ed ai candidati l'obbligo di rendere conto, in tempo reale e secondo un criterio di massima trasparenza, del flusso degli introiti e delle spese, affinché gli organi di controllo possano verificare la veridicità delle informazioni e il cittadino possa decidere il suo voto sapendo in anticipo quali interessi economici stanno sostenendo i partiti ed i candidati.

POLITICAL PARTIES FINANCING IN BRAZIL: CORRUPTION AND DEMOCRACY

by Eneida Desiree Salgado

Abstract

Contradicting the dominant juridical thought, is believed that exist alternatives to the political parties models. The parties are established by the modern Constitutions and it is absolutely necessary to reflect about their functioning and especially about their financing, which is very important in the democracy because it involves corruption questions. This paper intents to analyze the political parties regulation in Brazil, the public and private financing and offer suggestions to reform the financing system.



O desenvolvimento de políticas públicas e o direito fundamental de participação política – A regulação da atividade de lobby no contexto democrático

di Ana Claudia Santano

SUMÁRIO: 1. A grande família – grupos de interesse, grupos de pressão e *lobby*. - 2. O *lobby*, a corrupção e o tráfico de influência: uma equivocada vinculação e uma injusta estigmatização. - 3. Os fundamentos constitucionais para a prática do *lobby* no Brasil e a conveniência da ausência de regulação. - 4. A necessária adequação do ambiente para a sustentabilidade e eficácia de uma regulação do *lobby*.

1. *A grande família – grupos de interesse, grupos de pressão e lobby*

O conceito de participação política atualmente extrapola o seu perfil jurídico de direito fundamental individual expresso por meio do voto e passa a ser visto amplamente na esfera coletiva.¹ Os cidadãos se organizam em grupos ou organizações motivados por interesses em comum, como forma de fortalecer o alcance das suas demandas e superar a fraqueza da influência individual de cada um deles. Eleger a maneira de como será realizada essa participação política também é uma prerrogativa do cidadão, não sendo permitido que isso esteja limitado tão somente ao agir individual e unitário.² É nesta esfera que se encontram os grupos de interesse, um fenômeno natural e inerente a um sistema democrático, onde indivíduos que se identificam por idéias e interesses buscam um objetivo comum.

Embora sejam comumente utilizados como sinônimos, grupos de interesse, grupos de pressão e *lobby* são termos distintos entre si. Juntos eles formam uma “grande família” dentro do jogo democrático, mas não se confundem, uma vez que cada um tem um perfil. A conceitualização do termo “grupos de interesse”

¹ S. VERBA, N. NIE, J. KIM, *The modes of democratic participation: a cross-national comparison*, Beverly Hills, 1971, 55 e ss.; S. VERBA, N.H. NIE, *Participation in America - Political Democracy and Social Equality*, New York, 1972, p. 72; S. VERBA, K.L. SCHLOZMAN, H.E. BRADY, *Voice and equality. Civic voluntarism in American politics*, Cambridge, 1995, 48.

² D. A. DALLARIO, *Que é participação Política?*, São Paulo, 1999, 85 ss.

vem sendo desenvolvida desde a doutrina clássica estrangeira desde os anos 50 na direção de identificá-los como uma associação de indivíduos ou organizações, ou mesmo uma instituição pública ou privada que, com base em uma ou mais preocupações ou interesses compartilhados, tenta influenciar a política pública a seu favor.³ Outros elementos foram agregados a esta definição, como a possibilidade de que tais grupos tenham atitudes estabelecidas e que apresentem reivindicações contra outros grupos na sociedade pelo estabelecimento, manutenção ou ampliação de formas de comportamento que são resultado daquelas atitudes;⁴ ou mesmo a ausência de preocupação com o impacto das suas agendas sobre o interesse geral, bem como a recusa em aceitar a responsabilidade direta pelo governo.⁵ No entanto, há um ponto de consenso: os interesses defendidos devem ser politicamente relevantes.⁶

Se as definições acima levam a crer que todo grupo social poderá ser um grupo de interesse, logo isso é descartado pelo fato de que o grupo social pode se identificar em características, mas não em interesses, fazendo-os meras agrupações sem ânimo de influenciar o poder público ou a sociedade.⁷ O mesmo ocorre com o termo “grupos de pressão”. Um grupo de interesse pode facilmente e repentinamente se tornar um grupo de pressão, bastando para isso uma mudança de atitude, o que autorizaria afirmar que os grupos de interesse são o gênero, e os grupos de pressão uma espécie.⁸ Ou seja, tais grupos podem adotar uma estratégia em busca do objetivo em comum ou podem permanecer inertes,⁹ sendo esta a principal diferença entre um grupo de interesse e um grupo de pressão.¹⁰

Assim, os grupos de pressão se distinguem dos grupos de interesse justamente por esta pressão, pelo exercício dela. Tais grupos almejam uma pretensão cumprida, instrumentalizam recursos de poder em busca de influência, mas sem, de fato, desejar assumir o poder ou aceitar a responsabilidade do cargo público.¹¹

³ D. B. TRUMAN, *The governmental process: political interests and public opinion*, New York, 1951, 24-27.

⁴ J. M. BERRY, *The interest group society*. Boston, 1989, 17 e ss.

⁵ S. E. FINER, *Interest groups and political process in Great Britain*, In EHRMANN, H. W. (a cura di.), *Interest groups on four continents*, Pittsburgh, 1958, 118-120; THOMAS, C. S. *Research guide to U.S. and international interest groups*, Westport, 2004, 3-7.

⁶ Cfr. K. L. SCHLOZMAN, J. T. TIERNEY, *Organized interests and American democracy*, New York, 1986, 38-40.

⁷ N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dicionário de política*, Brasília, 1998, 564.

⁸ P. BONAVIDES, *Ciência Política*, São Paulo, 2000, 553-554.

⁹ M. OLSON, *The logic of collective action - Public goods and the theory of groups*, Cambridge, 1971, 50.

¹⁰ AA.VV. *Serie Pensando o Direito – Grupos de interesse (lobby)*, n. 8, Brasília, 2009, 15-16. Disponível em: www.participacao.mj.gov.br.

¹¹ G. WOITTON, *Grupos de interesse – grupos de pressão e lobbying*, Rio de Janeiro, 1972, 11-12; L. A. SANTOS, *Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil*, 542 fl. Tese de Doutorado apresentada no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília.

As atividades dos grupos de pressão sempre passam pelo poder público, o que não acontece com os grupos de interesse, quando o seu “interesse” não busca alterar políticas públicas, ou quando o financiamento deste interesse não dependa de organismos públicos. Porém, nessa situação os grupos de interesse continuam estando organizados, mas sem exercer nenhuma pressão, ao contrário do que ocorre com os grupos latentes, que não possuem organização para realizar esta pressão.¹²

Nesse sentido, afirma-se que os grupos de pressão se constituem como uma organização formal, com o objetivo de pressionar o poder público por meio de um sistema de sanções negativas (punições) ou positivas (prêmios).¹³ Eles contribuem para a formação de um sistema político aberto, já que muitos atores estariam aptos a interagir, opondo-se uns aos outros, de modo a contrabalançar o poder de cada um deles reciprocamente.¹⁴ Ou seja, a existência de grupos de interesse – e consequentemente de grupos de pressão – faz parte da democracia e do jogo político. Contudo, apesar de aparentar ter algumas semelhanças com os partidos políticos, não são sinônimos em absoluto. Os partidos políticos têm como meta principal chegar ao poder e fazer com que a sua agenda política seja aplicada. Trata-se de um objetivo permanente e central a ser alcançado por meio dessas associações que possuem funções próprias na competição eleitoral. Além disso, os partidos têm como tarefa a gestão do poder e a expressão oficialmente democrática do pluralismo político, sendo o canal – muitas vezes exclusivo - de comunicação entre a sociedade e o Estado.¹⁵ Já um grupo de pressão – como já mencionado – não pretende chegar ao poder ou ter essa responsabilidade e, em uma visão bastante negativa, pode frequentemente comandar os partidos políticos, desde o seu financiamento até o recrutamento de candidatos, limitando a autonomia partidária e até mesmo o pluralismo que deveria residir neles.¹⁶ Eles desejam se manter à margem da estrutura institucionalizada do poder público, embora queiram conduzir o processo de formulação de políticas públicas ou de elaboração de leis que afetem o seu objeto de interesse. É neste ponto que se encontra o *lobby*¹⁷ (ou *lobbying*).

Dezembro de 2007. Disponível em: http://bdt.d.bce.unb.br/tesed simplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4798, 77 e ss.

¹² P. T. PEREIRA, *Governabilidade, grupos de pressão e o papel do Estado*. Disponível em: www.pascal.iseg.utl.pt

¹³ N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, cit., 564.

¹⁴ M. C. N. GONÇALVES, *Regulação do lobby no Congresso Brasileiro: O Estado comparado do modelo norte-americano*. Disponível em: [Users/Ana%20Claudia/Downloads/regulamentacao_lobby_goncalves%20\(2\).pdf](http://Users/Ana%20Claudia/Downloads/regulamentacao_lobby_goncalves%20(2).pdf), 2012, 13 ss.

¹⁵ G. SARTORI, *Parties and Party Politics: A Framework for Analysis*, New York, 1976, 64; N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, Cit., 564-565.

¹⁶ N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, cit., 565.

¹⁷ Este termo – que não possui uma tradução para o português, sendo assim adotado – refere-se à antessala ou saguão em que se desenvolviam atividades de pessoas que ficavam em busca de

Não há um consenso se o *lobby* é uma atividade exclusiva dos grupos de interesse ou de pressão. As definições de *lobby* também são das mais variadas, ainda que seja possível localizar elementos em comum que o caracteriza. Para alguns autores, trata-se de um tipo particular de atividade que conecta diretamente os interesses organizados e os *policymakers*.¹⁸ Para outros, há o *lobby* em sentido amplo, que é todo o esforço, por meios lícitos e inclusive de comunicação, com o fim de influenciar decisões governamentais; sendo em sentido estrito a prática de influenciar as decisões governamentais, por meio de agentes que servem àqueles interesses, com o objetivo de levar as autoridades a fazer ou deixar de fazer algo a bem daqueles interesses.¹⁹ Trata-se do processo pelo qual os grupos de pressão buscam participar do processo estatal de tomada de decisões, contribuindo para a elaboração de políticas públicas de cada país e que envolve diversas atividades, como a coleta de informações; propostas políticas; estratégias para dar base às demandas; confecção de pesquisas; procura por aliados e a presença organizada pelo país. Em síntese: é um saber especializado transmitido por uma representação técnica,²⁰ bem como também serve como “guia” dos tomadores de decisão, para saber as reações da sociedade face a determinado assunto, ou mesmo as necessidades sociais não identificadas pelos partidos.

Na realidade, o processo de formação de *lobbies* é muito natural desde o momento que um grupo resolve se organizar em torno a uma causa comum (tornando-se, assim, um grupo de interesse) e que inicia estratégias para influenciar o poder político em favor próprio (tornando-se grupos de pressão). Com a instrumentalização de recursos de poder e de influência nesses grupos de pressão, há a formação do *lobby*, que pode ou não ser completada com a integração de profissionais treinados (contratados ou não) para atuar exclusivamente no papel de lobistas. Os lobistas fornecem dados e informações sobre variados temas, no sentido de influenciar decisões que interessa ao grupo de pressão que representa.²¹

2. *O lobby, a corrupção e o tráfico de influência: uma equivocada vinculação e uma injusta estigmatização*

O *lobby* é, indubitavelmente, uma atividade lícita em um contexto democrático, como também é imprescindível para a consolidação e a efetivação do

autoridades ou de políticos, para que pudessem influenciá-las a que aprovassem ou rejeitassem medidas de seu interesse. Em www.dictionary.cambridge.org.

¹⁸ K. L. SCHLOZMAN, J. T. TIERNEY, cit., 39 e ss.

¹⁹ S. FARHAT, *Lobby – o que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos*, São Paulo, 2007, 51.

²⁰ A. C. J. OLIVEIRA, *Breve histórico sobre o desenvolvimento do lobbying no Brasil*, *Revista de Informação Legislativa*, n. 168, 2005, 29-30.

²¹ M. C. N. GONÇALVES, cit., 17.

pluralismo político. Considerado dessa forma, pode ser uma boa medida de transparência e um facilitador no combate à corrupção. Porém, se o *lobby* é uma atividade de defesa de interesses afetados por decisões públicas, sendo, portanto, um termo neutro, por que é constantemente utilizado como sinônimo de corrupção e tráfico de influência?

Por mais que existam áreas “cinzentas”, como ocorre com o financiamento de campanhas eleitorais, *lobby* não é corrupção, existindo uma linha de separação muito clara entre eles. O *lobby* defende interesses de agentes identificáveis por meio de um processo que, em princípio, exclui totalmente a troca de favores. Isso se comprova facilmente pelo fato de que instituições de grande prestígio²² e de caráter diverso do econômico recorram frequentemente ao *lobby* na busca de seus interesses. Além disso, o *lobby* exclui mutuamente a corrupção, pois fazer *lobby* é dispendioso, caro, não tendo um resultado certo, algo que é descartado com a corrupção, que costuma ser imediata e pode ser inclusive mais barata.²³

Geralmente o *lobby* se vincula ao abuso de poder econômico em função da necessidade de grandes valores de dinheiro para o custeio de pessoal e infraestrutura dos envolvidos para o fornecimento de informações, relatórios, pesquisas, elaboração de estatísticas, promoção de debates e eventos, propaganda, etc. Contudo, esta vinculação não é correta. A fluidez do *lobby* torna o estabelecimento de um padrão rígido de classificação uma tarefa complexa, devido ao caráter transitório de alguns interesses, alianças efêmeras entre as esferas da sociedade e de poder, bem como o inevitável surgimento de novos interesses.²⁴ Tal estigma que o termo *lobby* carrega está ligado ao fato de a atividade aparecer constantemente associada a escândalos de corrupção, a licitações fraudulentas, a propinas e obras superfaturadas. Como os protagonistas desses casos geralmente são empresas e autoridades públicas, ao denunciar escândalos políticos dessa natureza, a mídia identifica o *lobby* e o lobista como algo muito negativo. A utilização freqüente desses termos para definir casos de corrupção ativa/passiva, tráfico de influência, fraude de concorrência, etc., colabora sobremaneira a estigmatizar o seu sentido. A figura do lobista como alguém que age de forma obscura e dissimulada para alcançar os tomadores de opinião e fazê-los tomar a decisão que lhes convém não condiz com a verdade. Tanto é assim que inclusive os próprios lobistas fazem uso de outros termos, para evitar essa marginalização, se auto-intitulando como “profissionais de relações governamentais”, “representação institucional”;

²² Como a Universidade de Harvard, centros de pesquisa, a ONU, diversas ONGs como Médico sem Fronteiras, e tantas outras.

²³ L. GRAZIANO, *O lobby e o interesse público*, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 1997, n. 35. Disponível em www.scielo.br.

²⁴ M. ARAGÃO, *Grupos de pressão no Congresso Nacional – Como a sociedade pode defender politicamente seus direitos no poder legislativo*, São Paulo, 1994, 46-48.

“consultoria, análise e assessoria política”, “advocacia corporativa”, dentre outros.²⁵ No entanto, um lobista pode ser toda pessoa que é empregada em uma organização, qualquer que seja o seu título formal, responsável por fazer a representação política dessa organização, compondo inclusive um círculo profissional e uma rede de *lobby*, para trocar informações e construir coalizões, como uma verdadeira “comunidade de *lobby*”.²⁶

Cabe sublinhar que não se ignora a relação do *lobby* com práticas ilegais. No entanto, a sua obrigatória conexão com atividades ilícitas o descaracteriza da sua real função e atuação na democracia.

Outro equívoco muito corriqueiro e que atrela o *lobby* a uma concepção pejorativa e corrupta é o desconhecimento sobre a maneira que ele é praticado, bem como quem são seus atores. Embora seja comum que se considere como a arena de atuação do *lobby* somente o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, o fato que é ele está presente em todos os tipos de organização política, dada a sua característica informativa, como um meio de comunicação intra-poder e extra-poder. O *lobby* pode se constituir como um verdadeiro canal de comunicação entre as diversas esferas da organização política.²⁷ Sendo assim, o *lobby* existe em todos os poderes, uma vez que no Poder Legislativo, por natureza, todos podem falar e convencer, já que são verdades relativas passíveis de convencimento;²⁸ no Poder Executivo, a sua atuação se dá na formulação e execução de políticas públicas; e no Poder Judiciário quando há decisões sobre temas relevantes a serem analisadas. É clara a mudança nessa dinâmica com o poder de legislar do Poder Executivo, uma vez que rouba o protagonismo do Poder Legislativo, o que desloca os *lobbies* para o real poder político do país.²⁹ O *lobby* alcançará o *locus* do poder e o seguirá se ele se deslocar. Contudo, destaca-se que, embora existam lobistas que atuam em contratos públicos, o lobista honesto não ganha concorrência, o que exclui (ou pelo menos deveria excluir) esta área de atuação do *lobby*.³⁰

No que se refere aos atores envolvidos no *lobby*, a estigmatização do termo vem do próprio caminho percorrido por esta atividade na história política brasileira. Durante a ditadura militar a atuação dos grupos de interesse era por meio da proximidade que se tinha com o poder em questão. Era muito mais válido ter contatos e conhecer as pessoas certas do que realmente se articular para trazer informações ao tomador de decisão, uma vez que o Estado era centralizado e o

²⁵ W. P. MANCUSO, A. C. O. GOZETTO, *Lobby: instrumento democrático de representação de interesses?*, *Revista Organicom.*, n. 14, 2011. Em www.revistaorganicom.org.br.

²⁶ L. GRAZIANO, cit.

²⁷ AA.VV., cit., 13.

²⁸ E. ZAMPIERI, *Ação dos grupos de pressão no processo decisório das comissões permanentes do Congresso Nacional, E-legis.*, 2013, n. 12, 122-136. Disponível em www.elegisbr.com.

²⁹ G. WOOLTON, op. ult. cit.

³⁰ S. FARHAT, op. ult. cit., 58-59.

Poder Legislativo tinha pouco poder perante o Poder Executivo. Isso gerou um perfil de personalismo na construção de redes de relações pessoais e um ambiente muito propício para a adoção de comportamentos clientelistas por meio de troca de favores entre os indivíduos, que terminou se reproduzindo na arena política quando são identificados bloqueios ou gargalos no acesso a recursos e instrumentos de poder.³¹ O *lobby*, para que se desenvolva bem, precisa de um ambiente aberto, sem estes bloqueios, algo que não havia durante a ditadura, favorecendo a filosofia do “amigos do rei” (conhecer o responsável pela decisão e influenciá-lo clandestinamente, por diversos meios obscuros).

Ocorre que para definir este panorama, começou a se utilizar o termo *lobby*, situação ainda mais agravada pela chegada dos grupos empresariais ao Poder Executivo (centralizado naqueles tempos) antes que os da sociedade civil. Os empresários eram agradados pelos militares, fornecendo-os informações privilegiadas, enquanto os demais cidadãos se mantinham à margem desse processo, já que sequer sabiam a quem deveriam recorrer devido à falta de transparência nas informações e na tomada de decisões.³²

Conseqüentemente, o *lobby* é tido como algo muito negativo quando ele é privado, uma vez que defende interesses egoístas e particulares. Entretanto, o mesmo ocorre com alguns setores governamentais, que também defendem interesses particularistas, ainda que não sejam identificados assim. Tem-se a falsa ideia de que, se é o Estado agindo, o interesse público prevalecerá, não existindo sequer discussões sobre a legitimidade da sua atuação.³³ Não se vê o Estado como um lobista, o que está muito longe da realidade.³⁴ O *lobby* pode ser utilizado por diversos atores, sejam eles privados, públicos, associações ou não, por grupos concretos de muita importância para a sociedade, de pouca importância, ou mesmo considerados como funcionalmente inadequados. Podem ter perfil econômico, integrador, cultural, dentre outros.³⁵

Não há como classificar o *lobby* a partir do maniqueísmo do bem e do mal, do ético e antiético, do positivo e negativo, o que, desde já, é rejeitado neste trabalho.³⁶ No entanto, acredita-se válido expor ao menos uma tipologia de *lobby* para afastar definitivamente qualquer juízo de valor que possa ser feito dessa atividade no que tange aos seus atores: *público, com a atuação de ministérios,

³¹ IBIDEM, 64 e ss.

³² A. C. J. OLIVEIRA, op. ult. cit., 34-39.

³³ Cfr. E. GABARDO, *Interesse público e subsidiariedade – O Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte, 2009; D. W. HACHEM, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, 2011.

³⁴ A. C. J. OLIVEIRA, op. ult. cit., 33.

³⁵ G. WOOTTON, op. ult. cit., 68-85.

³⁶ Como exemplo se menciona o *lobby* das instituições financeiras - majoritariamente considerado como “do mal” - e dos trabalhadores, considerado como “do bem”.

agências reguladoras, autarquias e outros, a fim de pressionar o Legislativo e o Judiciário, visando assegurar direitos e pleitear votos; *institucional: atuação dos departamentos de assuntos corporativos ou institucionais das empresas privadas, que se relacionam com diversos níveis e esferas de governo; *classista: atuação de entidades de classe, como a Confederação Nacional das Indústrias, defendendo interesses dos filiados; *privado: escritórios de consultoria, embora não se assumam como tal devido ao estigma do termo.³⁷ Há outras classificações que incluem grupos empresariais, trabalhadores, profissionais, de natureza diversa (como ambientalistas, religiosos, políticos, minorias, comunitários, etc.), e os poderes públicos,³⁸ o que mostra as multifaces que o *lobby* pode ter.

3. Os fundamentos constitucionais para a prática do lobby no Brasil e a conveniência da ausência de regulação

A fundamentação constitucional para o *lobby* é ampla. O *lobby* lícito se faz presente em todo o texto constitucional, concentrando-se na parte dedicada aos direitos fundamentais, como por meio do princípio da legalidade (art. 5º, II); a liberdade de expressão (art. 5º, IV); da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX); da liberdade de reunião (art. 5º, XVI); da liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII); do acesso à informação pública de interesse particular, coletivo ou geral (art. 5º XXXIII); do direito de informação (art. 5º, XXXIV); do direito de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, “a”) e da ação popular (art. 5º, LXXIII). Já em outras partes da Carta Magna, o *lobby* está fundamentado no art. 1º, V (pluralismo político); no art. 2º (separação de poderes); no art. 14 (direito de sufrágio e soberania popular); no art. 31, §3 (referente às contas dos municípios); no art. 61, §2 (leis de iniciativa popular); art. 74, §2 (a possibilidade de qualquer cidadão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União); no art. 198, III (participação popular nas ações do serviço público de saúde); bem como no art. 204, II (participação popular na formulação de políticas públicas na área de assistência social).³⁹ Ressalte-se que em alguns dispositivos a participação popular é expressa, o que tam-

³⁷ A. C. J. OLIVEIRA, *Lobby e representação de interesses lobistas e seus impactos sobre a representação de interesses no Brasil*, 241 fl. Tese de Doutorado apresentada no Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Fevereiro de 2004. Disponível em: www.bibliotecadigital.unicamp.br, 16.

³⁸ M. ARAGÃO, op. ult. cit., 47-48.

³⁹ S. R. MEYER-PFLUG, A. A. SERRAZES, V. T. OLIVEIRA, *A possibilidade de regulamentação do lobby no Brasil. Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi*, Brasília, 2008. Disponível em: www.conpedi.org.br.

bém autoriza a utilização de outros mecanismos pelos grupos de interesse, como audiências públicas, conselhos gestores, etc.⁴⁰

Com a Constituição Federal de 1988 amparando a regulação do *lobby*, desde já se assume como plenamente possível esta providência, ainda mais tendo em vista os diversos projetos de lei⁴¹ e normas do Poder Executivo que têm como objeto esta atividade.⁴² No entanto, devido à dificuldade de conceituar o *lobby*, não há consenso sobre se a regulação deveria ser por lei ordinária, vinculando todos os poderes, ou se cada poder deveria regular a sua situação em específico, como algo *interna corporis*.⁴³ Com isso, o que se gerou foi a fragmentação das regras em vigor, acompanhada da sua pouca efetividade.

Uma regulação do *lobby* colabora sobremaneira a dar um caráter oficial a esta atividade, dando ênfase na transparência, o que conseqüentemente aumenta o nível de confiança da sociedade no governo, inibe práticas corruptas ou desequilíbrios de poder em favor de segmentos econômicos.⁴⁴ Há uma notória necessidade de conferir maior visibilidade ao processo decisório, aumentando o fluxo de informações e a legitimidade tanto das decisões como dos que decide.

Por meio de uma regulação do *lobby* pode-se extrair ainda mais benefícios dele. O *lobby* realizado licitamente produz o refinamento da opinião pública, uma vez que fornece informações e fomenta o debate de questões que estão na agenda do Poder Público. Este efeito pode gerar uma visão mais profunda e abrangente sobre problemas públicos que a opinião pública não tem todo o conhecimento. Com esta integração, essas vozes podem ser chamadas a se pronunciar diretamente, por meio de consultas públicas, eleições, plebiscitos, referendos, ou até

⁴⁰ W. P. MANCUSO, A. C. O. GOZETTO, op. ult. cit.

⁴¹ São diversos e alguns estão inclusive arquivados. Os principais são o PL n. 6.132/90 (o pioneiro, de autoria do Dep. Marco Maciel); PL n. 6.928/02 (que dispõe sobre o estatuto da democracia participativa); e os PL n. 5.470/05 e 1.202/07, que tratam diretamente do *lobby*.

⁴² Houve diversas tentativas do Poder Executivo em pelo menos organizar a ação dos *lobbies*, como por meio do Código de Conduta da Alta Administração Pública Federal; a Portaria da Casa Civil n. 34 (referente à audiências públicas e cadastramento de interessados); o Decreto 4.081/02 (Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em Exercício na Presidência e Vice-presidência da República); o Decreto 4.232/02 (que dispunha sobre inscrições para audiências públicas), sendo este último subitamente revogado pelo Decreto 4.334/02, que eliminou a necessidade de inscrição. Provavelmente esta revogação também foi fruto de um *lobby*.

⁴³ Atualmente nos regimentos internos da Câmara e do Senado há disposições sobre o *lobby*. Na Câmara, o art. 60 e o art. 254 prevêm o credenciamento de entidades que, por meio de um representante, podem fornecer subsídios em nível técnico ao Poder Legislativo sobre proposições de seu interesse. Já no Senado, há tão somente a previsão da participação de entidades da sociedade civil em audiências públicas, conforme o art. 93. Já no que tange aos projetos de resolução sobre o *lobby*, a Câmara possui 5, estando já alguns arquivados (n. 337/85; n. 83/96; n. 63/00, n. 87/00; n. 107/03). O Senado possui apenas um, já arquivado (n. 72/95).

⁴⁴ M. C. N. GONÇALVES, op. ult. cit., 83 e ss.

outros mecanismos de participação. O *lobby* lícito gera uma educação política dos cidadãos, uma familiarização com os processos democráticos, uma melhor aceitação das decisões finais (já que não se está excluindo ninguém desse processo) e, assim, uma maior legitimação a todo o sistema político, com a integração real das demandas de interesse social que o sistema representativo não consegue abarcar.⁴⁵

Por outro lado, tem-se que uma regulação do *lobby*, como instrumento de combate à corrupção, auxilia a fortalecer a transparência no processo de tomada de decisões. Uma norma nesse sentido combate acordos secretos e ilícitos; incentiva a busca de melhores argumentos; facilita o trabalho da mídia e das ONGs para a informação da sociedade sobre um dado tema; desperta a atenção dos cidadãos, formando uma opinião informada sobre um assunto público, o que por sua vez gera uma participação qualificada dos cidadãos na arena política, motivando inclusive a participação de segmentos sociais desmobilizados.⁴⁶

Pois se a regulação somente geraria bons resultados, a pergunta que surge automaticamente é: por que ainda não foi elaborada nenhuma norma sobre *lobby* no Brasil?

Os parlamentares possuem muita resistência ao *lobby*⁴⁷ e apesar dessa atividade estar em crescimento no Brasil,⁴⁸ uma eventual regulação não enfrenta somente problemas de ordem jurídica, como o consenso para o estabelecimento de conceitos e de ferramentas legais aptas para normatizar esta figura. Os problemas de caráter “convencional” são, provavelmente, muito maiores. Há nitidamente uma falta de interesse por parte dos legisladores em regular a matéria, a uma porque evita a disputa com os lobistas profissionais pela representação dos interesses sociais, e a outra porque a prática do tráfico de influência ainda é muito presente. Por outro lado, também é justo afirmar que há uma falta de interesse por parte dos próprios lobistas, que embora atuem na tentativa constante de se esquivar da terminologia marginalizada que o *lobby* carrega, com a regulação eles terão que atuar com transparência, inclusive em esferas pouco visíveis. Além disso, com a regulação muito provavelmente haverá um aumento no mercado de lobistas, gerando maior concorrência. Isso sem mencionar no inevitável aumento da burocracia no que se refere ao exercício do *lobby*.⁴⁹

Também é certo que a própria sociedade não se mobiliza neste sentido, como aconteceu com tantos outros assuntos ligados à corrupção, como a conhecida Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010). Os cidadãos, totalmente convencidos do caráter negativo do *lobby*, ainda se deixa levar pelo preconceito

⁴⁵ W. P. MANCUSO, A. C. O. GOZETTO, op. ult. cit.

⁴⁶ W. P. MANCUSO, A. C. O. GOZETTO, op. ult. cit.

⁴⁷ M. ARAGÃO, op. ult. cit., 108 e ss.

⁴⁸ A. C. J. OLIVEIRA, op. ult. cit., 40.

⁴⁹ P. BONAVIDES, op. ult. cit., 573 ss.

sobre esta atividade, rechaçando uma realidade que dificilmente desaparecerá, exatamente como aconteceu com os partidos políticos no final do século XIX. E no caso brasileiro, o Poder Executivo também colabora para a ausência de regulação do *lobby*, considerando que é o maior responsável pela produção legislativa no país e que, exceto as poucas normas que aprovou nessa direção, percebe-se que o esforço não foi expressivo no sentido de uma concreta regulação.⁵⁰

4. *A necessária adequação do ambiente para a sustentabilidade e eficácia de uma regulação do lobby*

Como na maioria dos casos, deve-se advertir que somente aprovar uma norma que disponha sobre as regras do *lobby* não é suficiente, como pode parecer. Embora uma lei específica sobre o tema colabore em muito na direção do combate à corrupção e ao fomento da transparência, também são necessárias outras ferramentas legais para dar um amparo completo, como códigos de conduta, mecanismos de controle externo e interno na Administração Pública e garantias para que a mídia, a oposição e a cidadania continuem exercendo essa função de vigilância ativa. Instrumentos que aperfeiçoem a participação direta da sociedade nos processos decisórios – inclusive criando novos canais para isso – também são muito adequados para a eficácia de uma regulação dos *lobbies*. Além disso, conscientizar os próprios lobistas sobre os benefícios de regular a sua atividade é um bom caminho para o impulso dessa tarefa. Um Conselho de Ética do *lobby* poderia contribuir muito para conseguir mais adeptos a esta regulação, não só no meio dos lobistas em si, mas também na própria opinião pública, que precisa obrigatoriamente ser incluída nesse processo de regulação, sob pena de deixar todo este esforço sem a legitimidade necessária para a sua real concretização.

Contudo, cabe alertar que todas essas providências legais somente surtirão efeito se houver um ambiente que as recepcione adequadamente. A cultura política da sociedade onde será aplicado todo este arcabouço legal é altamente relevante para o sucesso dos resultados. A cultura política alcança as ideias, os sentimentos, as atitudes predominantes, bem como a avaliação sobre o sistema política daquela sociedade.⁵¹ Para promover a mudança da atual cultura política brasileira – que notoriamente não avalia bem o sistema político e que ainda adere constantemente ao costume das relações pessoais e clientelismo⁵² – deve-se gerar uma nova rede de confiança mútua entre as mais diversas entidades e grupos sociais formais e informais, alcançando forçosamente os cidadãos, fomentando a formação de um capital social atualmente ausente no Brasil.

⁵⁰ W. P. MANCUSO, A. C. O. GOZETTO, op. ult. cit.

⁵¹ L. DIAMOND, *Developing democracy – towards consolidation*, USA, 1999, 162.

⁵² Cfr. www.transparency.org.

O conceito de capital social se refere diretamente aos aspectos da organização social, como confiança, normas, redes que podem fomentar a eficiência da sociedade na facilitação de ações coordenadas.⁵³ Trata-se da existência de expectativas de cooperação, sustentadas por redes institucionais, sobre as quais se cristalizam tais expectativas em pautas de cooperação continuada.⁵⁴ É a confiança mútua que se tem e que se espera que os demais cidadãos também tenham, gerando atitudes espontâneas já esperadas diante de certos eventos. É evidente que isso praticamente não se faz presente no Brasil de hoje em dia, sendo imperioso que se construa esta confiança mútua, intrínseca à própria noção de cidadania, esta sufocada pela má imagem que tantos escândalos de corrupção produziram e que deve ser resgatada.

Portanto, a geração dessa rede de colaboração também pode ter o seu início a partir da regulação do *lobby* e dos instrumentos legais que a fundamenta, no sentido de realmente trazer as demandas dos grupos de interesse e fazê-las visíveis aos olhos de todos, através da liberdade de atuação para os lobistas e a capacidade de fiscalização para a sociedade. Deve-se extirpar do conceito do *lobby* esta carga negativa de corrupção, aceitando-o como algo natural dos indivíduos, sob pena de negar uma realidade e conduzi-la às esferas obscuras de negociações secretas, como ocorre nos dias de hoje.

THE DEVELOPMENT OF PUBLIC POLICIES
AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO POLITICAL PARTICIPATION -
THE REGULATION OF LOBBYING ACTIVITY IN DEMOCRATIC CONTEXT

by Ana Claudia Santano

Abstract

This paper aims to demystify the *lobby* activity, which is very marginalized by the society, but at the same time composes one undeniable reality in the power spheres. Therefore, through specialized doctrine review, it was intended to expose some concepts which are wrongly used as a synonymous, as interest groups, pressure groups and *lobby*. After, the *lobbies'* actuation dynamics was described, differentiating themselves of corruption and influence peddling, in a trial to deconstruct this stigma which prevents any impartial analysis. With a constitutional basis of *lobby* in Brazilian case, it was asked why there is not any regulation, considering the fight against corruption context. In light of this, it should be highlighted the lack of interest of congressmen, lobbyists and including the society of proceeding with it, as a result of a social capital deficit currently visible in Brazil.

⁵³ R. PUTNAM, *Making democracy work*, USA, 1994, 167.

⁵⁴ C. BOIX, D. POSNER, *Capital social y democracia*, *Revista Española de Ciencia Política*, n. 2, 2000, 165.

Sulla distinzione tra procedimento e processo.
Diritto brasiliano e tradizione giuridica italiana alla luce della riforma
del procedimento amministrativo introdotta
dalla legislazione anti-corruzione

di Luca R. Perfetti

SOMMARIO: 1. La l. 6 novembre 2012, n. 190 (anticorruzione) e campo teorico della distinzione tra procedimento e processo. - 2. Campi teorici di fondo (sovranità, personalità e volontà dello Stato) e relazione tra provvedimento e sentenza. - 3. Procedimento e processo nel diritto brasiliano. - 4. Posizione delle questioni. - 5. Definizione del campo teorico. - 6. Feliciano Benvenuti e Santi Romano nella costruzione delle alternative teoriche. - 7. Sovranità popolare, ordine giuridico della società e superamento delle alternative toriche. Unificazione del quadro teorico nell'ambito dell'ordine sovrano della società. - 8. Unità dello scopo delle funzioni pubbliche, giurisdizionali e amministrative, nel quadro della funzionalizzazione dell'autorità al godimento della libertà. - 9. Distinzione perdurante tra procedimento e processo.

1. *La l. 6 novembre 2012, n. 190 (anticorruzione) e campo teorico della distinzione tra procedimento e processo*

La l. 6 novembre 2012, n. 190 è intervenuta – tra l'altro – con modifiche della legge generale sul procedimento amministrativo. Non interessano, qui, molti altri elementi della l. 190/2012, rispetto ai quali molte riflessioni si sono avute in questo Convegno ed in dottrina¹: sembra utile, invece, evidenziare come le modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo introdotte dalla l. 190/2012 appaiano fortemente nel senso della introduzione nella disciplina del procedimento di modelli processuali.

Lo si può far notare in pochi tratti. Anzitutto, la l. 190/2012 ricorre al modello della decisione semplificata di rito sul procedimento (aggiungendo all'art. 2 della l. 241/1990 la previsione per la quale «*se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni*

¹ B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013 e, prima, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 123.

concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo); in secondo luogo, si introduce la regola dell'astensione obbligatoria del funzionario procedente, di nuovo secondo un modello analogo a quello previsto per il giudicante (all'art. 6 bis di prevede che «il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale»). Anche nei confronti dei soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa, si impone «un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni» (co. 1 ter dell'art. 1).

E' difficile negare che l'introduzione del provvedimento motivato in forma semplificata non solo importa quasi testualmente una disposizione del codice del processo amministrativo², ma introducendo provvedimenti "di rito" impone di pensare al procedimento come ad una procedura retta dal principio della domanda³ e destinata a svolgersi con moduli di trattazione analoghi a quelli processuali; la generalizzazione dell'applicazione degli istituti procedurali alle procedure oggettivamente – e non soggettivamente (vale a dire per la natura del soggetto che le conduce) – pubbliche ha una funzione dichiaratamente «di garanzia», come proprio del processo.

2. Campi teorici di fondo (sovranità, personalità e volontà dello Stato) e relazione tra provvedimento e sentenza

L'affermazione di modelli teorici di stampo schiettamente processuale nel perimetro del procedimento amministrativo assume un rilievo non secondario – almeno a mio modo di vedere – rispetto agli elementi centrali della narrazione del diritto amministrativo del continente europeo. Non ho modo di indulgere in questa discussione – per ragione della sede convegnistica di queste parole – e, tuttavia, mi pare agevole indicare, sia pure solo per brevi tratti, le ragioni dell'affermazione. Non mi pare sia seriamente dubitabile che l'intera tradizione continentale del diritto amministrativo si sia costruita sul dogma della sovranità dello Stato – sicché i concetti di sovranità e Stato coincidono perfettamente –, sulla negazione di quella del popolo e sull'incarnazione della sovranità nella persona giuridica dello Stato, a spiegarne la sua illimitata capacità e volontà ovvero del suo ordinamento.

Poiché la narrazione della coincidenza tra i tre elementi [sovranità] – [Stato] – [volontà/capacità dello Stato]⁴ è nettamente prevalente per quasi due secoli nella no-

² Sul problema della semplificazione della motivazione della sentenza, A. CLINI, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Padova, 2009.

³ Sul tema, ampiamente, M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo - Parte prima: Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

⁴ Naturalmente la discussione dei temi riassunti nel testo richiede un'estensione del tutto

stra tradizione giuridica, esso non può mancare di aver influenzato il modello teorico del provvedimento amministrativo; vale forse la pena, invece, di sottolineare la circostanza per la quale, avendo il diritto amministrativo negli ultimi decenni sostanzialmente abbandonato questo campo teorico, i suoi studiosi continuano ad operare con dispositivi concettuali ed enunciati che presuppongono un sistema teorico (quello diretto a risolvere le questioni cruciali della sovranità statale, dello Stato – persona o Stato – ordinamento, della capacità/volontà dello Stato e, quindi sia della teoria dell'organo che di quella del potere discrezionale) non più oggetto di discussione.

Proprio in questo quadro, deve invece essere guardata con attenzione la processualizzazione del procedimento (e, se si vuole la stretta parentela dei provvedimenti di decisione delle autorità pubbliche, vale a dire della sentenza e dell'atto amministrativo).

Si tratta di una questione che deve essere guardata con attenzione perché è proprio sul versante della divaricazione tra provvedimento amministrativo e sentenza che si è consumato l'oblio del procedimento amministrativo nei due secoli costitutivi della nostra tradizione culturale e del sistema di concetti che ancor oggi diffusamente si utilizza.

L'immagine e rappresentazione teorica del provvedimento amministrativo sono state costruite come altro dalla sentenza, radicalmente affondate nella sequenza [sovranità] – [Stato] – [volontà/capacità dello Stato] cui – almeno a mio modo di vedere – finiscono per corrispondere i campi teorici tipici delle teorie del provvedimento (vale a dire, secondo una sequenza del tutto simmetrica, i problemi del potere, dell'organo e della sua competenza e della discrezionalità). Mi pare di un qualche rilievo la circostanza che i principali problemi della teoria del provvedimento corrispondano con discreta esattezza ai tre elementi costitutivi e fondanti dell'intera costruzione della pubblicistica europea (e, per quel che interessa, italiana) tra l'Unità d'Italia e la fine della seconda guerra mondiale.

Altrettanto non casuale mi pare il fatto che la dottrina austriaca di inizio Novecento⁵ che ha ri-elaborato la teoria del procedimento amministrativo abbia, invece, messo in luce la sintonia profonda tra questi due modi di decisione dell'autorità (rispettivamente amministrativa e giudiziaria). Sintonia tra sentenza e provvedimento ed affermazione del procedimento come luogo di rilevanza giuridica tendono a coincidere, così come radicale specialità e riduzione del procedimento ad operazione amministrativa sul lato concettuale opposto.

incompatibile con l'occasione – e per l'ipotesi che la discussione e la ricostruzione dell'autore del testo interessi al lettore, si potrà rimandare a L.R. PERFETTI, *Della discrezionalità amministrativa*, in corso di pubblicazione (Padova, 2015).

In ogni caso, per una compiuta comprensione del quadro – e per il suo estremo interesse in sé – occorre rinviare a P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, soprattutto da 237.

⁵ Per la discussione del tema, M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo - Parte prima: Contenuto e struttura*, cit.

In questa prospettiva, è interessante osservare l'affermarsi di moduli processuali nel perimetro della disciplina del procedimento.

3. *Procedimento e processo nel diritto brasiliano*

Questo tema sembra di maggiore interesse se osservato nell'ambito di un convegno dedicato al confronto tra studiosi brasiliani ed italiani. Infatti, se si osserva la questione dal punto di vista del diritto brasiliano, si coglierà, invece, con grande facilità la costruzione dell'intera disciplina del procedimento amministrativo su modelli chiaramente processuali.

Se si esamina il Decreto-Lei 15 Novembre 1991, n. 442, modificato dal Decreto-Lei 31 gennaio 1996, n. 6 (*Código do procedimento administrativo*), si troverà subito una definizione di procedimento amministrativo e della sua estrinsecazione (art. 1: “*Entende-se por procedimento administrativo a sucessão ordenada de actos e formalidades tendentes à formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução*” e “*por processo administrativo o conjunto de documentos em que se traduzem os actos e formalidades que integram o procedimento administrativo*”) che pur recando un'assonanza terminologica, non è affatto riconducibile al nostro problema. Anzi, il procedimento amministrativo è descritto secondo moduli strettamente processuali, come rito⁶. Già la precisazione per la quale le norme sul procedimento amministrativo trovano applicazione rispetto agli atti e alle “*funções materialmente administrativa*” sembra significativa (se riguardata alla luce della discussione che ci si proverà a ricordare in ordine alla natura materiale, formale e sostanziale degli atti di amministrazione pubblica).

Tuttavia, ancora più significative sono le disposizioni relative ai “*conflitos de jurisdição, de atribuições e de competência*”, alle “*garantias de imparcialidade*” (con dettagliata disciplina dello “*impedimento do titular do órgão ou agente*” e della sua sostituzione e dei “*casos de impedimento*”), delle forme e dei modi dell'esercizio del “*direito*” dei privati “*de intervir pessoalmente no procedimento administrativo ou de nele se fazer representar ou assistir, designadamente através de advogado ou solicitador*”, con particolare attenzione al tema della legittimazione, delle fasi del procedimento – descritte, sostanzialmente, nella sequenza: iniziativa, istruttoria (con specifica disciplina dell'onere della prova, delle audizioni – orali e scritte – dei pareri), trattazione e decisione, sia finale che provvisoria (*medidas provisórias*), con specificazione delle decisioni di rito, delle rinunzie e decadenze, dell'impossibilità o carenza di interesse sopravvenute. Si tratta di previsioni nelle quali è evidente l'eco dei moduli processuali. Non diverso è l'impianto della Lei, 29 gennaio 1999, n. 9.784, relativa al “*processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*”.

⁶ Per il procedimento come rito sostanziale, M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo - Parte prima: Contenuto e struttura*, cit.

Per altro verso, la dottrina⁷ brasiliana⁸ tratta il sistema delle garanzie (procedimento e processo) come un *continuum*, come un sistema – sicché il “*sistema brasileiro de justiça administrativa*” è tale “*quanto ao procedimento administrativo, sistema judiciário e processo judicial*”⁹.

Tuttavia, proprio con lo svilupparsi della protezione delle posizioni giuridiche individuali rispetto al potere e con l’attenuazione della assoluta supremazia dell’interesse pubblico che sono derivati dalla costituzionalizzazione del diritto amministrativo¹⁰, è stata evidenziata la necessità di tenere concettualmente distinti il procedimento ed il processo amministrativi¹¹. Il principio del giusto processo è stato il profilo per mezzo del quale s’è messa in luce la distinzione tra procedimento e processo ed, insieme, il loro stretto collegamento funzionale¹², nella prospettiva della “*finalidade constitucionalizar as incontáveis relações administrativas, adequando-as ao constitucionalismo, e impondo-lhes subserviência aos direitos fundamentais inscritos na lei maior*”¹³.

Molto condivisibile è il recente sforzo di distinguere diritto sostanziale e processuale per il fatto che le procedure sostanziali sono dirette alla adozione di provvedimenti in generale, mentre il processo è specificamente caratterizzato dall’esercizio del diritto individuale di agire in giudizio¹⁴. Da altro punto di vista – e sempre nella prospettiva della centralità del diritto fondamentale del cittadino

⁷ Per l’inquadramento del sistema brasiliano da parte della dottrina italiana, per tutti, A. CLINI, *L'autonomia locale nell'ordinamento federale. Il caso del Brasile*, Padova, 2008.

⁸ Sul problema, O. MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, São Paulo 1993. Nella manualistica, C.A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 2009; R.F. BACCELLAR FILHO, *Direito Administrativo*, São Paulo, 2008; P. MAGALHÃES DA COSTA COELHO, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo, 2002; FRANCO SOBRINHO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 1979; S. FERRAZ e A.A. DALLARI, *Processo Administrativo*, São Paulo, 2007.

⁹ R. PERLINGEIRO, *A justiça administrativa brasileira comparada*, in *Revista CEJ*, Brasília, XVI, 2012, n. 57, 6-18; ma anche, C.L.A. ROCHA, *Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro*, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, XXXIV, 1997, 5-28.

¹⁰ C.P. BARRETO, *A Constitucionalização do Direito Administrativo: os princípios processuais constitucionais no processo administrativo*, in *Temas de Direito Constitucional: Estudos em Homenagem ao Prof. Osório de Araújo Ramos Filho*, Aracaju, 2012, 97.

¹¹ C. R. DE SIQUEIRA CASTRO, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, Rio de Janeiro, 2006.

¹² In questa prospettiva, nella nostra dottrina, BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. Amm.*, 2011, 596.

¹³ C. R. DE SIQUEIRA CASTRO, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, cit., 355.

¹⁴ N. NERY JUNIOR, *Princípios do processo na constituição federal*, São Paulo, 2010, 214: “O direito de ação no âmbito administrativo é o poder dever de a administração: a) impor penalidade ou sanção (processo administrativo sancionador) a servidor público ou administrado ou terceiro (pessoa física ou jurídica); ou b) criar direitos ou obrigações para o administrado (processo administrativo constitutivo), com a participação do interessado e/ou terceiro. A emissão de simples ato administrativo (unilateral) não constitui, em princípio e per si, o processo administrativo”.

ad agire in giudizio per ottenere tutela nel rapporto sostanziale – si è enfatizzato il principio del contraddittorio come elemento proprio del diritto processuale amministrativo¹⁵; sicché se il “*procedimento consiste na sucessão necessária de atos enca-deados entre si que antecede e prepara um ato final*”, il processo è una forma di “*cooperação de sujeitos, sob o prisma do contraditório*”¹⁶. L’affermazione della distinzione tra procedimento e processo, in generale, consegue al riconoscimento costituzionale delle pretese sostanziali dei cittadini e si accompagna con l’affermazione della differente sostanza delle due procedure per esser il procedimento guidato dall’interesse pubblico – sia pure in un procedimento partecipato e con contraddittorio con gli interessati, retto dai principi di legalità, imparzialità, buona fede, efficacia, ragionevolezza, proporzionalità, pubblicità, finalizzazione¹⁷ – ed il processo alla protezione del diritto ed all’attuazione del precetto¹⁸.

In sostanza, la procedura sostanziale si impronta a principi processuali – nella prospettiva della natura di garanzia (anche secondaria) dello stesso procedimento – per ragione del fatto che procedimento e processo sono, comunque, funzionali al godimento dei diritti individuali (ad esempio: “*a aplicação desses princípios da administração pública, também serve como garantia e efetivação dos direitos fundamentais, pois, como função administrativa deverá ser observada a através da ampla processualidade*”¹⁹ –); contemporaneamente, la costituzionalizzazione del rapporto tra amministrazione e cittadino, tra potere e diritti, consente di cogliere le specificità del processo, secondo un percorso di autonomizzazione del diritto processuale da quello sostanziale che è tipico dell’affermazione dei diritti individuali, delle pretese agite innanzi a chi procede.

4. Posizione delle questioni

In questa prospettiva, sembra rilevante – stante che sia procedimento che processo sono procedure destinate ad assicurare la garanzia delle posizioni sog-

¹⁵ O. MEDAUAR, *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo, 2008.

¹⁶ O. MEDAUAR, *ivi*, 44, ove si argomenta che “*A despeito do difundido uso do termo procedimento no âmbito da atividade administrativa, mais adequada se mostra a expressão processo administrativo. A resistência ao uso do vocábulo processo no campo da administração pública, é explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou da função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade estatal se refere a determinado processo.*”

¹⁷ M. HARGER, *Princípios constitucionais do processo administrativo*, Rio de Janeiro, 2001 soprattutto da 120 a 165.

¹⁸ O. MEDAUAR, *A processualidade no direito administrativo*, cit., soprattutto da 50.

¹⁹ C.P. BARRETO, *A Constitucionalização do Direito Administrativo: os princípios processuais constitucionais no processo administrativo*, cit., 105.

gettive delle persone nel rapporto con il potere pubblico²⁰ – chiedersi se (i) dalla possibile assimilazione normativa tra procedimento e processo venga messa in discussione la teoria del procedimento come funzione in senso giuridico e (ii) se l'osservazione del problema dal punto di vista delle questioni fondamentali presupposte (sovranità, personalità dello Stato, volontà/capacità) non consenta una ricomposizione delle principali teorie in contrasto sul punto nella prospettiva della appartenenza della sovranità al popolo (come da espressa affermazione costituzionale); ed, infine, se (ii) l'assimilazione tra procedimento e processo in funzione di garanzia possa essere spinta fino alle estreme conseguenze della loro piena equiparazione ovvero se – come si crede – se debba essere mantenuta una netta distinzione tra sentenza e provvedimento amministrativo, pur nella unità della loro funzione (che non è quella di esprimere la sovranità dello Stato, ma di assicurare i diritti fondamentali dei cittadini/sovrani).

5. Definizione del campo teorico

Il problema delle procedure è ben indagato sia da un punto di vista teorico generale²¹, sia – come ovvio – nella nostra dottrina del diritto amministrativo²² che in quella straniera²³.

²⁰ G. PASTORI, *Introduzione generale*, in *La procedura amministrativa*, Milano, 1965

²¹ Sulla questione le importanti riflessioni in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Atti del XXII Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, in *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano 2002 ove particolarmente B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*; naturalmente non si potrà prescindere, nel dibattito teorico, dal J. RAWLS, *A theory of Justice*, trad. it., Milano, 2008, da 96 per la teoria della giustizia procedurale pura; per le considerazioni che qui si faranno, anche, H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934.

²² Per una recente ricostruzione dei termini del dibattito e le indicazioni di letteratura, F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013.

²³ Per una recente ricognizione nel diritto comunitario J. E. SORIANO GARCÍA (de), *Procedimento Amministrativo Europeo*, Pamplona, 2012, G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2006 e E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community case-law concerning the right of Defense: Essentialist and Instrumental Trends*, in *European Public Law*, 12, 2, 2006; nella letteratura anglosassone, per tutti l'ampio studio di D.J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1997 (per una recente osservazione della relazione tra procedimento e processo anche P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 2003, da 409; per la letteratura tedesca più recente, WIEDERIN, LANNER, *Verwaltungsverfahrenrecht* ^{IX ED.}, Wien, 2008, e, più specificamente, J. P. SCHNEIDER, *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN, A. VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, München 2008; nella letteratura francese M. FROMONT, *Les types de procédure administrative*, in Id. (ed.), *Analyse comparée du droit administratif. La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, 2000 (ove, J.F. BRISSON, *Les principes de la procédure administrative en droit français*, *ivi*, 76), D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, 2008, da 142; nel Sud America è ovvio il riferimento a A.R. BREWER-CARÍAS, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas 1994.

Nel nostro diritto amministrativo, non è possibile ragionare della relazione tra procedimento e processo senza riferirsi al concetto di funzione, per come introdotto nell'analisi del procedimento amministrativo da Benvenuti negli anni Cinquanta²⁴. Proprio l'idea di ripensare all'impostazione del procedimento come funzione ed alla sua relazione con il processo amministrativo partendo dal dato di una – modesta – riforma legislativa, consente di trascurare (almeno in questa sede) il dibattito sulla funzione pubblica in quanto tale, per quanto sia proprio quella la sede nella quale ricercare profili relevantissimi della relazione tra *iurisdictio* e *administratio* e, quindi, della natura materiale del potere esercitato²⁵. Per la stessa ragione, si può evitare di entrare nel dibattito che ha contrapposto sul finire del Novecento strutturalismo di impostazione essenzialmente kelseniana al funzionalismo di fine secolo²⁶: infatti, il nostro problema è certamente influen-

²⁴ È più che ovvio il riferimento a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 1 ed alla successiva prolusione padovana ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126, eppoi, ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, XIV, ad vocem. Su questa linea, con maggiori approfondimenti, G. PASTORI, *Introduzione generale*, cit., ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, 1306, ID., *La disciplina generale dell'attività amministrativa. Considerazioni introduttive*, in *Quad. reg.*, 1987, 887, 80, ID., *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 475 e, su Benvenuti, ID., *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323.

²⁵ Per tutti questi problemi resta necessario riferirsi compiutamente a L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 323 – ed. in generale P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969.

²⁶ È noto che la teoria kelseniana escluda ogni funzionalismo (a cosa serve il diritto) per consegnarlo alla sociologia ed alla filosofia, sicché la dottrina pura del diritto “non considera lo scopo che viene perseguito e raggiunto dall'ordinamento giuridico, ma considera solo l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo” (*op. ult. cit.*, 33) in modo da fare del diritto solo una struttura dei rapporti sociali, indipendentemente dai fini che la struttura sociale si propone; anche la teoria hartiana (C.J.J. HART) influenzata dalla distinzione weberiana tra sociologia e diritto e dalla contrapposizione al concetto di comando in Austin, costruisce il superamento degli ordinamenti primitivi e la distinzione tra norme primarie e secondarie (o condizioni di validità) proprio su basi strutturaliste. Le reazioni a queste impostazioni, siano esse sui versanti (neo)giusnaturalista, positivista, libertario – ad esempio, R. DWORKING, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, J. RAWLS, *op. ult. cit.* ed. in opposizione, R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, 1974, J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, così come i suoi aggiornamenti, ad esempio, J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1980 hanno messo in luce il valore degli elementi funzionalisti. Come messo in luce da N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, 2007, 53, l'affermarsi dello strutturalismo ha messo in crisi nel dibattito europeo le teorie pluraliste (per le quali, soprattutto ai nostri fini, ovviamente S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946 ed ora in edizione critica di A. ROMANO, *L' "ultimo" Santi Romano*, Milano, 2013). Si tratta di elementi necessari per comprendere la discussione del testo e, tuttavia, ai quali non ci si intende dedicare direttamente.

zato in modo significativo da quel dibattito ed è a tutti noto come la teoria della funzione con la quale è stato spiegato il procedimento e la sua relazione con il processo, sia fortemente debitrice dell'impianto kelseniano; tuttavia, per quanto l'intera questione possa essere discussa esattamente nel quadro della dialettica tra strutturalismo e funzionalismo, in questa sede ci si vorrebbe limitare ad affrontarla sul versante del diritto positivo ed in particolare della struttura e delle norme della Costituzione italiana.

6. *Feliciano Benvenuti e Santi Romano nella costruzione delle alternative teoriche*

Conviene riprendere il pensiero di Benvenuti – più spesso citato che esaminato – nella sua costruzione. Nel lavoro sull'eccesso di potere per vizio della funzione Benvenuti costruisce come norme giuridiche i principi²⁷ – altrimenti considerati come indicazioni di buona amministrazione ma non precetti – contrastando le teorie dell'eccesso di potere (e degli elementi del provvedimento amministrativo) per lo più sostenute all'epoca, per giungere ad affermare che i principi non costituiscono fattori di predeterminazione normativa del provvedimento ma sono «condizioni indirette di validità» dei suoi elementi essenziali, anzi «dirette condizioni di legittimità di un diverso momento dell'atto con il quale soltanto essi si trovano in una relazione di diretta connessione»; i principi, quindi, non sono «una disciplina degli elementi del singolo atto amministrativo», ma dell'attività che si esercita per quell'atto e, quindi, in definitiva «condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo»²⁸. E' questa la prima compiuta affermazione della teoria della funzione come luogo – giuridico, non indifferente al diritto – di trasformazione del potere astrattamente previsto dall'ordinamento obiettivo in atto provvedimento concreto. La densa teorizzazione, largamente fondata sul confronto con la dottrina straniera – e tedesca in particolare, si colloca in contrapposizione²⁹ con l'idea del potere come compito, come cura in concreto dell'interesse pubblico da parte dell'autorità, con la determinazione della funzione in ragione del suo contenuto³⁰ o con la riduzione del procedimento ad una francesizzante operazione amministrativa³¹.

Rispetto all'adesione benvenutiana al modello kelseniano, caratterizzato dalla depurazione del momento teleologico dal modello, la dottrina italiana del di-

²⁷ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere ...*, cit., da 1 a 29.

²⁸ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere ...*, cit., 29.

²⁹ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere ...*, cit., 29, nota 59, e, più in generale, *Funzione amministrativa, procedimento ...*, cit.

³⁰ Il riferimento è a S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, ora nella già citata edizione curata da A. ROMANO, da 765.

³¹ Sulla questione, ora, D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, soprattutto il capitolo II.

ritto pubblico resta maggioritariamente coerente con l'impianto romaniano³² ed al concetto di funzione non più collocata – come nella tradizione – nella teoria dei poteri dello Stato, ma nella distinzione tra diritti, obblighi, facoltà, poteri e potestà. Nella costruzione romaniana, la potestà (o il potere), una volta distinta da facoltà, capacità, necessità, obbligo, onere e dai diritti soggettivi, è costruita come «*il momento in cui, avvalendosi della capacità giuridica, il soggetto afferma di poterla esprimere in una data direzione e con un determinato fine*»³³; elemento costitutivo del concetto di potere è, quindi, il fine che gli è intrinseco. La funzione, quindi, è costruita – attraverso lo studio delle vicende dei poteri³⁴ – come attività posta in essere non (solo) nell'interesse proprio, bensì in quello altrui o nell'interesse oggettivo dell'ordinamento, sicché il tratto caratterizzante della funzione pubblica è il perseguimento degli interessi «*oggettivi tutelati dallo Stato e quelli stessi che in lui si impersonano*» che sono «*altresì interessi della collettività considerata nel suo insieme e a prescindere dai singoli che la compongono*», confermando quella saldatura tra interesse sociale e ordinamento giuridico costruita nella sua opera maggiore³⁵.

La teorizzazione della funzione – decisiva per la costruzione della teoria del procedimento – è essenziale per la distinzione tra procedimento e processo.

In Benvenuti, sulla scia di Kelsen, si potrà distinguere la funzione in senso obiettivo (come momento della trasformazione del potere in atto) e soggettivo (come meccanismo di imputazione); la costruzione della distinzione tra procedimento e processo, quindi, è compiuta a partire dagli elementi intrinseci di ciascuno di essi («*intanto si può parlare di qualificazione di un dato in quanto questo sia guardato da uno dei suoi elementi intrinseci*»³⁶) e, quindi, il procedimento potrà essere discriminato dal processo in relazione alla qualificazione della funzione in senso sostanziale, formale e materiale. Dal punto di vista formale, vale a dire in relazione agli effetti che i provvedimenti determinano in relazione agli altri atti nell'ordinamento, la revocabilità è il tratto proprio del provvedimento risultante dal procedimento amministrativo e l'irrevocabilità quello della sentenza; dal punto di vista sostanziale, invece, gli atti amministrativi determinano effetti nei confronti

³² Il riconoscimento di questa circostanza è nello stesso F. BENVENUTI in *Funzione. I) Teoria generale*, cit., 2. Per una discussione circa i fraintendimenti della teoria benvenutiana e della scuola intorno a Benvenuti riunita, sia consentito il rinvio per maggiori approfondimenti e la letteratura, a L.R. PERFETTI, *Il procedimento amministrativo*, in G. PALMA (a cura di), *Lezioni*, Napoli 2009, 663.

³³ S. ROMANO, *Poteri, potestà*, cit., 787.

³⁴ S. ROMANO, *Poteri, potestà*, cit., da 789.

³⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit.; sull'opera di Romano la letteratura, non solo italiana, è quasi sterminata; per l'evidenziazione del profilo indicato nel testo e per alcune rilevanti conseguenze, sia consentito il rinvio a L.R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, 2011, 653.

³⁶ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, ...*, cit., 127.

dell'autore e dei destinatari, a differenza di quelli processuali che sono posti nel solo interesse dei secondi; inoltre, in relazione all'oggetto della funzione, il procedimento amministrativo è diretto all'attuazione del precetto, mentre il processo all'applicazione della sanzione. Fissando lo sguardo sul profilo soggettivo della funzione, si intenderà che il procedimento – diversamente dal processo – è diretto a soddisfare «*lo stesso interesse che l'atto intende soddisfare, e che è appunto l'interesse dello stesso soggetto che lo emana*»³⁷; la «*profonda ragione*» per la quale il procedimento è aggettivato come amministrativo è che «*proprio questa è trasformazione di poteri preordinati principalmente alla soddisfazione del soggetto, la Pubblica Amministrazione, che ne usa; e che solo di riflesso possono ridondare a soddisfacimento dell'interesse di un soggetto da lei distinto, e in particolare del cittadino*»³⁸.

Si possono condurre alcune obiezioni a quest'impianto.

Anzitutto, la discriminazione tra procedimento e processo interviene alla luce di un elemento teleologico, che è esattamente ciò che si vuole espungere

Inoltre, l'adozione del provvedimento modifica la posizione del suo autore – sul fronte della competenza e dell'imputazione dell'atto – quanto l'emissione della sentenza.

Ancora: l'interesse perseguito dallo Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale non è solo quello delle parti, ma anche quello pubblico alla certezza del diritto, alla pace ed all'ordine sociale (*ne cives ad arma veniant*). Ma non è questo che importa.

7. *Sovranità popolare, ordine giuridico della società e superamento delle alternative toriche. Unificazione del quadro teorico nell'ambito dell'ordine sovrano della società*

Quel che si intende porre in luce è che nel nostro ordinamento costituzionale, similmente a quel che accade in molti altri ordinamenti europei, l'intero plesso dei poteri di cui è intestata l'autorità pubblica è funzionalizzato al godimento – (quanto più possibile) pieno ed uguale – delle libertà e dei diritti individuali, sicché la funzione amministrativa ed il processo sono entrambi diretti al conseguimento di uno scopo. In quest'affermazione sono contenuti molti elementi rilevanti rispetto alla discussione fin qui richiamata.

Anzitutto, siccome ci si intende muovere sul versante della struttura e del contenuto della Costituzione, l'affermazione che s'è appena posta non rende l'ordinamento funzionale a scopi ad esso esterni – profilo, questo, di accesa critica dello strutturalismo kelseniano nei confronti delle teorie marxiste dell'ordinamento, così come di netta contestazione della *freirechtsschule* da parte dei teorici liberali. Lo scopo dell'ordinamento è interno ad esso; l'ordinamento non è quindi

³⁷ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, ...*, cit., 132.

³⁸ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, ...*, cit., 134.

privo di scopi e, tuttavia, essi non sono collocati nell'ordine di valori pre-giuridici o meta-giuridici ma, internamente ad esso, nella protezione delle libertà e diritti fondamentali delle persone.

In secondo luogo, quest'approccio pur evidentemente funzionalista, non sembra esserlo più di quello benvenutiano, visto che le distinzioni e qualificazioni interne alla funzione sono individuate in relazione alla soddisfazione degli interessi degli attori procedimentali e processuali. Tuttavia, quest'approccio finisce per riunificare l'impianto benvenutiano relativo alla funzione in senso giuridico con quello romaniano della sua descrizione come cura di interessi alieni. In questo, v'è certamente il profilo di metateoria di cui s'è parlato in apertura.

Più esplicitamente, quel che si vuole osservare è che nel nostro ordinamento – in ragione degli articoli 1 e 2 Costituzione, principalmente – il riconoscimento della sovranità in capo al popolo si accompagna con quello delle libertà fondamentali. Lo statuto costituzionale dell'autorità, quindi, non può più essere spiegato nella prospettiva della spettanza ad essa della sovranità, né – per ciò che concerne l'amministrazione – dell'articolazione del potere esecutivo e della dipendenza dal potere politico. Non sono più convincenti quelle visioni dell'amministrazione pubblica che ne fanno un'articolazione dei poteri dello Stato, una struttura servente dell'esecutivo. Questa raffigurazione si spiegava perfettamente a fronte della spettanza della sovranità allo Stato, sicché nella generale capacità che ne derivava, l'amministrazione era parte dell'articolazione della persona giuridica del sovrano.

Né è convincente l'idea che il cittadino sovrano eserciti questa sua capacità solo attraverso il mandato politico nei confronti delle assemblee rappresentative. L'affermazione della sovranità popolare unita alla garanzia dei diritti fondamentali ed al loro trattarsi nell'ambito della sovranità quanto al loro contenuto essenziale – essi, infatti, sono riconosciuti e non costituiti e ciò proprio dall'atto costitutivo dell'ordinamento – ribalta lo schema ed impone di pensare all'autorità come ad un'organizzazione che esercita poteri funzionali ad assicurare la pienezza della garanzia costituzionale dei diritti; l'amministrazione è a servizio della società ed è funzionale al godimento dei diritti della persona.

La struttura della Costituzione impone di riconoscere che la sovranità popolare pone in essere l'ordinamento e, nel farlo (con la Costituzione) chiarisce che i diritti fondamentali e le libertà sono riconosciuti da questo stesso atto costitutivo. Non può che derivarne che essi esistono come strutture giuridiche nello stesso ambito in cui si legittima la Costituzione, vale a dire nell'esercizio della sovranità. Se diritti fondamentali e libertà (quanto al loro contenuto essenziale) si trattengono nell'ambito della sovranità nel momento stesso in cui essa si esercita ponendo la Costituzione, non potrà che derivarne non solo che l'esercizio dei poteri non potrà contrastarvi ma, più profondamente, che l'autorità è ad essi funzionale.

Come si è accennato, questa realtà dell'ordinamento non può essere superata pensando che una volta posta la Costituzione la sovranità delle persone possa espri-

mersi solo per le vie dell'indirizzo politico, legittimando l'autorità con il consenso elettorale, facendo scorrere la volontà popolare lungo il canale democratico che va dalle assemblee elettive agli organi da queste eletti (il Governo) ovvero alla magistratura ed all'amministrazione per il tramite della posizione delle leggi che ad esse spetta applicare. Non solo questo schema appare insoddisfacente se confrontato con la struttura della Costituzione – per le ragioni che si sono accennate –, ma anche da un punto di vista logico non resiste alle obiezioni che si possono formulare. Una simile soluzione si spiega solo se l'amministrazione viene colta quale «attività realizzativa», che si colloca rispetto ai compiti dello Stato nella «porzione terminale del processo di attuazione»³⁹; una simile opzione si regge solo a patto di convincersi che l'amministrazione sia funzionale al conseguimento degli scopi e degli interessi dello Stato.

Tuttavia, quest'idea si scontra con alcune obiezioni non di piccolo momento. Anzitutto, i compiti dello Stato, nella nostra Costituzione, non sono rinviati alla determinazione del gioco politico, giacché essi sono «*espressi direttamente dalla Costituzione, nella maniera più diretta, esplicita e consapevole attraverso le formulazioni riccamente orchestrate degli artt. 2 e 3*» sicché «*riconoscimento, garanzia e perfezionamento dei diritti*»⁴⁰ sono i compiti dello Stato. In secondo luogo, l'amministrazione – come ogni articolazione pubblica che abbia funzione di garanzia⁴¹ – non potrà esser lasciata esposta al solo indirizzo politico, pena il contrasto con l'art. 97 Cost. che ne impone l'imparzialità e, più in generale, la possibile messa a rischio di fondamentali profili dei diritti inviolabili a danno delle minoranze.

Infine, nulla nell'impianto costituzionale legittima l'idea che l'amministrazione sia dipendente dal potere esecutivo: è stato da tempo, ed autorevolmente, dimostrato che non esiste un modello costituzionale di amministrazione⁴²; piuttosto, il concetto di amministrazione pubblica è presupposto, si indica il suo metodo d'azione (imparziale ed efficace), il compito assegnato alla legge di disciplinarla in modo che imparzialità e buon andamento siano garantiti, la professionalità, indipendenza e responsabilità dei suoi funzionari, l'assicurazione della tutela giurisdizionale rispetto alle sue decisioni. L'amministrazione pubblica, tuttavia, non è identificata come un potere dello Stato: «*la Costituzione non ha pensato*

³⁹ U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 11.

⁴⁰ U. ALLEGRETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹ Per indicazioni necessarie, G. PASTORI, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 6.

⁴² G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, 1995, 11, G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il dir. dell'economia*, 2002, 475 (ora in *Scritti scelti (1992 – 2010)*, II, Napoli, 2010, 785), ID., *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in AIPDA, *Annuario 2004*, Milano, 2005, 11, ID., *Amministrazione pubblica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (diretto da), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, ora in *Scritti scelti (1962 - 1991)*, I, Napoli, 2010, 205.

all'amministrazione come ad un potere dello Stato e ha, al contrario, inteso l'amministrazione come dovesse vedersi collegata immediatamente con la società»⁴³; l'amministrazione, infatti, non è inserita nella declinazione delle sfere di attribuzione del potere dalla Costituzione, nella disciplina dei coordinamenti o conflitti tra poteri (ciò è previsto solo per il Governo), né si trova alcuna disposizione che ponga l'amministrazione funzionalmente o gerarchicamente in dipendenza del Governo stesso⁴⁴. In ragione del fatto che la «Costituzione si è di proposito astenuta dal configurare l'amministrazione con un volto preciso che ne consenta tra l'altro l'inserimento tra le funzioni esclusive e autoritarie dello Stato»⁴⁵, è stata assunta in Costituzione «così com'era, come un'entità ricavata»⁴⁶, o, più semplicemente, come un'attività, disciplinandone i caratteri immancabili, doverosi, e lasciando per il resto ch'essa fosse adatta al suo scopo, alla sua ragione.

Ecco, allora, che ad essere essenziale è quest'ultima e non resta che pensare ad essa «come una forma della società, non come un'immagine dello Stato»⁴⁷, anzi, come una delle «forme» costituzionali nelle quali si esprime la sovranità delle persone e dei loro diritti. La funzionalizzazione al godimento delle libertà e dei diritti si accompagna al precetto dell'uguaglianza sostanziale (art. 3 Costituzione) che costituisce il modo del godimento dei diritti e delle libertà.

L'amministrazione, nella nostra (come in altre) Costituzione, ha quindi uno scopo fissato dall'ordinamento – non dalla politica, dall'ideologia, dalla sociologia o dall'ordine economico.

Non diversamente potrà dirsi della giurisdizione. E' l'art. 24 Costituzione a chiarire che la tutela giurisdizionale è garantita «*per*» la tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Altra volta ci si è provati a costruire la teoria dell'azione giurisdizionale come diritto inviolabile della persona costituzionalmente tutelato proprio sull'art. 24 Costituzione, trovando le ragioni per le quali l'interesse delle parti a proporre azioni ed eccezioni è apparso causa del diritto di agire in giudizio, trovando conferme nella natura del diritto costituzionalmente protetto, inviolabile, a far valere le proprie pretese sofferenti o rese incerte attraverso l'attivazione del processo, nelle posizioni azionabili, nei giudizi di meritevolezza, pertinenza, utilità dell'azione, nella distinzione tra diritto sostanziale e processuale⁴⁸. La giurisdizione appare interamente funzionale alla protezione delle posizioni sostanziali, il processo è solo nell'interesse delle parti e mai giurisdizione obiettiva (nell'interesse della legge) giacché l'affermazione della regola fissata dal diritto obiettivo è solo un risultato riflesso del processo: esso si svolge «*per*» la tutela delle pretese delle parti.

⁴³ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, 16.

⁴⁴ Ancora, G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 16.

⁴⁵ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 14.

⁴⁶ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 16.

⁴⁸ L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, da 235.

8. *Unità dello scopo delle funzioni pubbliche, giurisdizionali e amministrative, nel quadro della funzionalizzazione dell'autorità al godimento della libertà*

Sembrano esservi ragioni serie per ritenere che le procedure – sia il processo che il procedimento – nel nostro ordinamento siano rese funzionali al godimento quanto più possibile pieno ed eguale delle posizioni soggettive della persona.

In questo senso vi sono due elementi in ragione dei quali si avverte la necessità di emendare la costruzione benvenutiana. In primo luogo, infatti, sia il processo che il procedimento sono caratterizzati da un decisivo momento teleologico. In secondo luogo, non convince l'affermazione per la quale il procedimento è diretto al soddisfacimento dell'interesse dell'amministrazione procedente, essendo piuttosto da ritenersi che esso sia funzionale al conseguimento del fine dell'amministrazione, vale a dire quello di fornire un'attuazione del precetto legale diretta a procurare il più alto possibile godimento delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone e, quindi, nell'interesse di queste ultime.

In questo punto, quindi, sembra doversi registrare un momento di congiunzione tra la costruzione benvenutiana della funzione – depurata di uno spirito geometrico kelseniano laddove esso (anche stando nella sistematica del suo autore) non convince – e quella maggioritaria della cura dell'interesse alieno come compito dell'amministrazione.

Occorre una precisazione. E' chiaro nella teoria romaniana ed in quelle che l'hanno precisata e perpetuata⁴⁹ l'interesse della collettività è assegnato allo Stato, che lo personifica e lo conduce come proprio, mentre nell'ipotesi che qui si sostiene all'autorità non spetta affatto la gestione dell'altrui pur apparendo questo sostanzialmente da essa stesso personificato; anzi, piuttosto, l'azione amministrativa si svolge come strumento per il perseguimento di scopi che le preesistono e che, anzi, la costituiscono; ne deriva che potrà parlarsi del procedimento come svolgimento di un compito, come cura dell'altrui interesse, ma in quanto funzionalizzato non al soddisfacimento di un interesse astratto, formalmente coincidente con quello di una collettività indistinta e, tuttavia, inconsistente finché non sia concretamente individuato dall'autorità. Il compito, in queste impostazioni classiche, non sembra appartenere realmente alla collettività, cui pertiene solo in astratto; è lo Stato a personificare la collettività ed a determinare l'interesse, ascrivendolo alla società. In questo senso, non si tratta affatto di cura di interesse altrui, giacché quest'ultimo esiste solo una volta determinato, precisato, dall'autorità autrice del provvedimento esecutivo.

Al contrario, nell'idea che si propone, il compito – o la funzionalizzazione del potere – è totalmente estrinseco all'autorità, le preesiste, la costituisce e legittima, non è da essa definito né impersonato. La protezione delle libertà e dei

⁴⁹ Per i riferimenti basta rinviare a F. BENVENUTI, *Funzione. I) Teoria generale*, cit., 3.

diritti fondamentali giustifica l'autorità, ne definisce il compito, funzionalizza il suo procedere, non è definita dall'autorità. Davvero, in questo senso, si tratta di cura di interesse altrui, giacché il soggetto altro dall'amministrazione nel cui interesse è esercitato il potere ha una soggettività ed un'autonomia rispetto all'autorità. Ciò che difetta nella teoria classica, è proprio l'altruità dell'interesse, giacché si nega soggettività giuridica alla società e la si personifica nello Stato, sicché quest'ultimo finisce per agire nel suo interesse o, almeno, in quello che ad esso soltanto spetta determinare.

Una volta emendata in questo punto fondamentale la teoria classica (eminentemente romaniana), sembra possibile tenere frema la teoria della funzione come luogo della trasformazione del potere in atto e, tuttavia, l'attività che ne consegue appare svolgimento di un compito, che non deriva dalla declinazione dell'interesse pubblico per come definito dall'amministrazione medesima, ma dal disporre di un potere geneticamente preordinato a soddisfare l'interesse della società e non dello Stato, a consentire il pieno godimento dei diritti e delle libertà di ciascuno e non di una collettività informe che finisce per apparire personificata dallo Stato, nella sua unità organica a struttura di *Genossenschaft*⁵⁰ o sciolta nella *Selbstverwaltung* statale⁵¹, riflesso dell'azione dell'autorità⁵² o comunque coagulata⁵³ solo dalla sua *Obrigkei*⁵⁴.

In sostanza, la trasformazione del potere in atto avviene attraverso l'esercizio della funzione e, tuttavia, essa non è priva di scopo ed anzi da questo è definita, giacché l'amministrazione pubblica è costituita e si legittima solo a fronte dello svolgimento del suo compito di dare attuazione alla protezione piena delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone.

La funzionalizzazione dell'autorità alla sovranità popolare, al godimento dei diritti e delle libertà che in essa si trattengono, rende sia il processo che il procedimento eguali nel mostrarsi come procedure⁵⁵ di garanzia, dirette ad assicurare il godimento delle pretese della persona. In questo senso, v'è una profonda coincidenza ed omogeneità, che spiega il progressivo equipararsi delle regole procedurali e l'affermazione di modelli processuali entro il procedimento amministrativo, che si qualifica sempre più come "rito sostanziale"⁵⁶. Alla prima questione che ci si è posti,

⁵⁰ Si può in tal senso fare riferimento, tra gli altri, a J. C. BLUNTSCHLI, *Lehre von modern Staat. Allgemeines Staatsrecht*, vol. I e II, 1885/1886, ora Aalen, 1965.

⁵¹ Cfr. O. VON GIERKE, *Das deutsche genossenschaftsrecht*, Graz, 1954.

⁵² Ovvio il riferimento a von C.F. GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco e Sui diritti pubblici*, entrambi nell'edizione italiana a cura di Lucchini, Milano, 1971.

⁵³ L'affermazione è chiara in C. BORNHAK, *Grundriss des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1907, 43 – 45 e di essa sono debitore a P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3 La civiltà liberale*, Bari Roma, 2001, 156.

⁵⁴ Cfr. R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, 1989.

⁵⁵ Per gli altri elementi della loro consonanza, è sempre necessaria la lettura di PASTORI, *Introduzione generale*, cit.

⁵⁶ Le ragioni in M. BELLAVISTA, *op. ult. cit.*, *passim*.

quindi, sembra doversi dare risposta positiva: il procedimento ed il processo sono luoghi della trasformazione della potestà – di provvedere o di giudicare – assegnata dall'ordinamento all'autorità, nei quali la funzione è esercitata per uno stesso fine – l'assicurazione del pieno godimento delle pretese tutelate delle persone – e lungo un rito che ben può essere in tutto omogeneo. Le ragioni politiche e culturali per le quali questa ipotesi – ben chiara nell'Ottocento e primo Novecento austriaco – non abbia avuto successo in passato⁵⁷ non sembrano decisive oggi.

9. *Distinzione perdurante tra procedimento e processo*

Affrontando la seconda questione posta in apertura, occorre indicare per quali ragioni, però, la comunanza del fine e la progressiva omologazione dei riti non possa spingere a confondere procedimento e processo e ciò perché i rapporti giuridici (sostanziale e processuale) appaiono tra loro connessi ma autonomi.

Riannodando il discorso con quello benvenuto, appare certamente vero che le due procedure danno luogo ad atti con efficacia formale differente (revocabili ovvero irrevocabili) e, tuttavia, questa appare più una conseguenza che una ragione della diversità tra procedimento e processo.

Sul versante dell'efficacia in relazione agli oggetti delle due procedure non potrà trascurarsi che il procedimento è diretto a dare attuazione al precetto ed il processo applicazione alla sanzione contenuti entrambi nella norma giuridica astratta. Questa distinzione, che certamente deve essere tenuta ferma, sembra tuttavia conseguire ad un'altra e più radicale ragione, vale a dire quella dell'autonomia del momento processuale rispetto alla vicenda sostanziale. E' abbastanza nota la discussione intorno all'autonomia delle posizioni giuridiche processuali rispetto a quelle sostanziali e la dinamica storica lungo la quale la teoria dell'azione giudiziale e del processo hanno avviato e completato il loro distacco rispetto alla sottostante vicenda sostanziale; non sembra qui opportuno discutere le singole raffigurazioni e teorie⁵⁸. Attenendoci alla scelta di confrontarsi anzitutto con le norme costituzionali, non si potrà negare che l'art. 24 Cost. reca testualmente le ragioni dell'autonomia e del collegamento del momento sostanziale e processuale del rapporto giuridico. Il secondo, infatti, a stare all'art. 24 Cost., si svolge «*per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*», chiarendo così che le posizioni giuridiche sostanziali vivono autonomamente nel rapporto sostanziale, mentre il processo si conduce intorno a posizioni processuali che vengono agite ove vi sia bisogno di «*tutela*». Il processo, quindi, sorge solo in conseguenza dell'esercizio del diritto

⁵⁷ Su questi problemi, per tutti, B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987 – e per le vicende italiane, M. BELLAVISTA, *op. ult. cit.*

⁵⁸ Tra le molte, se si vuole, si può leggere la ricostruzione del dibattito nel lavoro di chi scrive *Diritto di azione ...*, cit., da 33.

(costituzionalmente inviolabile) di agire in giudizio («*tutti possono agire in giudizio*») che sorgerà solo ed esclusivamente a fronte dell'incertezza, della sofferenza o della completa frustrazione del godimento del bene della vita cui si ritiene d'aver ragione di accedere nell'esercizio della posizione sostanziale.

In altri termini, senza che vi sia bisogno di tutela («*per la tutela*») il processo non sorge, l'azione non è esperibile (o, se si ritenga che l'interesse processuale sia una condizione dell'azione – e non sia in essa assorbito, come pensa chi scrive – non vi si ha interesse). Sembra vi siano molte e molto serie ragioni per ritenere che il rapporto processuale e quello sostanziale siano tra loro autonomi, per quanto collegati, sicché il processo ed il procedimento non possono essere ritenuti fenomeni sovrapponibili.

Procedimento e processo sono omogenei dal punto di vista teleologico, l'autorità che li conduce è legittima nell'ordine costituzionale solo in quanto funzionale all'ordine giuridico della società per come si esprime nei diritti fondamentali e nelle libertà e, tuttavia, sono relativi a rapporti giuridici autonomi e distinti, per quanto connessi. In questa prospettiva si giustifica la distinzione tra precetto e sanzione, tra procedimento e processo.

Tuttavia, occorrerà porre un'ultima questione, giacché la distinzione tra precetto e sanzione è controversa. Infatti, essendo le situazioni giuridiche soggettive modellate sul diritto soggettivo perfetto, è diffusa la convinzione che siano inefficaci quelle pretese sancite da norme che non contengano la sanzione espressa della loro protezione giurisdizionale. Si tratta di un'idea che risale a Kelsen⁵⁹ e che si sostanzia nel fatto che i diritti esistono solo ove sorgano assistiti da garanzie, date non tanto dalla prescrizione di comportamento rivolta all'obbligato, quanto dalla possibilità di ottenere sanzione dell'inadempimento in sede giudiziale⁶⁰. Quest'impostazione è divenuta tradizionale, quasi scontata, diffondendosi la convinzione per la quale il diritto per esser tale deve essere assistito dalla possibilità di coercire in giudizio l'obbligato.

In realtà, si tratta di un'idea tutt'altro che pacifica. Anzitutto, Le idee di diritto soggettivo correnti sono per lo più ibride, «*sincretiche*»⁶¹ e non sono riconducibili ad una netta nozione unitaria. In secondo luogo – e maggiormente – si tratta di un'idea che non spiega adeguatamente il fenomeno dei diritti fondamentali affermati dalla costituzioni europee post-belliche senza provvederli espressamente di azioni giurisdizionali idonee a coercire l'obbligato (e con la difficoltà di molti di individuare quest'ultimo). Ha avuto molta circolazione la diversa idea⁶² per la quale i diritti sog-

⁵⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., da 194.

⁶⁰ Cfr. N. BOBBIO, *La teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 199.

⁶¹ P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Dig. Disc. Priv.*, vol. VI, Torino, 1980, 461.

⁶² Ci si intende riferire a L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2, 1998, pubblicato insieme ad alcune reazioni immediate ed ad ulteriori che hanno trovato spazio nei fascicoli successivi della rivista (fino al 2000); gli interventi ai quali si fa riferimento sono poi stati ripubblicati, a cura di E. VITALE, nel volume *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001 e le citazioni si riferiscono alla raccolta appena citata. In particolare, la tesi originaria di Ferrajoli muove da una definizione

gettivi debbono essere distinti dalle loro garanzie giudiziarie, che sono provvedute da norme ulteriori e laddove queste difettino sarà necessario assumere che si tratti di una lacuna da colmare con l'affermazione della sussistenza di un'azione utile.

E' facile intuire come queste impostazioni influiscano sulla distinzione tra procedimento e processo, giacché nella prima occorrerà pensare alla possibilità di precetti senza sanzione, di procedimenti che possono dare luogo a provvedimenti insindacabili; nella seconda, invece, occorrerà postulare la sussistenza della sanzione anche se di questa non vi fosse traccia nell'ordinamento.

Tuttavia, di nuovo fermandosi al livello del diritto positivo, il problema appare superato dall'art. 24 Cost., giacché assicurare a tutti il diritto inviolabile di agire per la tutela delle proprie posizioni giuridiche significa imporre di pensare che vi sia, in ogni caso, un'*actio utilis* alla quale ricorrere a fronte delle violazioni delle posizioni sostanziali. In questi termini, quindi, l'alterità del precetto rispetto alla sanzione conserva una forza sufficiente per poter operare una distinzione tra procedimento e processo.

ON THE DISTINCTION BETWEEN THE PROCEDURE AND
PROCESS. BRAZILIAN LAW AND ITALIAN LEGAL TRADITION IN
THE LIGHT OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE REFORM
INTRODUCED BY ANTI-CORRUPTION LAW.

by Luca R. Perfetti

Abstract

The article refers to the tendency to approach the administrative procedure for the purpose and function of the process, resulting from the introduction during proceedings of typical institutions of the court by the law n. 190 of 2012 (so-called "anti-corruption law").

Such phenomenon, entirely new on the European scene, but not on to the Brazilian, leads the author to investigate the origins of the distinction between administrative procedure and-process, and to analyze the subsequent developments, along the trail dotted by Hans Kelsen and, as regards Italy, by Feliciano Benvenuti.

formale di diritto fondamentale (sicché questi saranno «*tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci di agire; inteso per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica*» (5); si precisa in quella teoria che la nozione proposta è teorica e non dogmatica, sicché viene formulata indipendentemente dal riferimento alle disposizioni di un ordinamento concreto. La definizione viene articolata in quattro tesi delle quali la quarta («*forse la più importante*», 10) riguarda esattamente il rapporto tra diritti e garanzie: si propone di identificare con "garanzie primarie" gli obblighi e divieti che corrispondono alle pretese positive o negative in cui si sostanzia il diritto e con "garanzie secondarie" la sanzione giudiziaria delle lesioni dei diritti.



La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione

di Nicola Gullo

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La nozione di corruzione e la politica di prevenzione. - 3. L'apparato amministrativo predisposto alla prevenzione della corruzione. - 4. I compiti dei soggetti responsabili della prevenzione. - 5. La pianificazione per la prevenzione della corruzione. - 6. La figura del responsabile della prevenzione della corruzione (cenni). - 7. Aspetti positivi e criticità del nuovo sistema organizzativo.

1. Premessa

Nell'ordinamento italiano la lotta alla corruzione si è svolta principalmente – pur non potendo essere trascurato l'importante ruolo svolto dalla Corte dei conti¹ - sul piano della repressione penale, essendo stata affidata alla giurisdizione penale e alle forze dell'ordine² che hanno sviluppato una capacità investigativa sconosciuta in altri Paesi occidentali nei quali si punta maggiormente sulle misure di prevenzione.

Negli ultimi decenni si è assistito, però, ad un'inversione di tendenza che è culminata nell'approvazione della legge 6 novembre 2012, n. 190 e nell'emanazione dei decreti legislativi 14 marzo 2013, n. 33 e 8 aprile 2013, n. 39 e del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, con i quali si è cercato soprattutto di valorizzare l'attività di prevenzione della corruzione, nel quadro di un potenziamento degli strumenti di contrasto ai fenomeni di infiltrazione criminale nelle istituzioni pubbliche³.

¹ Basti pensare alla funzione di controllo esercitata, nelle sue varie declinazioni, dalla Corte dei conti e al giudizio di responsabilità amministrativa, che può essere correlato a comportamenti corruttivi: cfr., *ex multis*, F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, 1998; A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005.

² Cfr. F. MANGANARO, *La corruzione in Italia*, in *Foro amm.-Cds*, 2014, 1861 ss.

³ Sulle finalità della nuova legge si vedano M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 59 ss.

Infatti, per quanto la legge n. 190 del 2012 sia intervenuta contestualmente sul versante della repressione e su quello della prevenzione⁴, nell'impianto normativo del provvedimento legislativo *de quo* il gruppo di disposizioni dedicato alla prevenzione degli illeciti con strumenti amministrativi è di gran lunga più corposo e articolato del gruppo di disposizioni che si propongono la repressione penale modificando ed integrando il codice penale anche con nuove figure di reati⁵. Anzi, come ha rilevato in modo unanime la dottrina giuspubblicistica, la prevenzione costituisce la principale nota innovativa della riforma, che si propone proprio di superare il tradizionale approccio al fenomeno della corruzione incentrato sulla repressione⁶; sicché anche nell'ordinamento italiano ormai la logica della prevenzione acquisisce il rilievo da tempo assunto in ambito internazionale e si colma quella lacuna (la mancanza di un programma coordinato di misure anticorruzione) che osservatori esterni avevano evidenziato a proposito dello stato delle politiche di contrasto alla corruzione nel nostro Paese. Non va trascurato, peraltro, che l'importanza del modello preventivo è stata sottolineata a più riprese da diverse commissioni di studio⁷ ed organismi internazionali⁸, che hanno suggerito numerose soluzioni, di natura sia legislativa che amministrativa, per adeguare gli ordinamenti nazionali alle rinnovate esigenze di contenimento e ridimensionamento della corruzione nelle amministrazioni pubbliche.

Non a caso, pertanto, l'intervento legislativo del 2012, che si muove nella direzione di rafforzare l'efficacia e l'effettività delle misure di contrasto al fenomeno corruttivo, si propone specificamente di dare attuazione nel sistema giuridico italiano agli strumenti previsti dall'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003⁹, e dagli artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, approvata a Strasburgo il 27 gennaio 1999¹⁰.

⁴ Come chiaramente indicato dal titolo "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*".

⁵ Sugli aspetti penalistici della legge "anticorruzione" si vedano i contributi inseriti nella parte II (La repressione della corruzione) di B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 347 ss.

⁶ In questo senso *ex multis* G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 72.

⁷ Si veda, per esempio, la Commissione nominata dal Ministro della Funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011, che ha pubblicato il rapporto *La prevenzione della corruzione. Per una politica di prevenzione*.

⁸ Come il *Groupe d'Etats contre la Corruption* del Consiglio d'Europa, che ha elaborato dei rapporti specifici a partire dal 2009.

⁹ Conosciuta anche come la *Convenzione ONU di Merida* e ratificata in Italia con la l. 3 agosto 2009, n. 116.

¹⁰ La Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo è stata ratificata in Italia con la l. 28 giugno 2012, n. 110.

Inoltre, nella relazione di accompagnamento al disegno di legge si richiamano anche le raccomandazioni formulate all'Italia dai gruppi di lavoro dell'OCSE e del Consiglio d'Europa, che svolgono il compito di verificare la conformità agli *standard* internazionali della normativa interna di contrasto alla corruzione.

Se si effettua una valutazione complessiva della legge anticorruzione, le novità più importanti¹¹ che emergono sono sostanzialmente due: a) l'introduzione di una disciplina generale, di carattere trasversale, in tema di prevenzione amministrativa della corruzione; b) la spinta ad una forte centralizzazione ed uniformazione del sistema della prevenzione amministrativa, attraverso l'applicazione delle nuove disposizioni legislative a tutte le amministrazioni, nonché agli enti privati sottoposti al controllo pubblico.

a) In primo luogo, occorre segnalare che la legge n. 190 del 2012 segna una chiara discontinuità sul piano legislativo rispetto ai precedenti interventi normativi.

Non che prima di questa legge mancassero riferimenti normativi alla prevenzione della corruzione: difatti, vi si riferivano la legge 16 gennaio 2003, n. 3, che, all'art. 1, ha istituito l'*Alto Commissario per la prevenzione della corruzione*, e il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 che, con l'art. 13, ha attribuito le funzioni in tema di contrasto alla corruzione alla *Commissione indipendente per la valutazione, l'integrità e la trasparenza – Civit*, oltre a qualche legge di ratifica di accordi internazionali.

Si è trattato, comunque, di disposizioni episodiche, che non hanno consentito di delineare un sistema normativo organico, né hanno introdotto un apparato amministrativo *ad hoc*.

Soltanto con la legge n. 190 del 2012, la nozione amministrativistica di corruzione, già presente in precedenti atti normativi, ha acquistato una più chiara fisionomia per l'ordinamento amministrativo rappresentando il fulcro di una disciplina generale. L'importanza della legge si apprezza non soltanto perché alcune delle sue previsioni possono realmente contribuire ad arginare il malcostume nella pubblica amministrazione italiana, ma anche perché essa definisce, in termini più precisi, i contorni della politica di prevenzione della corruzione nel sistema italiano¹².

La nozione amministrativistica di corruzione che si afferma con la legge n. 190 del 2012 è sicuramente diversa da quella penalistica¹³, in quanto rinvia non solo a condotte penalmente rilevanti, ma anche a condotte che sono fonte di responsabilità di altro tipo o non espongono ad alcuna sanzione, possono generare

¹¹ Per una ricognizione generale si veda M. MACCHIA, *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del XVIII Convegno di Copanello, 28-29 giugno 2013*, Milano, 2014, 97 ss.

¹² In questo senso si veda B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia. Legge 6 novembre 2012*, n. 190, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123 ss.

¹³ Cfr. su questo punto M. MACCHIA, *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo*, cit., 98.

situazioni di illegittimità e sono, comunque, considerate con sfavore dall'ordinamento giuridico (come conflitti di interessi, clientelismo, occupazione di cariche pubbliche, assenteismo, sprechi).

Il legislatore ha preso atto del fatto che la corruzione, intesa in questa accezione così ampia, è indubbiamente un fenomeno multiforme, ma al contempo segue logiche e modelli che si ripetono¹⁴ e, pertanto, la sua prevenzione richiede una strategia articolata ed una regia consapevole che siano in grado di programmare l'elaborazione delle misure più adeguate e di attivare efficaci meccanismi di controllo. In altri termini, i fatti di corruzione non costituiscono solo singoli episodi criminosi, né solo fallimenti settoriali, ma essi derivano spesso da tendenze comuni e disfunzioni frequenti, che richiedono interventi di carattere strutturale e generale.

Va rilevato, peraltro, che altri ordinamenti prima del nostro si sono dotati di una legislazione in materia di anticorruzione: per esempio, in Francia una legge anticorruzione, con caratteristiche abbastanza simili alla legge n. 190 è stata adottata nel 1993, a seguito di scandali e inchieste giudiziarie¹⁵.

b) In secondo luogo, un'ulteriore caratteristica della politica di prevenzione della corruzione delineata dalla legge del 2012 è la sua tendenza alla centralizzazione e all'uniformazione delle attività di prevenzione delle amministrazioni¹⁶.

Difatti, le disposizioni della legge si applicano a tutte le pubbliche amministrazioni, senza che il legislatore si sia posto eccessivi problemi di riparto della potestà legislativa. Semmai, per superare qualsiasi obiezione, il comma 59¹⁷ riconduce, in modo abbastanza sbrigativo, tutte le previsioni precedenti – in pratica tutta la disciplina amministrativistica contenuta nella legge – al principio di imparzialità, sancito nell'art. 97 Cost., come se spettasse al solo legislatore statale questa attuazione.

Tuttavia, al fine di salvaguardare l'autonomia delle amministrazioni regionali o locali, la legge anticorruzione prevede formalmente un meccanismo che dovrebbe consentire una certa elasticità nell'applicazione delle proprie disposizioni, attraverso la definizione di intese in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni-Autonomie locali. Ma, a ben vedere, la previsione contenuta nel comma

¹⁴ Per le caratteristiche e l'ampiezza della corruzione nel sistema italiano si rinvia alle osservazioni di A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 25 ss., nonché a M. IMMORDINO, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano. Relazione introduttiva*, in questo volume.

¹⁵ Si tratta della *Loi Sapin 93* – 122 del 29 gennaio 1993, che, con i suoi 88 articoli, disciplina molti settori della vita politica ed economica francese.

¹⁶ Così G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, cit., 80.

¹⁷ Tale comma sancisce che «le disposizioni di prevenzione della corruzione di cui ai commi da 1 a 57 del presente articolo, di diretta applicazione del principio di imparzialità di cui all'articolo 97 della Costituzione, sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni».

60¹⁸ non sembra contemplare significativi adattamenti, essendo piuttosto volta alla sollecita attuazione della nuova normativa statale.

2. *La nozione di corruzione e la politica di prevenzione*

Per comprendere l'articolazione che assume la politica di prevenzione in Italia, occorre segnalare che nella legge n. 190 il termine «prevenzione» viene utilizzato in una duplice accezione, che presenta differenti implicazioni organizzative.

Per un verso, si presenta come una finalità generale, che viene perseguita attraverso istituti e norme eterogenee - dalla trasparenza amministrativa¹⁹, alle prescrizioni in materia di appalti, alle norme sui magistrati, a quelle sugli incarichi e ai codici di comportamento - e richiede il coinvolgimento di tutte le pubbliche amministrazioni per l'attuazione di queste disposizioni. Sicché alla prevenzione intesa come finalità perseguita dal sistema amministrativo nel suo complesso corrisponde nella legge un ampio ed eterogeneo ventaglio di misure diverse dalle sanzioni penali, visto che il legislatore italiano ha concepito la disciplina della prevenzione della corruzione in modo alquanto elastico includendovi temi che obiettivamente ne sono distanti, come la regolamentazione degli incarichi ulteriori affidati a magistrati ed avvocati dello Stato o la disciplina del procedimento amministrativo. Si tratta di una gamma di nuove regole in cui la finalità di prevenzione della corruzione non di rado doppia altra finalità pubblica in qualche misura collegata, quale, ad esempio, il miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa o la promozione dell'etica pubblica²⁰.

¹⁸ Il comma 60 prevede che «entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, attraverso intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, si definiscono gli adempimenti, con l'indicazione dei relativi termini, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali, nonché degli enti pubblici e dei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo, volti alla piena e sollecita attuazione delle disposizioni della presente legge con particolare riguardo: a) alla definizione, da parte di ciascuna amministrazione del piano triennale di prevenzione della corruzione (...); b) all'adozione, da parte di ciascuna amministrazione, di norme regolamentari relative all'individuazione degli incarichi vietati ai dipendenti pubblici di cui all'articolo 53, comma 3-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (...); c) all'adozione, da parte di ciascuna amministrazione, del codice di comportamento di cui all'articolo 54, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come sostituito dal comma 44 del presente articolo».

¹⁹ Per una ricognizione dei principali profili della nuova disciplina in tema di trasparenza si rinvia a M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione (art. 1, commi 15-16 e 26-36)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 113 ss.; nonché a F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di comunicazione*, e A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in questo volume.

²⁰ Questa distinzione è prospettata da G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, cit., 72.

Di tale finalità di prevenzione, ai sensi del comma 59, vengono investite le amministrazioni pubbliche riconducibili all'art. 1, co. 2, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - e almeno per taluni profili anche entità formalmente private, da tali amministrazioni partecipate direttamente o indirettamente - e per la sua realizzazione nell'ordinamento amministrativo sono coinvolti svariati organi e figure soggettive: si va dagli organi di indirizzo politico delle amministrazioni ai dirigenti amministrativi, dalla Scuola superiore per la pubblica amministrazione alle stazioni appaltanti.

Invece, la nozione di prevenzione, in un'accezione più ristretta, richiama, nella legislazione in esame, non tanto la finalità generale perseguita dalla normativa, quanto l'attività rivolta a contrastare in modo diretto l'insorgere di fenomeni corruttivi.

In questa prospettiva, può ritenersi che essa comprenda l'identificazione dei rischi relativi al manifestarsi della corruzione, l'individuazione delle misure in grado di ridurne la portata, la previsione dei rimedi (anche di tipo sanzionatorio non penale) nel caso di non applicazione di dette misure, il monitoraggio sul funzionamento e sull'osservanza delle stesse misure²¹.

3. *L'apparato amministrativo predisposto alla prevenzione della corruzione*

Proprio alla luce della seconda accezione in precedenza richiamata, la l. n. 190 del 2012 provvede anche a delineare un apparato amministrativo *ad hoc*, con specifici compiti per l'elaborazione e l'attuazione delle politiche di contrasto, sia introducendo nuove figure organizzative, sia attribuendo particolari funzioni a strutture amministrative già esistenti. In particolar modo, nei commi da 1 a 14 è delineata l'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione, nel senso che vengono precisati i momenti funzionali che compongono l'attività di prevenzione (nel suo significato specifico) e sono individuate le figure soggettive che sono investite del relativo esercizio

Questo assetto organizzativo ha subito, però, una significativa evoluzione, passando da un modello "bicefalo" (basato sulla diarchia Autorità anticorruzione e Dipartimento della funzione pubblica) ad un modello incentrato sul ruolo preponderante dell'Autorità nazionale anticorruzione, che assume sempre più la connotazione di amministrazione indipendente²².

²¹ G. SCIULLO, *op. ult. cit.*, 73.

²² Per una rassegna delle principali questioni che riguardano l'inquadramento delle amministrazioni indipendenti si rinvia, *ex multis*, a M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 588 ss.; G.O. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010; M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Arbitri dei mercati: le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, con relativi riferimenti bibliografici.

Per cogliere fino in fondo la rilevanza organizzativa di questa riforma e valutarne gli aspetti positivi e le criticità, è necessario passare brevemente in rassegna le principali fasi di consolidamento normativo del nuovo modello organizzativo.

Occorre, anzitutto, partire dalla Convenzione di Merida, che ha individuato come intervento prioritario, nel contesto delle indicazioni indirizzate agli Stati aderenti, l'istituzione di un'autorità anticorruzione²³.

Al riguardo, invero, si deve rilevare che nell'ordinamento italiano erano già stati tentati alcuni esperimenti analoghi.

Dopo alcuni anni di discussione è stato individuato con la legge 16 gennaio 2003 n. 16 l'*Alto Commissario per la prevenzione della corruzione*, costituito l'anno successivo e poi soppresso nel 2008. Le funzioni dell'Alto Commissario sono state trasferite al *Servizio anticorruzione e trasparenza* (Saet), costituito nell'ambito del Dipartimento della funzione pubblica, presso la Presidenza del Consiglio. A questa struttura, in particolar modo, è stata riservata una generale attività di prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo italiano.

Il d. lgs. n. 150 del 2009, senza modificare radicalmente l'assetto organizzativo previgente, ha istituito la *Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* (Civit), assegnandole, tra l'altro, compiti in materia di integrità, che, però, sono stati oscurati nella prima fase dalle più pressanti incombenze relative alla valutazione delle *performances* delle pubbliche amministrazioni e hanno anche risentito delle limitate risorse umane messe a disposizione della Commissione. La conseguenza è stata la creazione di una struttura bicefala, in cui, peraltro, in assenza di inequivocabili norme di coordinamento, il riparto delle funzioni tra il Dipartimento e la Commissione è stato affidato alla ricostruzione (se non alla fantasia) dell'interprete²⁴.

²³ In particolar modo, l'art. 6 della Convenzione di Merida ha previsto che «ciascuno Stato Parte assicura, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi, secondo quanto necessario, incaricati di prevenire la corruzione, mediante mezzi quali: a) L'applicazione delle politiche di cui all'articolo 5 della presente Convenzione e, se necessario, la supervisione ed il coordinamento di tale applicazione; b) L'accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione» Inoltre, l'art. 36 ha disposto che «ciascuna Parte adotta le misure necessarie per garantire la specializzazione di persone o di enti nella lotta contro la corruzione. Questi devono disporre, nel rispetto dei principi fondamentali del sistema giuridico della Parte, dell'indipendenza necessaria per poter esercitare le loro funzioni efficacemente e liberi da qualsivoglia pressione illecita. Le Parti provvedono affinché il personale degli enti summenzionati disponga di una formazione e di risorse finanziarie adeguate all'esercizio delle loro funzioni». In questo senso si orientano anche gli artt. 20 e 21 della Convenzione di Strasburgo. Sulla natura di questi obblighi internazionali cfr. S. SPADARO, A. PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, *Officina del Diritto. Il penalista*, Milano, 2012, 6 ss.

²⁴ Cfr. G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, cit., 84, che esprime una valutazione critica della sovrapposizione organizzativa.

La l. n. 190 del 2012, nel dare attuazione alle convenzioni internazionali in precedenza indicate, ha delineato un sistema organizzativo particolarmente articolato, dato che è stato conservato - ancorché con alcuni adattamenti, come l'introduzione di un Comitato interministeriale *ad hoc*²⁵ - l'assetto di governo delle attività di prevenzione che si era formato con la legislazione previgente. In particolare modo, è stato confermato, al di sotto del livello dell'indirizzo politico affidato al Comitato interministeriale, il modello bicefalo che era stato varato dal d.lgs. n. 150 del 2009. Semmai, la legge anticorruzione ha recepito l'esigenza di fonte internazionale di creare una specifica autorità anticorruzione, individuando, però, l'*Autorità nazionale anticorruzione* in un organismo già esistente, cioè nella *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche*, di cui all'art. 13 del d. lgs. n. 150 del 2009 e successive modificazioni.

Va precisato, comunque, che la previsione di questa articolata e specializzata struttura amministrativa deve essere messa in relazione soprattutto all'introduzione del principale strumento per l'elaborazione della politica di contrasto alla corruzione: il *piano nazionale anticorruzione*. Tutti questi soggetti (Comitato interministeriale, Dipartimento sulla funzione pubblica, Autorità anticorruzione), difatti, nell'impianto originario della legge, sono stati coinvolti nella sua adozione e nella vigilanza sulla sua osservanza da parte delle amministrazioni pubbliche²⁶.

La legge anticorruzione, tuttavia, non è stata particolarmente chiara nel ripartire le funzioni tra i diversi soggetti responsabili della prevenzione, anche se, rispetto all'assetto normativo previgente, sono elencati alcuni compiti specifici per il Dipartimento della funzione pubblica (comma 4) e per l'*Autorità nazionale anticorruzione* (commi 2 e 3)²⁷. Sulla scorta di queste previsioni è stata tratta l'indicazione che al primo sono stati assegnati compiti di iniziativa e di impulso (come l'elaborazione del piano nazionale anticorruzione e la definizione di criteri e modelli per le amministrazioni), alla seconda compiti di vigilanza e di controllo (come l'approvazione del suddetto piano e il controllo sull'effettiva applicazione delle misure).

Inoltre, la legge anticorruzione ha previsto l'istituzione nell'ambito di ciascuna amministrazione della figura del *responsabile della prevenzione della corruzione*, che deve rappresentare lo strumento organizzativo fondamentale per la strategia di contrasto della corruzione.

²⁵ Con il D.P.C.M. 16 gennaio è stato istituito il Comitato interministeriale, che è presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri e composto dal Ministro della giustizia, dal Ministro dell'interno e dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione.

²⁶ Ai sensi dell'art. 1, la «legge individua 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».

²⁷ Si coglie, quindi, sia pur con qualche reciproca interferenza, una più netta delimitazione delle rispettive competenze.

In ordine alla composizione dell'Autorità nazionale anticorruzione, alla disciplina dettata dalla legge anticorruzione è stata apportata un'importante modifica con il decreto-legge "sviluppo" (n. 179 del 2012), che ha stabilito che alla Civit è preposto un Presidente, nominato tra persone di notoria indipendenza con esperienze di contrasto alla corruzione, che si aggiunge ai tre componenti previsti (così ridotti dall'art. 23 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201). In tal modo, la Commissione, costituita nel quadro di una riforma che le ha attribuito originariamente compiti inerenti alla valutazione degli uffici e del personale pubblici, è stata dotata di un Presidente specificamente competente in materia di lotta alla corruzione.

Successivamente, con il d. l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito con la l. 30 ottobre 2013, n. 125, sono state introdotte ulteriori novità nella composizione dell'Autorità, dato che sono stati previsti alcuni accorgimenti a garanzia dell'indipendenza e della professionalità dei componenti dell'Autorità (che anche nominativamente viene definita "anticorruzione"), costituita ora da un Presidente e da quattro consiglieri, il cui mandato dura sei anni e a cui sono richieste specifiche competenze anche in materia di contrasto alla corruzione e per i quali vige il divieto espresso di un secondo mandato²⁸.

Un significativo mutamento nell'organizzazione amministrativa della prevenzione si è verificato nel 2014.

Infatti, con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e al suo Presidente vengono conferiti nuovi poteri, in quanto viene soppressa l'*Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*²⁹ e le relative competenze sono acquisite proprio dall'Autorità nazionale anticorruzione. La sua posizione si rafforza anche nel contesto dell'attività di prevenzione, assumendo i compiti originariamente affidati dalla legge anticorruzione al Dipartimento della funzione pubblica, al quale cede, però, la funzione in tema di valutazione della produttività della pubblica amministrazione.

Tra l'altro, il Presidente dell'ANAC è stato chiamato, ai sensi dell'art. 19, d.l. n. 90 del 2014, ad adottare un piano per il riordino dell'Autorità³⁰, con cui si deve definire il trasferimento definitivo delle risorse umane, finanziarie e strumentali, necessario per lo svolgimento delle nuove funzioni, specificando che il personale attualmente in servizio presso l'ANAC confluisce in un unico ruolo insieme con

²⁸ I componenti sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti, espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti.

²⁹ Per una ricostruzione del modello organizzativo e dei relativi poteri di tale autorità si rinvia a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e di regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

³⁰ Il piano acquista efficacia a seguito dell'approvazione con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da emanare, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, entro sessanta giorni dalla presentazione del medesimo piano al Presidente del Consiglio dei ministri. Il piano di riordino è stato predisposto nel 2014 dal Consiglio dell'ANAC e deve essere approvato secondo le modalità in precedenza indicate.

il personale della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture³¹.

4. *I compiti dei soggetti responsabili della prevenzione*

Alle luce delle innovazioni disposte dal d.l. n. 90 del 2014, l'organizzazione amministrativa preposta alla prevenzione della corruzione si presenta, a livello nazionale, ormai incentrata sul ruolo preponderante dell'*Autorità nazionale anticorruzione*, che ha acquisito non solo le originarie competenze *in subiecta materia* del Dipartimento della funzione pubblica, ma anche quelle dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, di cui ha assorbito peraltro il personale e le strutture: anzi, com'è stato efficacemente segnalato, da punto di vista organizzativo, con il d.l. n. 90 del 2014 la testa dell'ANAC è stata trapiantata sul corpo dell'AVCP³².

È stato, invece, preservato dalla riforma del 2014, il compito di indirizzo del Comitato interministeriale.

Per effetto delle recenti modifiche, la gamma di funzioni svolte dall'*Autorità nazionale anticorruzione* è ormai quanto mai ampia e comprende funzioni consultive, di vigilanza e di controllo.

In particolar modo, l'Autorità:

- a) collabora con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti;
- b) predispone ed approva il *piano nazionale anticorruzione*;
- c) analizza le cause e i fattori della corruzione ed individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto;
- d) esprime pareri facoltativi agli organi dello Stato e a tutte le amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti collettivi e individuali;
- e) esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, allo svolgimento degli incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali;
- f) esercita la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa;
- g) applica, nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n.

³¹ Ai sensi dell'art. 19, co. 3, d.l. n. 90 del 2014, il piano per il riordino dovrebbe anche prevedere la riduzione non inferiore al venti per cento del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti, e la riduzione delle spese di funzionamento non inferiore al venti per cento.

³² Cfr. F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1024.

689, una sanzione amministrativa non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento;

- h) riferisce al Parlamento, presentando una relazione entro il 31 dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto alla corruzione e all'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia, indicando anche le criticità del quadro amministrativo e normativo che rendono il sistema dell'affidamento dei lavori pubblici vulnerabile a fenomeni di corruzione.

Per l'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo, l'Autorità esercita poteri ispettivi, mediante richiesta di notizie ed informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni e può ordinare l'adozione degli atti o provvedimenti richiesti dai piani e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza.

A questi poteri va aggiunta la facoltà, ammessa dall'art. 13, co. 4, d. lgs. n. 150 del 2009, di «richiedere indagini, accertamenti e relazioni all'Ispettorato per la funzione pubblica». Peraltro, l'art. 34-*bis*, d.l. n. 179 del 2012, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, prevede che l'Autorità anticorruzione (originariamente la Commissione) si avvale per la propria attività ispettiva, sulla base di intese con il Ministro dell'economia e delle finanze, della Guardia di finanza³³.

Si può ricondurre, altresì, alla sua funzione di controllo la previsione dell'art. 1, co. 82, l. n. 190 del 2012, che stabilisce che il provvedimento di revoca del segretario comunale o provinciale, previsto dall'art. 100, d.lgs. n. 267 del 2000 solo per violazione dei doveri d'ufficio, deve essere comunicato all'Autorità nazionale anticorruzione, che si esprime entro trenta giorni: ebbene, la revoca non opera nei casi in cui l'Autorità rilevi che il provvedimento sia correlato ad un'attività correttamente svolta dal segretario in materia di prevenzione della corruzione.

Inoltre, l'ANAC è tenuta a svolgere una serie di attività particolarmente incisive, precedentemente riservate al Dipartimento della funzione pubblica, di cui all'art. 1, co. 4, 5 e 8, l. n. 190 del 2012, e all'art. 48, d. lgs. 14 marzo 2013 n. 33:

- coordinare l'attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale e internazionale;
- promuovere e ridefinire norme e metodologie comuni per la prevenzione della corruzione, coerenti con gli indirizzi, i programmi e i progetti internazionali;
- definire modelli *standard* delle informazioni e dei dati occorrenti per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla legge anticorruzione, secondo modalità che consentano la loro gestione ed analisi informatizzata;

³³ Ai sensi di tale disposizione, la Guardia di Finanza agisce con i poteri di indagine ad essa attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e all'imposta sui redditi.

- definire criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori particolarmente esposti alla corruzione e misure per evitare sovrapposizioni di funzioni e cumuli di incarichi nominativi in capo ai dirigenti pubblici, anche esterni.

Strumentali allo svolgimento di tali compiti sono i doveri di comunicazione all'ANAC di atti e informazioni imposti alle amministrazioni pubbliche³⁴: in special modo, vanno comunicati i piani di prevenzione della corruzione adottati dalle singole amministrazioni, le preposizioni dirigenziali a posizioni individuate dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione degli incarichi conferiti o autorizzati ai propri dipendenti, nonché le consulenze e gli incarichi esterni attribuiti (art. 53, co. 12 d.lgs. 165 del 2001).

In aggiunta a tutta questa serie di compiti, con le novità introdotte dal d.l. n. 90 del 2014, l'ANAC esercita anche i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici³⁵.

Peraltro, l'Autorità nazionale riceve notizie e segnalazioni di illeciti, anche nelle forme di cui all'art. 54-*bis*, d.lgs. 30 marzo 2011, n. 165³⁶, e da ciascun avvocato dello Stato il quale, nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 13, t.u. di cui al r. d. 30 ottobre 1933, n. 1611, venga a conoscenza di violazioni di disposizioni di legge o di regolamento o di altre anomalie o irregolarità relative ai contratti che rientrano nella disciplina del codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

La riforma del 2014 ha previsto pure un coinvolgimento del Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione nella vicenda dell' *Expo*. Infatti, al Presidente dell'ANAC sono attribuiti compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento *Expo* Milano 2015. A tal fine, esso si avvale di una apposita unità operativa speciale composta da personale in posizione di comando, distacco o fuori ruolo anche proveniente dal corpo della Guardia di Finanza³⁷.

In particolar modo, il Presidente dell'ANAC, in conseguenza della soppressione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, deve verificare, in via

³⁴ Tali documenti in precedenza dovevano essere trasmessi al Dipartimento della funzione pubblica.

³⁵ Sull'ampia articolazione dei compiti di vigilanza e controllo della soppressa autorità si veda C. CELONE, *La funzione di vigilanza e di regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., passim 153 ss.: si va dalla vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese, alla segnalazione al Governo, al Parlamento e al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti delle situazioni che possono portare all'inosservanza e falsa applicazione della normativa sui contratti pubblici, alla possibilità di esprimere pareri, su richiesta della stazione appaltante o delle altre parti interessate alla gara di appalto.

³⁶ L'art. 1, co. 51, legge anticorruzione, ha introdotto un nuovo articolo nell'ambito del d.lgs. n. 165 del 2011, l'art. 54-bis, rubricato "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti", il c.d. *whistleblowing*.

³⁷ Per tali finalità l'Unità operativa speciale opera fino alla completa esecuzione dei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento *Expo* Milano 2015 e comunque non oltre il 31 dicembre 2016.

preventiva, la legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento *Expo* Milano 2015, con riguardo al rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza della legge n. 190 del 2012, nonché, per la parte di competenza, al corretto adempimento, da parte della Società *Expo* 2015 s.p.a. e delle altre stazioni appaltanti, degli accordi in materia di legalità sottoscritti con la Prefettura di Milano.

Inoltre, il Presidente dispone dei poteri ispettivi e di accesso alle banche dati già attribuiti alla soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui al co. 9, art. 6, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ivi compresi i poteri di accesso alla banca dati di cui all'art. 97, co. 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159³⁸.

Particolarmente rilevante è anche la disposizione che consente al Presidente dell'ANAC di partecipare alle riunioni della sezione specializzata del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere presieduta dal Prefetto di Milano³⁹.

Il ruolo del Presidente dell'ANAC è ulteriormente rafforzato dalla possibilità di formulare proposte al Commissario unico delegato per l'EXPO Milano 2015 ed alla Società *Expo* 2015 s.p.a. per la corretta gestione delle procedure d'appalto per la realizzazione dell'evento.

Non va trascurato, infine, il potere del Presidente dell'ANAC, previsto dall'art. 32, d.l. n. 90 del 2014, di proporre al prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante alcune misure di *tutorship* pubblica, qualora sussistano i presupposti definiti dallo stesso decreto legge⁴⁰.

In conclusione, non vi è dubbio che si è verificato un significativo cambiamento nella posizione ordinamentale dell'ANAC, che, tra l'altro, in relazione all'ampiezza dei compiti e all'autonomia nell'esercizio dei suoi poteri, viene formalmente inserita dal d.l. n. 90 del 2014, giusta anche quanto disposto dall'art. 22, tra le autorità amministrative indipendenti⁴¹.

³⁸ Si tratta della banca dati nazionale unica, regolata dal Capo V, Libro, II, codice antimafia: cfr. M. MAZZAMUTO, Commento *sub Capo IV – La banca dati nazionale*, in G. FIANDACA, A. BALSAMO, *Codice antimafia*, Milano, 2015, in corso di pubblicazione.

³⁹ Cfr. l'art. 3-*quinquies*, co. 2, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166.

⁴⁰ Tali misure prefettizie, che possono essere adottate in via alternativa dal prefetto, consistono nell'ordine di rinnovazione degli organi sociali (co. 1, lett. a), nella gestione straordinaria e temporanea dell'impresa appaltatrice (co. 1, lett. b), nella nomina di uno o più esperti per il sostegno e il monitoraggio dell'impresa: cfr. F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, cit., 1028. Sui complessi rapporti tra misure di accompagnamento dell'impresa ed interdittive antimafia si rinvia a N. GULLO, Commento *sub Capo IV – Informazioni antimafia*, in G. FIANDACA, A. BALSAMO, *Codice antimafia*, cit.

⁴¹ Invero, anche la Civit era stata compresa nella tipologia delle amministrazioni indipendenti dall'elenco dell'ISTAT, nonché dal Consiglio di Stato (sez. I, 22 marzo 2010, n. 1081), ma la sua collocazione è sempre stata considerata controversa in dottrina: cfr. in senso critico G. D'AURIA,

Nondimeno, pur dovendo prendere atto del rafforzamento dell'ANAC nel contesto delle politiche di contrasto alla corruzione, non va dimenticato il ruolo del *Comitato interministeriale*, al quale spetta dettare le linee guida all'Autorità ai fini della redazione del piano nazionale anticorruzione⁴².

5. *La pianificazione per la prevenzione della corruzione*

Lo stumentario pianificatorio⁴³ individuato dalla legge per la prevenzione della corruzione si presenta suddiviso in due livelli: quello nazionale, rappresentato dal *piano nazionale anticorruzione* (commi 2 e 4), e quello delle singole amministrazioni, che elaborano i *piani triennali di prevenzione della corruzione* sulla base delle previsioni legislative (commi 5, 8 e 9) e delle indicazioni contenute nel primo (comma 6).

A livello nazionale, la formazione del piano nazionale anticorruzione, prima della riforma del 2014, passava attraverso tre distinte fasi procedurali: il Comitato interministeriale forniva le linee di indirizzo al Dipartimento della funzione pubblica; quest'ultimo elaborava il piano; l'Autorità nazionale anticorruzione lo approvava. Quindi, il piano nazionale, dal punto di vista decisionale, costituiva un atto complesso, espressione della volontà paritaria dei due organismi che intervenivano direttamente nel processo di redazione⁴⁴.

Nel nuovo assetto normativo, invece, è stato preservato, come si è sottolineato, il compito di indirizzo del Comitato interministeriale, mentre il piano nazionale di prevenzione viene ora predisposto ed approvato soltanto dall'ANAC. Per quanto riguarda i contenuti fondamentali del Piano Nazionale Anticorruzione, si segnala l'individuazione di linee guida per indirizzare le pubbliche amministrazioni nella prima predisposizione dei rispettivi piani triennali.

A livello decentrato, gli organi di indirizzo politico delle amministrazioni pubbliche, su impulso dei responsabili per la prevenzione della corruzione, adottano il piano triennale per la prevenzione della corruzione e lo trasmettono all'ANAC.⁴⁵

Civiltà e Consigliere di parità: quale indipendenza dalla politica?, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, 325 ss. Anche G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, cit., 88, ha dubitato della piena riconducibilità della Commissione al novero delle autorità amministrative indipendenti, sia per la debole posizione di imparzialità dei suoi componenti, sia per la presenza nel "governo" dell'attività di prevenzione del Comitato interministeriale e in particolare del Dipartimento sulla funzione pubblica; ma quest'ultimo rilevante elemento è venuto meno proprio con la riforma del 2014.

⁴² Il 12 marzo 2013 il Comitato interministeriale ha adottato le Linee di indirizzo per l'elaborazione del P.N.A., pubblicate sul sito www.funzionepubblica.it – sezione anticorruzione.

⁴³ F. DI CRISTINA, *I piani per la prevenzione della corruzione (art. 1, commi 5-14)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 91 ss.

⁴⁴ Sull'articolazione del procedimento prima della riforma del 2014 si rinvia a S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e di coordinamento amministrativo*, in questo volume.

⁴⁵ Per le amministrazioni centrali la legge anticorruzione (art. 1, co. 8) ha previsto il termine del 31 gennaio; tale scadenza è stata estesa per il 2014 alle regioni e agli enti locali dall'intesa sancita

Il *piano triennale di prevenzione della corruzione* (PTPC) adottato dalle pubbliche amministrazioni centrali e periferiche consiste in una puntuale valutazione delle possibili esposizioni dei propri uffici ai fenomeni corruttivi e nell'indicazione delle misure adottate per prevenirli.

In particolar modo, il piano triennale di prevenzione della corruzione, secondo quanto previsto dal comma 9 dell'art. 1, l. n. 190 del 2012, deve rispondere alle seguenti esigenze (o finalità):

- a) individuare le attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, anche raccogliendo le proposte dei dirigenti;
- b) prevedere, per le attività individuate ai sensi della lettera a), meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione;
- c) prevedere, con particolare riguardo alle attività individuate ai sensi della lettera a), obblighi di informazione nei confronti del responsabile della prevenzione della corruzione, chiamato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del piano;
- d) monitorare il rispetto dei termini, previsti dalla legge e dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti;
- e) monitorare i rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati da procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione;
- f) individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge.

Il piano triennale di prevenzione della corruzione si presenta, quindi, come un programma di attività, con indicazione delle aree a rischio e dei rischi specifici, delle misure da implementare per la prevenzione in relazione al livello di pericolosità dei rischi specifici, dei responsabili per l'applicazione di ciascuna misura e dei tempi. Per comprendere l'incidenza che può assumere il PTPC per le attività amministrative esposte al rischio di corruzione - già individuate direttamente dall'art. 1, co. 16 con riferimento a particolari tipologie procedurali -, occorre tener presente che il piano in parola deve contenere tutte le misure "obbligatorie" per trattare il rischio (previste obbligatoriamente dalla legge o da altre fonti normative), nonché le misure "ulteriori", ritenute necessarie e utili, che diventano vincolanti una volta inserite nel piano.

Ebbene, proprio con riferimento a questa seconda categoria di misure, nell'Allegato 4 al piano nazionale anticorruzione (2013-2016), che contiene un elenco esemplificativo delle misure di prevenzione diverse da quelle obbligatorie per legge, s'individua, nella lett. l), quale ulteriore strumento a disposizione delle amministrazioni per la riduzione del rischio di corruzione, la «regolazione dell'esercizio della

discrezionalità nei procedimenti amministrativi e nei processi di attività, mediante circolari o direttive interne, in modo che lo scostamento delle indicazioni generali debba essere motivato». Sicché, in tale prospettiva, il PTCP, non si dovrebbe limitare ad incidere sulle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, per esempio introducendo obblighi di trasparenza, regolando il conflitto di interesse o prevedendo controlli a campione in particolari ipotesi, ma potrebbe incidere anche sui presupposti sostanziali degli interventi amministrativi di cura degli interessi pubblici, attivando un processo di "contenimento" della discrezionalità amministrativa degli organi di amministrazione attiva. Tuttavia, questa eventuale proiezione desta qualche perplessità, in quanto il PTCP non sembra la sede più opportuna per individuare, in modo ponderato, criteri d'ordine sostanziale per l'azione amministrativa, sia pure da specificare con ulteriori atti interni, a meno di ricorrere a formule quanto mai generiche, rimesse pur sempre alla valutazione discrezionale delle amministrazioni interessate.

Ai fini della predisposizione del piano triennale di prevenzione della corruzione, il prefetto, su richiesta, fornisce il necessario supporto tecnico e informativo agli enti locali, anche per assicurare che i piani siano formulati e adottati nel rispetto delle linee guida contenute nel *piano nazionale anticorruzione* approvato dall'Autorità nazionale anticorruzione.

Inoltre, le amministrazioni, in collaborazione con la Scuola superiore della pubblica amministrazione, procedono alla formazione del personale maggiormente esposto al rischio di corruzione.

6. *La figura del responsabile della prevenzione della corruzione (cenni)*

Un'altra importante novità, sul versante organizzativo, è costituita dall'introduzione in ciascuna amministrazione della figura del responsabile della prevenzione della corruzione (art. 1, co. 7). Si tratta di una previsione dettata, in primo luogo, per le amministrazioni statali, ma che si estende anche agli enti locali.

La figura in questione è strettamente legata all'introduzione dei piani di prevenzione della corruzione: infatti, per assicurare l'efficacia di tale strumento, il legislatore ha ritenuto di istituire nelle amministrazioni un soggetto che ha un forte interesse alla loro elaborazione e applicazione e, quindi, è tenuto ad adoperarsi per tale obiettivo.

Le sue funzioni sono rivolte principalmente a sostenere e guidare il processo di formulazione ed adozione del piano di prevenzione della corruzione e a verificarne l'attuazione. A questi compiti è legato il regime della responsabilità, anche se le indicazioni della legge anticorruzione non sempre sono delle più chiare⁴⁶.

⁴⁶ Per un puntuale approfondimento dei profili della responsabilità cfr. C. CELONE, *Le responsabilità e le sanzioni per l'inosservanza degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconfirmità e incompatibilità degli incarichi*, nonché M. D'ARIENZO, *Prevenzione e repressione della corruzione con particolare riferimento alla disciplina del conflitto di interesse ed ai connessi profili della responsabilità*, in questo volume.

In particolar modo, il responsabile della prevenzione, secondo una logica mutuata dalla disciplina riguardante la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, deve predisporre adeguati e chiari meccanismi organizzativi e procedurali, volti a impedire o a far emergere i fatti di corruzione.

Per quanto riguarda le sue modalità di costituzione, la legge anticorruzione non pone prescrizioni particolarmente dettagliate. L'art. 1, co. 7, stabilisce, in termini generali, che nell'ambito delle pubbliche amministrazioni si deve procedere alla nomina del responsabile della prevenzione della corruzione

Il provvedimento di nomina è di competenza dell'organo politico e, quindi, per i ministeri deve essere adottato dal ministro; per gli altri enti pubblici, invece, è di spettanza dell'organo dotato della competenza di indirizzo e controllo. La scelta deve ricadere preferibilmente sui dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio nell'amministrazione che effettua la nomina.

Peraltro, considerati i vincoli legali esistenti in materia di dotazioni organiche⁴⁷, l'incarico di responsabile della prevenzione si configura naturalmente come incarico aggiuntivo a dirigente già titolare di incarico dirigenziale livello generale (anche perché altrimenti si avrebbe una nuova spesa, esclusa dall'art. 2 della legge anticorruzione).

Comunque, la disciplina non pone una prescrizione inderogabile circa i destinatari e le modalità della nomina e, pertanto, nell'ambito di ciascuna amministrazione può essere compiuta una diversa valutazione in proposito sulla base della specificità organizzativa, anche alla luce degli strumenti per la gestione in comune delle attività offerti dalla vigente normativa (art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241). Sicché resta fermo che l'amministrazione nell'ambito del proprio ordinamento e nei limiti dei predetti vincoli relativi alle dotazioni organiche, potrebbe anche decidere di dedicare un apposito ufficio allo svolgimento della funzione.

Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario (comunale o provinciale), salva diversa e motivata determinazione: il tenore della disposizione di cui al comma 7 pone un criterio di preferenza, ma non contiene una regola rigida⁴⁸.

La legge non prevede un termine per la nomina del responsabile della prevenzione e, pertanto, le amministrazioni debbono provvedere tempestivamente.

In ogni caso, la designazione dei responsabili della prevenzione deve essere comunicata all'ANAC, che ha dedicato un'apposita sezione del sito alla raccolta dei relativi dati.

⁴⁷ Art. 2, co. 10-*bis*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135.

⁴⁸ Al riguardo, si veda M. TROPIA, *La figura del responsabile della prevenzione della corruzione negli enti locali*, in questo volume.

La circolare del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione n. 1 del 2013⁴⁹ ha fornito ulteriori indicazioni sui requisiti del soggetto destinato ad assumere l'incarico di responsabile della prevenzione, integrando in maniera significativa la disciplina legislativa.

È stato chiarito, anzitutto, che, quantunque la disposizione della legge anticorruzione preveda che la designazione debba essere compiuta dall'autorità politica, non è necessario che alla nomina debba seguire una modifica o un'integrazione dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale e del contratto. Tale modifica potrà essere valutata nell'ambito di ciascuna amministrazione a seconda della situazione concreta e degli accordi tra le parti.

La scelta deve ricadere sul dirigente che non sia stato destinatario di provvedimenti giudiziari di condanna, né di provvedimenti disciplinari e che abbia dato dimostrazione nel tempo di comportamento integerrimo. Inoltre, nell'effettuare la scelta occorre tener conto dell'esistenza di situazioni di conflitto di interesse evitando, per quanto possibile, la designazione dei dirigenti incaricati di quei settori che sono considerati tradizionalmente più esposti al rischio della corruzione come, l'ufficio contratti o quello preposto alla gestione del patrimonio.

Nella circolare si precisa che la legge non individua la durata dell'incarico; però, considerato il suo predetto carattere aggiuntivo, la durata della designazione è pari a quella dell'incarico dirigenziale cui la nomina accede.

Per quanto riguarda gli enti locali, viene ribadito che il criterio di designazione è indicato direttamente dalla legge, la quale prevede che il responsabile sia individuato – di norma – nel segretario comunale. La *ratio* di questa scelta è stata quella di considerare la funzione di responsabile della prevenzione come «naturalmente integrativa» della competenze generale spettante per legge al segretario, che secondo l'art. 97, d. lgs. n. 267 del 2000, «svolge compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti».

L'amministrazione, in ogni caso, deve assicurare lo svolgimento di adeguati percorsi formativi e di aggiornamento anche dopo la nomina.

La circolare si segnala anche per i chiarimenti che fornisce su alcuni profili incerti della disciplina legislativa relativa al responsabile della prevenzione.

In primo luogo, si puntualizza che il termine del 31 gennaio (prorogato al 31 marzo per il 2013), entro il quale l'organo di indirizzo politico, su proposta del responsabile della prevenzione della corruzione, adotta il piano triennale di prevenzione della corruzione e lo trasmette al Dipartimento della funzione pubblica, presenta un carattere ordinatorio.

⁴⁹ La circolare è rubricata come *Legge n. 190 del 2012 - Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*.

Viene, altresì, chiarito che, se l'intento del legislatore del 2012 è stato quello di concentrare in un unico soggetto le iniziative e le responsabilità per il funzionamento dell'intero meccanismo della prevenzione – tenendo conto del carattere complesso dell'organizzazione amministrativa e della sua articolazione per centri di responsabilità – può comunque essere valutata dalle singole amministrazioni l'opportunità di individuare referenti per la corruzione che operano nelle strutture dipartimentali o territoriali. Questi potrebbero agire anche su richiesta del responsabile, il quale rimane comunque il riferimento per l'implementazione dell'intera politica di prevenzione nell'ambito dell'amministrazione e per le eventuali responsabilità che ne dovessero derivare. Le modalità di coordinamento tra il responsabile della prevenzione e i referenti potranno essere inserite nel piano triennale di prevenzione, in modo da creare un meccanismo di comunicazione/informazione, input/output per l'esercizio della funzione.

Invece, viene del tutto esclusa la possibilità di nomina di più di un responsabile nell'ambito della stessa amministrazione, poiché ciò comporterebbe una frammentazione della funzione ed una diluizione della responsabilità e non sarebbe funzionale all'elaborazione della proposta di piano, che viene configurato dalla legge come documento unitario e onnicomprensivo.

Come si è rilevato, per quanto riguarda le sue funzioni, il responsabile, in base al comma 7, predisporre il piano della prevenzione da sottoporre agli organi di indirizzo politico e provvede a svolgere una serie di compiti di supporto, estremamente importanti per la tenuta complessiva del sistema della prevenzione: verifica l'efficace attuazione del piano e la sua idoneità, eventualmente proponendone la modifica quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione; verifica, d'intesa con il dirigente competente, l'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; procede all'individuazione del personale da inserire nei programmi di formazione.

Di particolare rilievo, è anche la disciplina relativa alle conseguenze degli interventi correttivi posti in essere dall'Autorità nazionale anticorruzione.

Ad esito dell'esercizio dei controlli, l'ANAC può disporre misure prescrittive concernenti l'adozione di atti o la rimozione di atti o comportamenti. Tuttavia, non essendo state previste specifiche conseguenze per l'inosservanza di dette misure, ne deriva che questa resta priva di sanzioni applicabili da parte dell'ANAC, a parte l'irrogazione di sanzioni pecuniarie nel caso in cui i soggetti obbligati non adottino i piani triennali di prevenzione della corruzione, i programmi triennali della trasparenza o i codici di comportamento, ai sensi dell'art. 19, co. 5, lett. b), d.l. n. 90/2014. Semmai l'accertamento dell'illegittimità o dell'inopportunità dell'atto, dell'attività o del comportamento può solo far emergere (e l'inosservanza delle misure prescritte aggravare) quelle ipotesi di responsabilità (dirigenziale o disciplinare) di volta in

volta previste dall'ordinamento⁵⁰. Infatti, la mancata predisposizione del piano e la mancata adozione delle procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti costituiscono elementi di valutazione negativa della responsabilità dirigenziale.

Infine, in virtù della disposizione di cui al comma 59, art. 1, legge anticorruzione, secondo cui le norme desumibili dai commi 1-57 dell'articolo suindicato sono di diretta attuazione del principio di imparzialità dell'art. 97 Cost., e quindi applicabili in tutte le amministrazioni pubbliche, si deve ritenere che anche gli adempimenti relativi all'istituzione del responsabile della prevenzione vadano assolti dalle amministrazioni territoriali.

7. *Aspetti positivi e criticità del nuovo sistema organizzativo*

Il nuovo modello organizzativo risponde indubbiamente alle attese delle organizzazioni internazionali e delle commissioni di studio che hanno sollecitato la predisposizione di un sistema specializzato nell'orientare e monitorare l'attività di prevenzione delle pubbliche amministrazioni. E le soluzioni che sono state introdotte dal legislatore italiano risultano in linea con gli indirizzi adottati dagli ordinamenti più avanzati nel contrasto alla *maladministration*.

Le originarie criticità d'ordine organizzativo, dovute alla non sempre chiara sovrapposizione di competenze, sono state indubbiamente superate: ora il modello organizzativo sembra evolvere verso una trasformazione del ruolo dell'A-NAC in amministrazione indipendente, per quanto permanga ancora un rapporto troppo stretto con l'esecutivo⁵¹.

Semmai, si possono scorgere alcuni profili d'ordine funzionale particolarmente problematici, sia per la gamma limitata di poteri sanzionatori, sia per una certa vaghezza delle forme di vigilanza e del controllo, che impongono una verifica sull'adeguatezza della nuova filiera di responsabilità che è stata ritagliata nel campo della prevenzione della corruzione.

Dubbi e perplessità investono anche la reale incisività del modello di pianificazione orientato alla gestione del rischio di corruzione⁵².

Se si esamina con attenzione la normativa, appare evidente come il pericolo che si prospetta è duplice ed opposto: per un verso, si potrebbe attivare un complesso ed oneroso (per le amministrazioni) processo di predisposizione

⁵⁰ Si veda in tal senso C. CELONE, *Le responsabilità e le sanzioni per l'inosservanza degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi*, cit.

⁵¹ Come osserva G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, cit., 88, la Convenzione di Merida non ha imposto agli Stati l'istituzione di un'amministrazione indipendente.

⁵² Per un primo bilancio si veda F. DI MASCO, *Il primo anno di attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 273 ss.

e monitoraggio di nuove regole di comportamento amministrativo, destinato a “vivere” in una dimensione esclusivamente documentale; per altro verso, qualora venisse definito un ulteriore quadro di regole e canoni d’azione, si potrebbe rischiare di irrigidire con un eccesso di vincoli e preclusioni l’attività amministrativa, comprimendo più del necessario i margini di discrezionalità organizzativa ed amministrativa delle pubbliche amministrazioni, in considerazione anche della complessa individuazione delle fattispecie correlate ai comportamenti corruttivi.

Nondimeno, la priorità che assume la lotta alla corruzione per il corretto funzionamento dell’amministrazione pubblica italiana impone di sperimentare e vagliare con obiettività i modelli e gli istituti che sono stati positivamente incorporati in altri ordinamenti.

THE ANTI-CORRUPTION POLICY IN ITALY AND THE SUBJECTS RESPONSIBLE FOR PREVENTION

by Nicola Gullo

Abstract

This paper analyzes the contents of the politics against the corruption in Italian law and it examines the principal phases of the formation of the administrative organization responsible for the prevention of the corruption.

The most important role is that of the Anti-Corruption National Authority, the authority that approves the Anti-Corruption National Plan and that controls the application of the legislation against corruption by the administrations.



Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo

di Sandro Amorosino

SOMMARIO: 1. Le criticità e le difficoltà della legge 6 novembre 2012 n. 190. - 2. Il Piano Nazionale Anticorruzione nel contesto della legge. - 3. Natura e funzione giuridica del Piano Nazionale Anticorruzione. - 4. Il primo PNA: struttura e chiavi di lettura. - 5. I destinatari del PNA: ampliamento in via amministrativa della platea individuata dalla legge. - 6. Le strategie di prevenzione delineate dal PNA. Profili critici. - 7. Il PNA come atto d'indirizzo per i Piani Triennali di Prevenzione della corruzione da adottarsi dalla P.A. - 8. Il PNA è un atto di indirizzo e non di programmazione in senso proprio.

1. *Le criticità e le difficoltà della legge 6 novembre 2012 n. 190*

Il Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.) dovrebbe essere uno dei principali strumenti previsti dalla legge n. 190/2012 per la prevenzione della corruzione amministrativa.

È, quello della legge, un plesso normativo piuttosto articolato¹, per non dire eterogeneo; dal quale varie tematiche sono rimaste escluse, in particolare per quanto attiene al rapporto tra politica ed amministrazione²; di cui non si può dire che abbia delineato un sistema amministrativo coerente (organizzatorio, di istituti e di procedimenti); rispetto al quale *ab initio* è stato rilevato il difetto di realismo di alcune previsioni³.

* Testo della relazione svolta al Convegno *Strumenti di contrasto alla corruzione amministrativa tra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano*, organizzato dall'Università di Palermo il 9-10 maggio 2014.

¹ v. il quadro fattone da M. IMMORDINO, *Relazione introduttiva al Convegno Strumenti di contrasto alla corruzione ... cit.*. Tra i commentari alla legge v. AA.VV., *Anticorruzione, Commento alla riforma*, a cura di F. FERRARO, S. GAMBACURTA, Roma 2013; AA.VV., *Le misure anticorruzione*, a cura di G. CASARTELLI, A. PAPIROSSI, Torino 2013; AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA e M. PELLIZZERO, Torino 2013; AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di A. CONZ e L. LEVITA, Roma 2013.

² Sul quale v. le nitide riflessioni di M. SPASIANO, *Il rapporto tra politica e amministrazione nel quadro della prevenzione della corruzione*, relazione al Convegno *Strumenti di contrasto ... cit.*

³ V. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia* in *Giorn. Dir. amm.*, n. 2/2013, 123 ss..

E i primissimi bilanci dell'attuazione⁴ confermano le previsioni, come risulta dal “Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012”, approvato e pubblicato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)⁵ nel dicembre del 2013, nel quale sono evidenziati numerosi profili critici che rendono, e renderanno, molto complessa e lenta l'attuazione delle scelte di politica anticorruzione sottese alla legge: “*in primo luogo la previsione di moltissimi adempimenti posti in modo indifferenziato su una vastissima platea di soggetti pubblici e l'ambigua definizione dell'ambito soggettivo di applicazione delle misure di prevenzione*”⁶. [Su quest'ultimo profilo v. *infra*].

2. Il Piano Nazionale Anticorruzione nel contesto della legge

Il P.N.A. si pone al crocevia della formula organizzatoria prevista dalla legge n. 190/2012 per guidare il contrasto alla corruzione amministrativa, incentrata – al vertice – sul triangolo Comitato interministeriale, Dipartimento della Funzione Pubblica e CIVIT/ANAC⁷.

Nell'accostarsi allo specifico tema del P.N.A si può muovere da *due* notazioni generali.

La *prima*: l'affastellamento – nella legge – di discipline aventi oggetti disparati e la frammentazione, per soggetti e per oggetti, dei compiti attuativi – dunque l'*asistematicità* del plesso normativo – si riflette negativamente sulla messa a fuoco della funzione del P.N.A. nell'ambito della nuova disciplina.

In parole semplici: dalla lettura della l. n. 190/2012 non risulta ben chiaro – tranne in un caso – “*come, dove e perché*” il P.N.A. si relazioni ed interagisca con gli svariati meccanismi ed istituti delineati dal legislatore.

Qualche interrelazione funzionale è deducibile dalla legge, ma nel complesso il nuovo istituto sembra rimanere un po' *sospeso* sul fondale della normativa.

Questa prima notazione – per così dire di scenario – è rafforzata dalla *seconda*, che attiene all'estrema laconicità della legge, riguardo al P.N.A., a proposito del quale si limita:

I) a statuire (art. 1, comma 2, lett. *b*) che la CIVIT (Commissione per la Valutazione dell'Integrità e la Trasparenza delle P.A.), nella sua funzione di Autorità Nazionale Anticorruzione, approva il P.N.A., predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica;

II) a stabilire (art. 1, comma 4, lett. *c*) che il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio “*predispone il P.N.A., anche al fine di assicurare l'attuazione coordinata delle misure di cui alla lettera a)*”, del medesimo comma

⁴ F. DI MASCO, *Il primo anno di attuazione delle politiche anticorruzione* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2014, 273 ss.

⁵ il “Rapporto” è scaricabile dal sito www.civit.it.

⁶ F. DI MASCO, cit.

⁷ Si veda N. GULLO, *La politica di contrasto alla corruzione in Italia e i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, relazione al Convegno di Palermo cit.

4; la citata lettera a) dispone che il Dipartimento “*coordina l’attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e dell’illeggibilità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale ed internazionale*”.

Dagli scarni enunciati della legge si ricava *ex professo* soltanto che il piano:

- è predisposto dal Dipartimento ed approvato dalla CIVIT/ANAC;
- ed è strumento mediante il quale si assicura l’attuazione coordinata delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione.

Sono entrambi profili attinenti all’organizzazione amministrativa⁸:

- il primo riguarda la concorrente competenza dell’ANAC e del Dipartimento nella formazione del P.N.A.;
- il secondo enuncia la strumentalità del P.N.A. al coordinamento⁹, il quale è, innanzitutto, formula o funzione organizzatoria dell’attività.

Vediamo brevemente la ripartizione di competenze. Ci si potrebbe chiedere – a posteriori – se l’assegnazione dell’elaborazione del Piano al Dipartimento della Funzione Pubblica e dell’approvazione alla CIVIT/ANAC sia avvenuta nella prospettiva di un modello, tuttora in via di definizione – mediante un’ulteriore riforma – che potrebbe essere volto a qualificare l’ANAC stessa come autorità indipendente.

In quest’ottica futuribile quale potrebbe essere il senso di attribuire ad una struttura del governo l’elaborazione del piano ed ad un’autorità “neutrale” la sua approvazione?

E – ancora – l’attribuzione all’ANAC della funzione approvativa implica forse il potere di modificare lo schema di piano elaborato dal Dipartimento?

Sembra da escludere che la ripartizione di competenze in questione sia stata stabilita – all’atto dell’approvazione della legge, a fine 2012 – in previsione o in funzione di una futura evoluzione della CIVIT/ANAC in una autorità indipendente, all’epoca solo da taluno auspicata.

Quest’interpretazione per così dire *previsiva* è smentita da un dato di diritto positivo e da un argomento sistematico.

Il dato di diritto positivo è che, successivamente all’approvazione della legge n. 190/2012, una serie di modifiche legislative hanno reso incerta la configurazione dell’Autorità (il d.l. n. 101/2013, convertito dalla l. n. 125/2013, rimasto inattuato, aveva previsto l’ampliamento dei componenti) e ne hanno ridimensionato le funzioni consultive (d.l. n. 69/2013, convertito dalla l. n. 98/2013) riconducendo al Governo alcune funzioni interpretative¹⁰.

Il rilievo sistematico è che, pur nella variabilità delle funzioni attribuite a ciascuna delle Autorità indipendenti esistenti nel nostro ordinamento, a nessuna di esse è

⁸ Cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino 2010, p. 119 ss..

⁹ v. da ultimo l’approfondita monografia di F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

¹⁰ F. DI MASCIO, cit..

conferita una funzione di programmazione amministrativa¹¹; funzione che è distinta e non sovrapponibile rispetto a quella di regolazione¹², in quanto le programmazioni contengono scelte di priorità, individuano obiettivi ed apprestano misure per conseguire specifici interessi pubblici; le regolazioni, pur intese in senso ampio, sono volte a conformare i mercati di vario genere; per marcare la distinzione si può fare un esempio: in materia di energia Governo e Parlamento adottano il Piano Energetico Nazionale, mentre l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas regola i mercati energetici.

La vicenda è, probabilmente, molto più banale e si riduce ad una delle consuete dispute appropriative delle competenze tra la CIVIT, commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio ed avente natura di struttura specializzata, ed il Dipartimento della Funzione Pubblica, il quale fa capo al Ministro della Funzione Pubblica.

Poiché la legge ha previsto un'articolazione binaria del vertice operativo del settore, all'esito della disputa si è deciso "salomonicamente" che il Piano fosse elaborato dal Dipartimento ed approvato dalla CIVIT (in funzione di ANAC), in quanto strutture distinte, ma entrambe (finora) inerenti al potere governativo.

In quest'ottica anche la questione della potestà approvativa della Commissione sembra ridimensionarsi in quanto non può trattarsi di approvazione in funzione di controllo, ma semplicemente di una revisione *ad meliorandum*, svolta da una struttura specializzata.

3. Natura e funzione giuridica del Piano Nazionale Anticorruzione

Accennato al procedimento approvativo viene in rilievo la questione sostanziale della natura e funzione dell'atto di pianificazione.

Dalle schematiche enunciazioni della legge si trae che il P.N.A. deve esserci e che è uno strumento di coordinamento dell'attuazione delle misure di prevenzione e contrasto della corruzione.

Con un minimo di proiezione sistematica si può completare il quadro sia, per così dire, "verso l'alto" che "verso il basso".

"Verso l'alto" l'art. 1, comma 4, lett. a) della legge consente di qualificare il Piano come "contenitore" necessario delle misure di attuazione delle strategie anticorruzione.

Presupposti condizionanti del P.N.A. sono dunque, gli indirizzi strategico-politici¹³, che si formano in sede nazionale o negli organismi internazionali di settore cui l'Italia partecipa.

¹¹ v., per tutti, sul punto, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2013, 347 ss.

¹² v. sia consentito il rinvio a S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale e riserva di amministrazione* in ID., *Regolazioni pubbliche, mercati e imprese*, Torino 2008, 19. Una certa assimilazione, a fini espositivi, tra pianificazioni e regolazioni sembra trarsi, invece, da G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, 156-7.

¹³ Cfr., da ultimo, sull'ineliminabile primato della politica N. IRTI, *Del salire in politica*, Savigliano, 2014.

Gli indirizzi politici devono esser tradotti – si inferisce dalla legge – in indirizzi propriamente amministrativi¹⁴, vale a dire in insiemi coerenti e coordinati di misure ed azioni di durata, finalizzate all’attuazione dei primi.

La forma logico-giuridica nella quale le misure ed azioni in questione vengono sistematizzate può essere, in astratto, molteplice; nella specie è un atto di pianificazione.

L’atto-piano è – com’è noto – una delle forme tipiche nelle quali si può formalizzare, cristallizzare, l’indirizzo e coordinamento¹⁵.

In assenza di qualsiasi indicazione legislativa, la specifica qualificazione del P.N.A., nell’ambito della variegata tipologia delle pianificazioni¹⁶, dipende, naturalmente, dalla concreta struttura che è stata data al piano stesso.

E proprio dal suo specifico contenuto precettivo dipende l’efficacia, o più genericamente l’incidenza, del P.N.A. “verso il basso”, vale a dire nei confronti di tutte le amministrazioni che sono tenute ad attuare la legge anticorruzione.

Ma chi sono i destinatari per così dire diretti del Piano, vale a dire le amministrazioni pubbliche che sono tenute ad uniformarsi a sue puntuali prescrizioni?

E tale dovere di conformazione in relazione a quali specifiche attività è predicabile?

4. *Il primo PNA: struttura e chiavi di lettura*

Per dare risposta a queste domande è necessario richiamare rapidamente la struttura ed i contenuti del primo Piano Nazionale Anticorruzione, approvato dalla CIVIT P11 settembre 2013.

Nell’accostarsi ad esso sono utili *quattro* rapide notazioni preliminari:

I) si tratta del primo atto-piano di prevenzione e, come accade per tutti i *prototipi*, gli estensori hanno dovuto “inventarne” struttura e contenuti (in assenza di indicazioni legislative in proposito); di conseguenza è fisiologicamente *sperimentale* ed *imperfetto*;

II) il piano è stato elaborato, come risulta dal comunicato che ne ha annunciato l’approvazione¹⁷, sulla base delle direttive contenute nelle linee di indirizzo¹⁸ del Comitato interministeriale la cui istituzione, con DPCM, è prevista dall’art. 1, comma 4, capoverso, della legge. Ne risulta quindi confermata la tesi che il piano stesso costituisce lo strumento di attuazione amministrativa degli indirizzi politico-amministrativi formulati dal Comitato;

¹⁴ Cfr. sui due tipi di indirizzi v. E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova 2006, 206 ss..

¹⁵ Cfr. N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Bologna 2007.

¹⁶ In tema v. M. D’ORSOGNA, voce *Pianificazione e programmazione* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano 2006, p. 4298 ss..

¹⁷ www.funzionepubblica.gov.it/comunicazione/notizie/2013settembre/11092013

¹⁸ Adottate dal Comitato in data 12 marzo 2013 e pubblicate sul sito www.funzionepubblica.it-sezione anticorruzione, sulle quali v. N. GULLO, *La politica di contrasto...*cit..

III) il Comitato ha indicato come destinatarie dirette degli indirizzi del Piano tutte le amministrazioni pubbliche tenute ad adottare il proprio Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (PT.P.C.). Si può quindi delineare – relativamente a tale specifica attività “diffusa” – la sussistenza di un obbligo di conformazione agli indirizzi del P.N.A.. La lettura del Piano – che dedica la sua parte più corposa alla “Strategia di prevenzione a livello decentrato” – conferma la sussistenza di un nesso di sovraordinazione tra il P.N.A. ed i P.T.P.C. delle singole amministrazioni;

IV) infine, il P.N.A. è *flessibile* nel senso che viene aggiornato, e quindi modificato, ogni anno (v. appresso).

La notazione sub I) (l’essere il P.N.A. il “primo esemplare della specie”) spiega perché il primo capitolo del P.N.A. abbia una funzione, per così dire autodefinitoria ed autostrutturante (ad esempio: è il piano stesso a darsi un orizzonte triennale, 2013-2016, e a prevedere la sua aggiornabilità).

Il Piano è articolato in un’Introduzione e in tre sezioni:

- nell’Introduzione sono indicati la struttura ed i destinatari del P.N.A.;
- nella prima parte sono esposti gli obiettivi strategici e le azioni previste, da implementare a livello nazionale;
- nella seconda parte è illustrata la strategia di prevenzione a livello decentrato, da parte delle singole amministrazioni, e sono contenute le direttive alle p.a. ai fini l’applicabilità delle misure amministrative ordinate alla prevenzione. “Un ruolo fondamentale in questo contesto è rappresentato dall’adozione del PTPC, con il quale viene disegnata la strategia di prevenzione per ciascuna amministrazione”¹⁹;
- nella terza parte (che in questa sede interessa meno) sono contenute le indicazioni circa le comunicazioni dei dati e delle informazioni al Dipartimento della Funzione Pubblica.

5. I destinatari del PNA: ampliamento in via amministrativa della platea individuata dalla legge

Nell’Introduzione il Piano individua i *destinatari* del piano stesso, a partire da tutte le p.a. di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001; ad esse vengono aggiunti le regioni, gli enti del S.S.N., gli enti locali e gli enti ad essi collegati (ma è una ridondanza perché essi sono già compresi nell’elenco di cui all’art. 1, comma 2); ed, infine, “in terza battuta”, vengono aggiunti gli enti pubblici economici, gli enti di diritto privato in controllo pubblico, le società partecipate e quelle da esse controllate.

A quest’ultimo proposito il Piano si premura di precisare²⁰ che: “Per enti di diritto privato in controllo pubblico si intendono le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche

¹⁹ Cfr. il P.N.A., 9

²⁰ Cfr. pag. 12

amministrazioni, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi?

I brani ora riportati del P.N.A. prevedono un ampliamento *ultra legem* della platea dei destinatari del P.N.A. oltre a contenere qualche enunciato del tutto superfluo.

L'art. 1, comma 59, della l. n. 190/2012, che è uno dei commi "di chiusura" dell'intera disciplina, statuisce: "*Le disposizioni di prevenzione della corruzione di cui ai commi da 1 a 57 del presente articolo ... sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 e successive modificazioni?*"

L'ambito soggettivo di applicazione della legge – per quanto specificamente concerne la prevenzione della corruzione – è dunque circoscritto alle amministrazioni pubbliche dei tipi "nominati" dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 e non poteva essere esteso, in via interpretativa, da un mero atto amministrativo generale, il quale è il P.N.A., agli enti pubblici economici – che sono pacificamente esclusi dall'elencazione tipologica dell'art. 1, comma 2 (il quale fa riferimento volutamente ai soli enti pubblici "*non economici*") – agli enti privati in pubblico comando ed alle società comunque partecipate (anche molto minoritariamente).

Le finalità degli estensori del Piano sono – ovviamente – commendevoli, ma lo strumento utilizzato è giuridicamente inappropriato ed inefficace e, ancorché si critichi "*l'atteggiamento formalistico avverso al cambiamento*" di alcuni tipi di enti, del quale sono "*emblematiche le molteplici interpretazioni selettive della normativa anticorruzione, avanzate al fine di invocare presunte specificità per cercare di eludere l'applicazione della legge?*", si deve poi dare atto che è "*mancato finora un intervento chiarificatore del legislatore sulle misure di prevenzione e di trasparenza che devono adottare società ed enti in mano pubblica*"²¹.

In conclusione: le forzature interpretative rafforzano solo apparentemente la prevenzione della corruzione, in quanto allargano a dismisura la platea dei soggetti su cui vigilare.

6. *Le strategie di prevenzione delineate dal P.N.A. Profili critici*

La prima parte del P.N.A., dedicata alle strategie di prevenzione, reca innanzitutto una definizione di corruzione "*le varie situazioni in cui nel corso dell'attività amministrativa si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati*", sottolineando che "*le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica*" e sarebbero quelle in cui "*a prescindere dalla rilevanza penale venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite avverso l'inquinamento dell'azione amministrativa ab externo*"...

²¹ Così F. DI MASCIO, cit., 274.

Anche questo tentativo di ampliamento dei comportamenti²² corruttivi al di là della sfera penalistica risulta inefficace perché la descrittiva ora riportata *nulla* aggiunge alla fattispecie del reato di corruzione di cui all'art. 318 cod. pen., il cui testo vigente è stato introdotto proprio dall'art. 1, comma 75, della l. n. 190/2012.

Meramente descrittivo della fenomenologia corruttiva, e poi della sistematica della l. n. 190/2012 e dei decreti attuativi, è il paragrafo dedicato al “Contesto di riferimento”.

Anche il successivo paragrafo, dedicato agli “Obiettivi strategici ed azioni”, appare un pò generico, essendo invero scontato che si debbono ridurre le opportunità di corruzione, aumentare la capacità di scoprire i casi di corruzione e creare un contesto sfavorevole ad essa.

Né maggior concretezza è data dalla Tabella 1, inserita nel Piano, nella quale sono enunciati, sempre e solo per titoli generali, i venti tipi di azioni previste, che vanno dal “*Diramare indirizzi alle p.a. per introdurre le misure di prevenzione della corruzione*” [ma è da chiedersi: non doveva essere lo stesso P.N.A. l'atto di indirizzo?] al “*Promuovere azioni di sensibilizzazione degli studenti, mediante interventi seminariali?*” [attività lodevole ma, ancora una volta, generica].

Il punto critico è che ci si limita all'*enunciazione* dei diversi tipi di azioni, senza dare corpo alle misure attuative, alle risorse organizzative e finanziarie dedicate etc..

Di converso si indicano, nella Tabella 2, dei *target* da conseguire, espressi in percentuali (ad esempio: 100% di pubbliche amministrazioni che hanno adottato il P.T.P.C.; oppure 100% di amministrazioni che nel P.T.P.C. hanno introdotto misure di protezione delle “soffiate”).

Anche qui nulla è detto sul come siano stati stabiliti gli obiettivi quantitativi previsti e come si intenda perseguirli.

Soprattutto, si tratta di indicatori puramente estrinseci perché sono riferiti ad adempimenti formali (ad esempio: l'avvenuta adozione di codici di comportamento).

È noto che la moltiplicazione degli adempimenti formali non riduce minimamente la corruzione, ma aumenta il potere della burocrazia “custode delle regole”.

7. *Il PNA come atto d'indirizzo per i Piani Triennali di Prevenzione della corruzione da adottarsi dalla P.A.*

La *seconda* parte del P.N.A. è dedicata alla “Strategia di prevenzione a livello decentrato”, da attuarsi da parte di ciascuna amministrazione pubblica.

In questa parte il P.N.A. assume di fornire “*direttive alle amministrazioni per l'elaborazione della strategia di prevenzione*”²³.

Poiché il perno ed il quadro di riferimento delle azioni anticorruptive “decentrate” è il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (P.T.P.C.), da adottarsi

²² P.N.A., 13.

²³ P.N.A., 21.

da ciascuna amministrazione, le direttive del P.N.A. sono riferite *in primis* a tale strumento, definito dallo stesso P.N.A. come “*documento di natura programmatica che ingloba tutte le misure di prevenzione*”²⁴.

- Il P.N.A. indica, quindi, i macrosettori in cui si deve articolare ciascun P.T.P.C.:
- i *soggetti* coinvolti attivamente (responsabili della prevenzione) e passivamente (quelli che operano nelle aree di rischio);
 - le *aree di rischio*, a partire da quelle cui fa riferimento l’art. 1, comma 16, della legge n. 190/2012 (autorizzazioni e concessioni; scelta dei contraenti; erogazione di ausili finanziari o benefici economici; concorsi);
 - le *misure obbligatorie*, indicate dalla legge e dallo stesso P.N.A.;
 - le *misure ulteriori*, individuate dallo stesso P.T.P.C.;
 - i *tempi ed i modi* di monitoraggio, nel tempo, e di adeguamento del P.T.P.C.;
 - il *P.T.T.I.*, cioè il Piano Triennale per la Trasparenza.

Il coordinamento con il ciclo delle *performances* (che tradotto dall’“aziendalese” vuol dire gli adempimenti, gli obblighi e le responsabilità spettanti a ciascuno per il conseguimento dei risultati).

Il P.N.A. puntualizza – di seguito – i contenuti minimi del P.T.P.C.: la descrizione del processo di adozione; l’indicazione delle aree a rischio (le aree a rischio “obbligatorie” sono indicate nell’Allegato 2 al P.N.A.); la metodologia seguita per la valutazione del rischio (la metodologia suggerita è riportata nell’Allegato 1 al P.N.A.); le schede di programmazione delle misure di prevenzione; la formazione in tema di anticorruzione; i codici di comportamento adottati; le “*altre iniziative*” (ad esempio: i criteri di rotazione del personale; l’obbligo per il responsabile della prevenzione di redigere una relazione annuale (la cui struttura anche è minutamente indicata); la pubblicazione del P.T.P.C..

Ad integrazione di questa parte il P.N.A. aggiunge alcuni obblighi, relativi ai soggetti, alle misure ed azioni per la prevenzione; alle aree di rischio; alla valutazione e gestione del rischio, etc..

8. *Il PNA è un atto di indirizzo e non di programmazione in senso proprio*

Dalla sommaria analisi della struttura e del contenuto del *primo* P.N.A. approvato possono trarsi le seguenti riflessioni:

I) il P.N.A. non è un atto di pianificazione (ad esempio: urbanistica) o di programmazione (ad esempio: di sviluppo) in senso proprio o tipico, contenente scelte tra interessi, individuazioni delle priorità di intervento, indicazione delle misure promozionali, disincentivanti o preclusive, allocazioni di risorse finanziarie ed organizzative; individuazione dei soggetti, pubblici e privati, incaricati dell’attuazione; apprestamento dei moduli di coordinamento e delle procedure

²⁴ P.N.A., 22.

di negoziazione e di risoluzione dei conflitti; etc. Nulla di tutto ciò è rinvenibile nel P.N.A.;

II) viceversa il Piano contiene direttive in senso proprio limitatamente a quanto attiene alla struttura ed ai contenuti dei P.T.P.C. da predisporre dalle singole amministrazioni; è quindi, *in parte qua*, un atto di indirizzo, che ha il *nomen* di piano, ma non la sua funzione tipica. In questa sua porzione (identificabile con la Parte Seconda del P.N.A.) esso contiene proposizioni alle quali le amministrazioni obbligate debbono uniformarsi nel costruire i rispettivi P.T.P.C.. In caso di mancata conformazione, peraltro, non sono previsti specifici controlli approvativi in capo al Dipartimento o alla CIVIT/ANAC.

Ci troviamo – a ben vedere – di fronte ad uno dei possibili significati della locuzione atto di coordinamento: un atto volto alla uniformazione delle condotte²⁵ delle amministrazioni obbligate a redigere i P.T.P.C.;

III) nella sua prima parte, invece, il P.N.A. contiene una descrittiva dei fenomeni corruttivi, ampi richiami al contesto normativo di riferimento, nonché – come s'è visto – indicazioni sui destinatari del Piano stesso, in quanto soggetti obbligati alle attività di prevenzione della corruzione. Al di là della già rilevata carenza di “forza formale” (come la chiamava Vezio Crisafulli) dell'interpretazione estensiva proposta si tratta di una funzione che è solitamente svolta da circolari ministeriali (sempre *secundum legem*).

In conclusione: si può ascrivere il P.N.A., *in parte qua* contiene direttive, alla categoria degli atti programmatici più che a quella degli atti di programmazione (giusta la nota distinzione gianniniana)²⁶; il che non è una *deminutio*, ma solo una *definitio*.

THE ANTI-CORRUPTION NATIONAL PLAN AS ACT OF ADMINISTRATIVE DIRECTIVE AND COORDINATION

by Sandro Amorosino

Abstract

The Anti.Corruption National Plan (PNA), approved in 2013, in an important instrument for the implementation of the Italian law against corruption, approved in 2012.

This paper takes into examen its nature and role to conclude it is an act of administrative directive and coordination – defined “act of directive” – and highlights its deficiencies and limits of effectiveness.

²⁵ v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, parte I.

²⁶ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995.

Trasparenza e obblighi di pubblicazione

di Francesco Manganaro

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Contesto nazionale ed internazionale. - 3. La pubblicazione degli atti come strumento della trasparenza. - 4. Trasparenza, pubblicità, accesso. - 5. Gli obblighi di pubblicazione nella disciplina anticorruzione. - 6. La pubblicazione come condizione di efficacia dell'atto. - 7. Le norme sulla trasparenza e l'Autorità nazionale anticorruzione. - 8. La trasparenza come forma di controllo diffuso sull'attività e sull'organizzazione amministrativa.

1. Premessa

La corruzione è un fenomeno complesso, diffuso a livello globale¹. Seppure la corruzione non è una novità dei nostri tempi, essa si presenta in maniera multiforme nella società attuale sia per la facilità delle transazioni internazionali sia per la maggiore possibilità di occultare utilità illecite sotto varie forme. Infatti, scorrendo la casistica giudiziaria, si trovano casi di corruzione “vecchio modello”, con la dazione di denaro, spesso contante, accanto a nuove e diverse forme corruttive quali la cessione fittizia di beni, la costituzione di fondi neri da parte delle imprese e dei partiti politici, regali e viaggi esotici.

La complessità del fenomeno corruttivo richiede forme di contrasto giuridico differenziate che vanno dai codici di comportamento dei dipendenti pubblici all'annullamento dei contratti stipulati a seguito di fatti corruttivi, dalle misure di trasparenza amministrativa alle sanzioni penali.

Analizziamo, perciò, la trasparenza dell'organizzazione e dell'attività amministrativa ben sapendo che si tratta solo di un profilo, peraltro assai significativo, relativo agli strumenti di contrasto alla corruzione².

¹ Tra i tanti studi sul tema: B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze, 2010

² Assai ampia è la produzione della dottrina sulla trasparenza: R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986*, Milano, 1989, 15; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI agg., Roma 1995; Id., *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*

2. *Contesto nazionale ed internazionale*

Innanzitutto, bisogna ricordare che il nostro ordinamento si è adeguato alle indicazioni normative sovranazionali.

La Commissione europea, consapevole che la corruzione riguarda tutti Paesi, già rilevava, nella comunicazione COM 2011/308, che il costo complessivo annuo della corruzione è stimato in 120 miliardi di euro, equivalente all'1% del PIL europeo. E, visto che il 19% di questo è costituito da spese per appalti pubblici, la Commissione consigliava di sottoporre a più rigida regolamentazione nazionale tutti gli appalti cd. sottosoglia, che, non disciplinati dalle regole europee, costituiscono il 3,6 del PIL europeo. Nella stessa comunicazione, la Commissione raccomandava in particolare all'Italia di ratificare la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa. In maniera analoga, anche l'OCSE, nel suo rapporto 2011, raccomandava all'Italia di introdurre la responsabilità penale delle persone giuridiche e di adottare misure di salvaguardia per coloro che intendessero denunciare casi di corruzione.

La Commissione del Consiglio d'Europa contro la corruzione (GRECO), analizzando la situazione dei singoli Stati aderenti, nel rapporto del 16 ottobre 2009, indicava allo Stato italiano 22 questioni sulle quali legiferare al fine di contrastare il fenomeno corruttivo. Dopo i chiarimenti forniti dal governo italiano, il GRECO, con il documento finale del 27 maggio 2011, ha segnalato quali raccomandazioni non avevano trovato riscontro. Tra queste, il GRECO indicava, innanzitutto, la limitazione al diritto di accesso, poiché le norme contenute nella legge sul procedimento amministrativo lo consentono solo ai titolari di situazioni giuridiche soggettive, cosicché la necessità di motivare la richiesta di accesso costituisce un limite all'esercizio del diritto.

amministrativo e la trasparenza, in *L'amministrazione pubblica italiana* (a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI), Bologna, 1994, 101ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla riservatezza*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Casetta*, I, Napoli, 2001, 343 ss.; M.P. CHITI - G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, con scritti di M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, D.U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, F. PINTO, *Trasparenza e responsabilità politica*, V. VENEZIANO, *La trasparenza dell'azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio*, F. MERLONI - G. ARENA - G. CORSO - G. GARDINI - C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; M. R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 83 ss.; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, I, Napoli, 2012, 639 ss.; M. OCCHIANA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 141 ss.; F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Ist. del fed.*, 2013, 349 ss.; M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. del fed.*, 2013, 657 ss.

E' in forza di queste sollecitazioni di livello internazionale, che il governo Monti ha prodotto negli anni 2012-13 una serie di norme sulla corruzione di ampia portata (l. 190/2012, d.lgs. 235/2012, 33/2013, 39/2013) la cui vera novità è l'idea che la corruzione debba essere prevenuta attraverso misure relative all'azione amministrativa oltre che sanzionata a posteriori come reato.

L'evoluzione della normativa italiana è implicitamente riconosciuta dagli stessi organismi internazionali che avevano sollecitato il nostro Paese ad adeguare la propria disciplina normativa. Infatti, nella recente relazione della Commissione europea sulla corruzione (comunicazione COM 2014/38 del 3 febbraio 2014), la specifica analisi sull'Italia segnala che "la nuova legge anticorruzione e il successivo decreto legislativo sull'incandidabilità e il divieto di ricoprire cariche elettive e di governo a livello centrale e regionale in seguito a condanne definitive per reati di corruzione o altri reati contro la pubblica amministrazione, adottato dal governo alla fine del 2012, segnano un importante passo avanti", sebbene "l'ampio quadro preventivo definito dalla nuova normativa comporta un onere considerevole per le pubbliche amministrazioni e richiede notevoli sforzi per garantire la capacità necessaria per un'attuazione efficace".

Il mancato rilievo sull'accesso da parte della Commissione europea fa ritenere che anche gli organismi internazionali, che prima avevano rilevato questo limite, abbiano ora constatato significative modificazioni legislative sul punto.

Rimane, più in generale, la preoccupazione per l'estensione del fenomeno corruttivo in tutti i Paesi dell'Unione per i molteplici effetti perversi sotto il profilo economico, ma soprattutto perché la corruzione "mina la democrazia e lede la giustizia sociale e lo Stato di diritto". Bisogna, infatti, riconoscere che "gli Stati membri dell'UE non sono immuni da questa realtà. Pur variando da un paese all'altro per natura e portata, la corruzione colpisce tutti gli Stati membri e si ripercuote sulla buona *governance*, sulla sana gestione del denaro pubblico e sulla competitività dei mercati. In casi estremi, mina la fiducia dei cittadini nelle istituzioni e nei processi democratici".

3. *La pubblicazione degli atti come strumento della trasparenza*

In questo contesto, un elemento che possa prevenire la corruzione è la trasparenza, principio in verità già adottato dal legislatore con finalità più ampie e diverse sia nella l. 15 del 2005, modificativa della legge sul procedimento amministrativo, sia nel d.lgs. 150/2009 (cd. riforma Brunetta) sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

Il principio di trasparenza non è di facile identificazione, soprattutto per la sua contiguità con analoghi principi quali la pubblicità e l'accesso, con i quali molte volte è stato identificato fino a farlo ritenere un inutile doppione.

Il dato normativo sembra tuttavia conferire alla trasparenza una sua significativa e specifica pregnanza. Introdotto come principio dell'attività amministra-

tiva nella modifica del 2005 della legge sul procedimento amministrativo, assume la veste di principio dell'organizzazione nel d.lgs. n. 150/2009 (cd. legge Brunetta), dove viene definito come "accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, 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 svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità".

Appare palese la differenziazione tra trasparenza e pubblicazione, intesa come strumento della prima; diversa anche l'ampiezza dell'oggetto individuato nelle informazioni sull'organizzazione, sugli indicatori della gestione, sui risultati della valutazione.

Ed è in questa disposizione che viene enunciato per la prima volta, come fine esplicito della trasparenza, il controllo diffuso del buon andamento e dell'imparzialità. Dal testo normativo si desume che la pubblicazione dei dati organizzativi è strumento che garantisce la trasparenza, al fine di consentire alla collettività di valutare la qualità e l'efficienza dell'organizzazione.

Seppure manchi un'esplicita definizione della trasparenza, è palese la volontà del legislatore di identificare con essa un principio ben più vasto della mera pubblicazione degli atti, che viene definita come strumento della trasparenza.

4. *Trasparenza, pubblicità, accesso*

Nella modifica della legge sul procedimento la trasparenza è un principio dell'attività, nella legge Brunetta un principio per un controllo diffuso sull'efficienza organizzativa, nella disciplina anticorruzione assume un ulteriore significato.

L'art. 1 del d.lgs. 33/2013 afferma, infatti, che la trasparenza è accessibilità totale. L'oggetto sono sempre le informazioni, ma questa volta concernenti sia l'organizzazione che l'attività delle pubbliche amministrazioni e sempre al fine di "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche".

La rilevanza della trasparenza viene sottolineata dal fatto che essa sia strumento per l'attuazione del principio democratico e per la garanzia delle libertà individuali e collettive³.

³ Rileva M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. del fed.*, 2013, 657 ss. che la trasparenza, intesa come funzione di controllo, presuppone un rapporto di sospetto tra amministrazioni e cittadini, intesa invece come strumento di partecipazione democratica, configura un rapporto di fiducia.

Per quanto interessa in questa sede, si conferma una differenza tra trasparenza e pubblicità: quest'ultima trova una specifica identificazione nell'art. 3, ove la pubblicazione obbligatoria degli atti viene fatta coincidere con la pubblicità, ma differenziata dalla trasparenza. Che poi la trasparenza differisca dalla pubblicità è evidente dalla previsione normativa che consente la trasparenza anche per atti per i quali la pubblicità non è obbligatoria (art. 4, c. 7).

La peculiarità della trasparenza come principio autonomo appare confermata nell'art. 6 del d.lgs. 33/2013, che prevede un requisito ulteriore delle informazioni e cioè la loro *comprensibilità*. Il dato normativo avvalorava così la tesi già in precedenza formulata dalla dottrina⁴ secondo cui esigenza “di chiarezza, di comprensibilità, di non equivocità di una struttura (nel nostro caso, della pubblica amministrazione) e del suo agire, anche al fine di garantire l'affidamento dei cittadini?”. La pubblicità è un mero stato di fatto dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento, mentre la trasparenza è chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa.

La trasparenza garantisce così che la pubblicità e l'accesso non siano inutili, nel senso che questi ultimi non avrebbero reale efficacia se le informazioni pubblicate o rese accessibili non fossero realmente comprensibili al destinatario. Anzi, la pubblicazione o l'accesso ad atti volutamente oscuri diventano strumenti di pseudo-legittimazione democratica dell'amministrazione, che in realtà decide in forza del suo sapere tecnico senza nessun coinvolgimento dei cittadini.

La differenza, anzi, in alcuni casi, la contrapposizione tra pubblicità e trasparenza è confermata nel rapporto 2012 della CIVIT *Per una semplificazione della trasparenza. Esiti della consultazione sugli obblighi di pubblicazione previsti in materia di trasparenza ed integrità* ove si sostiene la necessità, proprio al fine di garantire la trasparenza, di “una riduzione numerica degli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge”: l'analisi svolta dimostra, infatti, che più alto è il numero degli obblighi di pubblicità meno chiaro risulta il contenuto delle informazioni.

Si avrebbe così conferma che pubblicità e trasparenza non coincidono e che, anzi, possono finanche tra loro collidere.

La trasparenza intesa come comprensibilità è, perciò, il vero fondamento di un'amministrazione democratica, partecipata e condivisa ed essa attribuisce senso alla pubblicità ed all'accesso, che altrimenti rimarrebbero privi di contenuto sostanziale.

Certo, la trasparenza deve fare i conti con un'amministrazione sempre più tecnica, che nei suoi atti adotta necessariamente una terminologia complessa ed è per questo che gli studi sulla semplificazione del linguaggio amministrativo dovrebbero servire a migliorare la trasparenza dell'amministrazione.

Come è noto, le indicazioni fornite in questo ambito già dal Ministero della Funzione pubblica nei primi anni Novanta del secolo scorso indicavano rimedi

⁴ R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss.

linguistici per la comprensibilità dei documenti amministrativi, raccomandando, ad esempio, che i necessari termini tecnici utilizzati nei provvedimenti venissero accompagnati da note esplicative che consentissero a tutti di comprendere il significato di quei termini.

5. Gli obblighi di pubblicazione nella disciplina anticorruzione

Sembra contraddittorio con quanto proposto dalla stessa CIVIT che gli obblighi di pubblicazione siano ampiamente aumentati nella disciplina anticorruzione.

Secondo quanto previsto dall'art. 1, c. 15 della l. 190/2012, debbono essere pubblicate sui siti web dell'amministrazione "le informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione"; sono anche pubblicati bilanci e conti consuntivi, nonché i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini ed informazioni sulla situazione patrimoniale dei dirigenti.

Il d.lgs. 33/2013 amplia consistentemente la categoria degli atti soggetti ad obbligo di pubblicazione. Rientrano in questa categoria gli atti di carattere normativo e amministrativo generale, gli atti di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, i componenti degli organi di indirizzo politico, i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza. Vi è l'obbligo di pubblicare la dotazione organica e il costo del personale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, i dati relativi al personale non a tempo indeterminato, gli incarichi conferiti ai propri dipendenti, la valutazione della performance e la distribuzione dei premi al personale, la contrattazione collettiva. E' altresì previsto l'obbligo di pubblicare i dati relativi agli enti pubblici vigilati, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato, i dati aggregati sull'attività amministrativa, i controlli sulle imprese, gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati, il bilancio preventivo e consuntivo, il Piano degli indicatori e risultati attesi di bilancio, nonché i dati concernenti il monitoraggio degli obiettivi. Ed ancora, vi è l'obbligo di pubblicazione dell'elenco dei beni immobili e della gestione del patrimonio, dei dati relativi ai controlli sull'organizzazione e sull'attività dell'amministrazione e dei servizi erogati. Infine, sussiste l'obbligo di pubblicazione sui tempi di pagamento dell'amministrazione, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sui processi di pianificazione, realizzazione e valutazione delle opere pubbliche, sull'accesso alle informazioni ambientali, sugli interventi straordinari e di emergenza che comportano deroghe alla legislazione vigente.

Il dirigente responsabile dell'anticorruzione, individuato in ogni ente, è responsabile dell'adempimento di tali obblighi. L'eventuale inadempimento costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale e causa di respon-

sabilità per danno all'immagine dell'amministrazione; costituisce inoltre elemento di valutazione ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale (art. 46, d.lgs. 33/2013).

Vi sono poi casi specifici di responsabilità, individuati dall'art. 47. Per la mancata o incompleta comunicazione delle informazioni sulla situazione patrimoniale degli organi di indirizzo politico o per la violazione degli obblighi di pubblicazione sugli enti pubblici vigilati è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria da cinquecento a diecimila euro a carico del responsabile della mancata comunicazione ed il relativo provvedimento è pubblicato sul sito internet dell'amministrazione.

6. *La pubblicazione come condizione di efficacia dell'atto*

L'aumento quantitativo, finanche eccessivo, degli atti oggetto di pubblicazione sembrerebbe contraddire esigenze di trasparenza, in quanto – come prima rilevato – l'eccesso informativo contrasta con la comprensibilità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa.

Tuttavia, la normativa anticorruzione introduce due nuovi e consistenti rimedi che cambiano decisamente l'intero quadro normativo.

Innanzitutto, la pubblicazione è prevista come condizione di efficacia dell'atto per tutti i provvedimenti che concedono sovvenzioni, contributi economici, ausili finanziari e qualsiasi vantaggio economico superiore a mille euro (art. 26, d.lgs. 33/2013). Questa disposizione appare molto più efficace di quelle che sanzionano la responsabilità di dirigenti e funzionari, poiché colpisce l'efficacia dell'atto, tanto che lo stesso destinatario del provvedimento vantaggioso avrebbe interesse, per non minare l'efficacia del provvedimento, che l'atto venisse pubblicato anziché occultato.

Ancora più importante è il collegamento tra gli obblighi di pubblicazione e l'accesso civico, introdotto con il d.lgs. 33/2013, che consente a chiunque, indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva, di chiedere documenti, informazioni dati di cui è stata omessa la pubblicazione.

Un'interpretazione riduttiva dell'accesso civico sostiene che, pur ampliata la legittimazione soggettiva, oggetto dell'accesso civico sarebbero pur sempre atti per i quali già sussiste l'obbligo di pubblicazione, cosicché esso avrebbe effetti molto poco significativi⁵.

Questa opinione si riferisce ad una corretta esegesi della norma, ma non tiene conto della eventuale possibile patologia connessa ad una prassi amministrativa che tende ad eludere gli obblighi di pubblicazione.

⁵ M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. del feder.*, 2013, 425 ss.; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 875 ss.

Perciò, la lunga elencazione degli atti oggetto di pubblicazione ha un senso solo se considerata insieme al diritto di accesso civico, che consente la conoscenza di tutti questi atti anche quando l'amministrazione non abbia adempiuto all'obbligo di pubblicazione.

7. *Le norme sulla trasparenza e l'Autorità nazionale anticorruzione*

L'Autorità nazionale anticorruzione, con varie deliberazioni, ha interpretato le norme sulla trasparenza nel modo più ampio possibile. Prima di tutto ha ritenuto che a tali obblighi siano tenuti, oltre agli enti pubblici, anche tutte le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, le autorità amministrative indipendenti e gli organi di autogoverno delle magistrature.

In secondo luogo, ha chiarito che gli obblighi di pubblicazione dei dati dei componenti degli organi di indirizzo politico (*curriculum*, stato patrimoniale, compensi) riguardano non solo tutti gli enti pubblici, ma anche gli enti pubblici vigilati, gli enti di diritto privato in controllo pubblico e le società partecipate, con la sola esclusione dei Comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti.

Infine, per quanto concerne gli obblighi di pubblicazione degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzioni di vantaggi economici, l'Autorità ha chiarito che ad essi sono tenuti, non solo le amministrazioni pubbliche, ma anche gli enti pubblici nazionali, comprese le aziende speciali assimilate dalla giurisprudenza agli enti pubblici economici, nonché le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni e le società da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del Codice civile.

Nel primo rapporto sull'applicazione della legge 190/2012, l'Autorità ha tuttavia rilevato che gli obblighi di pubblicazione (circa 270 previsti dalle nuove disposizioni) dovrebbero essere differenziati tenendo conto delle dimensioni degli enti pubblici nazionali o locali⁶. Secondo l'Autorità "accanto al principio dell'accessibilità totale, così come introdotto nel 2009, esistono numerosi obblighi normativi previgenti di pubblicazione di dati sui siti istituzionali delle amministrazioni ed altri successivamente introdotti. Lo stato attuale delle regole in materia di obblighi di pubblicazione delle pubbliche amministrazioni è connotato da frammentazione e ridondanza. Il quadro normativo complessivo è, infatti, costituito da decine di disposizioni, eterogenee tra loro quanto a contenuto e ad ambito soggettivo di applicazione, disperse tra una molteplicità di atti normativi con diversa finalità e contenuti".

Il rilievo fondamentale è che, fino ad oggi, l'efficacia della trasparenza, quale strumento per promuovere effettivamente forme diffuse di controllo sociale, è

⁶ La relazione in http://www.anticorruzione.it/wp-content/uploads/Rapporto-attuazione-l.n.-190_2012-ANAC.pdf

ancora insoddisfacente, anche a causa della ritrosia o dell'incapacità della maggior parte delle amministrazioni di generare e diffondere informazioni relative ai servizi erogati ed ai relativi costi.

8. *La trasparenza come forma di controllo diffuso sull'attività e sull'organizzazione amministrativa*

Si è visto che la trasparenza si evolve in tre fasi successive: *principio dell'attività* nella l. 15/2005, *principio dell'organizzazione* nella riforma Brunetta, *comprensibilità* nelle norme anticorruzione.

In tutti questi significati normativi rimane costante il fine perseguito, che le norme enunciano esplicitamente e cioè la possibilità che attraverso la trasparenza si realizzi un controllo diffuso sull'attività e l'organizzazione amministrativa.

Infatti, alla cessazione dei controlli esterni in nome del principio autonomistico, concretizzatosi soprattutto nella modifica costituzionale del 2001, non ha fatto seguito un reale sistema di controlli, tali da garantire la legittimità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, soprattutto perché i controlli interni hanno mostrato una sostanziale debolezza, soprattutto quanto all'indipendenza dei controllori. La trasparenza, consentendo un controllo diffuso, potrebbe, perciò, assurgere anche a possibile rimedio al declino dei controlli di legittimità con un effetto sistemico sull'ordinamento che si rivela – come auspicato – un modo per rafforzare la democrazia.

Non si trascuri, a tal fine, il fatto che un'amministrazione sottoposta a controllo diffuso e, perciò, indotta o costretta a comportamenti legittimi e volti al buon andamento diventa un'amministrazione utile allo sviluppo sociale ed economico, con la conseguenza di limitare i tentativi ricorrenti di privatizzare e/o sopprimere enti amministrativi perché inefficienti: insomma, una buona amministrazione giova ai cittadini, ma alla stessa amministrazione, non più percepita come un peso allo sviluppo, ma come uno strumento di progresso civile.

TRANSPARENCY AND DISCLOSURE REQUIREMENTS

by Francesco Manganaro

Abstract

Transparency - principle of the Administrative Procedure Act and in the Brunetta's law on the organization - emerges as comprehensibility of administrative action in the anti-corruption legislation.

The excessive disclosure requirements, established by the anti-corruption legislation, not always guarantee transparency. But it is a prerequisite for anyone to exercise the new right of "accesso civico", when the administration is in default to the disclosure requirements.



Trasparenza e accesso civico

di Alfredo Contieri

SOMMARIO: 1. La nuova dimensione della trasparenza. - 2. L'evoluzione dell'ordinamento nazionale. - 3. Il Codice della trasparenza (d. lg.vo n. 33/2013) e l'accesso civico.

1. *La nuova dimensione della trasparenza*

La portata e il significato che la trasparenza ha assunto o più propriamente potrebbe assumere nel nostro ordinamento a seguito della legislazione degli ultimi anni, possono condurre ad una profonda trasformazione dello stesso modo di concepire il rapporto cittadino-amministrazione in uno stato democratico¹.

E' indubbio che al di là di una certa episodicità degli interventi e di una almeno apparente non consapevolezza, da parte del nostro legislatore, della qualità del cambiamento che si potrebbe determinare, il D. Lg.vo n. 33/2013, cosiddetto Codice della Trasparenza, segna un fondamentale punto di svolta, perché costituisce un fattore di continuità rispetto al D. Lg.vo n. 150 del 2009 ed alla l. n. 190 del 2012, ma, allo stesso tempo, appare il punto di arrivo di una trasformazione dell'idea stessa di trasparenza, che da principio a cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, secondo l'art. 1 l. n. 241, si trasfigura in valore fondamentale dell'ordinamento e in diritto del cittadino.

Oggi la trasparenza non può configurarsi solo come una serie di istituti finalizzati ad assicurare garanzie procedurali e la tutela giurisdizionale del cittadino come nella l. n. 241, a controllare l'utilizzo delle risorse pubbliche e a valutare la *performance* dei dirigenti come nella legge Brunetta, a combattere la corruzione come nella l. n. 190/2012. E' certamente tutto questo, ma non ha solo una funzione strumentale al raggiungimento di altri interessi tutelati dall'ordinamento,

¹ E' doveroso il richiamo ad uno dei primi studi della nostra letteratura e cioè al fondamentale lavoro di R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. amm.* 1989, 416 e ss.; più di recente, sull'evoluzione della trasparenza si rinvia, oltre che alla biografia richiamata nelle note successive, al volume collettivo a cura di F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008.

perché è qualcosa di più e di diverso. E' un valore di tipo finalistico, espressione di democrazia politica e amministrativa²: tende a diventare un elemento che caratterizza gli ordinamenti democratici, perché consente il controllo dei poteri istituzionali da parte dei cittadini, rendendo visibili e comprensibili l'organizzazione, i servizi, l'attività amministrativa e le decisioni adottate al riguardo.

La trasparenza è divenuta un valore strettamente connesso ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e costituisce uno strumento per assicurare la legalità.

Ha preso corpo negli ultimi tempi una concezione della trasparenza che la vede non più relegata nella limitata dimensione del diritto di accesso, ma come forma di riconoscimento di un "vero e proprio diritto all'informazione" in funzione di partecipazione democratica dei cittadini, "come elemento centrale, insieme ad altri diritti fondamentali per lo svolgimento della personalità di ciascun individuo"³. Tale diritto presuppone un "generale pubblico interesse alla disponibilità delle informazioni pubbliche da parte della collettività"⁴.

Il modello a cui si è ispirata la legislazione dei paesi democratici ed anche, pur se con notevole ritardo il legislatore italiano con il D. Lg.vo n. 33/2013, è il *Freedom of information act* (FOIA), approvato negli Stati Uniti durante la Presidenza di Linton Johnson, in piena guerra del Vietnam nel 1966.

Il FOIA, che ha avuto varie declinazioni nei paesi anglosassoni e scandinavi, si basa sul riconoscimento del diritto di tutti i cittadini di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni, da tempo riconosciuto come espressione di una libertà fondamentale. La quasi totalità delle democrazie liberali ha introdotto una seconda generazione di diritti di trasparenza in funzione democratica⁵.

Secondo questa tendenza il diritto di conoscere è un elemento indispensabile per il corretto funzionamento di un ordinamento democratico ed assurge a diritto fondamentale da garantire a chiunque, con il solo limite delle esigenze di contemporaneo e bilanciamento correlate a determinati interessi pubblici e privati (relazioni internazionali, difesa e affari militari, segreto di Stato, sicurezza, ordine pubblico, politica economica, tutela dei dati personali, riservatezza, interessi commerciali, etc.).

E' stato in proposito affermato che il *Freedom of information act* ha costituito "uno degli aspetti più interessanti dell'evoluzione della nuova stagione dei diritti

² F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it* n. 8/2013, 2.

³ F. MERLONI, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in MERLONI (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002, 4. Questi concetti sono poi sviluppati in F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in IDEM (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 11 e ss.

⁴ IDEM, *Sull'emergere ...*, cit., 44.

⁵ M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, 2013, 795.

di quarta generazione e si configura chiaramente come il diritto dei cittadini a conoscere e dunque a ottenere informazioni rispetto a pressoché tutta l'attività delle pubbliche amministrazioni e al loro patrimonio di conoscenza attraverso la messa a disposizione, secondo modalità basate su una concezione amplissima del diritto di accesso, da un lato, e su forme di pubblicazione e diffusione tendenzialmente generale, dei dati da esse posseduti, dall'altro"⁶.

Per tale via dovrebbe realizzarsi il passaggio dal “*potere invisibile*” alla “*casa di vetro*”⁷.

In anni recenti i principi del FOIA sono stati rafforzati e innovati dal concetto, anch'esso di origine statunitense, di “*Open Government*” introdotto dall'Amministrazione Obama, che è finalizzato alla partecipazione attiva e collaborativa dei cittadini alle scelte amministrative, sul presupposto di un'amministrazione aperta che renda fruibili alla collettività le informazioni di cui è in possesso⁸. All'*Open Government* si affianca l'*Open Data* e cioè la possibilità che le informazioni prodotte dalle amministrazioni possano essere elaborate e raccolte da altri soggetti, associazioni, istituti di ricerca, banche dati, che si pongono come mediatori della trasparenza tra istituzione e cittadini⁹.

Questo è il modello a cui ha cercato di ispirarsi, vedremo come e in che limiti, il legislatore italiano.

Per effetto di questi sviluppi a livello internazionale il diritto all'informazione non è limitato all'area del procedimento amministrativo da parte di chi è in esso coinvolto ma è uno strumento essenziale al funzionamento di uno Stato democratico, poiché si fonda sulla consapevolezza della necessità di un controllo generalizzato sull'esercizio del potere pubblico. Secondo questa visione *The right to know* assolve a questa funzione in tre modi: “consentendo un controllo diffuso sull'operato del governo e delle amministrazioni, anche ai fini di prevenzione della corruzione (*accountability*), assicurando più consapevole partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche (*participation*), rafforzando la legittimazione delle stesse amministrazioni, chiamate ad operare come case di vetro al servizio della collettività (*legitimacy*): la trasparenza può rafforzare il consenso e l'autorevolezza delle amministrazioni virtuose¹⁰”.

⁶ F. PIZZETTI, in IDEM - A. RUGHEITI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Rimini, EDK Editore, 2010, 29 e ss.

⁷ Il primo riferimento a N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in IDEM, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino 1984, 75 e ss. L'espressione “casa di vetro” è attribuita a Filippo Turati, che la utilizzò per primo in un discorso alla Camera dei Deputati.

⁸ V. SARCONI, *La trasparenza amministrativa, da principio a diritto*, in AA. VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190 ed ai suoi decreti attuativi*, Roma, Eurilink ed., 2013, 65 ss.

⁹ F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 7.

¹⁰ M. SAVINO, *op. cit.*, 796.

2. *L'evoluzione dell'ordinamento nazionale*

L'evoluzione dell'ordinamento italiano si è sviluppata, prima di approdare al D. Lg.vo 33/2013, attraverso tre tappe fondamentali: la legge n. 241 del 1990, il D. Lg.vo n. 150 del 2009 e la l. n. 190 del 2012.

E' noto che storicamente l'Amministrazione italiana si è sempre fondata sul segreto e non sulla pubblicità degli atti e solo nel 1990 il nostro ordinamento è approdato al diritto di accesso.

Quando fu emanata la legge n. 241 veniva comunemente definita come "legge sulla trasparenza", anche se la parola trasparenza fu inserita, tra i principi dell'azione amministrativa, all'art. 1 solo nel 2005, dalla legge n. 15. La trasparenza, comunque, nell'impianto della legge, è il valore giuridico al quale sono rivolti una serie di istituti, tutti inseriti ed operanti in un singolo procedimento, quali l'obbligo di motivazione, il responsabile del procedimento, la partecipazione e soprattutto il diritto di accesso, considerato la massima espressione della trasparenza.

In quella prospettiva l'accesso e la trasparenza in cui il primo si identifica vengono visti in funzione di un rapporto individuale e della tutela procedimentale e processuale del singolo nei confronti dell'Amministrazione.

Accesso, comunque, riconosciuto solo ai documenti già formati e non alle informazioni, diritto di natura individuale, esercitabile a domanda (che deve essere motivata) ed è inoltre necessario che l'accesso sia funzionale alla tutela di una posizione giuridica riconosciuta dall'ordinamento. Tutto ciò deve essere indicato nella domanda e la motivazione è richiesta anche se si vuole accedere ad un atto pubblico, nonostante che sia prevista per esso una forma di pubblicità, come l'affissione all'albo pretorio.

Si tratta comunque di un accesso finalizzato alla garanzia, non alla conoscenza e all'informazione, tanto è vero che, sia la giurisprudenza prima, sia lo stesso legislatore dopo (intervenedo sull'art. 24, comma 3 della l. n. 241) hanno escluso che l'accesso documentale possa configurarsi come un controllo generalizzato dei cittadini sull'attività amministrativa, perché è appunto strumentale alla sola tutela di una posizione sostanziale individuale ed in ciò si esaurisce la sua funzione¹¹.

In realtà se si guarda alla legge n. 241 a distanza di venticinque anni ed in una prospettiva storica, non si può non convenire con quella attenta dottrina che ritiene che l'accesso ivi previsto abbia solo costituito una deroga ad un assetto generale ancora ispirato al segreto¹².

¹¹ Diverso e più ampio è il riconoscimento dell'accesso all'informazione ambientale, ma ciò si deve all'influenza decisiva delle convenzioni internazionali ed in particolare a quella di Aarhus. In proposito, ci si permette di rinviare a A. CONTIERI e G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano 2011, 1066 e ss.

¹² C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in *La trasparenza amministrativa*,

In seguito, il progresso tecnologico, internet, la diffusione dell'uso dell'informatica, e le influenze degli altri ordinamenti hanno ribaltato la prospettiva: anziché puntare sul metodo dell'accesso individuale a domanda, la trasparenza si può realizzare attraverso l'obbligo generalizzato di pubblicazione sui siti istituzionali di atti individuati per categorie. L'istituto cardine è allora la pubblicazione, che consente l'accesso immediato e permette di escludere l'accesso individuale a domanda: nella stessa legge n. 241 si prevede che se c'è pubblicazione la libertà di accesso ai documenti si intende realizzata (art. 26, 3° comma).

I passaggi che hanno segnato questa evoluzione sono stati, dapprima il codice digitale del 2005, e poi, soprattutto la legge Brunetta.

Si è così determinato un coacervo, confuso, disordinato e ridondante di norme sull'obbligo di pubblicazione dei più svariati atti con il risultato di renderne sempre più difficile la applicazione e quindi giustificare l'inadempimento da parte delle amministrazioni.

A parte ciò, è comunque indubbio che la legge Brunetta ha costituito una svolta fondamentale sulla strada di una concezione più moderna sulla scia della legislazione dei paesi avanzati.

Infatti, l'art. 11 del d. lg.vo n. 150/2009 parla di accessibilità totale, *“anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle istituzioni pubbliche, 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 svolte dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità”*.

Hanno così ingresso nel nostro ordinamento due concetti fortemente innovativi: quelli di *accessibilità totale ... delle informazioni (total disclosure)* e di *“controllo diffuso”*.

Si afferma il fondamentale principio della esistenza di una forma di trasparenza ben diversa dall'accesso individuale e motivato ai documenti, che si fonda sulla pubblicità delle informazioni, sulla loro condivisione con i cittadini allo scopo di favorire proprio quel controllo diffuso non ammesso nel sistema che si fondava esclusivamente sul diritto di accesso ai documenti.

E' questo il momento in cui si verifica, attraverso la creazione di obblighi di pubblicazione *on line* a fini informativi il passaggio *“del diritto d'accesso, come diritto degli individui ad accedere ai documenti o alle informazioni che li riguardano, alla pubblicità delle informazioni, che le amministrazioni hanno l'obbligo di rendere note a tutti i cittadini, spesso senza bisogno che nessuno lo chieda”*¹³.

cit., 51; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione: istituti/categorie di diritto pubblico e di diritto privato a confronto*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, 648 ss.; cfr. anche M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, 2, 427.

¹³ B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di dir. amm.* 2/2013, 128.

Tuttavia, nell'impianto del d. lg.vo n. 150 la pubblicità appare un valore strumentale ad assicurare il controllo dei cittadini, non sulle istituzioni nel loro complesso, ma sugli aspetti gestionali, sui risultati delle misurazioni delle *performance*, sull'utilizzo delle risorse pubbliche; in definitiva la trasparenza viene utilizzata come strumento volto ad assicurare un recupero di efficienza e di produttività nelle attività istituzionali e nei servizi pubblici¹⁴) e quindi soprattutto per favorire una riforma della organizzazione della pubblica amministrazione, fondata su un nuovo sistema di controllo e valutazione della *performance* delle amministrazioni in quanto tali e del personale.

Su questa declinazione della trasparenza individuabile nel d. lg.vo n. 150 si è poi innestata la legge n. 190 del 2012, cosiddetta legge anticorruzione, che ha innanzitutto sancito (art. 7, comma 15) che *“la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'art. 117 secondo comma lettera m) della Costituzione, secondo quanto sancito dall'art. 11 del decreto legislativo 27.10.2009 n. 150, è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto di ufficio e di protezione dei dati personal?”*.

C'è dunque una continuità nel campo di azione della trasparenza, che si estende, anche all'area dell'attività e del procedimento: i successivi commi 29 e 30 prevedono comunque che ogni amministrazione deve rendere noto un indirizzo di posta elettronica certificata cui il cittadino possa rivolgersi per trasmettere istanze e ricevere informazioni circa i provvedimenti e i procedimenti che lo riguardano, ivi comprese le informazioni relative allo stato delle procedure, ai tempi e allo specifico ufficio competente in ogni singola fase.

In realtà, l'importanza della legge n. 190 nel processo di affermazione della trasparenza che si sta cercando di delineare va individuata in altri aspetti. Infatti

¹⁴ F. PIZZETTI, *op. cit.*, 29, sottolinea che nel D. Lg.vo n. 150 “Un primo gruppo di norme fa riferimento alla trasparenza come a un obiettivo finalizzato essenzialmente alla conoscibilità, che deve essere assicurato in sé e per sé, in particolare con riferimento ai risultati delle amministrazioni pubbliche e alle risorse impegnate (art. 3, comma 1); a ogni fase del ciclo di gestione della performance (art. 11, comma 3); a garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione (art. 13, comma 1). Un altro gruppo di norme fa invece riferimento alla trasparenza come a un presupposto per favorire la conoscibilità dell'attività delle pubbliche amministrazioni, anche allo scopo di “favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione” (art. 11, comma 1); di favorire il raccordo con i cittadini (art. 8, comma 1, lettera e) e la rilevazione del loro grado di soddisfazione (art. 8, comma 1, lettera c). Altre norme sono infine dedicate a definire il contenuto del concetto di trasparenza e le modalità per assicurare in concreto l'attuazione delle nuove funzioni e anche la conoscibilità da parte dei cittadini e degli utenti di come e in che modo l'esigenza della trasparenza è assicurata”.

la trasparenza viene vista ora come uno strumento di controllo dell'azione amministrativa in funzione di prevenzione dei fenomeni di illegalità e corruzione. Il controllo diffuso volge ora lo sguardo al versante della legalità, al fine di evitare episodi di *maladministration*. Se i comportamenti dei pubblici funzionari sono resi pubblici, consultabili e verificabili è più difficile che possano crearsi forme di corruzione.

Mettere in campo la trasparenza per combattere la corruzione ha significato trasformarla in un “mezzo fondamentale di prevenzione della corruzione imponendo una rendicontazione dell'azione pubblica nei confronti degli *stake holders*, agevolando sistemi di *accountability* e limitando il rischio che si annidino situazioni di illiceità in settori delicati dell'agire amministrativo”⁽¹⁵⁾.

Accanto al piano anticorruzione ogni amministrazione deve predisporre un piano per la trasparenza.

Il comma 35 dell'art. 1 della legge n. 190 ha poi previsto una delega al Governo relativa a molteplici profili: riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, previsione di forme di pubblicità sia in ordine all'uso delle risorse pubbliche sia in ordine allo svolgimento e ai risultati delle funzioni amministrative, pubblicità dei dati relativi ai titolari di incarichi politici di carattere elettivo e ai titolari di incarichi dirigenziali, definizioni di categorie di informazioni che le amministrazioni devono pubblicare, individuazione delle responsabilità e delle sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione.

Si sono create così le basi per il decreto legislativo n. 33 del 2013, che è potuto intervenire in un quadro normativo profondamente mutato al cui rinnovamento ha poi ulteriormente contribuito lo stesso Codice della Trasparenza, che ha anche svolto un ruolo di razionalizzazione e sistemazione.

3. *Il Codice della trasparenza (d. lg.vo n. 33/2013) e l'accesso civico*

Oggi la trasparenza ha una più ampia configurazione e si traduce nel diritto “*per tutti i cittadini di avere accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni*”. Viene in evidenza come uno strumento fondamentale per alimentare il rapporto di fiducia tra cittadini e P.A. e promuovere nel contempo il principio di legalità e la prevenzione della corruzione.

Sulla scia del già ricordato d. lg.vo n. 150/2009, la trasparenza va intesa come “*accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni*” al fine di favorire “*forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*” (art. 1, 1° comma del d. lg.vo n. 33/2013).

¹⁵ R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012 n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in www.giustiziaamministrativa.it, 30.3.2013.

Sul piano della enunciazione dei principi la trasparenza viene posta come un valore fondante dello stato democratico: concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta al servizio del cittadino e viene definita anche come “*condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali*” (art. 1, 2° comma), espressione del diritto ad una buona amministrazione riconosciuto dall'articolo 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, grazie al quale la buona amministrazione è elevata da principio a diritto⁽¹⁶⁾.

Quindi la trasparenza è valore assoluto e nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, segreto di ufficio, protezione dei dati personali concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia, efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, integrità e lealtà al servizio della nazione.

Le norme del d. lg.vo 33/2013 integrano l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma del 117 Cost., II co., lett. m) (art. 1, 3° comma).

La trasparenza si realizza attraverso la pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle stesse, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente senza autenticazione ed identificazione.

Il principio cardine è: “tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente e di utilizzarli e riutilizzarli” (art. 3).

Come si è detto, il d. lg.vo n. 33 individua una serie di atti e informazioni che devono essere pubblicati obbligatoriamente (provvedimenti finali di procedimenti, autorizzazioni e concessioni, provvedimenti di scelta del contraente, affidamenti di appalti, concorsi e prove selettive, assunzioni, accordi stipulati con privati, sovvenzioni, contributi, sussidi e retribuzioni di dirigenti, redditi e condizioni patrimoniali dei titolari degli organi di indirizzo politico, rendiconti dei gruppi consiliari, atti di conferimento di incarichi dirigenziali e di consulenza, in cui la pubblicazione è condizione di efficacia della nomina e della liquidazione del compenso. Pubblicazioni di atti in settori speciali, opere pubbliche e contratti pubblici, pianificazione e governo del territorio, servizio sanitario nazionale, interventi straordinari e di emergenza, ecc.).

In proposito, è stato sottolineato che bisogna innanzitutto evitare il pericolo che si verifichino “forme di opacità per confusione”⁽¹⁷⁾ in cui la massa dei dati resi pubblici è talmente ingente da rendere impossibile individuare le informazio-

¹⁶ C. COLAPIETRO e C. SANTARELLI, *Accesso civico*, in *www.treccani.it*, 2014.

¹⁷ F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 16.

ni veramente rilevanti e cioè quelle che davvero interessano i cittadini. Ciò può avvenire soprattutto se da parte degli apparati, gli obblighi di pubblicazione vengono percepiti come un adempimento formale e non come una svolta epocale nel processo di apertura della pubblica amministrazione ai cittadini.

Devono essere allora individuate forme di pubblicazione idonee a mettere in evidenza le informazioni rilevanti¹⁸.

Altro aspetto fondamentale è la qualità delle informazioni (art. 6): la trasparenza è insieme conoscenza e comprensione¹⁹. Le amministrazioni devono assicurare la qualità delle informazioni, l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, la conformità all'originale. E' ribadito che la pubblicazione deve avvenire in un'apposita sezione del sito denominata Amministrazione Trasparente (art. 9).

Si tratta di obiettivi molto ambiziosi, che comunque difficilmente potranno essere realizzati se si considera come è stata concepita la ricerca della trasparenza nell'ordinamento italiano.

Innanzitutto si tratta di una riforma a costo zero: va rispettato l'obbligo di invarianza della spesa (art. 51). Già questo rende la riforma non pienamente attuabile, anche perché è stato previsto che fosse applicata immediatamente.

In proposito si condivide quanto è stato affermato in dottrina: la politica, una volta approvata la riforma si è completamente disinteressata della sua attuazione, facendo ricadere tutte le responsabilità sulla classe burocratica²⁰. Si pensi che in Gran Bretagna la Legge del 2000 è entrata in vigore nel 2005 proprio per consentire alle amministrazioni di attrezzarsi, per assicurare effettivamente quanto previsto dal FOIA britannico²¹.

Vediamo ora cosa prevede il d. lg.vo n. 33 nei suoi contenuti essenziali²².

¹⁸ E' stato osservato, da G. NAPOLITANO, in *L'attività informativa della pubblica amministrazione: less is better*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto all'informazione*, Torino, 2005, che nei rapporti contrattuali per rimediare alle asimmetrie informative tra contraente forte e contraente debole, non occorre moltiplicare gli obblighi informativi, ma selezionare i dati rilevanti da comunicare (e renderli facilmente comprensibili). Anche nei rapporti tra amministrazione e cittadini, per migliorare la comprensibilità delle informazioni, secondo l'Autore, si potrebbe seguire questa soluzione.

¹⁹ C. COLAPIETRO – C. SANTARELLI, *Accesso civico, cit.*; M. DI GIANDOMENICO, *Note in tema di obblighi di trasparenza e pubblicità nella Legge anticorruzione e nel Decreto attuativo*, parla di trasparenza come "diritto alla comprensione".

²⁰ M. SAVINO, *op. cit.*, 799, parla di "disattenzione del legislatore alla fase di attuazione".

²¹ M. SAVINO, *ivi*, 799.

²² Sul decreto legislativo n. 33/2013, oltre alla dottrina già citata: B. PONTI, (a cura di), *La trasparenza dopo il D. Lgs. 14 marzo 2013. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Rimini, 2013; F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e D. Lgs. n. 33 del 2013, ivi*; M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel D. Lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Dir e proc. amm.*, n. 1/2015.

E' sancito un obbligo di pubblicazione di atti individuati dalla legge per categoria, con la possibilità di renderli anonimi se sono presenti dati sensibili.

Rientra, poi, nella facoltà delle amministrazioni la possibilità di pubblicare anche altri atti, di cui non è prevista la pubblicazione obbligatoria, sempre oscurando dati sensibili o giudiziari.

Agli obblighi di pubblicazione corrisponde simmetricamente il diritto di chiunque di conoscerli, fruirne gratuitamente, di utilizzarli e riutilizzarli (artt. 3 e 7). Queste disposizioni non sono solo espressione dei principi già ricordati, ma appaiono come una affermazione nell'ordinamento italiano della filosofia posta a base dell'*Open Data*: in particolare è previsto che i documenti, le informazioni e i dati devono essere pubblicati in formato di tipo aperto e che *“sono riutilizzabili senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e rispettarne l'integrità”*.

Il tema della riutilizzabilità dei dati da parte di chiunque, va letto anche alla luce della previsione contenuta nell'art. 8, comma 3 del d. lgs. n. 33/2013, che sancisce l'obbligo di pubblicare gli atti *“per un periodo di 5 anni, decorrenti dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello da cui decorre l'obbligo di pubblicazione e comunque fino a che gli atti pubblicati producano i loro effetti”*²³.

Potrebbe accadere, quindi, che informazioni e documenti che abbiano perso la loro rilevanza, possano continuare ad essere rese disponibili e conoscibili da banche dati diverse da quelle dell'amministrazione che le ha pubblicate, anche dopo molti anni, quando i relativi atti siano diventati inefficaci. In questi casi l'uso improprio o comunque una distorta interpretazione dell'*Open Data* potrebbe non coincidere con il legittimo perimetro in cui operano la trasparenza, il diritto di informazione e l'accessibilità totale e sconfinare in territori che mettono in discussione il cosiddetto *“diritto all'oblio”*.

Ci si trova in questi casi in un classico punto di conflitto tra principi che devono necessariamente confrontarsi.

Appare in proposito prevalente il diritto all'oblio da intendersi come una specificazione del diritto alla riservatezza, rispetto all'interesse dei cittadini a reperire e disporre delle informazioni illimitatamente nel tempo, a maggior ragione se queste non sono più attuali e di pubblico interesse²⁴.

Sul piano applicativo di grande interesse è la pubblicazione da parte dell'Autorità garante dei dati personali delle *“linee guida in materia di trattamento dei dati*

²³ Di grande interesse è la recente Sentenza del TAR Campania, VI Sezione, 5 novembre 2014 n. 5671, che ha stabilito che l'obbligo di pubblicazione si estende anche ad atti precedenti all'entrata in vigore del D. lgs. n. 33/2013, a condizione che continuino a produrre effetti. Di conseguenza, nei confronti di questi atti è esercitabile il ricorso per l'accesso civico. In proposito, si rinvia anche alla Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2/2013 del 19.7.2013.

²⁴ Sul tema, Cass. III Sezione Civile, 11 gennaio-5 aprile 2012; Trib. Milano, 26 aprile 2013 n. 5820. Cfr. anche M. D'ARIENZO, *op. cit.*, 28, con ampi riferimenti alla dottrina sulla tutela della riservatezza ed alla giurisprudenza e L. CALIFANO, *Il bilanciamento tra trasparenza e privacy nel D. Lgs. n. 33/2013*, in www.garanteprivacy.it.

*personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuati per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici o altri enti obbligati*²⁵, del 28.5.2014.

Opportunamente il Garante rileva che il perseguimento del valore della trasparenza può travolgere “*la dignità dell’individuo*” e che “*non tutte le notizie che riguardano le persone coinvolte sono necessarie a soddisfare il bisogno di conoscenza e di pubblicità che si richiede ad una amministrazione aperta, occorrendo pertanto individuare strumenti di pubblicità rispettosi della privacy degli individui, ovvero il ragionevole punto di equilibrio tra queste due istanze, parimenti apprezzabili ma non facilmente conciliabili*”.

Tale impostazione dovrebbe indurre a concludere per l’obbligo di cancellazione dei dati e della prevalenza del diritto all’oblio e alla riservatezza, in relazione a dati ritenuti non più rilevanti²⁶.

Passando ad altro argomento, va ricordato che nel d. lg.vo n. 33/2013 sono, inoltre, sancite sanzioni per il funzionario inadempiente nell’ambito della responsabilità dirigenziale e di quella disciplinare, con possibile perdita della indennità di risultato per mancato raggiungimento degli obiettivi: vengono introdotte così quelle misure punitive che mancavano nella disciplina previgente e che ne favorivano la mancata applicazione²⁷.

Il destinatario di queste disposizioni in tema di sanzioni sembra essere principalmente il responsabile della trasparenza, vero e proprio capro espiatorio, con possibilità però, che deve senz’altro essergli riconosciuta, di dimostrare di aver adempiuto integralmente i propri doveri e che la omessa pubblicazione non sia dipesa da un suo comportamento.

A fronte dell’obbligo di pubblicazione sul sito, ma solo nel caso di previsione normativa di questo obbligo, campeggia il diritto di accesso civico.

Si tratta di una grande novità: è un diritto funzionale ad assicurare il corretto adempimento degli obblighi di pubblicazione: l’art. 5 sancisce il diritto di chiunque a richiedere la pubblicazione nel caso l’amministrazione non abbia rispettato la previsione normativa che la obbligava a pubblicare quel tipo di atto. La richiesta non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza (che è anche il responsabile della prevenzione della corruzione) della amministrazione obbligata alla pubblicazione. In caso di diniego è ammesso ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva secondo il rito previsto a tutela del diritto di accesso²⁸.

²⁵ In G.U. del 12.6.2014 n. 134.

²⁶ Di grande interesse, Corte di Giustizia, Sez. Grande, Sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, Mario Costeja Gonzales e AEPD c/Google Spain e Google Inc., in cui si è sancita la responsabilità del motore di ricerca in caso di violazione del diritto all’oblio.

²⁷ M. SAVINO, *op. cit.*, 798.

²⁸ Per un’attenta riflessione sulla tutela giurisdizionale dell’accesso civico, cfr. M. MAGRI, *op. cit.*, 425 e ss.; si v. pure M. D’ARIENZO, *op. cit.*

Il Codice del processo amministrativo (art. 116) disciplina la tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico prevedendo la possibilità per la parte di stare in giudizio personalmente senza assistenza del difensore, la trattazione in camera di consiglio, l'applicazione del rito speciale in materia di accesso ai documenti amministrativi, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa a tutte le controversie relative agli obblighi di trasparenza.

La normativa oggi riconosce una totale estensione soggettiva: il diritto all'informazione si radica direttamente in capo alla persona a prescindere dal suo coinvolgimento in un procedimento amministrativo.

Per quanto riguarda, il versante opposto, quello dei soggetti obbligati alla pubblicazione sul proprio sito, è sancita l'accessibilità totale alle informazioni possedute non solo da tutte le pubbliche amministrazioni, ma anche dalle società partecipate, dagli enti di diritto privato in controllo pubblico²⁹ limitatamente alle attività di pubblico interesse.

La normativa sulla trasparenza, nel suo complesso costituisce un indiscutibile passo avanti rispetto all'accesso individuale.

Tuttavia, al di là degli indubbi progressi nella direzione di un ordinamento più democratico sono stati individuati numerosi limiti nella riforma.

La nuova disciplina non è riconducibile al modello FOIA poiché non c'è accesso a qualunque informazione in possesso delle autorità pubbliche. Negli ordinamenti anglosassoni le informazioni detenute dagli uffici pubblici sono qualificate come proprietà della collettività, alla stregua della titolarità di un diritto reale su un bene immateriale. E' proprietà dei cittadini³⁰.

²⁹ L'indicazione degli enti soggetti all'obbligo di pubblicazione è stata di recente modificata dall'art. 24 bis del D.L. 24.6.2014 n. 90 convertito nella L. 114/2014 che ha integralmente sostituito l'art. 11 del D. Lg.vo. 33/2013 "(Ambito soggettivo di applicazione). – 1. Ai fini del presente decreto, per 'pubbliche amministrazioni' si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione. 2. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche: a) agli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati; b) limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia alle società e agli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi. 3. Alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1, in caso di partecipazione non maggioritaria, si applicano, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le disposizioni dell'articolo 1, commi da 15 a 33, della Legge 6 novembre 2012, n. 190".

³⁰ M. SAVINO, *op. cit.*, 802.

Nel modello FOIA il diritto di conoscere incontra l'unico limite del contemperamento con gli interessi pubblici e privati che tipicamente e tradizionalmente vanno bilanciati con l'accesso. Nel FOIA il diritto è riconosciuto a prescindere dall'esistenza di un corrispondente obbligo legislativamente previsto.

Da noi la pubblicità, essendo effettiva e azionabile solo nei limiti in cui è imposta dalla legge, finisce per operare come "una regola di stretto diritto positivo"⁽³¹⁾. La pubblicità come regola di stretto diritto positivo implica il riconoscimento dell'accesso alle informazioni come diritto fondamentale. Sicchè va segnalata una inversione logica: il rapporto tra il mezzo (obbligo di pubblicazione) e fine (diritto di accedere all'informazione) è invertito: l'esercizio del diritto diviene strumentale all'adempimento dell'obbligo⁽³²⁾.

In realtà potrebbe dirsi che il diritto viene riconosciuto al solo scopo di assicurare il rispetto dell'obbligo di pubblicazione.

Rimane così un'area di informazioni in possesso delle amministrazioni che, non rientrando tra quelle oggetto di pubblicazione, possono essere conosciute solo attraverso l'accesso individuale ai documenti nei quali sono incorporati, con tutti i limiti ed in presenza di tutte le condizioni in cui tale accesso è consentito.

In definitiva, si deve concludere che non si è voluto dare piena attuazione al modello FOIA, riconoscendo un diritto fondamentale dei cittadini, ma solo un diritto sociale di prestazione legislativamente determinato ed indirettamente riconosciuto attraverso l'imposizione di un obbligo di pubblicazione alle amministrazioni pubbliche.

Né potrebbe dirsi che tale evidente divergenza rispetto al modello FOIA possa spiegarsi con l'aver voluto attribuire una particolare attenzione alla tutela della riservatezza, che cioè nel bilanciamento tra i valori contrapposti pubblicità-riservatezza, diritto dei cittadini all'informazione-diritto del singolo alla *privacy*, si sia voluto dare maggiore tutela ai secondi. Infatti, non sembra che l'elenco degli atti oggetto di pubblicazione obbligatoria sia stato redatto tenendo conto della loro maggiore compatibilità con la tutela della riservatezza rispetto ad altri, né la categoria di appartenenza appare elemento che possa escludere un conflitto con tale diritto.

La ragione di questo modello italiano, che si distacca da quello che si è imposto a livello internazionale, può rinvenirsi nella volontà di non portare a totale compimento un processo di democratizzazione e di trasparenza che sembrava inarrestabile, riconoscendo ancora delle aree di organizzazione e attività amministrativa in cui la pubblicità può essere comunque assicurata con l'accesso individuale, con la conseguenza, da un lato, di lasciare alle amministrazioni la facoltà di valutare caso per caso, a tutela dei valori pubblici e privati che si contrappongono

³¹ M. SAVINO, *op. cit.*, 803.

³² M. SAVINO, *op. cit.*, 804.

all'accesso, la fondatezza dell'istanza, dall'altro, riservare allo stesso legislatore la possibilità per così dire, di fare marcia indietro, e depennare dall'obbligo di pubblicazione una o più categorie di atti.

Si può infine ipotizzare che l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano non sia stato in via prioritaria quello di riconoscere un diritto a favore dei cittadini, ma quantomeno quello di affiancare a quest'ultimo il completamento del disegno di riforma dell'amministrazione, in continuità con il d. lg.vo n. 150 del 2009. In altre parole, le categorie di atti oggetto di obbligo di pubblicazione sembrano comunque individuate tenendo conto della esigenza di potenziare la produttività, l'efficacia, l'efficienza, la prevenzione della corruzione e cioè quegli obiettivi da cui era partito il legislatore delegato ed ai quali doveva principalmente puntare.

In ogni caso, non si deve neanche sminuire l'importanza della riforma, che ha potenzialità di grande rilievo.

La quantità e la tipologia degli atti accessibili, in quanto oggetto di obbligo di pubblicazione, sono di tale significato ed importanza da consentire un diffuso, generalizzato e capillare controllo sociale, che presuppone però una comunità di cittadini, maturi, responsabili, vigili, organizzati, consapevoli del loro ruolo.

La trasparenza come strumento di democrazia, presuppone una cittadinanza attiva, una società che non si limiti a manifestare sfiducia nella politica ma che diventi protagonista di un ordinamento democratico attraverso una continua funzione di attenta vigilanza e di prevenzione di fenomeni di *maladministration*. Solo attraverso l'acquisizione di questo tipo di mentalità e di cultura da parte della comunità dei cittadini la riforma può non limitarsi ad essere un adempimento formale da parte delle amministrazioni.

TRANSPARENCY AND *CIVIC ACCESS*

by Alfredo Contieri

Abstract

The Legislative Decree No. 33/2014 introduced new requirements for publication on the web of documents, data and information access and a new form of civic access, distinct from the traditional access to administrative documents inspired to the principle of transparency. However the rules for publication in Italy are different from the american FOIA: it is not configurable an unconditional obligation to publication of all data and information held by public authorities, but only of documents contemplated by law.

Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni

di Margherita Ramajoli

SOMMARIO: 1. Dalla reazione alla prevenzione nella lotta alla corruzione. - 2. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina. - 3. Gli strumenti: a) inconferibilità; b) incompatibilità. - 4. La necessità di un punto di equilibrio.

1. Dalla reazione alla prevenzione nella lotta alla corruzione

La lotta alla corruzione, se intende essere efficace, richiede l'impiego di una pluralità di strumenti giuridici d'intervento, non necessariamente di stampo penalistico, ma anche e soprattutto di tipo amministrativo. In questa logica una delle più importanti novità introdotte dalla complessiva e recente normativa anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190 e d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39) è costituita dalla disciplina delle inconferibilità e delle incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni.

Tale disciplina si pone quale strumento generale di prevenzione dei conflitti tra interesse pubblico e interessi particolari, nonché quale misura di imparzialità soggettiva dei funzionari amministrativi. Essa è da leggere insieme all'adozione dei più recenti codici di condotta dei dipendenti pubblici, la cui violazione comporta responsabilità disciplinare, alla predisposizione dei piani triennali anticorruzione a livello nazionale e a livello di singole pubbliche amministrazioni, nonché alla più generale disciplina sul conflitto d'interessi, che ha portato all'introduzione dell'art. 6bis nel corpo della legge n. 241/90 (tutte misure previste dall'art. 1, co. 2-50 della legge n. 190/2012).

Le disposizioni in tema di inconferibilità e incompatibilità innovano profondamente rispetto al passato, in quanto colpiscono condotte precedentemente ammesse. La *ratio* espressa della disciplina è il contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione declinato però in una maniera particolare. In realtà non è solo la disciplina in materia d'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni, ma è tutta la complessiva recente normativa in tema di lotta alla corruzione ad essere caratterizzata da un approccio nuovo e originale¹.

¹ F. PALAZZO, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; M.

Finora in Italia la lotta alla corruzione è stata in prevalenza svolta sul piano della repressione, che attiene essenzialmente all'ambito penale, mentre era stato trascurato il piano della prevenzione, che invoca l'utilizzo degli strumenti tipici del diritto amministrativo.

Tuttavia la realtà ha tristemente dimostrato che la sola repressione penale è insufficiente a contrastare il fenomeno della corruzione: essa, da un lato, per sua natura interviene quando la corruzione è già stata commessa, dall'altro lato, colpisce solo una minima parte, quella più eclatante, dei comportamenti condizionati da interessi personali, con la conseguenza che l'effetto di deterrenza della disciplina risulta fortemente attenuato.

Attualmente invece il legislatore italiano, anche su pressione di organismi internazionali, ha deciso di intervenire in materia in via preventiva per contrastare il fenomeno corruttivo².

Sottostante a questa nuova impostazione della lotta alla corruzione vi è l'idea che gli strumenti preventivi interni alla pubblica amministrazione siano efficaci al pari e forse anche più di quelli repressivi. La sanzione penale, così come la responsabilità per danno erariale, devono essere la risposta ultima dell'ordinamento, quando tutte le altre misure hanno fallito nel raggiungimento del loro obiettivo.

Ciò si accompagna ad un ampliamento dello stesso concetto di corruzione, da intendere, come ben ha precisato il Dipartimento della funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, non più solo nel senso strettamente indicato dal codice penale agli artt. 318, 319 e 319 *ter*, ma in maniera tale da comprendere tutte le diverse situazioni in cui nell'esercizio dell'attività amministrativa un soggetto abusi del potere a lui affidato per ottenere vantaggi privati, a prescindere dalla rilevanza penale della fattispecie³.

Evitare che i funzionari pubblici possano piegare la propria azione al perseguimento di interessi privati altro non è che attuare e dare concretezza al principio costituzionale d'imparzialità di cui all'art. 97. L'amministrazione pubblica è

CLARICH e B. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 59 ss.; F. MERLONI, *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in www.treccani.it.

² Si pensi alla Convenzione contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 31 ottobre 2003 con la risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116, ma anche alle linee guida e alle varie Convenzioni che l'OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*), il Consiglio d'Europa con il GRECO (*Groupe d'États Contre la Corruption*) e l'Unione europea riservano alla materia. In tema cfr. F. DI CRISTINA, *I piani per la prevenzione della corruzione*, in B. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 91 ss., spec. 93 ss.; nonché, per uno sguardo d'Oltralpe, J. MÉNY, *De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts*, in *Pouvoirs*, 2013, 5 ss.

³ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, Circolare n. 1 del 25 gennaio 2013, relativa alla legge n. 190/2012, 4.

imparziale anzitutto quando è imparziale il suo dipendente: l'imparzialità indica prima di tutto "una qualità del soggetto, una sua posizione rispetto all'attività e agli altri soggetti". L'imparzialità dell'organizzazione nasce dalla posizione strumentale dell'organizzazione rispetto all'attività e la massima oggettivizzazione sia dell'organizzazione sia dell'attività si ottiene liberando l'amministrazione pubblica da influenze che possano riverberare sul suo esercizio gli interessi personali del funzionario o comunque interessi prettamente privati⁴.

La prevenzione della corruzione si realizza dunque evitando che incarichi richiedenti distanza da interessi particolari siano svolti da soggetti che per provenienza o per pregresse condotte assunte possano far dubitare della propria personale imparzialità.

Di conseguenza nel contrasto alla corruzione non solo si valorizza il concetto di prevenzione, oltre a quello di repressione, ma la stessa prevenzione si declina non più unicamente come incompatibilità ma anche come inconferibilità degli incarichi amministrativi: occorre evitare sia che possano permanere in carica, sia ancor prima che possano accedere a incarichi pubblici persone poste in situazioni che facciano dubitare della loro imparzialità⁵.

2. *L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina*

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina, in primo luogo la disciplina si applica indistintamente a tutte le pubbliche amministrazioni, senza che il legislatore si sia posto troppi problemi di riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni, anche se per le amministrazioni regionali e locali la legge prevede un meccanismo che consentirà una certa elasticità nell'attuazione, attraverso intese in sede di Conferenza unificata, allo scopo di tenere conto delle specificità organizzative delle diverse realtà amministrative (art. 1, co. 60 e 61, della legge n. 190/2012).

Il comma 59 dell'art. 1 della legge anticorruzione riconduce in maniera secca tutte le disposizioni di prevenzione della corruzione al principio di imparzialità e anche il decreto di attuazione della legge delega si fonda esplicitamente sull'art. 54 Cost., che fissa il dovere di adempiere le pubbliche funzioni con disciplina e onore, e sull'art. 97 Cost., relativo appunto al principio di imparzialità, e al contempo stabilisce la prevalenza della complessiva disciplina su diverse disposizioni di legge regionale in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi.

⁴ Così U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 20-21; ma cfr. altresì C. PINELLI, Art. 97, in P. CARETTI, C. PINELLI, U. POTOTSCHNIG, G. LONG, G. BORRÉ (a cura di), *La Pubblica Amministrazione. Commentario della Costituzione*, 1994, Roma-Bologna, 31 ss.

⁵ F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e studio dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, e B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012, 97 ss.

Il titolo legittimante invocato è forzato⁶, dal momento che l'attuazione del principio di imparzialità non può essere considerata propriamente come una materia di potestà legislativa. L'idea sottostante è che il legislatore statale abbia il monopolio normativo nell'attuazione del principio d'imparzialità, come una sorta di autorivendicazione di un ruolo d'interprete unico delle disposizioni costituzionali richiamate.

Tuttavia, da un lato, sottostante a questa impostazione vi è anche la condivisibile esigenza di adottare regole uniformi, stabili e chiare volte alla prevenzione della corruzione e unicamente la legislazione nazionale è in grado di assolvere a tale esigenza. Dall'altro, è stato sottolineato che la disciplina in esame non incide sullo stato giuridico dei funzionari, ma si limita a intervenire sui caratteri, minimi e indefettibili, della funzione amministrativa a tutti i livelli di governo⁷.

In secondo luogo, sempre per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della normativa, il regime delle inconfiribilità e delle incompatibilità disegnato dalla l. n. 190/2012 e dal d.lgs. n. 39/2013 riguarda non solo le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, ma anche gli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico (co. 49 e 50, lett. *d*), punto 3), dell'art. 1 della l. n. 190/2012; art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 39/2013).

Finora questi ultimi non erano stati oggetto di attenzione giuridica sotto il profilo dell'imparzialità del loro agire, ma ora il legislatore ha adottato un criterio sostanziale, che pone al centro non la natura giuridica dell'ente ma lo svolgimento di funzioni di cura di interessi pubblici, per una più efficace e pervasiva lotta alla corruzione.

Secondo un'impostazione, di derivazione europea, seguita anche in altri ambiti del diritto amministrativo, viene dunque disegnata una nozione allargata di soggetto pubblico, in virtù della quale entrano a fare parte della categoria anche le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di pubbliche amministrazioni, oppure enti nei quali siano riconosciuti alla pubblica amministrazione, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi (art. 1, co. 2, lett. *c*, del d.lgs. n. 39/2012). Infatti solo una concezione sostanziale e non più formale di soggetto pubblico consente di intervenire su tutte quelle multiformi e difficilmente inquadrabili realtà che spesso utilizzano la veste organizzativa esterna per sfuggire alla disciplina pubblicistica.

In terzo luogo, vi è da segnalare un profondo cambiamento rispetto al progresso quando si era soliti intervenire in materia d'incompatibilità con un approccio generale e indifferenziato nei confronti di tutti i dipendenti pubblici.

⁶ F. MERLONI, *Inconfiribilità*, cit.

⁷ In tema cfr. F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Ist.fed.*, 2013, n. 2.

La particolare disciplina introdotta per contrastare la corruzione riguarda non più indiscriminatamente tutti i pubblici dipendenti, bensì i soli dipendenti apicali della pubblica amministrazione, essendo presi in considerazione dalla normativa esclusivamente gli incarichi dirigenziali, interni ed esterni, e gli incarichi di responsabilità amministrativa di vertice. Quindi rientrano nel campo di applicazione della disciplina normativa i dirigenti ai quali la legislazione vigente riserva in via esclusiva l'adozione di atti amministrativi e di gestione e altre figure qualificate di funzionari, che, pur non direttamente titolari di compiti di amministrazione attiva e di gestione, hanno un ruolo importante nei processi decisionali all'interno delle amministrazioni, quali i direttori generali, sanitari e amministrativi delle Asl (artt. 4 ss. del d.lgs. n. 39/2013).

Per tutti gli altri dipendenti pubblici la disciplina del cumulo d'impieghi e d'incarichi continua invece ad essere regolata dall'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, in cui è confluito l'art. 58 del d.lgs. n. 29/1993 e che fa salvi gli artt. 60 e ss. del d.P.R. n. 3/1957. Esso prevede che le pubbliche amministrazioni non possano conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o da altre fonti normative o che non siano espressamente autorizzati (co. 2); è previsto sia il conferimento operato direttamente dall'amministrazione sia l'autorizzazione all'esercizio di incarichi che provengano da amministrazione diversa, come anche da società o persone fisiche, che dovranno essere disposti "dai rispettivi organi competenti secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione o situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente" (co. 5)⁸.

Da segnalare poi che la stessa legge anticorruzione ha provveduto a integrare questa disciplina (art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, come risultante dalle modifiche operate dall'art. 1, co. 42 della legge n. 190/2012), sia prevedendo appositi regolamenti cui demandare l'individuazione degli incarichi assolutamente vietati ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, sia introducendo una nuova categoria d'incompatibilità, di carattere successivo. Infatti il nuovo art. 53, co. 16 *ter* del d.lgs. n. 165/2001, sancisce il divieto a carico dei dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio abbiano esercitato "poteri amministrativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni" di svolgimento, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di impiego, di attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari della relativa attività. Nel caso di mancata osservanza del divieto i contratti conclusi e gli incarichi conferiti saranno nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li abbiano conclusi o conferiti di contrattare con le

⁸ Cons.St., sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3795.

pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con l'obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti⁹.

Questa particolare categoria d'incompatibilità mira ad evitare i rischi di conflitti d'interesse dovuti alle cd. *revolving doors* (porte girevoli) e risponde a un'esigenza avvertita in ogni ordinamento, volta a non creare condizioni che possano far dubitare in via retrospettiva dell'imparzialità del funzionario allettato da prospettive future di scambio indebito. Se in Francia il fenomeno prende il nome di *pantouflage* (ossia, muoversi in pantofole), in Gran Bretagna appunto di *revolving doors*, in Giappone si adopera l'espressione molto suggestiva *Amakudari*, che evoca metaforicamente "a descent from heaven"¹⁰.

Infine la disciplina in materia d'incompatibilità e inconferibilità degli incarichi apicali non si estende sino a dettare disposizioni anche nei confronti dei componenti degli organi d'indirizzo politico. L'esclusione è stata molto criticata dalla dottrina, che ha ritenuto che essa frantumasse in maniera artificiosa la figura del funzionario pubblico, che non è solo il funzionario amministrativo, ma anche quello politico¹¹. Vero è che da tempo si discute, senza approdare ad alcun risultato concreto, di una disciplina per la prevenzione del conflitto d'interessi dei titolari anche di cariche politiche, la quale si sostituisca alla legge 20 luglio 2004, n. 215, la cd. legge Frattini, che ha manifestato profondi *deficit* strutturali. Da ultimo il d.d.l. n. 1319 del 18 febbraio 2014 si prefigge di "innalzare gli standard di integrità e responsabilità e di prevedere sanzioni non penali per una più ampia gamma di comportamenti non etici dannosi per l'interesse pubblico". La questione è nevralgica per il nostro ordinamento democratico, ma non può essere qui trattato, stante la sua delicatezza e complessità e perché ci condurrebbe fuori tema.

3. *Gli strumenti: a) inconferibilità; b) incompatibilità*

Venendo alle concrete misure delineate dalla legge delega e precisate nel d.lgs. n. 39/2013, esse sono misure sia d'inconferibilità sia d'incompatibilità e quindi si estrinsecano non più solo in divieti di permanenza negli incarichi amministrativi, ma anche in divieti di accesso a tali incarichi. Anzi il regime dell'accesso agli incarichi è considerato centrale dall'attuale normativa, quale strumento generale di prevenzione della corruzione e strumento di garanzia soggettiva dell'imparzialità.

L'imparzialità soggettiva passa dunque sia attraverso la regolazione della compatibilità tra l'esercizio di un incarico conferito e l'esistenza di altri interessi in poten-

⁹ In tema cfr. B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a. (art. 1, commi 39-40 e 42-43)*, in B. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 167 ss.

¹⁰ M.R. KHONDAKER, *Amakudari of Civil Servants in Japan: an examination of the vices and virtues and postulation of reforms*, in www.ic.nanzan-u.ac.jp.

¹¹ F. MERLONI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 806 ss.

ziale conflitto, sia, a monte, impedendo il conferimento dell'incarico a soggetti provenienti da posizioni che facciano temere un esercizio parziale dell'incarico stesso.

La disciplina del cd. conflitto di interessi dei vertici amministrativi subisce una vera e propria trasformazione: non si esaurisce nel dovere di astensione e più in generale in regole di condotta da tenere nell'esercizio delle funzioni pubbliche, ma addirittura vieta l'accesso a cariche pubbliche a coloro che potrebbero essere portatori di interessi in contrasto con l'esercizio imparziale dell'attività amministrativa.

a) Tre sono le cause di inconferibilità previste normativamente. Vi è inconferibilità degli incarichi: a coloro che abbiano riportato condanne penali, anche non definitive, per i reati contro la pubblica amministrazione; a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi; a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive (art. 1, co. 50, lett. *a-c*), della legge n. 190/2012; artt. 3-8 del d.lgs. n. 39/2013).

Nella prima ipotesi l'inconferibilità poggia su un evidente *disfavor*, che compromette gravemente l'immagine della pubblica amministrazione, nei riguardi di chi abbia ricevuto condanne penali, pur non definitive, per reati contro la pubblica amministrazione e infatti essa cessa di diritto qualora sia pronunciata, per il medesimo reato, sentenza, anche non definitiva, di proscioglimento (art. 3, co. 5, d.lgs. n. 39/2013). Nella seconda ipotesi si intende evitare il futuro possibile condizionamento delle scelte amministrative in senso favorevole a particolari interessi privati, mentre nell'ultima ipotesi il divieto di accesso all'incarico amministrativo non trae alimento da potenziali conflitti di interesse, dal momento che chi è stato componente di un organo d'indirizzo politico non è automaticamente portatore di interessi indebiti, bensì dall'assenza anche della mera apparenza dell'imparzialità soggettiva; questa causa di incompatibilità trae alimento dalla tradizionale distinzione tra le funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione amministrativa, che pur costituendo già principio ispiratore di tutta la disciplina organizzativa della pubblica amministrazione degli ultimi decenni, assume qui contorni assai più puntuali¹².

Le ipotesi di non conferibilità di incarichi a componenti di organi di indirizzo politico sono poi graduate e regolate in rapporto a diversi elementi, ossia la rilevanza delle cariche politiche ricoperte, l'ente di riferimento e il collegamento, anche territoriale con l'amministrazione che conferisce l'incarico (art. 1, co. 50, lett. *c*), della legge n. 190/2012; artt. 7 e 8 del d.lgs. n. 39/2013)¹³.

¹² Su quest'ultimo specifico punto cfr. G. SIRIANNI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 806 ss.

¹³ Parimenti le ipotesi di incompatibilità tra incarichi amministrativi e cariche di componenti d'indirizzo politico sono graduate dal legislatore in ragione di questi vari elementi (artt. 11 ss. del d.lgs. n. 39/2013).

Va tuttavia segnalata una lacuna a tal proposito, dal momento che la normativa disciplina solo l'ipotesi di coloro che provengono da cariche politiche regionali e locali, mentre manca la sanzione dell'inconferibilità degli incarichi amministrativi per coloro che provengono da cariche politiche nazionali¹⁴.

Per le sole cariche di Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, Vice Ministro, Sottosegretario di Stato e di Commissario straordinario del Governo resta in vigore la disciplina sul conflitto d'interessi dettata dalla già citata l. n. 215/2004 e la vigilanza sulla sua applicazione è esercitata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Va comunque osservato che gli unici poteri di cui sono dotate queste due ultime Autorità sono quelli di riferire al Parlamento degli accertamenti effettuati (art. 6, co. 9, della legge), rimettendo così al circuito Parlamento-Governo l'adozione di ogni eventuale misura per assicurare la prevenzione o la risoluzione di situazioni di conflitto d'interessi.

Tornando all'inconferibilità a fini anticorrittivi, essa è caratterizzata da temporaneità, tranne nell'ipotesi particolarmente grave di condanna con sentenza definitiva che abbia irrogato anche la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici oppure sia intervenuta la cessazione del rapporto di lavoro a seguito di procedimento disciplinare o la cessazione del rapporto di lavoro autonomo (art. 3, co. 2 e 3 del d.lgs. n. 39/2013), in cui l'inconferibilità riveste carattere permanente. A garanzia dell'imparzialità dell'incarico viene introdotto quello che è stato definito un periodo di raffreddamento, non particolarmente esteso, ossia "non inferiore ad un anno" ai sensi dell'art. 1, co. 50, lett. b) della l. 190/2012, il quale assolve una funzione parzialmente diversa a secondo della causa che viene in rilievo.

Nel caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione diversi da quelli sopra menzionati il periodo di raffreddamento durante il quale vige l'esclusione dal conferimento dell'incarico è comunque lungo, potendo essere fino a 5 anni, perchè questa è l'ipotesi più grave di pregiudizio all'imparzialità soggettiva della pubblica amministrazione. Nel caso di soggetti che abbiano svolto incarichi o attività professionali o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni, il periodo di raffreddamento è più breve (2 anni) e ha lo scopo di indebolire i vincoli tra soggetto che aspira all'incarico e potenziali interessi privati, mentre nel caso di provenienza da organi politici esso, sempre pari a 2 anni, mira a favorire la scelta di conferimento dell'incarico in ragione non della previa appartenenza a organi politici, bensì solo ed esclusivamente per capacità professionali¹⁵.

¹⁴ Da ricordare poi che questa incompatibilità generale con le cariche politiche è riservata ai soli uffici apicali delle pubbliche amministrazioni, mentre resta immutato il regime previsto all'art. 53 d.lgs.165/2001 per gli altri pubblici dipendenti.

¹⁵ F. MERLONI, *La nuova disciplina*, cit.

b) Per quanto riguarda poi l'incompatibilità, essa è una misura non nuova, bensì tradizionale e ben conosciuta del nostro ordinamento, solo che essa nell'attuale contesto viene declinata in una maniera specifica.

L'ordinamento da tempo conosce ipotesi di incompatibilità degli incarichi ed è possibile distinguere le incompatibilità assolute, come quella prevista dall'art. 84, co. 4 del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale i commissari diversi dal Presidente non devono avere svolto nè possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, dalle incompatibilità definibili come occasionali, disciplinate sulla falsariga di quelle di cui agli artt. 51 e 52 c.p.c., come, ad esempio, quelle previste dall'art. 78, co. 2, del TUEL, ai sensi del quale gli amministratori devono astenersi dal prendere parte alla discussione e alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado.

Si può anche parlare di incompatibilità permanenti come contrapposte a incompatibilità transitorie, cioè relative solo a uno o più atti amministrativi, le quali comportano un obbligo di astensione dal prendere parte a tali atti o nella facoltà di ricusazione del soggetto in questione. Comunque, quale che siano le varie sottocategorie individuabili, esse sono tutte riconducibili al principio generale inteso a evitare che i titolari degli uffici facciano valere durante la loro attività interessi non propri dell'ufficio.

Tuttavia in passato la ragion d'essere ispiratrice delle incompatibilità non si esauriva nel fine della tutela del principio costituzionale dell'imparzialità, ma peso rivestiva anche la tutela dell'interesse di non distrarre le energie lavorative del dipendente pubblico e quindi, in ultima istanza, la garanzia del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione¹⁶.

Come in più riprese precisato dalla giurisprudenza amministrativa, la preveniente disciplina in materia di incompatibilità era stata posta anche a tutela dell'esclusività del rapporto lavorativo, in funzione della valorizzazione e della migliore utilizzazione del servizio del dipendente, stante l'obbligo a carico dell'appartenente alla pubblica amministrazione di "operare esclusivamente in favore di quest'ultima"¹⁷.

L'attuale regime d'incompatibilità abbandona questa impostazione e pone al centro esclusivamente il rischio di una possibile compromissione della posizione d'imparzialità del funzionario, assolvendo la funzione d'impedire la permanenza nell'incarico di un soggetto che si trovi in una particolare situazione di conflitto di interessi.

Quanto al carattere, attuale o anche solo potenziale, del conflitto tra interesse generale e interessi particolari, la giurisprudenza ha da tempo fornito una

¹⁶ F. MERLONI, *Inconferibilità e incompatibilità*, cit.

¹⁷ Consiglio di Stato, sez. III, 28 novembre 2013, n. 5690, con riferimento al comparto sanitario; Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 settembre 2013, n. 8170, in relazione alla Polizia di Stato.

lettura rigorosa, nel fare applicazione delle innumerevoli ipotesi di incompatibilità esistenti, nominate o innominate. Ad esempio, si è affermato che l'obbligo in capo al consigliere comunale di astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi suoi o di parenti o affini fino al quarto grado sorge per il solo fatto che egli rivesta una posizione suscettibile di determinare, anche in astratto, un conflitto di interesse, a nulla rilevando che lo specifico fine privato sia stato o meno realizzato e che si sia prodotto o non un concreto pregiudizio per la pubblica amministrazione¹⁸. Parimenti anche nelle nuove ipotesi tipizzate di incompatibilità è da ritenersi sufficiente una interferenza potenziale tra interesse pubblico e interesse privato e non invece è necessaria una interferenza concreta.

Le cause d'incompatibilità a fini anticorrittivi tendono a ricalcare le ipotesi di inconferibilità e rispetto a esse rivestono un carattere complementare. E' infatti del tutto logico e consequenziale che particolari situazioni impeditive dell'attribuzione di un incarico dirigenziale parimenti si oppongano anche alla permanenza in carica nel medesimo.

Due sono le ipotesi di incompatibilità a fini anticorrittivi individuate dalla disciplina in esame, anche se esse, a causa dei rimaneggiamenti che ha subito il testo, non brillano per chiarezza: l'incompatibilità tra incarichi amministrativi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni oppure lo svolgimento in proprio di attività professionale regolata o retribuita dall'amministrazione che conferisce l'incarico, nel caso in cui gli incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali comportino poteri di vigilanza o controllo sulle attività svolte da tali enti (art. 1, co. 50, lett. e) della legge n. 190/2012 e artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 39/2012); l'incompatibilità tra incarico amministrativo e cariche di componenti di organi di indirizzo politico (art. 1, co. 50, lett. f) della legge n. 190/2012; artt. 11 ss. del d.lgs. n. 39/2013).

Entrambe le ipotesi di incompatibilità si caratterizzano per un pregiudizio all'immagine d'imparzialità del funzionario e quindi dell'amministrazione, dovuto vuoi alla presenza di interessi in potenziale conflitto vuoi all'appartenenza ad un organo di indirizzo politico, ponendosi pertanto l'accento solo ed esclusivamente sul presidio al principio di imparzialità. Si potrà poi discutere se la garanzia del principio d'imparzialità porti con sé, come conseguenza, anche una tutela al buon andamento della pubblica amministrazione, ma qui preme sottolineare come l'intera disciplina delle inconferibilità e delle incompatibilità sia chiamata ad assolvere la particolare funzione di difesa anzitutto di una qualità del soggetto quale strumento di contrasto della corruzione.

Per garantire l'effettività della disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità occorre dotare la medesima di un efficace apparato sanzionatorio.

¹⁸ Tar Puglia, Lecce, sez. III, 29 gennaio 2014, n. 268.

La normativa ha deciso di agire su più fronti, a livello interno e a livello esterno. Anzitutto sul rispetto delle disposizioni in materia vigila, all'interno di ciascuna singola pubblica amministrazione oppure ente pubblico o privato in controllo pubblico, il responsabile della prevenzione della corruzione, che, come sopra osservato, è chiamato a contestare all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni d'inconferibilità o incompatibilità e a segnalare le ipotesi di possibile violazione della disciplina all'Autorità nazionale anticorruzione, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per i profili relativi alla legge n. 215/2004, nonché alla Corte dei conti, per l'accertamento delle eventuali responsabilità amministrative (art. 15 del d.lgs. n. 39/2013)¹⁹.

La vigilanza esterna è poi affidata all'Autorità nazionale anticorruzione, che la esercita anche servendosi di poteri ispettivi e di accertamento e che può sospendere, formulando contestualmente osservazioni o rilievi, la procedura di conferimento dell'incarico, oltre che segnalare il caso alla Corte dei conti, sempre per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative (art. 16 del d.lgs. n. 39/2013)²⁰.

In terzo luogo la disciplina prevede nel caso di violazione delle regole sull'inconferibilità degli incarichi la nullità sia dell'atto di conferimento dell'incarico, sia del connesso contratto di disciplina del rapporto (art. 17, d.lgs. n. 39/2013) e considera i componenti degli organi che abbiano conferito gli incarichi dichiarati nulli responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati e impossibilitati a conferire gli incarichi di loro competenza nei tre mesi successivi (art. 18, d.lgs. n. 39/2013).

Invece, nel caso di incompatibilità, la decadenza dall'incarico non è sanzione automatica. Il legislatore ha voluto che la decadenza dall'incarico non conseguisse in ragione della mera insorgenza della causa, preesistente o successiva, di incompatibilità, bensì necessitasse dell'apertura di un procedimento di contestazione da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Pertanto l'incompatibilità fa sorgere semplicemente l'obbligo in capo al soggetto interessato di opzione tra la permanenza nell'incarico e lo svolgimento di attività, cariche ed incarichi con esso incompatibili. Questa opzione deve essere esercitata entro il termine perentorio di 15 giorni dalla contestazione dell'insorgere della causa da parte del responsabile della prevenzione della corruzione, decorsi i quali l'incarico decade di diritto, qualora non si sia provveduto a rimuovere la causa d'incompatibilità (art. 19, co. 1, del d.lgs. n. 39/2013).

¹⁹ E' l'art. 1, co. 7, della legge n. 190/2012 a prevedere la nomina nell'ambito delle pubbliche amministrazioni del responsabile della prevenzione della corruzione. La norma stabilisce che l'organo d'indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione.

²⁰ Se poi l'amministrazione oppure l'ente pubblico o privato in controllo pubblico intenda procedere ugualmente al conferimento dell'incarico deve motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità (art. 16, co. 3, d.lgs. n. 39/2013).

Inoltre, al soggetto che abbia fatto una dichiarazione mendace sulla insussistenza di cause di inconfiribilità o incompatibilità non potrà essere conferito alcuno degli incarichi indicati nel decreto per un periodo di ben 5 anni, ferma restando ogni altra responsabilità. A tal riguardo la dottrina ha parlato di temporanea inconfiribilità soggettiva, quasi una sorta di “indegnità amministrativa” a ricoprire incarichi pubblici²¹.

4. *La necessità di un punto di equilibrio*

La legge segna una cesura rispetto al passato, anche se probabilmente necessita di aggiunte, precisazioni e modifiche, nonché di un inevitabile periodo di rodaggio. Sta di fatto che comunque non è facile intervenire attraverso lo strumento del diritto in una materia così delicata in cui entra in gioco la morale e la deontologia e in cui le resistenze di tipo culturale sono molte²².

Mai occorre dimenticarsi che i dipendenti pubblici, tutti i dipendenti pubblici, nel momento in cui si trovano a disporre in relazione a interessi della pubblica amministrazione di appartenenza “smettono di agire per la soddisfazione dei propri interessi e prendono ad agire per la soddisfazione degli interessi della persona giuridica pubblica e dell’organo di cui sono titolari”. Presupposto costante della loro legittimazione ad agire è che essi “siano in grado di agire come agirebbe la persona giuridica o l’organo se avessero mani, piedi, occhi e orecchie”²³.

Ma, d’altra parte, non è parimenti agevole predisporre una disciplina che tenga presente tutti gli interessi pubblici coinvolti e che fissi un punto di equilibrio tra essi. Vero è che - e qui lo si è costantemente sottolineato - occorre garantire l’imparzialità dell’agire amministrativo, che si traduce anche in credibilità della pubblica amministrazione agli occhi dell’opinione pubblica, la cui tutela richiede una disciplina il più possibile rigorosa.

Tuttavia l’imparzialità va sempre temperata con l’efficienza dell’agire amministrativo, quella che Nigro chiama plasticamente l’elasticità dell’azione amministrativa²⁴, la quale soffre di fronte a dettati normativi rigidi e generalizzanti, essendo del resto la legge incapace di prevedere e codificare le migliaia di ipotesi concretamente prospettabili.

²¹ B. PONTI, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giorn.dir.amm.*, 2013, 806 ss.

²² Sul punto cfr. B. MATTARELLA, *Le regole dell’onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007.

²³ Così, efficacemente, M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, in *Foro it.*, 1953, III, 74 ss., 76.

²⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 79 ss., spec. 86.

Come la storia insegna, da sempre un eccesso di regole si accompagna a un alto tasso di corruzione, fenomeno fisiologico ed endemico ⁽²⁵⁾.

INCOMPATIBILITY AND PROHIBITIONS FOR HOLDERS OF PUBLIC OFFICE

by Margherita Ramajoli

Abstract

One of the most important innovations introduced by the overall and recent anti-corruption legislation (law no. 190 of 6 November 2012, and legislative decrees no. 39 of 8 April 2013) consists of the discipline of incompatibility and prohibitions for holders of public office.

It constitutes a general tool for the prevention of conflicts between public interest and private interests, as well as a measure of subjective impartiality of public officials.

The provisions concerning the incompatibility and prohibitions innovate deeply than in the past, as strike conducted previously admitted, and not concern all public employees, being taken into consideration only public managerial positions, internal and external, and other high-level office.

The law marks a break with the past, even probably needs additions, clarifications and adjustments, as well as an inevitable break-in period.

²⁵ Anzi epidemico, per usare la suggestiva visione di G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.



Le responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni

di Cristiano Celone

SOMMARIO: 1. La lotta “preventiva” alla corruzione e gli strumenti di *enforcement* introdotti dalla legge delega n. 190 del 2012 e dai due decreti legislativi di attuazione n. 33 e n. 39 del 2013. - 2. Le responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicità delle informazioni. - 2.1. La responsabilità disciplinare. - 2.2. La responsabilità dirigenziale. - 2.3. La decurtazione o la mancata corresponsione della retribuzione di risultato ai dirigenti e del trattamento accessorio (collegato alla *performance* individuale) agli altri dipendenti. Un accenno. - 2.4. La responsabilità erariale per danno all’immagine. - 2.5. L’inefficacia dell’atto non pubblicato ed il divieto di trasferimento delle risorse. - 2.6. Sanzioni pecuniarie per ipotesi tassative. - 2.6.1. L’autorità competente ad irrogarle. - 3. La responsabilità amministrativa e disciplinare per l’inosservanza delle disposizioni in materia di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi. - 4. Segue. Le sanzioni.

1. La lotta “preventiva” alla corruzione e gli strumenti di *enforcement* introdotti dalla legge delega n. 190 del 2012 e dai due decreti legislativi di attuazione n. 33 e n. 39 del 2013

Il Parlamento ed il Governo italiano, perseguendo una politica di contrasto alla corruzione nell’amministrazione pubblica¹, hanno approvato, com’è noto, anche in virtù delle sollecitazioni provenienti da organizzazioni internazionali² ed

¹ Sulla corruzione pubblica: F. MERLONI e L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010; F. PALAZZO, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, AA.VV., a cura di B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO, Torino, 2013, 25 ss.

² Si pensi alla Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall’Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e ratificata dall’Italia con la legge 3 agosto 2009, n. 116; oppure, alla Convenzione penale ed alla Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d’Europa, adottate a Strasburgo il 27 gennaio ed il 4 novembre 1999, ratificate dall’Italia con le leggi del 28 giugno 2012, n. 110 e n. 112; oppure, alla Convenzione dell’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) del 17 dicembre 1997, sulla lotta alla corruzione di pubblici

europee³ e da commissioni parlamentari di studio⁴, la legge delega n. 190 del 6 novembre 2012 ed i due decreti legislativi di attuazione n. 33 e n. 39 del 14 marzo e dell'8 aprile 2013, con i quali si è dato vita per la prima volta ad una disciplina tendenzialmente organica (seppure con lacune da colmare e imperfezioni da eliminare)⁵ diretta non solo (o non tanto) a “punire” ma soprattutto a “prevenire” il fenomeno corruttivo attraverso l'adozione di varie misure amministrative anche sanzionatorie.

Le amministrazioni pubbliche sono state in particolare obbligate: ad adottare piani e programmi per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza e

ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997 ed in vigore per l'Italia dal 15 dicembre 2000.

Si vedano pure i due Rapporti di valutazione sull'Italia in ordine a diversi aspetti del fenomeno corruttivo adottati dal *Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO)* del Consiglio d'Europa, pubblicati il 16 ottobre 2009 ed il 14 giugno 2011, cui poi è seguito l'Addendum al Rapporto di conformità del primo e del secondo ciclo di valutazione congiunti sull'Italia, pubblicato il 1° luglio 2013 a seguito della 60° assemblea plenaria del GRECO (tenutasi a Strasburgo, dal 17 al 21 giugno 2013). Oppure, il Rapporto sulla Fase 3 dell'applicazione della Convenzione anticorruzione dell'OCSE in Italia, approvato e adottato dal Gruppo di lavoro dell'OCSE il 16 dicembre 2011.

Si v. pure i vari documenti pubblicati da *Transparency International*, l'Organizzazione non governativa, no profit, fondata nel 1993, con sede a Berlino, ed oggi presente in oltre novanta Nazioni, impegnata nel mondo con le sue attività di promozione dell'etica e della trasparenza e di prevenzione e contrasto della corruzione.

³ Cfr. il pacchetto di misure anticorruzione della Commissione europea del 6 giugno 2011. Successivamente, la Commissione ha presentato al Consiglio ed al Parlamento europeo un rapporto di valutazione dell'Italia sulla lotta alla corruzione, pubblicato il 3 febbraio 2014, in cui vengono prese in considerazione le leggi anticorruzione in commento. Si v. pure la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

⁴ In particolare, il documento pubblicato nel 2012 dalla Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, coordinata da Roberto Garofoli e nominata dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione. Ma si veda pure il rapporto pubblicato nel 1998 dal Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, presieduto da Sabino Cassese e nominato dal Presidente della Camera dei deputati.

⁵ I difetti di questa normativa anticorruzione sono già stati evidenziati da una parte della dottrina (M. CLARICH e B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 62, 67), che ha sottolineato come essa: si occupi della corruzione amministrativa, ma non di quella politica né privata, concentrandosi sulla trasparenza amministrativa, senza considerare la trasparenza nel finanziamento della politica; potenzi i codici di comportamento dei dipendenti pubblici, ma continui a non introdurne per i politici; si faccia carico dei conflitti di interesse dei primi, non di quelli dei parlamentari; non si preoccupi di certi reati privati, che sono spesso il presupposto della corruzione contro la pubblica amministrazione, come, ad esempio, il “falso in bilancio”, che spesso è finalizzato alla costituzione di fondi occulti, utilizzati per il pagamento delle tangenti. Tra le ulteriori misure ritenute utili per contrastare la corruzione, in atto assenti, questa stessa dottrina ha pure ricordato: la disciplina del *lobbying*, il contenimento dello *spoils system*, le incompatibilità e le regole di comportamento (anche) per i titolari degli uffici di *staff*, la centralizzazione dei concorsi pubblici, il rafforzamento dei corpi tecnici ed ispettivi, i controlli randomizzati sulle amministrazioni.

l'integrità, che si aggiungono ai piani sulla *performance* introdotti dalla riforma del 2009; a pubblicare nei propri siti istituzionali una serie numerosa di informazioni sulla propria organizzazione ed attività nel rispetto del principio della qualità dell'informazione⁶; ad osservare le ipotesi (individuata dalla legge) di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi amministrativi di vertice.

In funzione di *enforcement* di questi obblighi, finalizzati, non solo a prevenire la corruzione, ma anche a garantire una migliore efficienza, trasparenza ed imparzialità alle amministrazioni pubbliche, il legislatore ha pure predisposto un articolato sistema di vigilanza composto da più soggetti, nonché di responsabilità e sanzioni di diversa natura.

Al di là dell'introduzione di una forma di controllo diffuso sugli obblighi di trasparenza⁷ - con il riconoscimento a chiunque del diritto di richiedere, attraverso il nuovo istituto dell'accesso civico, la pubblicazione dei documenti, delle informazioni e dei dati individuati dalla legge⁸ - un ruolo di primo piano nell'at-

⁶ Secondo l'art. 1, comma 15, della legge n. 190/2012, in combinato con l'art. 6 del decreto n. 33/2013, la qualità delle informazioni è assicurata quando queste sono integre, costantemente aggiornate, complete, tempestive, semplici da consultare, comprensibili, omogenee, facilmente accessibili, conformi ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, indicano la loro provenienza e sono riutilizzabili secondo le previsioni dell'art. 7 del decreto.

⁷ La trasparenza, ormai considerata "principio generale" dell'ordinamento, nel decreto legislativo n. 33/2013, all'articolo 1, è, per un verso, intesa come "accessibilità totale alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"; per altro verso, posta come "valore fondante dello Stato democratico" ed espressione del "diritto del cittadino ad una buona amministrazione", in quanto si ritiene che: "concorra ad attuare il principio democratico ed i principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione"; "sia condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali"; "contribuisca alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino".

Nonostante l'enunciazione di principio della trasparenza come "accessibilità totale" alle informazioni pubbliche, questa, tuttavia, non può dirsi in senso proprio "totale", né tantomeno si traduce nel riconoscimento del cd. *right to know* proclamato dai *Freedom of Information Acts (FOIA)* adottati dalla gran parte delle democrazie liberali, ossia di un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino di conoscere l'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni a prescindere dall'esistenza di un corrispondente obbligo di pubblicazione legislativamente previsto (A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in questo volume; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9/2013, 795, in part. 803- 805).

⁸ Cfr. artt. 3 e 5, d. lgs. n. 33/2013. La "trasparenza" costituisce qui un principio ben più vasto di quello di "pubblicità". Trasparenza - come è stato già osservato da F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in questo volume - vuol dire, infatti, accessibilità, chiarezza e comprensibilità dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, mentre, la pubblicità, identificata nella pubblicazione di una serie di atti concernenti le amministrazioni pubbliche, è un mero stato di fatto dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento, che, per un verso, serve a garantire la trasparenza, essen-

tività di vigilanza all'interno di ogni ente pubblico, al fine di garantire l'esatto adempimento delle regole sulla trasparenza e sull'imparzialità amministrativa, è stato attribuito al "responsabile per la trasparenza", che, di norma, è anche il "responsabile per la prevenzione della corruzione", chiamato (in questa duplice veste) a predisporre ed aggiornare il "programma triennale per la trasparenza e l'integrità" ed il più ampio "piano triennale anticorruzione"⁹, proponendone l'adozione all'organo di indirizzo politico¹⁰.

Al responsabile della trasparenza e della prevenzione della corruzione, che di regola è un dirigente di ruolo di prima fascia in servizio (individuato dall'organo di indirizzo politico)¹¹, compete, in particolare, oltre ad un potere di controllo sul rispetto degli obblighi di pubblicazione e delle cause di inconfiribilità ed incompatibilità degli incarichi, anche un dovere di segnalare le violazioni: agli organi della propria amministrazione e cioè all'organismo indipendente di valutazione (OIV) della *performance* (organizzativa e individuale), all'organo di indirizzo politico (ai fini dell'eventuale attivazione della responsabilità dirigenziale) ed all'ufficio per i procedimenti disciplinari; ed a soggetti esterni, come la Commissione nazionale per la valutazione, l'integrità e la trasparenza delle pubbliche Amministrazioni (CIVIT), oggi, Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)¹², la Corte dei conti (per gli eventuali profili di responsabilità amministrativa, anche per danno all'immagine dell'ente), nonché, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per l'esercizio delle funzioni ad essa attribuite (dalla legge n. 215/2004) in materia di conflitto di interessi¹³.

Il responsabile della trasparenza e della prevenzione della corruzione non è, però, soltanto un organo di controllo, essendo al contempo anche un organo controllato, ove si consideri che, anche al fine di garantire l'esatto adempimento dei compiti che incombono sui responsabili della trasparenza e della prevenzione della corruzione di ciascuna amministrazione, è previsto, a livello nazionale, un controllo sul loro operato da parte di un'autorità amministrativa indipendente

done uno degli strumenti, insieme, per esempio, all'istituto dell'accesso civico, per altro verso, è al pari dell'accesso civico garantito dalla trasparenza, nella misura in cui la loro reale efficacia dipende dal fatto che le informazioni pubblicate o rese accessibili siano realmente comprensibili e complete. A tal fine, l'importanza anche di una semplificazione del linguaggio amministrativo a fronte di una terminologia tecnica e complessa, proprio allo scopo di consentire a chiunque di comprendere il significato dei termini utilizzati negli atti amministrativi.

⁹ L'art. 10, comma 2, ult. per., d.lgs. n. 33/2013, stabilisce, infatti, che il programma triennale per la trasparenza e l'integrità costituisce di norma una sezione del piano di prevenzione della corruzione.

¹⁰ Art. 43, d.lgs. n. 33/2013; art. 1, comma 8, legge n. 190/2012.

¹¹ Art. 1, comma 7, legge n. 190/2012.

¹² Art. 45, d.lgs. n. 33/2013.

¹³ Artt. 43, 44, 46, d.lgs. n. 33/2013; art. 15, d.lgs. n. 39/2013.

(con poteri di vigilanza, regolazione e sanzione) quale si considera la già ricordata ANAC. Questa è, infatti, chiamata a garantire che tutte le amministrazioni rispettino le regole in tema di obblighi di pubblicazione e di inconfiribilità ed incompatibilità degli incarichi, esercitando anch'essa (come i singoli responsabili della trasparenza) compiti di controllo (pure di tipo ispettivo) e di segnalazione delle violazioni ai vertici politici, agli OIV, agli uffici per i procedimenti disciplinari ed alla Corte dei conti; ma non solo, essendo l'ANAC titolare pure di: poteri di ordine dal contenuto ampio ed atipico (potendo ordinare alle amministrazioni pubbliche l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza); poteri consultivi e cautelari (in materia di inconfiribilità ed incompatibilità degli incarichi), come quelli con cui esprime pareri (obbligatori) sulle direttive e le circolari ministeriali concernenti l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni del decreto n. 39/2013, oppure decide di sospendere la (singola) procedura di conferimento dell'incarico (laddove ravvisi una violazione delle regole)¹⁴; nonché - in seguito al decreto legge 24 giugno 2014, n. 90¹⁵, che ha soppresso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), trasferendone contestualmente funzioni e risorse (umane, finanziarie e strumentali) all'ANAC - poteri sanzionatori di carattere pecuniario, esercitabili nel caso in cui i soggetti obbligati non adottino i piani triennali di prevenzione della corruzione, i programmi triennali della trasparenza o i codici di comportamento¹⁶.

Accanto a questo articolato sistema di vigilanza e di responsabilità, che coinvolge, si è visto, diversi soggetti pubblici, interessati, a vario titolo, dai procedimenti di diffusione dei dati e di conferimento degli incarichi, il nostro legislatore ha elaborato un altrettanto complesso apparato di sanzioni.

¹⁴ Art. 1, comma 2 e 3, legge n. 190/2012; art. 45, d.lgs. n. 33/2013; art. 16, d.lgs. n. 39/2013.

¹⁵ Convertito con modifiche dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

¹⁶ Art. 19, comma 5, lettera b). La sanzione pecuniaria è applicabile dall'ANAC nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, e può oscillare da un minimo di mille euro ad un massimo di diecimila euro. Al Presidente dell'ANAC sono stati altresì attribuiti ulteriori poteri, quali, per esempio: quelli di alta sorveglianza per garantire la correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento EXPO Milano 2015, che vanno dalla formulazione di proposte al Commissario unico delegato del Governo per l'Expo Milano 2015 ed alla Società Expo 2015 p.a. per la corretta gestione delle procedure d'appalto, alla verifica preventiva della legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento, ai poteri ispettivi e di accesso alle banche dati (art. 19, comma 7, e art. 30); oppure, il potere di proporre al Prefetto competente l'applicazione di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di quelle imprese aggiudicatrici di un appalto o concessionarie di un lavoro imputate di delitti o condotte illecite (art. 32).

2. *Le responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicità delle informazioni*

In attuazione dei principi e dei criteri direttivi, molto ampi, contenuti nell'articolo 1, al comma 33¹⁷, ma soprattutto al comma 35, lett. h), della legge n. 190/2012 - ove si "delega il Governo ad individuare, anche mediante revisione e integrazione della disciplina vigente, le responsabilità e le sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione" - l'impianto sanzionatorio disposto dal decreto n. 33/2013, nelle ipotesi di inadempimento da parte delle amministrazioni pubbliche degli obblighi di trasparenza concernenti la propria organizzazione ed attività, si snoda attraverso diverse disposizioni: da quelle che individuano nuove fattispecie di responsabilità disciplinare, dirigenziale ed amministrativa; a quelle che prevedono l'inefficacia dell'atto che non sia stato pubblicato o il divieto di trasferimento (o la riduzione) delle risorse finanziarie; a quelle, infine, che stabiliscono sanzioni amministrative di tipo pecuniario soltanto in alcune ipotesi tassative.

2.1. *La responsabilità disciplinare*

La responsabilità disciplinare per inadempimento degli obblighi di trasparenza ha un ambito di applicazione, soggettivo ed oggettivo, molto ampio, dal momento che può essere contestata: ai dirigenti responsabili degli uffici o ai soggetti comunque tenuti alla tempestiva e regolare diffusione delle informazioni, qualora non adempiano agli obblighi di trasmissione e pubblicazione delle stesse; al responsabile della trasparenza, per inadempimento dei propri doveri di vigilanza sulla corretta attuazione degli obblighi di pubblicazione¹⁸; ed a tutti i dipendenti che violino i propri doveri relativi all'attuazione del piano di prevenzione della corruzione¹⁹ (oltre quelli contenuti nel codice di comportamento e nei contratti collettivi).

La mancata "attuazione" del piano di prevenzione della corruzione sembrerebbe rilevare, però, sotto il profilo della responsabilità disciplinare, in modo diverso dalla mancata "predisposizione" dello stesso, essendo entrambe le fattispecie

¹⁷ Ove è stabilito che la mancata o incompleta pubblicazione da parte delle pubbliche amministrazioni delle informazioni di cui al comma 31 costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198 (consentendo, pertanto, l'eventuale ricorso collettivo dinanzi al giudice amministrativo a tutela dell'efficienza della pubblica amministrazione e dei concessionari di pubblici servizi), ed è comunque valutata ai fini della responsabilità dirigenziale. Si specifica, inoltre, che eventuali ritardi nell'aggiornamento dei contenuti sugli strumenti informatici sono sanzionati a carico dei responsabili del servizio.

¹⁸ Cfr. artt. 43 e 45, d.lgs. n. 33/2013.

¹⁹ Cfr. art. 54, comma 3, d. lgs. 165/2001, come sostituito dall'art. 1, comma 44, della legge n. 190/2012.

contemplate dalla legge delega n. 190/2012, ma in termini differenti: il dirigente che non abbia “predisposto” il piano, infatti, per come è formulata la norma, potrebbe essere sottoposto ad un procedimento disciplinare soltanto nel caso in cui all’interno dell’ente di appartenenza sia stato commesso un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato²⁰. Non sarebbe stata, invece, tipizzata dalla legge la responsabilità disciplinare per mancata predisposizione o mancato aggiornamento o mancata attuazione del programma triennale per la trasparenza. Le difficoltà applicative scaturenti dalla formulazione imprecisa e poco coordinata di tali norme possono comunque essere superate, se è vero che la mancata predisposizione o il mancato aggiornamento del piano o del programma, impedendone ovviamente la pubblicazione, finisce per integrare la fattispecie dell’inadempimento dell’obbligo di pubblicazione di questo atto di pianificazione e programmazione²¹, che certamente rileva (anche) sul piano della responsabilità disciplinare.

Il decreto, all’articolo 15, comma 3²², individua, altresì, un’altra ipotesi di responsabilità disciplinare del dirigente (da accertare all’esito del relativo procedimento), qualora questi abbia disposto il pagamento di un compenso in favore di un soggetto esterno, che sia titolare di un incarico dirigenziale o di collaborazione o consulenza, senza che siano stati preventivamente pubblicati gli estremi dell’atto di conferimento dell’incarico (con l’indicazione del soggetto percettore, della ragione dell’incarico e dell’ammontare erogato). In questo caso, è prevista una sanzione pecuniaria²³, predeterminata dalla legge addirittura in una somma fissa pari a quella indebitamente corrisposta, che, per la verità, anche in relazione all’importo del corrispettivo erogato nel singolo caso concreto al soggetto esterno, potrebbe risultare notevolmente sproporzionata, specie se raffrontata con l’omissione di un adempimento formale (come la pubblicazione dell’atto sul sito istituzionale) e con un incarico esterno che sia stato legittimamente affidato e ben svolto e da cui l’ente abbia tratto vantaggio²⁴.

²⁰ Vd. art. 1, commi 12-14, legge n. 190/2012.

²¹ Il suddetto obbligo è imposto dall’art. 12, d.lgs. n. 33/2013.

²² Ove viene ripresa una fattispecie di responsabilità, che era stata già prevista dall’art. 1, comma 127, della legge n. 662/1996, oggi abrogato dall’art. 53, comma 1, del decreto in esame.

²³ F. CERIONI, *La responsabilità patrimoniale dei pubblici dipendenti e le esimenti. Le nuove fattispecie di responsabilità erariale emergenti dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e dai decreti attuativi*, in *www.amministrativamente.com*, n. 12/2013, 16, ritiene che la previsione (apparentemente poco meditata) del recupero del danno cagionato all’ente per il pagamento del compenso sotto forma di “sanzione pecuniaria” delinea una “peculiare fattispecie di danno erariale ad accertamento atipico”, in cui il legislatore rimette l’accertamento della responsabilità, in una prima fase, alla stessa amministrazione attraverso il procedimento disciplinare, ma che non esclude, qualora il procedimento disciplinare non venga attivato o la sanzione non sia applicata o sia ridotta, l’esercizio dell’azione di responsabilità da parte del Procuratore regionale della Corte dei conti, ove sussistano i presupposti stabiliti dall’art. 1, della legge n. 20/1994 (danno, rapporto di causalità tra il fatto ed il danno, dolo o colpa grave).

²⁴ Cfr., sul punto, Corte dei conti, sez. giurisdiz. per la Campania, 16 luglio 2013, n. 958.

La disposizione in esame poi conclude, facendo salvo - ma in termini, per la verità, poco chiari - il diritto al risarcimento del danno da parte del destinatario, ove ricorrano le condizioni per proporre l'azione di condanna davanti al giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 30 del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010). Non si comprende appieno, infatti, se il comma 3 si riferisca al dirigente destinatario della sanzione pecuniaria, il quale, essendo stato sanzionato a titolo di responsabilità disciplinare per avere disposto il pagamento senza la preventiva pubblicazione dell'atto di conferimento dell'incarico, potrebbe domandare al giudice amministrativo la condanna al risarcimento del danno (che ha subito a titolo di sanzione pecuniaria) contro il soggetto eventualmente responsabile della mancata pubblicazione dell'atto. O, piuttosto, se essa faccia riferimento al soggetto esterno destinatario dell'incarico, il quale potrebbe promuovere l'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivantegli dal mancato esercizio di attività amministrativa obbligatoria (nel caso di specie: omessa pubblicazione, da parte del soggetto pubblico responsabile, degli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico), qualora, a causa dell'inefficacia dell'atto di conferimento (per omessa pubblicazione dello stesso), non si veda erogato il compenso spettantegli per l'incarico svolto. In quest'ultimo caso, però, poiché la controversia verte sulla lesione di un diritto soggettivo (quale si considera il diritto di credito di chi ha svolto un incarico per il quale era prevista una retribuzione) e non ricade tra le materie attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la competenza a giudicare di simili questioni dovrebbe spettare al giudice ordinario.

2.2. *La responsabilità dirigenziale*

L'art. 46 del decreto n. 33/2013, che condivide lo stesso impianto teleologico del successivo art. 47 sulle sanzioni amministrative pecuniarie e delle precedenti disposizioni sanzionatorie, quello cioè di garantire, attraverso la minaccia di una sanzione, l'effettiva osservanza degli obblighi di trasparenza e pubblicità, si limita a richiamare l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione e la mancata predisposizione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità come elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale, della responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione pubblica, nonché per la corresponsione (o meno) della retribuzione di risultato al dirigente²⁵ e del trattamento accessorio (collegato alla *performance* individuale) al dipendente.

L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione, pertanto, può essere anche fonte di responsabilità dirigenziale a carico del dirigente dell'ufficio tenuto

²⁵ La retribuzione di risultato è una componente specifica del trattamento economico dei dirigenti che dovrebbe comprendere il 30% della retribuzione complessiva.

alla diffusione del dato, a meno che questo non provi che la violazione è dipesa da “causa a lui non imputabile”. Nello stesso tipo di responsabilità può incorrere anche il responsabile della trasparenza, nel caso in cui non abbia predisposto il programma triennale per la trasparenza e l'integrità. La responsabilità dirigenziale per mancata predisposizione del piano triennale di prevenzione della corruzione è, invece, contemplata dall'articolo 1, commi 8 e 12, della legge n. 190/2012.

Il regime sanzionatorio applicabile in questi casi, in assenza di diverse indicazioni da parte del legislatore, è quello previsto in generale dagli articoli 21 e 22 del decreto legislativo n. 165/2001 (che, è noto, contiene le «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», cd. TUPI), ove sono individuate, in relazione alla gravità dei fatti, tre tipi di misure, irrogabili al momento da parte dell'organo di indirizzo politico²⁶, che sono: il mancato rinnovo dell'incarico, la revoca anticipata dello stesso ed il licenziamento.

L'introduzione di questa nuova forma di responsabilità dirigenziale solleva, tuttavia, alcune perplessità in merito alla sua reale natura, domandandosi l'inter-

²⁶ Malgrado l'assenza di un'espressa indicazione da parte del legislatore statale, si presume che sia il vertice politico, quale organo cui spetta il potere di conferire l'incarico dirigenziale, il soggetto competente ad adottare anche le misure correttive e sanzionatorie individuate per la responsabilità dirigenziale, e ciò in virtù del principio del *contrarius actus* ed in analogia con la disciplina generale della revoca e dell'annullamento d'ufficio del provvedimento (artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241/1990), che attribuiscono la competenza a revocare o ad annullare un provvedimento allo stesso organo che l'ha adottato, oppure ad altro organo previsto dalla legge.

Anche nell'ipotesi in cui, comunque, l'incarico dirigenziale non sia stato conferito dal soggetto politico ma dal dirigente generale, si ritiene che la competenza sanzionatoria per responsabilità dirigenziale spetti sempre all'organo di indirizzo politico, in deroga, questa volta, al principio del *contrarius actus*, ma in conformità al principio di legalità. E' il caso delle amministrazioni statali o regionali, in cui la dirigenza è articolata in due fasce ed è il dirigente generale (anziché il ministro o l'assessore) l'organo competente ad attribuire gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale “non generale”. In queste ipotesi, il dirigente generale, cui spetta il potere di conferire l'incarico, non ha anche il potere di revocarlo o di irrogare le altre misure sanzionatorie, poiché l'art. 16, al comma 1, lettera e), ultima parte, del d.lgs. n. 165/2001, gli attribuisce soltanto il compito di “proporre l'adozione” (nei confronti del dirigente) di una delle predette misure, seppure senza individuare espressamente il soggetto al quale rassegnare la proposta. Soggetto, quest'ultimo, che, in ogni caso, si presume che sia il ministro competente, stante la previsione di cui (questa volta) alla lettera a) del predetto comma, ove, tra i compiti ed i poteri attribuiti ai dirigenti di uffici dirigenziali generali, vi è anche quello di “formulare proposte ed esprimere pareri al ministro”. E' di contrario avviso sulla questione F. DINELLI, *Le sanzioni per le violazioni degli obblighi di pubblicazione e la tutela giurisdizionale dell'accesso civico*, in *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, a cura di B. Ponti, Rimini, 2013, 401, il quale, nonostante le disposizioni di cui all'art. 16, ritiene, in omaggio alla logica del *contrarius actus*, ma in difformità dal principio di legalità, che la competenza a decidere sull'adozione o meno delle misure (di cui all'art. 21, d.lgs. n. 165/2001) contro il titolare di un ufficio dirigenziale spetti (non all'organo di indirizzo politico, ma) allo stesso organo preposto all'ufficio dirigenziale generale che gli ha conferito l'incarico.

prete se non sia più corretto inquadrarla soltanto tra le ipotesi di responsabilità disciplinare, essendo, in definitiva, una fattispecie di violazione di un dovere d'ufficio qual è l'inadempimento di un obbligo puntuale imposto dalla legge. La responsabilità dirigenziale, d'altra parte, è stata originariamente concepita come una responsabilità collegata ai risultati complessivamente raggiunti dal dirigente in relazione agli obiettivi assegnatigli, tanto è vero che le fattispecie individuate inizialmente dal legislatore sono state il mancato raggiungimento degli obiettivi e l'inosservanza delle direttive²⁷.

Oltre a queste due fattispecie originarie di responsabilità dirigenziale, è pur vero, però, che, nel 2009, il legislatore ha introdotto l'ipotesi della (colpevole) violazione del dovere di vigilanza del dirigente sul rispetto, da parte del personale assegnato al proprio ufficio, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione²⁸, con la sola sanzione specifica applicabile della decurtazione della retribuzione di risultato (fino alla quota massima dell'ottanta per cento), che ha fatto nascere comunque lo stesso genere di dubbi circa la sua vera natura: non tanto dirigenziale, quanto piuttosto disciplinare²⁹.

Con l'inserimento di queste due ultime fattispecie di responsabilità dirigenziale, si ritiene, di conseguenza, che si finisca, non solo per sovrapporre situazioni giuridiche diverse, che dovrebbero semmai rilevare soltanto sul piano della responsabilità disciplinare (non già pure sul piano della responsabilità dirigenziale), ma anche per snaturare i caratteri propri della responsabilità dirigenziale, collegata fondamentalmente al mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati a ciascun dirigente, anziché all'inadempimento di specifiche disposizioni di legge che impongono puntuali doveri d'ufficio, ovvero, all'inosservanza delle disposizioni che assegnano al dirigente precisi doveri di vigilanza e di pubblicità e trasparenza.

La scelta del nostro legislatore è stata, pertanto, quella di considerare uno stesso fatto - come, in questo caso, l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione e la

²⁷ Sul contenuto delle direttive, soprattutto di quelle emanate dagli organi politici, che, in ragione della loro natura di atti di indirizzo politico-amministrativo, dovrebbero mantenere un carattere "generale", limitandosi, cioè, soltanto alla definizione degli indirizzi e degli obiettivi strategici ed operativi, che i dirigenti destinatari dovranno raggiungere, al fine così di salvaguardare l'autonomia decisionale di questi ultimi e le competenze riservategli dalla legge, sia permesso il rinvio a C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, in *La dirigenza locale*, AA. VV., a cura di A. Contieri e M. Immordino, Napoli, 2012, 270 ss.

²⁸ Standard, quelli fissati dall'ente, che, a loro volta, devono essere conformi agli indirizzi (in tema di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni) deliberati dalla CIVIT, oggi, ANAC, le cui funzioni in materia (di misurazione e valutazione della *performance*) sono state, però, di recente, trasferite al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, in base a quanto previsto dall'art. 19, comma 9, del decreto legge n. 90/2014, cit.

²⁹ C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 275 ss.

mancata predisposizione del piano anticorruzione o del programma per la trasparenza - rilevante ai fini della responsabilità dirigenziale e disciplinare, oltre che possibile fonte di responsabilità amministrativa per danno all'immagine. In questa direzione, d'altra parte, sono orientate le disposizioni del decreto³⁰ e della legge n. 190/2012³¹.

Ciononostante, l'utilizzo della responsabilità dirigenziale come strumento di *enforcement* a carattere sanzionatorio, al fine di dissuadere i soggetti che svolgono funzioni dirigenziali dal porre in essere comportamenti violativi degli obblighi di pubblicità e trasparenza, non appare convincente né adeguato rispetto allo scopo che si intende perseguire.

La ragione di simili perplessità risiede nella logica che ispira la responsabilità dirigenziale, che non è, né dovrebbe essere, quella di reagire alla violazione di una regola o alla produzione di un danno, bensì, quella, ben diversa, di garantire la realizzazione di un obiettivo prefissato, ovvero il raggiungimento di un risultato voluto dall'organo di indirizzo politico, rimuovendo tempestivamente il dirigente dimostratosi inadeguato all'incarico.

La responsabilità dirigenziale non può cioè rappresentare, se non al costo di uno snaturamento e di una commistione con altre forme di responsabilità (come si ritiene che stia accadendo con quella disciplinare), lo strumento più appropriato per sanzionare condotte che integrano la violazione di specifici doveri ed obblighi (imposti dalla legge o dal codice di comportamento o dal contratto collettivo) e che rilevano sicuramente sul piano della responsabilità disciplinare, essendo la responsabilità dirigenziale legata all'operato complessivo del dirigente e quindi al contributo che egli in generale ha saputo offrire per il raggiungimento degli obiettivi del proprio ente.

La pretesa di sanzionare con il meccanismo della responsabilità dirigenziale il mancato adempimento dei predetti obblighi rischia così di risultare in concreto vano, in quanto tale forma di responsabilità, proprio per il suo carattere onnicomprensivo, finisce per assorbire una molteplicità di aspetti di natura eterogenea; per cui, se venisse attivata per censurare l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione, anche al cospetto di simili inadempimenti potrebbero comunque rinvenirsi nell'operato complessivo del dirigente, in funzione compensativa, comportamenti virtuosi, idonei a favorire un giudizio comunque positivo sulla sua attività e sui risultati raggiunti³².

³⁰ Cfr. artt. 43 e 45.

³¹ Cfr.: art. 1, commi 12-14, nonché il comma 44, che, nel riformulare l'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001, sul codice di comportamento dei dipendenti pubblici, stabilisce, al comma 3, che anche la violazione dei doveri relativi all'attuazione del piano di prevenzione della corruzione è fonte di responsabilità disciplinare ed è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile.

³² F. DINELLI, *op. cit.*, 405-406.

2.3. *La decurtazione o la mancata corresponsione della retribuzione di risultato ai dirigenti e del trattamento accessorio (collegato alla performance individuale) agli altri dipendenti. Un accenno*

Più adeguato allo scopo rispetto all'utilizzo dell'istituto della responsabilità dirigenziale appare l'altro meccanismo di *enforcement* a carattere sanzionatorio (in senso lato) contemplato dall'art. 46 del decreto n. 33/2013, quello cioè che impone di valutare l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione e la mancata predisposizione del programma per la trasparenza (anche) ai fini dell'applicazione della misura della decurtazione o della mancata corresponsione della retribuzione di risultato. A fronte della violazione dei suddetti obblighi si può quindi decidere di decurtare o non corrispondere la retribuzione di risultato ai dirigenti o il trattamento accessorio (collegato alla *performance* individuale) agli altri dipendenti, similmente a quanto si può fare, si è visto, nel caso di responsabilità dirigenziale per omessa vigilanza sul rendimento dei propri dipendenti, in cui, però, la retribuzione di risultato può essere soltanto decurtata fino alla quota massima dell'ottanta per cento.

2.4. *La responsabilità erariale per danno all'immagine*

I dipendenti che non adempiono agli obblighi di pubblicazione o non predispongono i piani anticorruzione o della trasparenza possono anche incorrere - come prevede l'art. 46 del decreto n. 33/2013, e l'art. 1, comma 12, della legge n. 190/2012 - in una particolare forma di responsabilità amministrativa, qual è la responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione pubblica. Un danno, questo, qualificato (prevalentemente) come "non patrimoniale" e considerato risarcibile³³ dalla prevalente giurisprudenza contabile nella misura in cui superi la cd. "soglia minima" di offensività³⁴, costituendo una lesione, economicamente

³³ Sia sotto il profilo della diminuita considerazione dell'ente pubblico presso i consociati in genere o presso coloro che operano nei settori nei quali l'ente interviene, sia sotto quello dell'incidenza negativa che la sminuita reputazione cagiona all'agire dei suoi organi.

³⁴ Nel senso che la condotta illecita deve essere altamente lesiva del bene-valore che si riflette sull'immagine pubblica, così da ingenerare, sul piano del clamore sociale (elemento, questo, necessario ai fini della realizzazione della fattispecie dannosa), una corale disapprovazione ed un diffuso e persistente sentimento di sfiducia della collettività nell'Amministrazione, per la manifesta ed abnorme contrarietà del suo operato ai doveri di servizio, ai fondamentali canoni della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità. La lesione dell'immagine, quindi, deve rilevare come riflesso negativo del comportamento antidoveroso del dipendente pubblico, che deteriora ed offusca l'immagine dell'amministrazione pubblica, la quale, per definizione, deve possedere, diffondere e difendere valori di onestà, correttezza, trasparenza, legalità ed affidabilità. Il comportamento illecito del dipendente, in altri termini, deve essere tale da deteriorare il rapporto di fiducia tra la cittadinanza e l'istituzione pubblica, a tal punto da realizzare un vero e proprio "danno sociale" (in questi termini si esprime Corte dei conti, sez. giurisdiz. per la Lombardia, 14 marzo, 2014, n. 47).

valutabile, del diritto della persona giuridica all'integrità della propria immagine³⁵, rappresentata dalla considerazione che i consociati hanno di un modello di organizzazione ed azione pubblica conforme ai canoni costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità³⁶. La credibilità, l'affidabilità, il prestigio e la personalità pubblica dell'amministrazione sono, d'altra parte, un bene giuridico di per sé, tutelato dall'art. 97 della Costituzione, il cui pregiudizio, sebbene non comporti una diminuzione patrimoniale diretta, è in ogni caso "suscettibile di valutazione economica sotto il profilo degli oneri necessari al suo ripristino"³⁷, ma non solo, in quanto le spese necessarie al recupero della reputazione dell'istituzione pubblica costituiscono "solo uno dei possibili parametri per la quantificazione equitativa del risarcimento", ben potendo il giudice avvalersi anche di altri criteri quali "la capacità esponenziale dell'ente danneggiato, la natura delle funzioni esercitate, l'ampiezza e la diffusione data dai *mass media* all'illecito, le modalità di realizzazione dell'illecito e la rilevanza del danno patrimoniale diretto eventualmente arrecato, oltre alla qualifica rivestita dall'autore dell'illecito e alla sua collocazione nell'amministrazione di appartenenza, intesa come capacità di rappresentarla all'esterno"³⁸.

La legge n. 190/2012, all'art. 1, comma 62³⁹, introduce peraltro una presunzione relativa per la quantificazione di questo tipo di danno nell'ambito del giudizio di responsabilità, stabilendo che "la sua entità si presume, salvo prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente".

Ma l'aspetto innovativo di questa disposizione riguarderebbe piuttosto un altro profilo, e cioè l'interpretazione che di recente la giurisprudenza contabile⁴⁰ ha fatto della locuzione in cui si statuisce che il danno all'immagine della pubblica amministrazione, risarcibile nell'entità sopra indicata, è quello "derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata

³⁵ La lesione dell'immagine della pubblica amministrazione si concretizza tutte le volte che un soggetto legato da un rapporto di impiego o di servizio con un ente pubblico ponga in essere un comportamento criminoso e sfrutti la posizione ricoperta per il soddisfacimento di scopi utilitaristici personali e non per il raggiungimento di interessi pubblici generali, realizzando attività illecite di cui la collettività venga a conoscenza (cosiddetto *clamor fori*), minando in tal modo la fiducia dei cittadini nella correttezza dell'azione amministrativa, con ricadute negative sull'organizzazione amministrativa, sull'esercizio delle funzioni pubbliche e sulla gestione dei servizi pubblici.

³⁶ In questi termini, Corte costituzionale, 15 dicembre 2010, n. 355, secondo la quale è proprio la stretta relazione esistente tra le regole "interne", improntate al rispetto dei canoni di imparzialità e buon andamento, e la proiezione "esterna" di esse, che giustifica il riconoscimento in capo all'amministrazione di una tutela risarcitoria per danno alla sua immagine.

³⁷ Corte dei conti, sez. I, 7 dicembre 2007, n. 501.

³⁸ Corte dei conti, sez. III, 22 luglio 2013, n. 522.

³⁹ Che ha novellato l'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, sulla disciplina generale della responsabilità amministrativa, aggiungendo il nuovo comma 1-*sexies*.

⁴⁰ Corte dei conti, sez. giurisdiz. per la Lombardia, n. 47/2014, cit.

in giudicato”. Il giudice contabile ha infatti ritenuto che questa proposizione normativa consenta di superare e quindi di ritenere implicitamente abrogata⁴¹ la regola contenuta nell’art. 17, comma 30-ter, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78⁴², in combinato con l’art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, che limita il risarcimento del danno all’immagine ai soli casi in cui il comportamento criminoso del reo abbia integrato una delle fattispecie delittuose contemplate nel capo primo del titolo secondo del libro secondo del codice penale, ovvero uno dei reati propri dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione accertati con sentenza irrevocabile di condanna.

L’innovazione apportata dalla norma consisterebbe quindi nell’aver ampliato i casi di risarcibilità del danno all’immagine della pubblica amministrazione, affermando che questo è risarcibile ove sia accertata con sentenza passata in giudicato⁴³ la commissione di “qualunque reato” contro la pubblica amministrazione e non solo di uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Non si comprende appieno, tuttavia, nel ragionamento della Corte dei conti, sebbene la stessa sia mossa dalla lodevole esigenza di superare l’impostazione ingiustificatamente limitativa della risarcibilità del danno all’immagine scelta dal legislatore nel 2009 e difesa per certi versi dalla Corte costituzionale nel 2010⁴⁴, come la novella legislativa del 2012, incentrata essenzialmente sulla predeterminazione dell’entità del risarcimento del danno all’immagine della pubblica amministrazione attraverso il ricorso ad una presunzione “*iuris tantum*”, possa implicitamente abrogare il secondo periodo del comma 30-ter, che disciplinerebbe invece un aspetto processuale diverso, statuendo chiaramente che “Le Procure della Corte dei conti esercitano l’azione per il risarcimento del danno all’immagine *nei soli casi* e nei modi previsti dall’articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97”, che sono quelli, si ripete, in cui sia stata “pronunciata sentenza irrevocabile di condanna contro i dipendenti per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale”.

Altrettante perplessità solleva poi la tesi di chi⁴⁵ ritiene che le disposizioni della legislazione anticorruzione possano addirittura intendersi nel senso di considerare risarcibile il danno all’immagine della pubblica amministrazione anche nel caso di comportamenti gravemente colposi di alcuni dipendenti, in ordine alla mancata adozione delle misure (sopramenzionate) di prevenzione della corruzione, che “non siano però puniti dalla legge penale”.

⁴¹ F. CERIONI, *Risarcibile il danno all’immagine in tutti i casi di accertamento con sentenza definitiva della commissione di un reato contro la P.A.*, in www.amministrativamente.com, n. 3-4/2014, 7.

⁴² Convertito con modifiche dalla legge 3 agosto 2009, n. 102.

⁴³ Anziché con sentenza irrevocabile di condanna.

⁴⁴ Corte cost., n. 355/2010, cit.

⁴⁵ F. CERIONI, *Risarcibile il danno all’immagine ...*, cit., 7-8, 9; ID., *La responsabilità patrimoniale dei pubblici dipendenti e le esimenti ...*, cit., 18.

La responsabilità amministrativa per danno all'immagine dell'ente pubblico, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 17, comma 30-*ter*, del decreto legge n. 78/2009, è stata infatti subordinata alla condanna con sentenza irrevocabile del dipendente che abbia commesso uno dei reati ascrivibili alla categoria dei "delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione".

Pertanto, affinché la mancata adozione delle misure di prevenzione della corruzione rilevi sul piano della responsabilità per danno all'immagine, appare necessario che la condotta sia ascrivibile all'interno di uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, da cui siano scaturite conseguenze pregiudizievoli per il prestigio della stessa. Nè sembra che vi possano essere dubbi sul fatto che, pure in assenza delle previsioni sulla responsabilità per danno all'immagine contenute nelle leggi anticorruzione, il dipendente condannato in via definitiva per un delitto commesso contro l'amministrazione pubblica attraverso la violazione dell'obbligo di pubblicazione di taluni documenti o di adozione delle altre misure previste dalla legge, incorra comunque in questa forma di responsabilità amministrativa, ove risulti lesa l'immagine dell'ente.

Resterebbe, così, tuttora discusso - anche dopo l'introduzione, nel 2012, del commentato comma 1-*sexies* nel corpo dell'art. 1 della legge n. 20/1994, e, nel 2013, delle fattispecie di responsabilità erariale per danno all'immagine, soprattutto a fronte del comma 30-*ter*, giudicato legittimo dalla Corte costituzionale nella ricordata sentenza n. 355/ 2010, in cui è stata dichiarata non manifestamente irragionevole la scelta del legislatore di limitare la possibilità di chiedere il risarcimento di tale tipo di danno soltanto in presenza di alcune fattispecie delittuose - se al giudice sia preclusa una pronuncia di condanna al risarcimento del danno all'immagine, anche se il nocumento derivi da un reato diverso da quelli indicati dalla norma, dal momento che una parte della giurisprudenza contabile⁴⁶ ritiene possibile sul punto un'interpretazione diversa da quella fatta propria dal giudice delle leggi, facendo leva sul fatto che la sentenza della Corte costituzionale è una decisione "di rigetto", come tale, a differenza di quelle dichiarative dell'illegittimità costituzionale, non avente efficacia *erga omnes* e vincolante (neppure in assoluto) solo per il giudice *a quo*. Vi sono, d'altra parte, nel nostro codice penale altri tipi di reato - come, per esempio, i delitti contro la personalità dello Stato o contro l'amministrazione della giustizia - che, sebbene non siano espressamente collocati tra i delitti contro la pubblica amministrazione, sono tuttavia suscettibili di arrecare un *vulnus* all'immagine del soggetto pubblico, per cui non appare ragionevole né corretto né tantomeno conforme ai principi costituzionali escludere la risarcibilità in questi casi⁴⁷.

⁴⁶ Tra le prime: Corte dei conti, sez. Toscana, 18 marzo 2011, n. 90; si v. pure Corte dei conti, sez. I, 14 dicembre 2012, n. 809.

⁴⁷ In questo senso anche F. PAVONI, *La Corte costituzionale salva il «Lodo Bernardo»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 796-797.

2.5. *L'inefficacia dell'atto non pubblicato ed il divieto di trasferimento delle risorse*

Nel corpo del decreto vi sono pure disposizioni che per talune fattispecie di infrazione tipizzate stabiliscono la sanzione dell'inefficacia dell'atto non pubblicato o del divieto di trasferimento (o della riduzione) delle risorse finanziarie, sempre che si accolga un'accezione lata del concetto di sanzione, non circoscritta, cioè, alle sole misure sanzionatorie in senso stretto quali si considerano quelle cd. affittive a carattere pecuniario o interdittivo⁴⁸.

La sanzione dell'inefficacia è contemplata, per esempio, dall'articolo 15, comma 2, e dall'art. 26, comma 3, ove è stabilito che la pubblicazione degli atti di conferimento di incarichi dirigenziali o di collaborazione o consulenza a soggetti estranei all'ente conferente, oppure degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e di attribuzione di vantaggi economici al medesimo beneficiario e di importo complessivo superiore a mille euro nel corso dell'anno solare, costituisce condizione legale per l'acquisizione di efficacia dell'atto e (nel caso dell'incarico) per la liquidazione del compenso. Sicché, in assenza della pubblicazione, l'atto è improduttivo di effetti e nessun compenso o contributo potrà essere erogato.

Per quanto concerne, invece, la sanzione del divieto di trasferimento delle risorse o della riduzione delle stesse, si può richiamare l'articolo 22, ove, al comma 4, si stabilisce che la pubblicazione dei dati relativi agli enti pubblici e privati vigilati ed alle partecipazioni in società private è condizione legale per l'erogazione in loro favore di somme a qualsivoglia titolo da parte dell'amministrazione pubblica vigilante⁴⁹; oppure, l'articolo 28, comma 2, in cui la pubblicazione dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali e provinciali è condizione necessaria affinché questi non subiscano la riduzione automatica del 50% delle risorse da trasferire o assegnare nel corso dell'anno.

⁴⁸ Sono considerate misure sanzionatorie in senso stretto le misure cd. "affittive", di tipo pecuniario ed interdittivo, in quanto hanno lo scopo di punire direttamente il colpevole; possono essere considerate sanzionatorie, ma in senso lato, anche le misure cd. "ripristinatorie" o "reintegratorie", in quanto sono finalizzate a porre rimedio alla violazione di un interesse pubblico, ossia a reintegrarlo, a colpire direttamente il risultato dell'illecito (*la res*), a ricostituire lo *status quo ante*. Per quanto riguarda in particolare le sanzioni interdittive, queste incidono in senso limitativo ed interruttivo sull'attività del soggetto colpito. E' quanto può accadere, per fare qualche esempio, in materia di appalti pubblici, ove le imprese concorrenti possono essere escluse dalle gare per un determinato periodo di tempo, oppure alle SOA può essere inibito lo svolgimento dell'attività di certificazione della qualificazione delle imprese (C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 236 ss.; ID., *I procedimenti sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp)*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, AA. VV., a cura di M. Allena e S. Cimini, volume *on line*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2013, 300 ss.).

⁴⁹ I dati che devono essere pubblicati nel sito dell'amministrazione vigilante e nel sito di ciascuno degli enti o delle società controllate, vigilate, finanziate o partecipate dall'amministrazione, sono indicati all'art. 22, commi 2 e 3.

L'aspetto peculiare e di maggiore interesse di queste disposizioni, caratterizzate da un significativo effetto dissuasivo nei confronti dei soggetti che non intendano adempiere agli obblighi di trasparenza, essendo la pubblicazione di determinati atti configurata come condizione necessaria per l'acquisizione di efficacia degli stessi o per il trasferimento delle risorse finanziarie, è dato dal fatto che ai fini della loro applicazione non è necessario provare l'elemento soggettivo del dolo o della colpa di chi agisce o rimane inerte, normalmente richiesto, invece, per potere irrogare le sanzioni correlate alla responsabilità amministrativa, disciplinare e dirigenziale.

2.6. Sanzioni pecuniarie per ipotesi tassative

Il decreto in esame, in aggiunta alle sanzioni finora individuate, prevede, all'art. 47, anche sanzioni pecuniarie, che qualifica come amministrative, irrogabili, però, nel caso in cui rimangano inadempiti solo alcuni dei numerosi obblighi di trasparenza e pubblicità contemplati dal testo, precisamente quelli che riguardano determinate informazioni sui titolari degli incarichi politici, sugli enti anche privati sottoposti al controllo dell'amministrazione pubblica interessata e sulle società per azioni partecipate dalla stessa. Sicché, in tutte le altre ipotesi di inadempimento degli obblighi di pubblicazione il soggetto responsabile non potrà essere sottoposto - in omaggio al principio di legalità ed ai suoi corollari di tassatività e di determinatezza della sanzione amministrativa - alle sanzioni pecuniarie previste dall'art. 47, ma soltanto a quelle stabilite per la responsabilità disciplinare o dirigenziale o amministrativa (per danno all'immagine), oppure a quella che incide su una parte della retribuzione, di cui si è detto.

Nello specifico, le sanzioni pecuniarie introdotte dalla disposizione in commento possono variare, in proporzione alla gravità dei casi, da un minimo di 500 euro ad un massimo edittale di 10.000 euro ed il relativo provvedimento deve essere pubblicato nel sito internet dell'amministrazione o dell'organismo interessato.

Le fattispecie contemplate dalla norma sono essenzialmente tre.

La prima si verifica quando manchi o sia incompleta la comunicazione delle informazioni e dei dati (di cui all'articolo 14) concernenti la situazione patrimoniale complessiva del titolare dell'incarico politico (al momento dell'assunzione in carica), oppure, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado (a condizione, però, che questi ultimi vi abbiano consentito), nonché tutti i compensi cui dà diritto l'assunzione della carica. La norma, pertanto, punisce, a ben vedere, soltanto la mancata o incompleta "comunicazione" delle predette informazioni, non già la mancata o incompleta "pubblicazione" delle stesse. Sanziona con pena pecuniaria, cioè, unicamente il soggetto (politico o altro soggetto responsabile) che, entro tre mesi dall'elezione o dalla nomina, non dichiara o non trasmetta in modo completo le suddette notizie, non anche il soggetto che non le "pubblichiamo", il quale, in questo

caso, andrà tutt'al più incontro alle altre forme di responsabilità e sanzione analizzate in precedenza, tranne, presumibilmente, la responsabilità dirigenziale per inadempimento dell'obbligo di pubblicazione di dati che riguardano l'organo di indirizzo politico, e ciò in ragione della spettanza a quest'ultimo (che potrebbe non avere alcun interesse alla diffusione di proprie informazioni personali di carattere patrimoniale) del relativo potere sanzionatorio.

Il secondo caso riguarda, invece, la violazione degli obblighi di pubblicazione di talune informazioni relative: agli enti pubblici istituiti, vigilati e finanziati da un'altra amministrazione pubblica, ovvero per i quali la stessa abbia il potere di nomina degli amministratori⁵⁰; oppure, alle società partecipate da un'amministrazione pubblica (anche quando questa detiene una quota di partecipazione minoritaria)⁵¹, o agli enti privati (come, per esempio, associazioni o fondazioni) sottoposti al controllo pubblico⁵². I dati che devono essere pubblicati, al fine di evitare l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria, sono soltanto quelli indicati dall'articolo 22, comma 2, e cioè: la ragione sociale, la misura dell'eventuale partecipazione dell'amministrazione, la durata dell'impegno, l'onere complessivo a qualsiasi titolo gravante per l'anno sul bilancio dell'amministrazione, il numero

⁵⁰ Il fatto che la norma utilizzi la congiunzione "e" tra "vigilati" e "finanziati", piuttosto che la disgiunzione "o", potrebbe indurre l'interprete a ritenere che i requisiti della istituzione, della vigilanza e del finanziamento dell'ente pubblico da parte di un'altra amministrazione pubblica debbano ricorrere tutti cumulativamente, anziché alternativamente. Senonché, una simile interpretazione sarebbe in contraddizione con la *ratio* e la finalità della norma e dell'intero testo normativo, che è, invece, quella di garantire la più ampia trasparenza e pubblicità delle informazioni pubbliche. Sicché, appare più corretto interpretare come alternativi i predetti requisiti, anche se la formulazione imprecisa della norma nuoce alle esigenze di determinatezza e tassatività della fattispecie sanzionatoria e si ripercuote negativamente sulle possibilità di applicare la sanzione (F. DINELLI, *op. cit.*, 413).

⁵¹ Si ritiene che la norma, per come è formulata, riguardi anche le società private, o privatizzate sostanzialmente, che, quantunque partecipate dallo Stato o da un altro ente pubblico, non siano sottoposte, direttamente o indirettamente, all'influenza dominante del soggetto pubblico. Influenza, quest'ultima, che - in virtù dell'attuale art. 3, comma 28, del codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163/2006 - si considera *ex lege* presunta allorché il soggetto pubblico, alternativamente o cumulativamente, detenga la maggioranza del capitale sottoscritto, oppure controlli la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dalla società, oppure abbia il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza, della società.

⁵² L'art. 22, al comma 1, lett. c), definisce «enti di diritto privato in controllo pubblico gli enti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti costituiti o vigilati da pubbliche amministrazioni nei quali siano a queste riconosciuti, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi». Anche qui, con riferimento alla prima parte della definizione di "ente privato in controllo pubblico", si potrebbero incontrare alcuni problemi applicativi per indeterminatezza della fattispecie istitutiva della sanzione amministrativa, laddove include nella nozione anche gli "enti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche", senza però specificare cosa debba intendersi per "controllo" sull'ente ad opera di un'amministrazione pubblica.

dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo, il trattamento economico complessivo a ciascuno di essi spettante, i risultati di bilancio degli ultimi tre esercizi finanziari, gli incarichi di amministratore dell'ente o della società ed il relativo trattamento economico complessivo.

La terza fattispecie, infine, si realizza quando gli amministratori della società non comunichino ai soci pubblici il proprio incarico ed il relativo compenso entro trenta giorni dal conferimento, oppure, per le indennità di risultato, entro trenta giorni dal percepimento.

2.6.1. L'autorità competente ad irrogarle

Una delle questioni che si potrebbe porre all'interprete, a proposito delle sanzioni amministrative pecuniarie, riguarda l'individuazione dell'autorità competente ad irrogarle, perché, sul punto, l'art. 47, al comma 2, con una formula generica e per certi versi fuorviante, stabilisce che tali sanzioni "siano irrogate dall'autorità amministrativa competente in base a quanto previsto dalla legge n. 689/1981", ove, è noto, è contenuta la disciplina generale sulle sanzioni amministrative (in particolare di carattere pecuniario), prevedendone l'assoggettamento a principi analoghi a quelli applicabili alle sanzioni penali, come il principio di legalità, di determinatezza e tassatività, di irretroattività e proporzionalità della sanzione, di colpevolezza dell'autore della violazione, di obbligatorietà del contraddittorio, di separazione tra l'ufficio che compie l'istruttoria e quello che decide sull'irrogazione della sanzione⁵³.

Orbene, non v'è dubbio che tali principi trovino applicazione anche in questi casi. Tuttavia, il problema interpretativo riguarda l'individuazione dell'autorità competente ad irrogare le sanzioni in esame, considerato che la legge n. 689/1981, a proposito delle sanzioni pecuniarie, all'art. 13, comma 4, attribuisce agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria una competenza generale ad accertare e contestare la violazione al trasgressore, con l'invito a pagare in misura ridotta (art. 16). Mentre, nelle ipotesi in cui tale pagamento in misura ridotta non sia effettuato, individua il soggetto competente ad irrogare la sanzione in base al criterio della "materia" (art. 17), conferendo la potestà di emettere la cd. ordinanza-ingiunzione di pagamento all'organo periferico del Ministero nelle cui attribuzioni rientra la materia alla quale si riferisce la violazione. In mancanza poi di uffici periferici del Ministero competente per materia, la suddetta potestà viene trasferita al prefetto, il quale, comunque, è fin dall'inizio competente per quelle sanzioni relative alla circolazione stradale, alla tutela delle strade ed ai servizi di trasporto delle merci. Lo stesso criterio della materia serve ad individuare la competenza delle regioni; quella degli enti locali viene in rilievo, invece, nel caso

⁵³ Cfr. in particolare: artt. 1, 3, 11, 17 e 18, legge n. 689/1981.

di violazione dei loro regolamenti, spettando al sindaco o al presidente della provincia il relativo potere sanzionatorio.

Se si tiene conto di questo quadro, poiché l'art. 47 del decreto n. 33/2013 richiama la legge n. 689/1981 soltanto per individuare l'autorità amministrativa competente ad adottare la sanzione pecuniaria, per capire quale sia questa autorità ci si dovrebbe domandare, innanzitutto, in assenza del richiamo del meccanismo del pagamento in misura ridotta, a quale materia afferiscano tali sanzioni. Rispondere a questa domanda, risulta, però, tutt'altro che agevole, in quanto la trasparenza dell'azione amministrativa, cui tutto il decreto è dedicato, piuttosto che una "materia" costituisce un "principio generale" applicabile a tutte le funzioni amministrative, indipendentemente dal settore in cui vengono svolte e dal livello territoriale in cui sono allocate. Sicché, non pare possibile, utilizzando il criterio della materia, individuare, in modo univoco ed esclusivo, un organo ministeriale eventualmente competente, né tantomeno dedurre la competenza (sussidiaria) del prefetto, in assenza di chiare indicazioni sul punto da parte della legge.

In alternativa a questa interpretazione potrebbe comunque ritenersi che la competenza ad irrogare le sanzioni di cui all'art. 47 spetti alla stessa amministrazione cui appartiene il soggetto responsabile delle violazioni, la quale sarebbe tenuta ad individuare un apposito ufficio per l'esercizio delle relative funzioni sanzionatorie, che potrebbe essere, per esempio, l'ufficio per i procedimenti disciplinari.

Quest'ultima, peraltro, è l'opzione ermeneutica scelta dalla CIVIT (oggi, ANAC), con la delibera n. 66 del 31 luglio 2013, ove la stessa afferma che ciascuna amministrazione deve provvedere, in regime di autonomia, a disciplinare con proprio regolamento il procedimento sanzionatorio, a ripartire tra i propri uffici le competenze in conformità con i principi posti dalla legge n. 689/1981, ad individuare il soggetto competente ad avviare il procedimento sanzionatorio⁵⁴ ed il soggetto competente ad irrogare il provvedimento finale tra i dirigenti o i funzionari dell'ufficio di disciplina, a demandare le suddette funzioni, in mancanza di tale individuazione, al responsabile della prevenzione della corruzione, per l'avvio e l'istruttoria del procedimento sanzionatorio, mentre, al responsabile dell'ufficio di disciplina, per la decisione finale.

Questa soluzione potrebbe, tuttavia, presentare l'inconveniente di rendere inefficaci le misure sanzionatorie, in quanto un dirigente dell'amministrazione dovrebbe sanzionare un altro dirigente della stessa amministrazione di appartenenza o addirittura il ministro o l'assessore (magari quello stesso che lo ha nominato), se si siano resi responsabili dell'inadempimento dell'obbligo di comunicazione o pubblicazione del dato richiesto. Proprio per questa considerazione,

⁵⁴ In seguito alla segnalazione della mancata pubblicazione effettuata dal responsabile della trasparenza, oppure dall'OIV o dalla CIVIT.

c'è chi ritiene preferibile⁵⁵ assegnare al prefetto il potere di irrogare le sanzioni, mentre, ai funzionari della prefettura o agli ufficiali ed agenti di polizia il potere di effettuare gli accertamenti (su segnalazione del responsabile della trasparenza, dell'OIV o dell'ANAC).

Certo, la formulazione generica ed indeterminata dell'articolo 47, che, in omaggio al principio di stretta legalità ed ai suoi corollari di determinatezza e tassatività, avrebbe dovuto individuare con precisione l'autorità competente ad irrogare la sanzione, rende scarsamente efficace la norma sanzionatoria, nonostante il chiarimento fornito sulla questione dalla CIVIT.

3. *La responsabilità amministrativa e disciplinare per l'inosservanza delle disposizioni in materia di inconfiribilità ed incompatibilità degli incarichi*

Nel contesto di una politica di prevenzione della corruzione destinata anche ad evitare conflitti di interesse ed a garantire l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate ai dipendenti apicali⁵⁶, il decreto n. 39/2013, nel dare attuazione alla delega ed ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, commi 49 e 50, della legge n. 190/2012, non solo detta, per la prima volta, una disciplina generale sui casi di inconfiribilità⁵⁷ e incompatibilità⁵⁸ degli incarichi dirigenziali ed amministrativi di vertice⁵⁹, innovando la (scarna) normativa previgente, ma predispone anche, agli articoli 15 e seguenti, un apparato di responsabilità e di sanzioni in funzione di *enforcement* di tale disciplina, in assenza, per la verità, di una

⁵⁵ F. DINELLI, *op. cit.*, 416-417.

⁵⁶ Sull'imparzialità dei funzionari pubblici, di recente: B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012; F. MERLONI e R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e studio dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.

⁵⁷ Ai sensi del decreto è vietato conferire incarichi dirigenziali ed amministrativi di vertice: a chi sia stato condannato, anche con sentenza non definitiva, per avere commesso uno dei reati contro la pubblica amministrazione, nei casi in cui sia stata inflitta la pena accessoria dell'interdizione perpetua 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, oppure negli altri casi vietati previsti dall'art. 3; a chi, nei due anni precedenti, abbia svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione conferente, oppure, sia stato componente degli organi politici (giunta o consiglio) della regione o dell'ente locale (che abbia conferito l'incarico).

⁵⁸ L'incarico dirigenziale o amministrativo di vertice, ai sensi del decreto, è incompatibile con: cariche o incarichi in enti di diritto privato, regolati o finanziati dall'amministrazione che ha conferito l'incarico; un'attività professionale, regolata, finanziata o comunque retribuita dall'amministrazione conferente; cariche in organi di indirizzo politico dello Stato, della regione o dell'ente locale.

⁵⁹ In tema: M. RAMAJOLI, *Inconfiribilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in questo volume; F. MERLONI, *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, G. SIRIANNI, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9/2013, 806 ss., 816 ss.

delega espressa sul punto da parte del legislatore, che, al contrario, l'ha prevista, si è visto⁶⁰, per le ipotesi di inadempimento degli obblighi di pubblicazione.

Riguardo alle forme di responsabilità individuate dal decreto per la violazione delle disposizioni sulle situazioni di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, gli articoli 15, comma 2, e 16, comma 2, richiamano la responsabilità amministrativa, nella quale potrebbero incorrere, non solo gli organi che abbiano attribuito incarichi non conferibili, contro i quali è espressamente prevista (dall'art. 18, comma 1) una responsabilità per le conseguenze economiche degli atti adottati⁶¹, ma anche gli stessi soggetti destinatari dell'incarico (*ab origine*) non conferibile o (successivamente) non compatibile (con determinate cariche o attività da questi assunte o svolte). Il soggetto che riceve l'incarico, d'altra parte, è tenuto, in ogni caso, a presentare una dichiarazione, sia nel momento del conferimento dell'incarico sia ogni anno, sull'insussistenza (rispettivamente) di cause di inconferibilità o incompatibilità (art. 20).

Queste due categorie di soggetti (chi conferisce e chi accetta l'incarico) potrebbero cioè essere chiamate a rispondere davanti alla Corte dei conti dei danni economici causati all'ente di riferimento, derivanti, per esempio, dalla corresponsione di compensi non dovuti, oppure dagli effetti patrimoniali conseguenti agli atti adottati, specialmente nel caso di incarichi non conferibili, per i quali il legislatore ha previsto la sanzione della nullità dell'atto di conferimento dell'incarico e del connesso contratto (art. 17).

L'art. 20, comma 5, si limita, invece, in modo generico, a mantenere ferme le responsabilità discendenti dalle dichiarazioni mendaci sull'insussistenza delle cause di inconferibilità o incompatibilità, tra le quali è sicuramente possibile annoverare, oltre alla responsabilità penale, prevista dall'art. 76 del testo unico sulla documentazione amministrativa (di cui al d.P.R. n. 445/2000), la responsabilità disciplinare, con l'eventuale applicazione della sanzione (più grave) del licenziamento⁶² senza preavviso, ai sensi dell'articolo 55-quater, commi 1 e 3, del decreto legislativo n. 165/2001, se la fattispecie in esame viene ricondotta nel caso contemplato dal comma 1, alla lettera d), ossia tra le «falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera».

La responsabilità disciplinare, peraltro, potrebbe essere pure contestata ai soggetti che abbiano attribuito un incarico inconferibile, oppure al responsabile della prevenzione della corruzione che non abbia vigilato con la dovuta diligenza sulle situazioni di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi.

⁶⁰ Cfr. par. 2.

⁶¹ Se il conferimento dell'incarico è stato deliberato da un organo collegiale, l'art. 18, al comma 1, secondo periodo, stabilisce che siano esenti da responsabilità i componenti assenti al momento della votazione, nonché i dissenzienti e gli astenuti.

⁶² Cfr. B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, ivi, 825.

4. *Segue. Le sanzioni*

Per quanto riguarda, più specificamente, le sanzioni disposte dal decreto n. 39/2013, all'articolo 15, comma 3, si prevede intanto, a carico del responsabile del piano anticorruzione, la "revoca" motivata dell'incarico dirigenziale o amministrativo di vertice, che diventa efficace, però, solo dopo che siano decorsi trenta giorni dalla sua comunicazione all'Autorità nazionale anticorruzione, sempre che l'ANAC, entro tale termine, non decida di formulare una richiesta di riesame, qualora rilevi che la revoca sia correlata alle attività svolte dal responsabile in materia di prevenzione della corruzione.

Non viene tuttavia precisato dalla disposizione il tipo di responsabilità e le condizioni per l'applicazione di siffatta misura, sebbene sia plausibile ritenere dal contesto dell'intero articolo che i presupposti siano collegati ad una negligente vigilanza da parte del responsabile del piano anticorruzione sul rispetto delle disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, e quindi ad una forma di responsabilità disciplinare per inadempimento degli obblighi di servizio, salvo poi rilevare in questo caso l'anomalia della previsione sull'utilizzo della revoca come strumento a carattere sanzionatorio, visto che la stessa è stata finora concepita come misura tipica non della responsabilità disciplinare bensì di quella dirigenziale.

Le sanzioni contemplate, invece, agli articoli 17 e 19, per violazione delle regole sull'inconferibilità e sull'incompatibilità degli incarichi, non hanno natura tipicamente amministrativa ma civile e carattere ripristinatorio.

Nel caso di violazione delle regole sull'inconferibilità, si prevede, infatti, all'art. 17, la sanzione (più grave) della "nullità" dell'atto di conferimento dell'incarico e del relativo contratto di disciplina del rapporto. Sono pure previste conseguenze sanzionatorie a carico dei soggetti che abbiano conferito l'incarico, i quali, oltre ad essere chiamati a rispondere delle conseguenze economiche dell'atto (nullo) adottato, risultano impossibilitati, per un periodo in verità irrisorio di soli tre mesi, a conferire gli incarichi di loro competenza⁶³.

Mentre, nel caso di violazione delle regole sull'incompatibilità, si stabilisce, all'art. 19, la "decadenza" di diritto dall'incarico e la "risoluzione" automatica del

⁶³ In questo caso, l'art. 18, al comma 2, stabilisce che il relativo potere di conferimento dell'incarico sia esercitato, in via sostitutiva, per i Ministeri, dal Presidente del Consiglio dei ministri, per gli enti pubblici, dall'amministrazione vigilante. Per quanto concerne, invece, le regioni e gli enti locali, la disposizione fissa un termine di tre mesi (decorrente dall'entrata in vigore del decreto) affinché gli enti territoriali provvedano ad adeguare i rispettivi ordinamenti, individuando le procedure interne e gli organi che possono procedere in via sostitutiva al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari. Qualora, però, tale termine decorra inutilmente, si prevede l'applicazione della procedura sostitutiva descritta dall'art. 8, della legge n. 131/2003, con cui si dà attuazione all'art. 120 della Costituzione, ove si consente al Governo, anche attraverso la nomina di un commissario, di operare l'adeguamento, decorso un congruo termine (per provvedere) assegnato all'ente interessato, sempre che non ricorrano casi di assoluta urgenza.

relativo contratto, a condizione, però, che l'incompatibilità sia stata contestata all'interessato da parte del responsabile del piano anticorruzione e sia decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione (all'interessato dell'insorgenza della causa di incompatibilità) per esercitare l'opzione (tra la permanenza nell'incarico e lo svolgimento di attività, cariche ed incarichi con esso incompatibili)⁶⁴.

Le altre misure a carattere sanzionatorio sono individuate dall'art. 20 contro il soggetto obbligato a presentare le dichiarazioni sull'insussistenza delle cause di inconfiribilità e incompatibilità: se, infatti, il destinatario, nel momento del conferimento dell'incarico, non presenta la dichiarazione sull'insussistenza delle cause di inconfiribilità, l'incarico non acquista efficacia, essendo la dichiarazione configurata come condizione (legale) di "efficacia" dell'incarico; mentre, se il destinatario presenta una dichiarazione mendace (accertata dalla stessa amministrazione, nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio con l'interessato), all'atto del conferimento dell'incarico o nel corso dello stesso (essendo annualmente obbligato a dichiarare di non trovarsi in una delle cause di incompatibilità), ferma, si è visto, ogni altra responsabilità, non potrà comunque essere destinatario di incarichi amministrativi di vertice per un periodo di cinque anni, configurandosi in capo allo stesso una sorta di indegnità (temporanea) a ricoprire incarichi pubblici.

Infine, come ulteriore misura di *enforcement*, si può annoverare la disposizione ove si prevede che ogni atto di accertamento della violazione delle disposizioni di questo decreto sia pubblicato nel sito dell'amministrazione o dell'ente che conferisce l'incarico⁶⁵.

In conclusione, v'è tuttavia da domandarsi se, accanto a tutto questo apparato deterrente di responsabilità e di sanzioni di varia natura - che, si auspica, sia applicato in modo corretto e proporzionato alla reale gravità delle infrazioni accertate, dal momento che è stato predisposto dalla legislazione anticorruzione (sebbene con alcune lacune e rigidità, come si è visto) proprio per garantire maggiormente l'osservanza delle disposizioni dirette ad assicurare un'amministrazione trasparente, efficiente ed imparziale, nell'interesse dei cittadini e della stessa amministrazione, affinché questa non sia più percepita come un peso allo sviluppo sociale ed economico bensì come strumento di progresso civile⁶⁶ - non sia altrettanto necessario ed utile, al fine di ridurre o eliminare il fenomeno corruttivo, restituendo così credibilità ai nostri governi, portare avanti un processo di profondo rinnovamento etico e culturale in coloro che amministrano la cosa pubblica, se è vero che la corruzione, soprattutto quando è sistemica, oltre al prestigio, all'imparzialità ed al buon andamento dell'amministrazione, pregiudica, da

⁶⁴ L'ultimo comma della disposizione mantiene in ogni caso ferme le disposizioni che prevedono il collocamento in aspettativa dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni che si trovino in situazioni di incompatibilità.

⁶⁵ Art. 18, comma 5.

⁶⁶ F. MANGANARO, *op. cit.*

un lato, la legittimazione stessa delle istituzioni democratiche, minando la fiducia dei cittadini nella giustizia sociale e nello Stato di diritto⁶⁷, danneggia, dall'altro, l'economia non solo nazionale, privando gli Stati di un gettito fiscale essenziale⁶⁸.

ACCOUNTABILITY AND SANCTIONS
FOR VIOLATION OF DISCLOSURE REQUIREMENTS
AND INCOMPATIBILITY AND PROHIBITIONS FOR HOLDERS OF
PUBLIC OFFICE

by Cristiano Celone

Abstract

The adoption of the anti-corruption law, in november 2012, and two legislative decrees on transparency of information within public administration and incompatibility and prohibitions for holders of public office, in march and april 2013, represented a significant step forward in the fight against corruption in Italy. The law and the decrees require each public administration to put in place specific measures to prevent corruption. These include: the adoption of plans to prevent corruption and to ensure transparency and integrity within public administration; the online publication of many information on public administration and the correlative right of everyone to require their publication; strict observance of the rules on incompatibility and prohibitions for holders of public office. In order to ensure compliance with these provisions that aim to prevent corruption and to raise the level of transparency, efficiency and impartiality within public administration, the legislature also implemented a supervisory and sanctioning system that acts as a deterrent relating to disclosure requirements and conflicts of interest for public officials. With regard to the sanctioning system, it will look at various types of liability and sanctions introduced by the laws in question.

⁶⁷ M. IMMORDINO, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano*, in questo volume.

⁶⁸ Nella Relazione della Commissione europea al Consiglio ed al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione in Italia, pubblicata il 3 febbraio 2014, si fa notare come i vari fenomeni corruttivi incidano negativamente sull'economia italiana già colpita pesantemente dalle conseguenze della crisi economica. Si sottolinea, in particolare, come i costi economici diretti della corruzione sull'economia nazionale, secondo quanto stimato dalla Corte dei conti, ammontino a 60 miliardi di euro l'anno (circa il 4% del PIL). A questi, devono poi aggiungersi i costi economici indiretti evidenziati nel Rapporto 2012 della Commissione governativa per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione (derivanti, per esempio, dai ritardi amministrativi, dal cattivo funzionamento dei pubblici uffici, dall'inefficienza o addirittura dall'inutilità delle opere e dei servizi pubblici, dalla perdita di competitività, dal calo degli investimenti ecc.). Per le grandi opere pubbliche i costi indiretti sono stati stimati addirittura attorno al 40% dei costi dell'appalto.



I controlli antimafia e il giudice amministrativo

di Elena Quadri

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I controlli antimafia: comunicazioni e informative. - 3. Le disposizioni normative per l'Expo e la recente decretazione d'urgenza. - 4. Il riparto di competenza giurisdizionale. - 5. Giurisdizione sui provvedimenti di revoca, di recesso o di risoluzione dei contratti. - 6. Ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

1. Premessa

Ringrazio la professoressa Maria Immordino di avermi dato l'opportunità di intervenire a questo interessante incontro che vede a confronto l'ordinamento italiano e quello brasiliano nella rilevante problematica dell'individuazione degli strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione, sul quale di recente molto si è accentrata l'attenzione sia degli addetti ai lavori che dell'opinione pubblica.

Come è stato, invero, già rilevato da autorevoli esponenti dell'accademia, dell'avvocatura e della magistratura¹, il tema assume una sua evidente peculiarità, perché costituisce un approccio di tipo preventivo² a fronte del pericolo sempre più grave di contaminazione patologica dell'azione della pubblica amministrazione.

Ci si è resi conto, infatti, al cospetto del dilagare del fenomeno della corruzione nell'ambito dell'esercizio del pubblico potere, sempre più allarmante nel nostro paese, che isolatamente gli strumenti di natura penale che il nostro sistema

¹ Cfr., in particolare, L. GIAMPAOLINO, *Relazione tenuta all'Università Luiss "Guido Carli", Sala delle Colonne, il 13 maggio 2014, in occasione del "Premio Giovanni Nocco"*, in www.giustamm.it, copertina di maggio 2014.

² Vedi anche, su un piano critico, M. MAZZAMUTO, *Lo scettro alla prefettocrazia: l' indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, Intervento al Convegno su: «Diritto amministrativo e criminalità» tenutosi a Copanello il 28-29 giugno 2013, in *Atti del convegno*, di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAIITA (a cura di), Milano, 2014, 177 e ss., in particolare pag. 194.

Secondo l'autore: "La prevenzione "amministrativa", per quanto condivisibile e per quanto "diretta filiazione" delle misure di prevenzione, esige un maggior grado di attenzione e di bilanciamento con altri interessi giuridicamente rilevanti che sono connessi con lo stesso sistema ordinamentale nel quale, di volta in volta, la normativa antimafia va ad inserirsi".

giuridico aveva a disposizione, essenzialmente successivi nella loro applicazione alla realizzazione della fattispecie criminosa, non erano idonei a realizzare quell'efficacia realmente deterrente alla quale dovevano mirare.

Anche in attuazione di importanti precedenti internazionali ed europei³, si è deciso, dunque, di costruire pure all'interno del nostro ordinamento un impianto normativo che fosse capace di contrastare effettivamente ed in via preventiva il fenomeno della corruzione nella pubblica amministrazione, inquadrandolo nel sistema del diritto amministrativo, impianto normativo sul quale, magistralmente, si sono soffermati i relatori che mi hanno preceduto.

Nell'ambito di tale azione preventiva di contrasto alla corruzione nell'attività pubblica si colloca anche il tema che mi è stato specificamente assegnato, quello dei controlli antimafia, che costituiscono strumenti di prevenzione dal pericolo dell'infiltrazione mafiosa nei principali settori economici dell'azione pubblica e dei quali, brevemente, cercherò di porre in luce gli aspetti più problematici che emergono nell'esercizio della funzione giurisdizionale amministrativa.

2. *I controlli antimafia: comunicazioni e informative*

Il principale strumento normativo di riferimento è costituito dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il cosiddetto Codice delle leggi antimafia, emanato in attuazione della legge delega 13 agosto 2010, n. 136 e integrato e modificato dal decreto legislativo correttivo 15 novembre 2012, n. 218, che al libro II contempla la disciplina in materia di documentazione antimafia, che i soggetti pubblici espressamente elencati all'art. 83⁴ devono richiedere

³ Cfr. la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione stipulata a Bruxelles il 26 maggio 1997; la convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, stipulata a Parigi il 17 dicembre 1997 e ratificata, in Italia, con legge 29 settembre 2000, n. 300; la convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla assemblea generale dell'O.N.U. il 21 ottobre 2003, con risoluzione n. 58/a e recepita in Italia con legge 3 agosto 2009 n. 116; la convenzione penale sulla corruzione, stipulata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata in Italia con la legge 28 giugno 2012 n. 110.

⁴ Art. 83 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: *Ambito di applicazione della documentazione antimafia*.
 “1. Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica ai contraenti generali di cui all'articolo 176 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, di seguito denominati «contraente generale».

3. La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta:

a) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1;

b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi

alla Prefettura⁵ ove hanno sede prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67⁶.

e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67;

c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza;

d) per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale;

e) per i provvedimenti gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro."

⁵ Sul tema, vedi l'interessante prospettiva di M. MAZZAMUTO, *Lo scettro alla prefettocrazia*, cit.

⁶ Art. 67 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: *Effetti delle misure di prevenzione*

"1. Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere:

a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio;

b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali;

c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici;

d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati anonimi all'ingrosso;

e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici;

f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati;

g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplosive.

2. Il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni di cui al comma 1, nonché il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera.

Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate ed è disposta la decadenza delle attestazioni a cura degli organi competenti.

3. Nel corso del procedimento di prevenzione, il tribunale, se sussistono motivi di particolare gravità, può disporre in via provvisoria i divieti di cui ai commi 1 e 2 e sospendere l'efficacia delle iscrizioni, delle erogazioni e degli altri provvedimenti ed atti di cui ai medesimi commi. Il provvedimento del tribunale può essere in qualunque momento revocato dal giudice procedente e perde efficacia se non è confermato con il decreto che applica la misura di prevenzione.

4. Il tribunale, salvo quanto previsto all'articolo 68, dispone che i divieti e le decadenze previsti dai commi 1 e 2 operino anche nei confronti di chiunque conviva con la persona sottoposta alla misura di prevenzione nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi. In tal caso i divieti sono efficaci per un periodo di cinque anni.

All'art. 84 viene operata la distinzione tra la comunicazione antimafia e l'informazione antimafia. La prima consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 del medesimo d.lgs. (applicazione con provvedimento definitivo di una misura di prevenzione o condanna con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale), mentre la seconda consiste, come nella prima, nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva sono desunte, ai sensi del comma 4 dell'art. 84:

- a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;
- b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;
- c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre

5. Per le licenze ed autorizzazioni di polizia, ad eccezione di quelle relative alle armi, munizioni ed esplosivi, e per gli altri provvedimenti di cui al comma 1 le decadenze e i divieti previsti dal presente articolo possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia.

6. Salvo che si tratti di provvedimenti di rinnovo, attuativi o comunque conseguenti a provvedimenti già disposti, ovvero di contratti derivati da altri già stipulati dalla pubblica amministrazione, le licenze, le autorizzazioni, le concessioni, le erogazioni, le abilitazioni e le iscrizioni indicate nel comma 1 non possono essere rilasciate o consentite e la conclusione dei contratti o subcontratti indicati nel comma 2 non può essere consentita a favore di persone nei cui confronti è in corso il procedimento di prevenzione senza che sia data preventiva comunicazione al giudice competente, il quale può disporre, ricorrendone i presupposti, i divieti e le sospensioni previsti a norma del comma 3. A tal fine, i relativi procedimenti amministrativi restano sospesi fino a quando il giudice non provvede e, comunque, per un periodo non superiore a venti giorni dalla data in cui la pubblica amministrazione ha proceduto alla comunicazione.

7. Dal termine stabilito per la presentazione delle liste e dei candidati e fino alla chiusura delle operazioni di voto, alle persone sottoposte, in forza di provvedimenti definitivi, alla misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza è fatto divieto di svolgere le attività di propaganda elettorale previste dalla legge 4 aprile 1956, n. 212, in favore o in pregiudizio di candidati partecipanti a qualsiasi tipo di competizione elettorale.

8. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 4 si applicano anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale."

- 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste;
- d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto;
 - e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d);
 - f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

Mentre, dunque, la comunicazione riveste natura meramente ricognitiva di situazioni già accertate come interdittive o meno ai sensi della legislazione vigente, l'informativa ha, invece, anche natura costitutiva, opera, cioè, pure sulla base della valutazione discrezionale dell'autorità prefettizia, una preclusione interdittiva all'esercizio di determinate attività o, al contrario, una liberatoria dalla quale consegue la possibilità per la pubblica amministrazione che la richiede di stipulare il contratto, concedere l'autorizzazione, la concessione o comunque di interloquire attivamente con il soggetto destinatario dell'informativa.

Salvo particolari prescrizioni per specifiche fattispecie contrattuali, per i contratti di importo inferiore a 150.000 euro non è richiesta alcuna documentazione antimafia, per quelli di importo superiore ai 150.000 euro e inferiore alla soglia comunitaria è richiesta la comunicazione, mentre per quelli di importo pari o superiore a tale soglia è richiesta l'informativa antimafia.

Nel caso di comunicazione o informativa interdittiva, l'amministrazione non potrà procedere alla stipula o emettere l'autorizzazione o la concessione e, nel caso l'avesse già fatto, dovrà recedere dal contratto stipulato o procedere alla revoca dell'autorizzazione o della concessione, salvo che ricorrano due ipotesi espressamente disciplinate dalla legge, e, cioè, che l'opera sia in fase di ultimazione o che il soggetto che stia prestando una fornitura di beni o di servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico non sia sostituibile (cfr. artt. 92 e 94 del codice).

Il codice antimafia sembra, inoltre, prevedere il venir meno dell'istituto delle cosiddette informative atipiche o supplementari, disponendo all'art. 120 l'abrogazione dell'art. 10, comma 9, del d.P.R. n. 252/1998, che richiamava la fonte di tali informative, ovvero l'art. 1-septies del d.l. n. 629/1982⁷. Tale ultima norma, peraltro, sembra rimanere in vigore, non comparando fra quelle di cui si dispone l'abrogazione espressa.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono, in ogni caso, che l'informativa atipica non faccia più parte della documentazione antimafia che i Prefetti possono rilasciare.

L'istituto, pur costituendo un ausilio per un efficace contrasto alla criminalità organizzata, comportava, indubbiamente, alcuni risvolti problematici, essendo fondato sull'accertamento di elementi che, sebbene manifestassero il pericolo di collegamenti dell'impresa destinataria con la criminalità mafiosa, non raggiungevano quella soglia di gravità prevista per l'emissione dell'informativa interdittiva tipica.

Basandosi su elementi indiziari che concernevano la valutazione sull'idoneità morale dell'operatore economico, anche relativi ad eventi verificatisi a notevole distanza temporale, gli accertamenti che connaturavano l'informativa atipica la rendevano uno strumento espressione di una notevole anticipazione della soglia di difesa dall'infiltrazione mafiosa dell'azione amministrativa nel settore delle commesse pubbliche.

L'amministrazione che aveva richiesto l'informativa e che aveva ottenuto l'interdittiva atipica, aveva, però, l'onere di effettuare la scelta tra lo stipulare o meno il contratto con l'imprenditore, valutazione non facile anche per la scarsa competenza della stessa sull'argomento.

In ogni caso, se decideva di contrarre, doveva motivare adeguatamente la sua scelta, rischiando, altrimenti, di essere indiziata di collusione con la criminalità organizzata, mentre se si determinava nel senso di non concludere il contratto, si esponeva a possibili conseguenze risarcitorie derivanti da controversie istaurate davanti al giudice amministrativo.

Per ridurre i tempi di costruzione delle opere pubbliche, soprattutto se di interesse strategico, per semplificare le procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici e per garantire un più efficace sistema di controllo antimafia, con l'art. 4, comma 1, lett. g e comma 13, del decreto sviluppo n. 70 del 13 maggio 2011, si realizza l'istituzione presso ogni prefettura della cosiddetta *white list*, un elenco, cioè, al quale vengono iscritti operatori economici che, in base agli accertamenti effettuati, sono ritenuti non soggetti a fenomeni di infiltrazione mafiosa, per i quali non è necessario richiedere la documentazione antimafia⁸.

La prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impre-

⁷ Introdotta dall'art. 2 della legge 15 novembre 1988, n. 486. Cfr., sul tema, R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 899.

⁸ Sulla *white list* cfr., più diffusamente, MAGNANI, "Le *white list*", in www.giustamm.it, 2013.

sa dall'elenco. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione, per la semplificazione normativa, dell'interno, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dello sviluppo economico, sono definite le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, dell'elenco, nonché per l'attività di verifica.

La stessa disposizione viene, poi, ripresa e meglio disciplinata nella legge 6 dicembre 2012, n. 190, la cosiddetta legge anticorruzione⁹.

L'istituto presenta, però, possibili criticità, con particolare riferimento al rischio della violazione dei principi della massima partecipazione alla gara, di non discriminazione e della libera concorrenza¹⁰.

Notevole rilievo riveste, poi, il cosiddetto patto o protocollo di integrità o di legalità¹¹, un accordo stipulato tra la stazione appaltante e il concorrente alla

⁹ Cfr., in particolare, i commi 52 e 52 bis dell'art. 1 della legge n. 190/2012, così come risultanti dalle modifiche introdotte dal d.l. n. 90/2014, che così recitano: “*Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l’informazione antimafia liberatoria da acquisire indipendentemente dalle soglie stabilite dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, è obbligatoriamente acquisita dai soggetti di cui all’articolo 83, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori. Il suddetto elenco è istituito presso ogni prefettura. L’iscrizione nell’elenco è disposta dalla prefettura della provincia in cui il soggetto richiedente ha la propria sede. Si applica l’articolo 92, commi 2 e 3, del citato decreto legislativo n. 159 del 2011. La prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell’impresa dall’elenco.*”

52 bis. L’iscrizione nell’elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell’informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta?

Vedi anche il D.P.C.M. 18 aprile 2013.

¹⁰ Vedi, in questo senso, G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, 266.

¹¹ Sul rapporto tra protocolli di legalità e informative antimafia cfr., in particolare, F. DI CRISTINA, *Informative antimafia e protocolli di legalità: i rischi di ossificazione del sistema*, cit., 131 e ss; F. SAITTA, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, Relazione al Convegno su: *L’informazione interdittiva antimafia*, tenutosi a Catanzaro il 16 novembre 2013, in *Riv. trim. app.*, 2014, 161 ss.

Vedi, anche, Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2014, n. 944. La pronuncia contiene interessanti statuizioni in merito alla legittimità della risoluzione di contratti di fornitura, sebbene non particolarmente motivata, adottata in seguito all'emissione da parte della prefettura di un'informativa atipica quale elemento di una fattispecie complessa, ossia nell'ambito di un protocollo di intesa tra il contraente generale, l'ANAS s.p.a. e la prefettura di Potenza, posto in essere prima dell'aggiudicazione. Più specificamente, nel patto di integrità le parti avevano stabilito che le informative atipiche avrebbero prodotto gli stessi effetti interdittivi di quelle tipiche, provocando, dunque, pure l'automatica risoluzione dei contratti.

In senso contrario cfr., invece, CGA, 8 maggio 2013, n. 456 e Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3999, che in presenza di un'informativa atipica, nonostante la presenza di una clausola analoga contenuta in un protocollo di legalità, ritengono necessaria in ogni caso la motivata valutazione discrezionale dell'amministrazione.

procedura ad evidenza pubblica in base al quale costui si impegna al rispetto di obblighi di condotta, anche di natura etica e prima di tutto alla denuncia dei tentativi di infiltrazione malavitosa avvenuti nel corso della procedura.

La sua violazione può costituire causa di esclusione dal procedimento o di risoluzione del contratto, se già stipulato.

Secondo l'orientamento espresso anche dall'ex AVCP¹² - le cui funzioni sono ora assorbite dall'ANAC - ciò non contrasterebbe con l'art. 46, comma 1-bis del codice degli appalti¹³ sul principio di tassatività delle cause di esclusione, anche perché sarebbe da contemplare nell'ambito della categoria delle cause di esclusione previste dalla legge (cfr. art. 1, comma 17, della legge anticorruzione, secondo cui 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).

La problematica suggerisce, peraltro, un opportuno e consapevole approfondimento. Mentre, infatti, pochi dubbi sussistono sulla legittimità del provvedimento di esclusione del concorrente nel caso di violazione sostanziale delle clausole contenute nello stipulato protocollo di legalità, ipotesi ormai contemplata dalla stessa disposizione normativa succitata, maggiori incertezze suscita l'ipotesi di mancata produzione da parte del partecipante alla procedura ad evidenza pubblica del protocollo di legalità debitamente sottoscritto, potendo la fattispecie derivare sia dalla volontà del concorrente di non impegnarsi al rispetto delle clausole contenute nel patto di legalità, che dalla mera dimenticanza nella produzione del documento regolarmente firmato, alla quale potrebbe, forse, rimediarsi con l'opportuno esercizio del dovere di soccorso da parte della stazione appaltante.

La questione non è di facile soluzione, risultando nella stessa coinvolti interessi contrapposti di notevole rilievo, anche costituzionale ed europeo, quali quello all'effettiva tutela dell'attribuzione delle pubbliche commesse dalle ingerenze della criminalità organizzata e quello all'efficace e solerte esplicazione della libertà di iniziativa economica privata e della libera concorrenza fra gli operatori¹⁴.

¹² Cfr. la delibera dell'AVCP del 10 ottobre 2012, n. 4 sul bando-tipo.

¹³ La norma, introdotta dall'art. 4, comma 2, lett. d), n. 2), D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, così recita: *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

¹⁴ Vedi, sul punto, la recente ordinanza del CGA, 12 settembre 2014, n. 534, che ha deferito alla Corte di giustizia U.E. le seguenti questioni pregiudiziali:

“1) se il diritto dell'Unione europea e, in particolare, l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE osti a una disposi-

3. *Le disposizioni normative per l'Expo e la recente decretazione d'urgenza*

Con l'art. 3 quinquies del d.l. n. 135/2009 sono state introdotte alcune disposizioni normative volte a garantire la trasparenza e la libera concorrenza nella realizzazione delle opere per lo svolgimento di Expo 2015, sulla falsariga di quanto era già avvenuto in Abruzzo in occasione della legislazione emanata in seguito agli eventi sismici ivi verificatisi nel 2009.

Al Prefetto di Milano, quale prefetto del capoluogo della regione Lombardia, è stato, dunque, affidato il coordinamento e l'unità di indirizzo delle attività finalizzate alla prevenzione dalle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'affidamento dei contratti pubblici, nonché nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche connessi alla realizzazione del grande evento Expo Milano 2015, supportato dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere (CCASGO) istituito ai sensi dell'*articolo 180, comma 2, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, chiamato ad elaborare le linee guida, pubblicate il 19 aprile 2011.

Per l'efficacia dei controlli antimafia nei contratti pubblici e nei successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, nonché nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche, è prevista la tracciabilità dei relativi flussi finanziari. Sono stati, inoltre, costituiti presso la Prefettura di Milano elenchi di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso (la cosiddetta *white list*, di cui sopra).

Con il DPCM del 18 ottobre 2011 sono state, poi, definite le modalità di attuazione di tali disposizioni normative e successivamente (il 13 febbraio 2012) è stato sottoscritto il protocollo di legalità tra la Prefettura di Milano ed Expo 2015 s.p.a.

In seguito sono state aggiornate le linee guida del 2011 (vedi la *deliberazione 20 novembre 2013* e la *deliberazione 14 aprile 2014*), rafforzando i poteri di coordinamento del Prefetto di Milano. Contemporaneamente, però, il valore degli appalti assoggettato alle speciali verifiche antimafia si è innalzato da 50.000 a 100.000 euro, salvo che per le attività considerate a rischio elevato di infiltrazione mafiosa, come i servizi di ristorazione o di pulizia. Valori, dunque, sempre inferiori a quelli

zione, come l'art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012, che consenta alle stazioni appaltanti di prevedere come legittima causa di esclusione delle imprese partecipanti a una gara indetta per l'affidamento di un contratto pubblico di appalto, la mancata accettazione, o la mancata prova documentale dell'avvenuta accettazione, da parte delle suddette imprese, degli impegni contenuti nei c.d. "protocolli di legalità" e, più in generale, in accordi, tra le stazioni appaltanti e le imprese partecipanti, volti a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli affidamenti di contratti pubblici; 2) se, ai sensi dell'art. 45 della direttiva 2004/45/CE, l'eventuale previsione da parte dell'ordinamento di uno Stato membro della potestà di esclusione, descritta nel precedente quesito, possa essere considerata una deroga al principio della tassatività delle cause di esclusione giustificata dall'esigenza imperativa di contrastare il fenomeno dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nelle procedure di affidamento di contratti pubblici?'

previsti ordinariamente dal codice antimafia (pari a 150.000 euro), ma di fatto foderio di possibili falle nel controllo, favorite anche dal pericolo di frazionamento degli appalti.

La modifica è stata determinata dall'elevatissimo numero di operatori che in precedenza erano assoggettati ai controlli, non più gestibile nell'approssimarsi dell'evento e che rischiava di far rallentare la realizzazione delle opere.

Considerando il valore totale degli appalti, la maggior parte dei medesimi continuerà, comunque, ad essere assoggettata al controllo, sebbene una minima porzione di commesse sfuggirà al filtro delle verifiche antimafia.

A fronte dei gravi episodi criminosi di infiltrazione malavitosa nelle commesse pubbliche connesse all'Expo 2015 scoperti nella primavera di quest'anno, il Governo è intervenuto con la decretazione d'urgenza.

In particolare, il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, come risultante dalla legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114, ha introdotto rilevanti disposizioni normative per la lotta alla corruzione ed in particolare per garantire un controllo più efficace in occasione dell'evento.

Più specificamente, all'art. 19, comma 7, ha previsto che il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, che ha assorbito le funzioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, soppressa ai sensi del comma 1 della stessa norma, formuli proposte al Commissario unico delegato del Governo per l'Expo Milano 2015 ed alla Società Expo 2015 p.a. per la corretta gestione delle procedure d'appalto per la realizzazione dell'evento. Il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione segnala, inoltre, all'autorità amministrativa competente in base a quanto previsto dalla *legge 24 novembre 1981, n. 689*, le violazioni in materia di comunicazione delle informazioni e dei dati e di obblighi di pubblicazione previste nell'articolo 47, comma 3, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio di cui al medesimo articolo.

Ai sensi dell'art. 30, al Presidente dell'ANAC sono attribuiti compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento EXPO Milano 2015. A tal fine, lo stesso si avvale di una apposita Unità operativa speciale composta da personale in posizione di comando, distacco o fuori ruolo, anche proveniente dal corpo della Guardia di Finanza¹⁵, e procede: a) alla verifica, in via preventiva, della legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento EXPO Milano 2015, con particolare riguardo al rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza della legge 6 novembre

¹⁵ Cfr. il protocollo di intesa siglato il 25 settembre 2014 fra ANAC, Guardia di finanza e Sogei s.p.a., che ha lo scopo di attivare un canale strutturato di collaborazione interistituzionale a garanzia di una sempre maggiore trasparenza e regolarità nelle procedure ad evidenza pubblica.

2012 n. 190, nonché, per la parte di competenza, del corretto adempimento, da parte della Società Expo 2015 p.a. e delle altre stazioni appaltanti, degli accordi in materia di legalità sottoscritti con la Prefettura di Milano; b) ad esercitare poteri ispettivi e di accesso alle banche dati già attribuiti alla soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al comma 9, dell'articolo 6 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ivi compresi poteri di accesso alla banca dati di cui all'articolo 97, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

Il Presidente dell'ANAC può partecipare, altresì, alle riunioni della sezione specializzata del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere presieduta dal Prefetto di Milano.

Rilevanti prescrizioni sono, inoltre, contenute nell'art. 32, che prevede la disciplina delle *misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese che possono essere adottate nell'ambito della prevenzione della corruzione*¹⁶.

¹⁶ La norma così recita: “1. *Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p., 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p., ovvero, in presenza 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 ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il 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: a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o della concessione; b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.*

2. *Il Prefetto, previo accertamento dei presupposti indicati al comma 1 e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l'impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero nei casi più gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270. Il predetto decreto 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.*

3. *Per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura.*

4. *L'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto e gli amministratori rispondono delle eventuali diseconomie dei risultati solo nei casi di dolo o colpa grave.*

5. *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.*

6. *Agli amministratori di cui al comma 2 spetta un compenso quantificato con il decreto di nomina sulla base delle*

Notevole interesse riveste, in particolare, ai fini della presente trattazione, il comma 10 della norma, che disciplina l'applicazione dell'istituto della sostituzione degli organi sociali, della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice e del sostegno o monitoraggio dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o della concessione per le ipotesi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista, tuttavia, l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la prosecuzione dello stesso al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi. In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal

tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa.

7. Nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva.

8. Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Il Prefetto provvede, con decreto, adottato secondo le modalità di cui al comma 2, alla nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa. A tal fine, gli esperti forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo.

9. Agli esperti di cui al comma 8 spetta un compenso, quantificato con il decreto di nomina, non superiore al cinquanta per cento di quello liquidabile sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa.

10. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione 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 di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC. Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

Prefetto, che ne informa il Presidente dell'ANAC. Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato della sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta, ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione, ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

Le previsioni della succitata disposizione normativa costituiscono, senza dubbio, un'alternativa all'immediata paralisi dell'attività dell'impresa oggetto di informativa antimafia e mirano a perseguire lo scopo di un'efficace azione preventiva contro i tentativi di infiltrazione malavitosa pur salvaguardando, allo stesso tempo, i livelli occupazionali e garantendo la continuità di funzioni e servizi indifferibili.

4. Il riparto di competenza giurisdizionale

Il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria, aveva affermato, con le ordinanze del 24 settembre 2012, n. 33 e del 19 novembre 2012, n. 34, che nel caso di impugnazione contestuale dell'interdittiva antimafia e del provvedimento consequenziale negativo della stazione appaltante, la competenza si radicasse davanti al TAR territorialmente competente in base all'efficacia dell'atto lesivo, che era il secondo.

Questo perché, pur essendo i due atti strettamente connessi, il primo non rivestiva carattere generale, essendo necessaria una singola informativa o comunicazione per ogni procedura ad evidenza pubblica, e dunque non attraeva la competenza per la decisione. Tale principio si fondava sull'art. 13, comma 4-bis, del codice del processo amministrativo, per il quale, nel caso di connessione, salvo che l'atto presupposto non rivesta carattere normativo o generale, la competenza si radica in base al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere.

Nelle decisioni rese in Adunanza plenaria nn. 3 e 4 del 2013, il supremo consesso amministrativo aveva confermato il suo orientamento, statuendo che anche per le controversie sorte prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 160 del 2012, che ha introdotto il comma 4-bis dell'art. 13 del codice del processo amministrativo, quale criterio principale per determinare la competenza territoriale inderogabile del tribunale amministrativo regionale, rilevava quello della sede della autorità che aveva emesso l'atto impugnato, tranne quando questo producesse effetti in un solo ambito territoriale regionale. Pertanto, nel caso di impugnazione di una 'informativa antimafia tipica', emessa dalla Prefettura di Cagliari in relazione ad un rapporto contrattuale sorto nel territorio della Regione Sicilia, sussisteva la competenza territoriale del TAR per la Sicilia, poiché la medesima

informativa aveva prodotto effetti diretti unicamente nell'ambito della circoscrizione territoriale del luogo nel quale era stato costituito il rapporto contrattuale.

Tale assunto è stato messo in discussione dalla sezione terza del Consiglio di Stato, che con l'ordinanza del 17 aprile 2014, n. 1978¹⁷ di rimessione alla plenaria ha affermato che con l'entrata in vigore del codice antimafia lo strumento dell'interdittiva antimafia avrebbe acquisito il carattere di efficacia generale, attribuendo, quindi, la competenza per connessione proprio ai sensi dell'art. 13, comma 4-bis, del codice del processo amministrativo. Inoltre, anche tale provvedimento avrebbe efficacia lesiva autonoma, facendo derivare l'interesse a ricorrere, come dimostrerebbe il fatto che i vizi dedotti avverso il provvedimento negativo consequenziale della stazione appaltante sono generalmente di mera invalidità derivata.

Il riflesso negativo di pronunce di diversi TAR sulla stessa interdittiva antimafia ma aventi contenuto fra loro contraddittorio rischierebbe, in ogni caso, di costituire un ostacolo all'azione di efficace contrasto alla criminalità mafiosa dello strumento delle informative interdittive.

Sulla questione¹⁸ si è pronunciato risolutivamente il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria il 31 luglio 2014, con la decisione n. 17, con la quale, tornando indietro sui suoi passi alla luce delle modifiche normative nel frattempo intervenute e aderendo all'impostazione delineata nell'ordinanza di rimessione, ha statuito che nel caso di contestuale impugnazione di una informativa prefettizia interdittiva – che per l'art. 91 del d.lgs. n. 159 del 2011 ha effetti inscindibili sull'intero territorio nazionale ed è immediatamente impugnabile - e dei conseguenti atti applicativi adottati dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 14 del Codice del processo amministrativo il giudice territorialmente competente è il TAR nella cui circoscrizione si trova la Prefettura che ha adottato l'informativa, poiché rileva l'interesse del ricorrente all'annullamento della informativa e dunque prevale il criterio della competenza territoriale per il giudizio principale, rispetto a quello della competenza funzionale previsto dall'art. 119 del medesimo Codice per il giudizio accessorio riguardante l'impugnazione degli atti della gara d'appalto.

5. *Giurisdizione sui provvedimenti di revoca, di recesso o di risoluzione dei contratti*

Opportune riflessioni suscita l'interessante problematica relativa all'individuazione dell'ordine giurisdizionale competente in tema di atti di revoca, recesso o risoluzione dai contratti stipulati con operatori in precedenza risultati aggiudicatari di procedure ad evidenza pubblica e che si scoprono, poi, essere collusi con la criminalità organizzata.

¹⁷ Il provvedimento fa parte di una serie di ordinanze emesse dalla sezione all'esito della stessa udienza e vertenti sullo stesso tema.

¹⁸ Vedi, sul tema, prima degli ultimi sviluppi giurisprudenziali, G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, cit. 260 ss.

Risulta evidente come la questione sia strettamente connessa alla natura del potere esercitato dall'amministrazione: se lo stesso si considera espresso nell'ambito della sfera negoziale e paritetica della stazione appaltante appartenente alla fase di stretta esecuzione del contratto¹⁹, le relative controversie dovrebbero essere attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre nel caso in cui si ritenga che il potere esercitato rivesta natura pubblicistica, perché espresso comunque in esplicazione di potestà autoritativa, la giurisdizione dovrebbe deputarsi in capo al giudice amministrativo.

Sul punto la giurisprudenza è costante nell'affermare la giurisdizione del giudice amministrativo²⁰.

E' stato, in particolare, statuito che la deliberazione del Comune di recesso dal contratto di appalto, consequenziale all'informativa del Prefetto, resa ai sensi dell'art. 10 d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, è espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica, diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali fra i soggetti indicati nell'art. 1 del medesimo d.P.R. e le imprese, nei cui confronti emergano sospetti di legami con la criminalità organizzata. Conseguentemente, trattandosi di atto estraneo alla sfera del diritto privato, in quanto espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 11, comma 2, del citato d.P.R., la relativa controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo²¹.

La Suprema Corte premette che in materia di contratti della p.a. la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene pienamente operativa nella successiva fase contrattuale afferente l'esecuzione del rapporto, fase aperta dalla stipula, nella quale si è entrati a seguito della conclusione, mediante aggiudicazione, della fase pubblicistica; in questa seconda fase, infatti, p.a. e privato si trovano in posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici. Il primo atto appartenente alla giurisdizione ordinaria è, dunque, costituito dalla stipula del contratto, in base all'art. 1321 e ss. c.c., che diviene competente pertanto riguardo la disciplina dei requisiti, gli effetti, nonché l'intero spettro delle patologie negoziali, anche sopravvenute.

Nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della p.a., una volta stipulato il contratto, la revoca dell'aggiudicazione effettuata per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell'ambito del generale potere contrattuale di recesso (previsto, per i contratti di appalto di

¹⁹ Cass. civ., SSUU, ord., primo giugno 2006, n. 13033; 12 maggio 2006, n. 10994.

²⁰ In senso contrario, vedi, in dottrina, G.D'ANGELO, *Il recesso dal contratto da parte della stazione appaltante a seguito di un'informazione antimafia interdittiva*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, 1302 e ss.

²¹ Cass. Civ., SSUU, 29 agosto 2008, n. 21928.

opere pubbliche, dalla l. n. 2248 del 1865, art. 345, all. F), sul cui esercizio sussiste la giurisdizione del giudice ordinario.

L'ipotesi del recesso dell'appaltante ai sensi dell'art. 11 commi 2 e 3 d.P.R. n. 252 del 1998, fondata sul sospetto di infiltrazioni mafiose nell'impresa appaltatrice costituisce, peraltro, un'eccezione alla generale devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative a detto rapporto giuridico, in quanto tale potere di recesso è espressione di un irrinunciabile potere autoritativo di valutazione discrezionale dei requisiti del contraente, a fronte del quale l'appaltatore-contraente gode della posizione dell'interesse legittimo azionabile di fronte al giudice amministrativo²².

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia ha, inoltre, statuito che la decisione della stazione appaltante in ordine alla prosecuzione, o no, del contratto, pur avendo formalmente a oggetto l'esercizio di un potere di recesso, è in realtà espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi della controparte, il cui esercizio, che attiene alla scelta del contraente, è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto dal d.P.R. n. 252 del 1998 (art. 11, comma 2). Spetta, dunque, al giudice amministrativo decidere una controversia relativa al recesso della p.a. dal contratto a seguito di informativa antimafia²³.

Il succitato orientamento appare da condividere pienamente anche per ragioni di semplificazione e di economia processuale: Nel caso, invero, di contestuale impugnazione sia dell'informativa prefettizia, da sottoporre pacificamente al sindacato del giudice amministrativo, che dell'atto di revoca, recesso o risoluzione del contratto, il giudice a cui rivolgersi sarà il medesimo, evitando di incorrere in decisioni di segno opposto, come sarebbe possibile se si seguisse la tesi contraria.

Notevole interesse suscita, infine, la decisione resa di recente dalla Suprema Corte a sezioni unite, ove nella premessa si allinea all'opinione prevalente succitata, ma conclude statuendo, per il caso di specie, la giurisdizione del giudice ordinario.

Secondo la Corte, infatti, sebbene, in linea generale, la controversia attinente la delibera di un ente pubblico di recedere dal contratto d'appalto per effetto di un'informativa prefettizia ex art. 10 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, appartenga alla giurisdizione del giudice amministrativo, tuttavia, ove l'appaltatore agisca per la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni, sul presupposto dell'illiceità del recesso operato dall'amministrazione in conseguenza delle verifiche disposte dal Prefetto ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, deducendo l'avvenuto rilascio dell'informazione antimafia a sé favorevole e, dunque, la mancanza di validi presupposti per l'esercizio di quel potere valutativo, la con-

²² Cass. Civ., SSUU, 11 gennaio 2011, n. 391.

²³ CGA, 5 gennaio 2011, n. 9.

troveria appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario poiché - avuto riguardo al criterio del “*petitum*” sostanziale - attiene all’esecuzione di un contratto di diritto privato, senza che venga in questione l’illegittimo esercizio di un potere amministrativo²⁴.

6. *Ambito del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo*

Dall’esame dei numerosi arresti giurisprudenziali che si sono susseguiti in materia di informativa antimafia atipica si evince che i giudici amministrativi sono chiamati a stabilire la legittimità o meno di tali provvedimenti sulla base, essenzialmente, degli elementi posti dalla prefettura a fondamento dell’informativa stessa.

Più in particolare, la premessa delle decisioni è nel senso che l’informativa antimafia c.d. “atipica”, a differenza di quella c.d. “tipica”, non ha carattere direttamente interdittivo, consentendo al più alla stazione appaltante di valutare discrezionalmente se avviare o proseguire i rapporti contrattuali, alla luce dell’idoneità morale dell’imprenditore di assumere la posizione di contraente con la p.a., sicché tale efficacia interdittiva può, se del caso, scaturire dall’autonoma valutazione discrezionale della stazione appaltante, destinataria della predetta informativa prefettizia atipica. È, dunque, assodato che quest’ultima, ancorché non priva di effetti nei confronti della p.a., non ne comprime interamente l’autonoma capacità di apprezzamento del dato fornito, onde il mantenimento o la risoluzione del rapporto contrattuale deve essere comunque il frutto di una scelta motivata della stazione appaltante, adeguatamente motivata²⁵.

Ciò posto, riguardo alla rilevanza del rapporto di parentela con soggetti risultati appartenere alla criminalità organizzata agli effetti dell’inibitoria della costituzione di rapporti contrattuali o di sovvenzione con enti che utilizzano risorse pubbliche, è stato affermato che il mero rapporto di parentela (o di affinità), in assenza di ulteriori elementi, non è di per sé idoneo a dare conto del tentativo di infiltrazione, in quanto non può ritenersi un vero e proprio automatismo tra un legame familiare, sia pure tra stretti congiunti, ed il condizionamento dell’impresa, che deponga nel senso di un’attività sintomaticamente connessa a logiche e ad interessi malavitosi²⁶.

Si è, però, anche affermato che l’interdittiva antimafia, essendo espressione della logica di anticipazione della difesa sociale, non richiede un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l’appartenenza di

²⁴ Cass. Civ., SSUU, 27 gennaio 2014, n. 1530.

²⁵ Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2014, n. 944.

²⁶ Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2013, n. 96; 5 settembre 2011, n. 4995; sez. VI, 18 agosto 2010, n. 5880; 23 luglio 2008, n. 3664; 27 giugno 2007, n. 3707.

un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, potendo l'interdittiva fondarsi su fatti e vicende aventi un valore sintomatico ed indiziario e con l'ausilio di indagini che possono risalire anche ad eventi verificatisi a distanza di tempo; inoltre, gli elementi raccolti non vanno considerati separatamente, dovendosi piuttosto stabilire se sia configurabile un quadro indiziario complessivo dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata. Non è, dunque, necessario pervenire al massimo grado di certezza dei presupposti, come occorre per le condanne in sede penale, né a quello, di minor certezza, che occorre per le misure di prevenzione, essendo sufficiente la sola dimostrazione del pericolo del pregiudizio. I fatti sintomatici ed indizianti che sostengono la plausibilità della sussistenza di un collegamento tra impresa e criminalità organizzata possono anche incentrarsi nelle relazioni familistiche dell'interessato con contesti e persone che non lasciano seriamente propendere per la loro affidabilità.

Il solo rapporto di parentela e di frequentazione del socio o dell'amministratore di un'impresa con un soggetto appartenente alla criminalità organizzata non costituisce, dunque, di per sé, un presupposto sufficiente per l'interdittiva; tuttavia, l'informativa interdittiva deve ritenersi legittima nel caso in cui tali rapporti vengano considerati non già occasionali e spuri, ma siano nel loro complesso avvalorati da altri elementi indiziari e convergenti, potendo tali rapporti costituire seri elementi indiziari da cui arguire la possibile permeabilità malavitosa dell'interessato, che non vanificano, anzi corroborano la serietà dell'interpretazione complessiva datane dalla p.a.²⁷

Come emerge dall'esame delle pronunce giurisprudenziali che si sono succedute sul tema, anche di quelle più recenti appena citate, oltre che dalle disposizioni normative in tema di Expo esaminate in precedenza, il dilemma davanti al quale si pongono il giudice amministrativo nell'esercizio del suo sindacato giurisdizionale in questa materia ed il legislatore dell'emergenza consiste, dunque, essenzialmente, nel cercare di effettuare il miglior bilanciamento possibile tra i contrapposti interessi coinvolti nel settore, anche di rilievo costituzionale ed europeo: quello a che l'esercizio delle attività amministrative più rilevanti ed in particolar modo l'attribuzione delle pubbliche commesse risulti effettivamente tutelato dalle ingerenze della criminalità organizzata e quello all'efficace e solerte esplicazione della libertà di iniziativa economica privata²⁸, anche alla luce del principio della libera concorrenza fra gli operatori²⁹.

²⁷ Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2013, n. 4414.

²⁸ Sul punto vedi R. URSI, *Certificazioni e normativa antimafia*, in F. FRACCHIA – M. OCCHIANA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006, 112.

²⁹ In proposito, vedi B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *L'ambito soggettivo e oggettivo della documentazione antimafia*, in A. CISTERNA e Altri (a cura di), *Codice antimafia*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 228.

A tal fine potrà, forse, essere di aiuto proprio la recente normativa appena esaminata.

Grazie a tutti per l'attenzione.

THE ANTI-MAFIA CHECKS AND THE ADMINISTRATIVE JUDGE

by Elena Quadri

Abstract

This article proposes to analyse the anti-mafia checks as introduced by anti-mafia legislation. These checks constitute an important tools for prevention of mafia infiltrations in the field of public procurement. In the first part, the author introduces different measures established by legislator, in particular the anti-mafia notice (“comunicazione antimafia”), anti-mafia alert (“informativa antimafia”), white list, integrity agreement (“patto o protocollo di integrità o di legalità”); the author shows, for each point, the main features and issues. Furthermore the author shows the emergency provisions for Expo 2015. Finally, the last part of the article focuses on the procedural viewpoint of anti-mafia checks.



Prevenzione e repressione della corruzione con particolare riferimento alla disciplina del conflitto di interesse ed ai connessi profili della responsabilità

di Mariaconcetta D'Arienzo

SOMMARIO: 1. La corruzione in Italia: origini, evoluzione, cause ed effetti. - 2. La politica di prevenzione e repressione della corruzione. Breve *excursus* dei principali interventi normativi: una strategia realmente efficace?. - 3. Il conflitto di interesse nell'art. 6-bis della legge n. 241/90 ed i suoi rapporti con l'art. 323 c.p.: l'abuso di ufficio nello svolgimento dell'attività procedimentale. - 4. Patologia degli atti e del provvedimento adottati in violazione degli obblighi di cui all'art. 6-bis della legge n. 241/90. - 4.1. L'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo. - 4.2. Considerazioni a margine della responsabilità del responsabile del procedimento e degli altri funzionari per il danno erariale, all'immagine ed al prestigio arrecato alla P.A. - 5. Conclusioni.

1. *La corruzione in Italia: origini, evoluzione, cause ed effetti*

Da molti anni ormai l'Italia detiene il triste primato di Paese più corrotto dell'Europa occidentale. Una delle ragioni è da ricercarsi nel fatto che, come è stato evidenziato anche di recente¹, “i paesi storicamente cattolici sono sistematicamente più corrotti di quelli storicamente protestanti o a tradizione mista” e, d'altra parte, l'affermazione secondo cui “Tutto è correlato con la performance economica” non fa che rafforzare questa convinzione e, quindi, in sostanza, lo stretto legame fra forme di cristianesimo, corruzione e performance economica.

Il panorama europeo, quanto a tradizione religiosa, svela, infatti, realtà molto diverse tra loro: i Paesi di tradizione cattolica sono anche quelli ad economia più debole associata ad un alto livello di corruzione e a bassa crescita economica, al contrario, quelli di religione protestante sono caratterizzati da economie più forti, da alta crescita economica e da un livello di corruzione più basso.

Non bisogna, quindi, sottovalutare l'influenza della religione sulla cultura e sulla mentalità dei cittadini e benché sia innegabile che la corruzione prospera

¹ B. BEFANI, *Il legame tra cattolicesimo e corruzione*, in <http://blog-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it>.

anche in paesi non cattolici, sembrerebbe tuttavia che, in base alle predette considerazioni, qui il rischio corruzione sia ben più ridotto.

In Italia poi, più che in altri Paesi, la corruzione non è solo una percezione, ma è una triste e persistente realtà² di cui, tuttavia, si è acquisita piena consapevolezza solo di recente. Nonostante il fenomeno abbia delle origini ormai remote, l'approccio nei confronti di quello che è ormai diventato "un case study"³ è stato piuttosto blando⁴ probabilmente perché il fenomeno è stato per lungo tempo sottovalutato al punto che ad oggi prevale l'illegalità in tutte le sue manifestazioni a scapito della trasparenza e dell'etica nelle pubbliche amministrazioni e anche in altre sedi.

A partire degli anni '90, periodo in cui hanno preso l'avvio le più importanti riforme del settore, la corruzione ha cominciato a diffondersi pericolosamente registrandosi numerosi episodi che hanno visto il coinvolgimento di esponenti della politica e dell'amministrazione e che hanno suscitato notevole clamore. Ciò è avvenuto, in particolare, nelle realtà locali che, già all'epoca, a seguito delle riforme, avevano acquisito significativi poteri, rappresentando per ciò stesso terreno fertile per la corruzione che ha agevolmente attecchito, complice anche l'inefficienza dei controlli che ha favorito il dilagare di episodi di mala amministrazione, clientelismo, conflitti di interesse⁵, spreco di danaro pubblico, ecc., tutt'altro che episodici la cui intrinseca gravità, anche successivamente e per lungo tempo, non è stata affatto percepita come ci si aspettava, né affrontata con interventi normativi di prevenzione e repressione adeguati.

Ciò ha portato inevitabilmente al declino degli istituti della responsabilità politica, dell'etica pubblica e del controllo sociale; parallelamente l'immunità è diventata un prerogativa dei corrotti sconfinando nell'impunità e, tutto ciò ha finito per offuscare il principio di trasparenza⁶, l'im-

² F. MERLONI – L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010. A. HEIMLER, *Corruzione*, in *Dizionario di economia e finanza* (2012), consultabile sul sito www.treccani.it.

³ Così, M. VILLONE, *La Costituzione e la giustizia dei potenti*, Napoli, 2011, 123.

⁴ Ciò, anche in considerazione del fatto che per molto tempo la presenza del fenomeno non è stata neanche percepita restando ai più endemica ed invisibile.

⁵ Cfr., di recente sul tema, M. ARGENTATI, *La disciplina italiana del conflitto di interessi in una prospettiva di diritto comparato*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 3, 929 ss.; G. SIRIANNI, *Conflitti di interesse*, in F. Merloni – L. Vandelli, *La corruzione amministrativa*, cit., 215 ss.

⁶ La dottrina sull'argomento è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, cfr., AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, Atti del XXXV° Convegno di Studi in Scienza dell'Amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1989, Milano, 1991. I.F. CARAMAZZA, *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza. Profili generali di una riforma*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 77-96; F. TERESI, *La strategia delle riforme. Le riforme istituzionali in Italia tra governabilità partecipazione e trasparenza. Materiali di studio*, Torino, 1996; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 229 ss.; G.B. GOLETTI, *Il difficile cammino verso la trasparenza*, in *Il Foro amm.*, 2000, 4083; E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa*:

parzialità⁷ e il buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), il dovere di esplicare la funzione pubblica ricoperta con disciplina e onore (art. 54 Cost.), nonché le norme morali ivi richiamate la cui indiscussa rilevanza giuridica avrebbe dovuto, al contrario, indurre «a un “atteggiamento etico degli organi dell’amministrazione” che (aveva fino ad allora) offerto dignità ai componenti degli enti pubblici, favorendo altresì l’imparzialità e il buon andamento dell’azione amministrativa»⁸.

2. *La politica di prevenzione e repressione della corruzione. Breve excursus dei principali interventi normativi: una strategia realmente efficace?*

Sul finire degli anni '90 il fenomeno della corruzione ha acquisito una rilevanza non più soltanto locale o nazionale, bensì internazionale⁹ per l’interessamento e l’impegno profuso da numerose organizzazioni internazionali nella lotta alla corruzione con l’obiettivo di rafforzare i programmi di prevenzione nell’ambito dell’organizzazione e della gestione interna alla P.A. Anche successi-

dall’accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, 573 ss.; C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all’informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1, 99 ss.; E. CARLONI, *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli a paradossi della trasparenza amministrativa*, *ivi*, 2009, 3, 779 ss.

⁷ Di recente sul tema, F. MERLONI, *Le regole generali sull’imparzialità soggettiva del funzionario pubblico*, in F. Merloni – L. Vandelli, (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit., 185 ss. ID., *Organizzazione amministrativa e garanzie dell’imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 57 ss.; G. MANFREDI, *Principio di imparzialità e riordino dell’amministrazione per collegi*, in *Dir. amm.*, 1996, 1, 89 ss.

⁸ Così, R. CAVALLO PERIN, *L’etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati 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, 147 ss. e, più di recente, R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Rin. trim. dir. pubbl.*, fasc. 2, 2014, 309 ss. Cfr., inoltre, V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni - L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, 2010, 89 ss.; G. SIRIANNI, *Profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, *ivi*, 129 ss.; B.G. MATTARELLA, *Doveri di comportamento*, *ivi*, 225 ss.; N. DURANTE, *«I doveri di fedeltà alla Repubblica, disciplina ed onore»* Relazione al Convegno di studi «Dall’etica del dovere al diritto delle responsabilità» Università di Salerno, 12 luglio 2012, in www.giustizia-amministrativa.it. In particolare, il precetto di cui all’art. 54 Cost. si correla all’art. 1 della legge 20 luglio 2004, n. 215 recante “Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi” laddove prevede che “i titolari di cariche di governo, nell’esercizio delle loro funzioni, si dedicano esclusivamente alla cura degli interessi pubblici e si astengono dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazione di conflitto d’interessi”. Tale previsione si completa con il successivo art. 2 che prende in esame i casi di incompatibilità che possono, nei casi più gravi essere sanzionati con la decadenza dalla carica. Sul punto, di recente, cfr., F. PINTO, *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità*, in F. Merloni – L. Vandelli, *La corruzione amministrativa*, cit., 189 ss.

⁹ Si segnala, in particolare, la Convenzione OCSE contro la corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997 e la Convenzione ONU contro la corruzione del 9 dicembre 2003.

vamente, la normativa e gli strumenti dell'Unione europea in materia hanno avuto un impatto sempre crescente sulla normativa nazionale a partire dall'istituzione con il d.P.R. 6 ottobre 2004, n. 258 - in attuazione dell'art.1 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, recante "Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione" - dell'ufficio dell'Alto Commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito che sembrava in un primo tempo potesse rappresentare una svolta significativa nell'elaborazione della politica anticorruzione e della trasparenza, pacificamente considerati i pilastri di governo della P.A.

A tale figura operante all'interno della P.A. vennero attribuite funzioni e poteri considerevoli e di varia natura: d'indagine e conoscitivi - anche a seguito di denuncia, ovvero di motivata richiesta delle PP.AA., al fine di accertare l'esistenza, le cause e le concause di fenomeni di corruzione e di illecito o di pericoli di condizionamento da parte di organizzazioni criminali all'interno della P.A.; di analisi e studio sull'adeguatezza e congruità del quadro normativo, e delle eventuali misure poste in essere dalle amministrazioni per prevenire l'evolversi dei fenomeni corruttivi; di monitoraggio delle procedure contrattuali e di spesa, di atti e comportamenti suscettibili di procurare un danno erariale; ispettivi e di controllo, ai sensi del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286; di accertamento, anche mediante l'audizione di soggetti appartenenti alle PP.AA. o di privati interessati alle procedure amministrative o contabili in corso di esame, con possibilità di delegare specifici accertamenti a singoli funzionari delle amministrazioni interessate; di accesso ai documenti delle PP.AA., ad eccezione di quelli coperti da segreto di Stato, anche telematicamente con accesso alle banche dati; di denuncia dei fatti di reato all'A.G.O. ed alla Corte dei Conti di quelli forieri di danno erariale (ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. 258/2004); di segnalazione al Procuratore della Repubblica in caso di mancata risposta da parte delle amministrazioni interpellate, per l'adozione delle iniziative del caso ai sensi dell'art. 2, comma 7, d.P.R. citato.

Ancora, al fine di garantire il costante adeguamento della normativa agli interventi da realizzare nell'ambito della politica di prevenzione e contrasto alla corruzione, l'art. 4 del Regolamento prevedeva la redazione di una relazione semestrale dell'attività svolta dal Presidente del Consiglio dei Ministri che a sua volta avrebbe riferito annualmente al Parlamento.

In realtà, non c'è stato neanche il tempo di abituarsi a tale nuova "presenza" e di valutarne l'efficacia che il Governo Berlusconi appena insediatosi ha provveduto alla sua soppressione considerandolo un ostacolo e un costo inutile; ciò ha avuto inevitabili ripercussioni sul percorso appena intrapreso oltre che sull'immagine del Paese a livello internazionale suscitando preoccupazione e sconforto nell'OCSE che vedeva vanificati gli sforzi compiuti nella lotta alla corruzione e pregiudicata la possibilità di introdurre misure più efficaci.

L'abolizione del predetto Ufficio, così come la scelta di istituire alle dipendenze del Ministro del Governo italiano per la Pubblica Amministrazione e la Trasparenza

una nuova organizzazione, il Servizio Anticorruzione e Trasparenza, che ne avrebbe assunto le funzioni, fece dubitare della effettiva capacità del SAeT di avere un impatto significativo nella lotta alla corruzione interna, nonché dell'adesione dell'Italia agli impegni internazionali. Ciò in considerazione del ruolo (consultivo limitato) e dei poteri (analisi e consulenza) di cui disponeva il SAeT, consistenti nella fissazione delle linee guida per il settore pubblico italiano (fatta eccezione per i parlamentari - salvo che non svolgessero il ruolo di pubblici amministratori in un'amministrazione governativa) e per le aziende del settore privato; nel monitoraggio del rischio di corruzione all'interno della P.A.; nella predisposizione per grandi linee di un piano nazionale anticorruzione. In assenza di poteri di supervisione o controllo su alcuna istituzione anticorruzione del governo, il SAeT fungeva da centro di coordinamento con possibilità di delega delle funzioni alle altre istituzioni governative.

Da un rapido confronto, emergeva *ictu oculi* che il SAeT non era in grado di assicurare lo stesso grado di indipendenza che aveva caratterizzato l'Ufficio dell'Alto Commissario, in quanto a differenza di quest'ultimo era stato posto alle dipendenze del Ministro che, a sua volta, avrebbe riferito al primo ministro. A ben vedere, quindi, se l'Alto Commissario aveva un'organizzazione ben predisposta, ma inefficace, il SAeT per il ridotto livello di indipendenza e la dimensione più contenuta della sua azione si è rivelato ancora meno efficace.

Seguì la soppressione del Commissario anticorruzione le cui competenze non erano ben definite né definibili in concreto e l'istituzione della CIVIT (Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle pubbliche amministrazioni) ad opera dell'art. 13 del D.Lgs. n. 150/2009 con compiti di indirizzo, coordinamento e sovrintendenza all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione delle amministrazioni. La neo istituita Commissione avrebbe dovuto garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale, nonché garantire la trasparenza totale delle amministrazioni cioè l'accessibilità dei dati inerenti al loro funzionamento. In seguito, la legge n. 190/2012, recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" (su cui si tornerà a breve), in attuazione delle convenzioni internazionali in materia di lotta alla corruzione, ha inoltre individuato (art. 1) l'Autorità competente a coordinare l'attività di contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione nella Civit, modificando la distribuzione delle competenze in materia, con la sostituzione della Civit, nel ruolo di Autorità nazionale anticorruzione, al Dipartimento della Funzione pubblica, che lo ricopriva secondo la normativa previgente. La Commissione esercita le proprie attribuzioni "in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia" in collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Si è trattato, comunque, di disposizioni episodiche che non consentivano di identificare un sistema normativo né un apparato amministrativo *ad hoc*.

In effetti, il d.d.l. deliberato dal Governo nel Consiglio dei Ministri il 1° marzo 2010 aveva per la prima volta proposto «un “pacchetto” di interventi normativi almeno all'apparenza consistente (...) (ma che è sembrato a taluno) un frettoloso assemblaggio di misure escogitate in modo estemporaneo, di qualche spezzone di proposta ripescato dalle scrivanie della Funzione Pubblica e di articoli estrapolati da altri disegni di legge»¹⁰. Successivamente, dopo un iter travagliato e complesso, l'iter si è concluso con l'adozione della legge n. 190/2012. In un clima di scetticismo e di profonda incertezza, essa ha rappresentato un primo tentativo, complessivamente ben riuscito, di reintrodurre la cultura dell'integrità e della legalità nella P.A., di ristabilire il rispetto dei principi dettando una disciplina organica tendente alla “valorizzazione delle norme costituzionali della imparzialità, buon andamento della pubblica amministrazione e legalità della sua azione” attraverso la riorganizzazione e l'integrazione delle norme in funzione della “trasparenza dell'azione amministrativa, (di) prevenzione (più che) repressione, anche in via amministrativa, delle condotte illecite e devianti”. Nel solco di precedenti interventi, tra cui tra cui il D.Lgs 27 ottobre 2009, n. 150 (recante “Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza a trasparenza delle pubbliche amministrazioni”) la trasparenza, nel significato specificato dalla legge (cfr., art. 1, comma 15) assurge a “livello essenziale” ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.). In linea con le previsioni della Convenzione Onu approvata nel 2003 ivi richiamata (che già prevedeva una serie di interventi di ordine amministrativo, quali Codici di condotta dei pubblici ufficiali, procedure trasparenti per la stipulazione di appalti pubblici, piena informazione al pubblico sul funzionamento dell'amministrazione e dei suoi processi decisionali), la legge ha potenziato i codici di comportamento dei dipendenti pubblici, si è fatta carico dei conflitti di interesse e si è concentrata molto sulla corruzione dei pubblici funzionari e sui piani anticorruzione la cui attuazione è attribuita al dirigente che può essere chiamato a rispondere sul piano disciplinare e anche per danno erariale all'immagine della pubblica amministrazione nel caso in cui vengano accertati reati di corruzione a carico dei pubblici dipendenti.

Al fine del raggiungimento degli obiettivi, è essenziale, tuttavia, l'individuazione delle attività a rischio, la pianificazione preventiva, la formazione e la rotazione del personale, il costante monitoraggio degli uffici e l'imposizione di obblighi informativi anche negli appalti pubblici, non essendo a ciò sufficiente la definizione di nuovi codici di comportamento¹¹.

¹⁰ Così, G. SIRIANNI, *Molto rumore per nulla*, in www.astrid.it.

¹¹ In adempimento di obblighi imposti dal diritto internazionale e nel solco di illustri precedenti, tra cui si segnala la legge 3 agosto 2009, n. 116, di ratifica della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003, e le leggi 28 giugno 2012, n. 110 e 112, di

In tale contesto, “Civit e Dipartimento della funzione pubblica costituiscono i centri di responsabilità del sistema. Tutte le amministrazioni devono nominare un responsabile della prevenzione della corruzione (che generalmente coincide con il responsabile della Trasparenza) e dotarsi del piano triennale predisposto dallo stesso responsabile”¹².

ratifica di due convenzioni del Consiglio d'Europa siglate a Strasburgo nel 1999, la legge n. 190/2012 ha recepito e specificato il concetto ed i contenuti della “cultura dell'integrità” predicati dall'OCSE; ha ratificato la Convenzione penale sulla corruzione, che impegna gli Stati a prevedere l'incriminazione di fatti di corruzione attiva e passiva tanto di funzionari nazionali quanto stranieri; di corruzione attiva e passiva nel settore privato; del cosiddetto traffico di influenze; dell'autoriciclaggio: Dal provvedimento di ratifica sono state espunte le disposizioni di diretto adeguamento dell'ordinamento interno, confluite appunto nella legge anticorruzione. Con la legge n. 112/2012 è stata ratificata la Convenzione civile sulla corruzione, diretta ad assicurare che negli Stati aderenti siano garantiti rimedi giudiziari efficaci in favore delle persone che hanno subito un danno risultante da un atto di corruzione. Per espressa previsione del suo primo articolo, la legge in esame è stata approvata in attuazione dell'art. 6 della Convenzione ONU e degli artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione (e rispettive leggi di ratifica) al fine di individuare, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere attività di controllo, di prevenzione e di contrasto alla corruzione e dell'illegalità nella P.A.. *Amplius*, in dottrina, tra i contributi più recenti, S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in www.astridonline.it; M. MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione europea, del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese*, in www.penalecontemporaneo.it; R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La legge 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in www.giustizia-amministrativa.it. F. MONTEDURO, A. BURATTI, S. BRUNELLI, *La corruzione: definizione, misurazione e impatti economici*, 2013, in www.formez.it; L. GIAMPAOLINO, *Le misure amministrative nella lotta alla corruzione, Intervento al Convegno “Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali. Pubblico e privato nella strategie di contrasto alla corruzione*, Courmayeur, 28 - 29 settembre 2012, in www.cnpds.it; ID., *Misure e stime della corruzione: una sfida (im)possibile?*, in www.astrid-online.it. F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in www.irpa.eu; S. MECENATE, *Anticorruzione: una sfida per reimpostare in chiave etica la pubblica amministrazione italiana*, in www.eticapa.it; D. DAVID - V. LEPORÉ, *La legge anticorruzione: novità e limiti applicativi negli enti locali*, in www.amministrazioneincammino.it; R. CIFARELLI, *Corruzione “amministrativa” e controlli: spunti di riflessione*, ivi. F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2/2013, 349 ss., ha evidenziato alcuni punti deboli del d.d.l. e della legge, tra cui “la relativa disattenzione al tema del coinvolgimento degli enti territoriali autonomi nella politica anticorruzione, sia sul versante della individuazione delle misure sia su quello della loro effettiva attuazione. Il ddl iniziale, anche nel testo approvato in prima lettura al Senato, dedicava al tema un articolo molto succinto, fondato sulla consueta tecnica dell'adeguamento degli ordinamenti autonomi alle disposizioni della legge destinate alla prevenzione della corruzione. In questo primo approccio, lo Stato sembra non preoccuparsi né dei titoli competenziali che lo legittimano ad adottare discipline nazionali, né dei modi in cui le misure previste nelle disposizioni nazionali si debbano attuare in sede regionale e locale. (...) il testo finale della legge 190/2012 contiene una correzione sostanziale di questo primo indirizzo, che deve essere valutata e criticata, ma che dimostra una maggiore consapevolezza del tema, pur in un clima generale di tendenziale sottovalutazione”.

¹² Per favorire l'attuazione dei piani è individuato il soggetto responsabile individuato dagli organi di indirizzo politico tra i dirigenti di ruolo di prima fascia in servizio. Il virgolettato è di

Parallelamente, come opportunamente evidenziato in dottrina, “I piani anticorruzione (...) si fondano, in ultima analisi, sulla minaccia della responsabilità del dirigente responsabile della prevenzione: e tra le diverse forme di responsabilità (...) i dipendenti pubblici temono innanzitutto quella erariale”¹³.

L’individuazione dei soggetti, dei piani (nazionale e triennali) e delle responsabilità, accompagnata dalle modifiche alle leggi preesistenti (tra cui, si segnala la modifica delle disposizioni del d.lgs. n. 165/2001 in particolare, per quanto riguarda il conferimento degli incarichi dirigenziali e la disciplina dei casi di inconferibilità o incompatibilità, gli illeciti e le sanzioni disciplinari e, per quanto qui importa, l’introduzione dell’art. 6-bis nella legge n. 241/90) è tesa ad introdurre misure volte da un lato a rafforzare ed implementare il novero degli strumenti di prevenzione e, dall’altro, a ridurre il rischio di emersione di nuovi fenomeni corruttivi.

Tali interventi muovono dalla considerazione che “La lotta alla corruzione non è un punto di astratto moralismo o una banale polemica antigovernativa da parte dell’opposizione pro tempore e che gli episodi di corruzione derivano spesso da tendenze comuni e disfunzioni frequenti, che richiedono interventi di carattere generale. In questo modo si spiega l’introduzione di istituti, strumenti ed organi con competenza trasversale e piani di contenuto ampio, relativo ai diversi settori di attività dei pubblici poteri”¹⁴.

La diffusione e la pervasività della corruzione misurano il grado di efficienza e competitività del Paese, il godimento dei diritti civili e la disponibilità delle risorse¹⁵.

Ispirandosi ad un concetto ampio di corruzione, “comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell’attività amministrativa, si riscontri l’abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati (ben più rilevanti ed) evidentemente più ampie della fattispecie penalistica (...)”¹⁶, idonee a generare situazioni di illegittimità, comunque sgradite all’ordinamento giuridico, quali conflitti di interessi, nepotismo, clientelismo, assenteismo, sprechi ecc.,

C. PAOLINI, *L. n. 190 del 2012 – Una prima disciplina organica sull’anticorruzione: il sistema nazionale e territoriale della prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, in www.gazzettaamministrativa.it. L’A. sapientemente ed efficacemente sintetizza i punti più salienti della nuova normativa. *Amplius*, sull’argomento, cfr., B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.* 2013, 2, 123 ss. che pone in evidenza le difficoltà applicative della legge. F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento, misure specifiche di contrasto alla corruzione nelle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto penale e processo*, 2013.

¹³ Così, M. CLARICH – B. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B. G. MATTARELLA – M. PELLISSERO (a cura di), *Legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 64.

¹⁴ Cfr., N. BOBBIO, *Etica e politica*, in www.repubblica.it.

¹⁵ Sul carattere sistemico del fenomeno ed i suoi nessi con la criminalità organizzata da un lato, con la criminalità economica, dall’altro, cfr., E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2013, 527 ss.

¹⁶ Così, circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione pubblica, 25 gennaio 2013, n. 1.

la legge dà corpo ad una politica di prevenzione amministrativa della corruzione finora sottovalutata e che, per quanto già in precedenza definita, non era stata ben declinata a livello legislativo ed amministrativo.

Il quadro normativo di riferimento si completa con il D.Lgs. n. 33/2013 che muove dalla considerazione che una maggiore trasparenza determina una riduzione del rischio di corruzione e, quindi, ispirandosi ad un concetto di accessibilità totale “*delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni*” ben più ampio del tradizionale diritto di accesso volto semplicemente “*a favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*”, ha introdotto nuovi obblighi di pubblicazione sul *web* di documenti, dati ed informazioni e una nuova forma di accesso civico “*che riconosce a chiunque il diritto di richiedere la pubblicazione di quei documenti, dati ed informazioni per i quali è obbligatoria ma che, per qualsiasi motivo, le pubbliche amministrazioni non hanno provveduto a rendere pubblici sui loro siti istituzionali*”. Tale diritto “*rappresenta un ampliamento del potere di controllo dei cittadini sull'operato delle pubbliche amministrazioni (...)*”; ad esso si correla l'obbligo di pubblicazione che grava sull'amministrazione e, in caso di omissione, sul responsabile della trasparenza nonché, eventualmente, in caso di inerzia di quest'ultimo, sul titolare del potere sostitutivo ai sensi dell'art. 2, comma 9 bis, della legge n. 241/90¹⁷.

In molti hanno auspicato dei correttivi alla legge n. 190/2012 ed ai successivi decreti¹⁸, pur riconoscendo la rilevanza e le potenzialità degli stessi. Invero, l'e-

¹⁷ F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33/2013*, in B. PONTI (a cura di), *La Trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n.33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Rimini, 2013, 17 ss.; M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 3/4 2013, 657 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa. Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, fasc. 8-9, 795 ss.; A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, *ivi*, 725 ss.; E. CARLONI, *La trasparenza totale delle amministrazioni pubbliche: caratteri, finalità, potenzialità*, in www.Astrid-online.it; M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2/2013, 425 ss.; G. MANCOSU, *Trasparenza amministrativa e open data: un binomio in fase di rodaggio*, in www.federalismi.it; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in www.astrid-online.it; P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2/2013, 687 ss.; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, Atti 59° Convegno Varenna, in www.astrid-online.it; F. PATRONI GRIFFI, *La Trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza dopo il d.lgs. 14 marzo 2013. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Rimini, 2013; L. SARTORI, *Open government: what else?*, in *Le Istituzioni del Federalismo* 3-4/2013, 753 ss.; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008; P. TANDA, voce *Trasparenza (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2008, 884-945; G. ARENA, voce, *Trasparenza amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. 6, Milano, 2006, 594-595.

¹⁸ Di recente, A. NATALINI, *Le politiche di prevenzione della corruzione: un anno dopo*, in www.astrid-online.it; G. FARNETI, *La legalità nelle società partecipate dalla P.A. alla luce della legge anticorruzione come rendere effettivo il contrasto alla corruzione*, *ivi*.

sperienza fin qui maturata non è confortante. La prima attuazione della legge (e del D. Lgs. n. 33/2013) non ha soddisfatto le aspettative: sovente, infatti, le P.A. si sono trovate impreparate e non hanno adempiuto agli obblighi per esse stabiliti (ad esempio, mediante la predisposizione di piani anticorruzione perfettamente sovrapponibili a quelli di altri Comuni o, ancora, scegliendo il responsabile della corruzione [e della trasparenza] in modo casuale; in altri casi il controllo è stato solo formalistico, non hanno ben interpretato il concetto di trasparenza qualitativamente significativa di cui al D.Lgs. n. 33/2013, pubblicando sul *web* un gran numero di documenti, dati ed informazioni o, nella maggior parte dei casi, non hanno provveduto affatto alla pubblicazione come si evince chiaramente dalle numerose segnalazioni da parte dei cittadini che lamentano la carenza dei siti).

I tentativi di porre rimedio alle numerose disfunzioni ed inefficienze del sistema, testimoniati dalla proliferazione degli interventi normativi in materia, hanno generato confusione in un panorama già molto complesso che di recente si è ulteriormente arricchito di due provvedimenti i quali si sono appuntati sulla definizione del ruolo e dei poteri che la legge n. 190/2012 riconosce all'ANAC (cfr., d.l. 13 giugno 2014 e 24 giugno 2014, n. 90, conv. in L. 11 agosto 2014, n. 114)¹⁹.

All'indomani degli scandali legati alle note vicende dell'Expo di Milano 2015 e del Mose di Venezia, aggravati dalla risonanza globale dell'accaduto sulla stampa estera²⁰, il neo Presidente dell'ANAC aveva evidenziato che, in particolare, dall'inchiesta sul Mose emergeva "un sistema molto inquietante, ancora più grave di quello dell'Expo", che aveva riacceso i riflettori su una situazione di emergenza che si sarebbe potuta fronteggiare solo con intervento legislativo *ad hoc*, idoneo cioè a rafforzare l'impianto preventivo e repressivo preesistente.

Invero, le criticità del sistema erano già ben note alla Commissione UE²¹ la quale, anche di recente, non ha mancato di evidenziarne l'insufficienza e l'inade-

¹⁹ In proposito, cfr., F. PATRONI GRIFFI, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in www.federalismi.it. Da ultimo, cfr., A. VON BOGDANDY – M. IOANNIDIS, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review* 51: 59-96, 2014, 59 ss., hanno individuato tra le cause della crisi che affligge numerosi Stati membri dell'UE, tra cui l'Italia, la corruzione endemica ed altre diffuse e persistenti carenze quali capacità istituzionali deboli e l'insufficienza delle risorse a livello amministrativo o giudiziario.

²⁰ Cfr., *amplius*, E. FAZZINO, *Scandalo Mose a Venezia, la corruzione in Italia persiste e scoraggia gli investitori stranieri*, in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2014; M. G. VIVARELLI, *Il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.* 2009, 2, 351-364; M. NAPOLI, *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare*, in *Urb. e app.* 2009, 12, 1413-1419.

²¹ Cfr. Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, COM(2014) 38, Bruxelles, 3.2.2014 ove si legge: "Gli Stati membri dell'UE dispongono della maggior parte delle istituzioni e degli strumenti giuridici necessari per prevenire e combattere la corruzione. Tuttavia, i risultati ottenuti non sono soddisfacenti in tutta l'UE. Le norme anticorruzione non sempre vengono applicate con determinazione, i problemi sistemici non sono affrontati in modo abbastanza incisivo e le istituzioni pertinenti non sempre dispongono della

guatezza fornendo indicazioni ben precise, tra cui la revisione dei poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione.

La risposta non ha tardato ad arrivare. E' notizia recente il varo del decreto legge anticorruzione del 13 giugno u.s. e il successivo d.l. 24 giugno 2014, n. 90²² (art. 19) che hanno attribuito al Presidente dell'Authority, a distanza di poco più di un mese dalla nomina a commissario straordinario dell'AVCP (le cui funzioni saranno assorbite dall'Autorità nazionale anticorruzione entro l'anno) e dal coinvolgimento nello scandalo sull'Expo, un potere di verifica, in via preventiva, della legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento dell'Expo 2015; ispettivo, con possibilità di delega alla Guardia di Finanza, di acquisizione di dati e accesso diretto alle banche dati, atti e documenti non coperti dal segreto delle indagini, e sanzionatorio, oltre che di vigilanza sui contratti pubblici con la possibilità di proporre commissariamenti di singoli appalti in caso di notizia o segnalazioni di reato o provvedimenti restrittivi, redigendo contabilità separata, al fine di rendere effettivi e non meramente nominalistici quei poteri più volte reclamati (art. 30, commi 1 e 2)²³.

Trasferimento di funzioni attraverso l'eliminazione e l'accorpamento dell'AVCP nell'ANAC, definizione dei compiti di trasparenza e prevenzione della corruzione, nuovi poteri di controllo e supervisione sono i capisaldi della riforma che punta al ripristino della legalità e dell'efficienza negli appalti pubblici (a tal

capacità sufficiente per attuare le norme. Le intenzioni dichiarate sono ancora lungi dal produrre risultati concreti e spesso sembra mancare un'effettiva volontà politica di eliminare la corruzione". In Italia, in particolare, "(...) la corruzione in senso ampio solleva gravi preoccupazioni (e) la percezione è (...) influenzata pesantemente dai recenti scandali politici e dalla crisi economica e finanziaria".

²² D.L. 24 giugno 2014, n. 90 recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", in G.U. – Serie generale n. 144 del 24 giugno 2014, convertito nella L. 11 agosto 2014, n. 114 (in G.U. del 18 agosto 2014, n. 190 – Suppl. Ord. n. 70). Ancora una volta si ricorre alla decretazione d'urgenza vista "la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre disposizioni volte a garantire un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici (a seguito delle recenti vicende Expo 2015 e Mose di Venezia), anche con riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell'evento Expo 2015".

²³ Il Capo II della legge n. 114/2014, cit. (Misure relative all'esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture) all'art. 30 rubricato "Unità operativa speciale per Expo 2015" ha attribuito al Presidente dell'ANAC compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento Expo 2015, avvalendosi di un'apposita unità operativa speciale anche per lo svolgimento dei compiti attribuiti all'Authority a seguito della soppressione dell'AVCP. Significativa, altresì, è l'attribuzione al neo Presidente del potere di "denuncia" alla Procura della Repubblica e di "proposta" delle misure da adottarsi nei confronti delle imprese in presenza situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali o di fatti gravi e accertati (art. 32). Di recente, sul tema, cfr. M. MARRA, «La disciplina anticorruzione: ruolo e poteri dell'ANAC» Resoconto della lezione tenuta dal Prof. Francesco Merloni, in www.giustamm.it.

fine si auspica la riduzione del numero delle varianti autorizzate dalle stazioni appaltanti che hanno l'obbligo di comunicare all'ANAC quelle relative agli appalti in corso, nonché del numero degli enti appaltanti per garantire migliori condizioni di gara) anche con l'ausilio di altri commissari già designati che affiancheranno il Presidente nell'esercizio delle funzioni, ivi comprese quelle ispettive (controllo e vigilanza) facenti capo finora all'AVCP²⁴.

Se queste sono, per quanto qui importa, le principali novità della riforma, c'è da dire che i recenti episodi di cronaca²⁵, in nulla hanno innovato il già complesso e preoccupante quadro di riferimento che induce a riflettere su un fenomeno che, soprattutto negli appalti di ampie dimensioni, vede costantemente il coinvolgimento di esponenti dell'imprenditoria, della politica, della magistratura e dei controllori, e va, pertanto, perseguito non solo e non tanto in quanto costituisce un illecito penale ed amministrativo, ma soprattutto per gli effetti deleteri che produce sull'occupazione, sulla democrazia, sui valori e principi dello Stato di diritto, sul procedimento di formazione delle decisioni politiche ed amministrative, sulla qualità dell'azione amministrativa in cui tende a prevalere l'incompetenza e si offusca il merito. La corruzione, inoltre, favorisce l'infiltrazione criminale condizionando l'esistenza stessa delle persone e produce ingenti costi sociali. La corruzione rappresenta, appunto, un costo sociale che mina la fiducia dei cittadini e continua ad alimentare attività delittuose e frodi che restano in gran parte impunte anche a causa del mancato adeguamento delle Amministrazioni alle regole stabilite dalla legge anticorruzione soprattutto negli appalti pubblici²⁶.

Da numerosi studi condotti di recente sia a livello nazionale che internazionale ed europeo (i cui dati, in particolare per quanto concerne l'Italia, dovranno essere via via aggiornati sulla scorta della relazione annuale del commissario al Parlamento) è emerso in tutta evidenza che la corruzione costituisce un fenomeno ormai dilagante, non suscettibile di schematizzazioni né delimitazioni, coinvolgendo indistintamente soggetti pubblici e privati, politici, amministratori, imprese, esponenti della magistratura e delle forze dell'ordine, manifestandosi nei luoghi di gestione del potere che si trasformano in occasioni di guadagno, fonte di corruzione²⁷.

²⁴ Il Presidente dell'ANAC detiene anche significativi e del tutto innovativi poteri autonomi. Si segnala, a titolo meramente esemplificativo, il potere di ordinare alle PPAA. di adeguarsi alle regole di trasparenza e di irrogare sanzioni proporzionate alla gravità della violazione o, ancora, di proposta delle modifiche legislative ai provvedimenti governativi nelle materie di sua competenza.

²⁵ Cfr., *amplius*, E. FAZZINO, *Scandalo Mose a Venezia*, cit.

²⁶ Giova, peraltro, rammentare che il 19 aprile u.s. il vicesegretario Ocse Padoan tenne a precisare che l'insuccesso nella lotta alla corruzione avrebbe fortemente condizionato gli esiti delle riforme strutturali del Paese.

²⁷ Cfr., N. SEILER – J. MADIR, *Fight Against Corruption: Sanctions Regimes of Multilateral Development Banks*, in <http://jicl.oxfordjournals.org>.

Significativa è l'analisi dell'impatto negativo della corruzione in Italia e sull'economia dei principali Paesi europei, in relazione al grado di percezione di ciascuno della corruzione e dell'incidenza di quest'ultima sul PIL, sul reddito pro-capite e sulla produttività.

La crescita esponenziale del tasso di corruzione in Italia ha prodotto e continua a produrre effetti devastanti, sprechi di danaro pubblico e costi ingenti che gravano sui bilanci dello Stato e sui cittadini, ripercuotendosi sugli investimenti stranieri che naturalmente si indirizzano altrove (la corruzione rappresenta, di fatto, un ostacolo all'ingresso nel mercato, un freno alla competitività delle imprese, nonché il sistema per consolidare rapporti privilegiati di alcuni imprenditori con politici ed amministratori coinvolti nel giro della corruzione)²⁸.

Il sistema fondato sul binomio corruzione diffusa - incerta applicazione del diritto di fatto stimola la crescita della competizione sul piano dell'illegalità, del mancato rispetto delle regole esaltando l'abilità degli imprenditori corruttori ad alimentare rapporti e legami di favore, a scapito dello sviluppo e della crescita. Si infoltiscono, quindi, le reti della corruzione che si alimentano proprio di questi legami e relazioni.

Viene, a questo punto, da chiedersi se non sarebbe stato opportuno fin dall'inizio intraprendere strade alternative avviando riforme dall'alto a partire, cioè, dalla politica che, per tornare a rappresentare un ambito di altissima dignità, dovrebbe essere ripensata in senso etico e non rappresentare più il luogo di scontro di interessi contrapposti bensì quello in cui praticare e conseguentemente indurre comportamenti virtuosi tra i cittadini e le imprese. Giova, in proposito, rammentare l'insegnamento di Platone secondo cui: "L'uomo impara innanzitutto ad autogovernarsi, a conoscere sé stesso. Solo a quel punto potrà governare le città", il che vale a dire che l'efficacia delle regole dipende essenzialmente dalla qualità del Governo; sarebbe, infatti, quanto meno paradossale riuscire ad immaginare un modo corrotto per gestire la corruzione.

I funzionari che abusando del potere per assicurarsi guadagni e vantaggi personali, saccheggiano il patrimonio, degradano le istituzioni, inibiscono e/o rallentano lo sviluppo economico²⁹ privando i cittadini dei servizi essenziali, non

²⁸ La Commissione UE nella citata relazione ha evidenziato che la crescente sfiducia dell'opinione pubblica e "Le proteste sociali indotte dalla crisi non hanno riguardato solo le politiche economiche e sociali, ma anche l'integrità e la responsabilità (*accountability*) delle élite politiche" ed ha, altresì, aggiunto "L'integrità politica rappresenta un serio problema in molti Stati membri. I codici di comportamento all'interno dei partiti politici o delle cariche elettive a livello centrale o locale sono un'eccezione più che la norma. Quando esistono, tali codici spesso non prevedono un meccanismo di controllo efficace o chiare norme sanzionatorie, quindi raramente comportano l'applicazione di sanzioni dissuasive. In alcuni casi, la debole responsabilità dei politici ha creato una percezione di quasi totale impunità della classe politica".

²⁹ A proposito della corruzione dei funzionari, cfr., di recente, A. HABERSON, *Public office*,

fanno che aggravare una situazione che sarebbe ormai del tutto compromessa in assenza di misure idonee a ristabilire la giustizia e preservare la fiducia dei cittadini.

A livello globale, il clamore suscitato dalla corruzione è sempre più forte, così come il richiamo alla responsabilità che non è solo pubblica ma è di tutti rappresentando, al contempo, una sollecitazione ed un monito rivolti ai governi affinché gestiscano la lotta alla corruzione in modo più efficace insistendo sul fronte della prevenzione (implementando gli attuali strumenti che risultano in gran parte inutilizzati) ed impegnandosi nella diffusione di “good practices” fra politici ed amministratori³⁰.

Ed infatti, nonostante gli sforzi compiuti a livello internazionale abbiano portato a risultati ragguardevoli, le sfide da affrontare sono ancora tante, prima tra tutte il recupero dei proventi della corruzione che oggi alimentano i flussi finanziari illeciti, ma che potrebbero essere intercettati, riallocati ed utilizzati a sostegno della crescita e dello sviluppo, in particolare delle piccole e medie imprese, e della collettività costretta a sopportare il costo della corruzione³¹.

A monte, si dovrebbe ipotizzare la creazione di un sistema di rilevamento e continuo monitoraggio del reddito, del patrimonio e dell'interesse finanziario dei funzionari pubblici che si rivelerebbe estremamente utile in quanto fornirebbe informazioni finalizzate a prevenire tempestivamente ed efficacemente il rischio di corruzione e di conflitto di interesse attuale o potenziale contribuendo a generare un clima di trasparenza ed integrità nella pubblica amministrazione.

Ciò, in definitiva, potrebbe essere sufficiente a richiamare il rispetto dei principi e del comportamento da assumere dai funzionari nell'esercizio delle loro

private interests. Accountability through Income and Asset Disclosure, in <https://star.worldbank.org>. Specificamente sull'incidenza fenomeno corruttivo sulla crescita dei Paesi dell'Europa occidentale, cfr., *Crime, corruption and instability. An exploratory report*, No. 85, May 2013, in www.aiv-advies.nl; C. M. O'TOOLE – F. TARP, *Corruption and the efficiency of Capital Investment in Developing Countries*, Working Paper No. 2012/27, March 2012, in www.law.harvard.edu/faculty/mstephenson/; I. PERKINS, *Modifying the FCPA's "grease payment" exception to galvanize anti-corruption movement in developing nations*, in www.cjicl.com). S. BELLIGNI, *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche. Il ruolo dei codici etici*, in <http://www.consiglio.regione.campania.it>.

³⁰ Il problema è particolarmente avvertito anche in altri Paesi, cfr., di recente, E. ALT, *L'effectivité du droit en matière de lutte contre la corruption*, Paris, 2009, 45-47.

Il Ministero dell'Interno ed il Presidente dell'ANAC hanno recentemente sottoscritto un Protocollo di intesa con cui sono state adottate le Linee guida ANAC – Prefetture UTG ed Enti locali per l'attuazione delle misure straordinarie previste dall'art. 32 del D.L. n.90/2014 per la gestione ed il monitoraggio delle imprese coinvolte in procedimenti penali per aver commesso gravi reati nei confronti della P.A. o, comunque, sospettate di condotte criminali.

³¹ Cfr., in proposito, C. TRENTINI – M. KOPARANOVA, *Corruption and entrepreneurship: does gender matter?*, Discussion paper series No. 2013.1. – United Nations Economic Commission for Europe Geneva, Switzerland, in www.unece.org.

funzioni i quali sarebbero in ciò agevolati dallo spauracchio del controllo finalizzato al rilevamento di qualsiasi incongruenza o irregolarità.

Nei paesi con alti livelli di impunità o di cinismo caratterizzati dalla corruzione endemica, un sistema come quello testè illustrato, potrebbe rivelarsi un forte deterrente, un meccanismo credibile contro comportamenti corrotti, a condizione che esso agisca dall'interno e che si inserisca in un programma politico ed istituzionale più ampio.

A tali condizioni, il ricorso alla sanzione amministrativa si rivelerebbe non meno efficace di altri rimedi, implicando conseguenze anche gravi, oltre alla riprovazione ed allo sdegno che il comportamento del funzionario suscita nell'opinione pubblica.

L'obiettivo non è quello di creare società perfette, bensì quello di combattere un fenomeno multiforme, diffuso e degradante per lo più sconosciuto alle stesse leggi (e, quindi, a chi le fa) che volta per volta prevedono delle contromisure al problema solo in apparenza considerevoli e significative, ma che finiscono ben presto per svelare le carenze strutturali dei provvedimenti in precedenza adottati³². In disparte la considerazione sulle (infelici) modalità di intervento (ci si riferisce, in particolare alla decretazione d'urgenza su cui non è opportuno soffermarsi in questa sede)³³ che difficilmente si adattano al multiforme fenomeno della

³² Ciò è quanto rilevato dalla stessa Commissione UE la quale nella relazione COM(2014) 38 del 3.2.2014, cit., ha sottolineato che “la maggior parte degli Stati membri hanno istituito quadri giuridici e istituzionali complessi e sofisticati, accompagnati da numerosi programmi o strategie mirati. Tuttavia queste misure da sole non garantiscono necessariamente risultati tangibili. Per contro, in altri Stati membri privi di norme o programmi strategici in materia, la corruzione si è visibilmente ridotta grazie a sistemi, prassi e tradizioni di prevenzione concernenti i fornitori e i destinatari di servizi pubblici o, in alcuni casi, grazie a livelli elevati di trasparenza”.

³³ E' noto, infatti, che i Governi che si sono susseguiti dagli anni '90 in poi hanno abusato della decretazione d'urgenza. Ancora oggi, “al di fuori di casi piuttosto eccezionali, prevale il richiamo... della foresta governativa, che spinge la maggioranza ad accettare senza troppi scrupoli (anche di fronte all'evidenza dell'abuso) decreti né necessari né urgenti”, non convertiti o illegittimamente reiterati che si sostanziano in provvedimenti dal contenuto eterogeneo, come è avvenuto di recente, allorché il Consiglio di Ministri con due decreti legge e un ddl delega ha legiferato in materia di corruzione, ambiente, agricoltura e pubblica amministrazione. Il corsivo è di L. ELIA, *Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza*, in Atti del Seminario “I decreti legge non convertiti”, 11 novembre 1994 – Roma, Milano, 1996, 188. La dottrina in argomento è vastissima. Tra i contributi più recenti, a titolo meramente esemplificativo, cfr., R. ZACCARIA, *Il decreto-legge e la delega legislativa nel primo anno della XVI legislatura* in P. Caretti- M.C. Grisolia (a cura di), *Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale: scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, 473-483; A. PIZZORUSSO, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali: a cinquant'anni dal saggio di Enzo Cheli*, ivi, 105-115; A. SIMONCINI, *Decreti-legge e delegificazione: la “fine della storia”? Alcune riflessioni dalla XVI legislatura*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di Giuseppe D'Elia, Giulia Tiberi e Maria Paola Viviani Schlein, Milano, 2012, 677-697; N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*,

corruzione né, a parere di chi scrive, sono in grado di interpretare la lotta alla corruzione in un'economia globale³⁴, ad oggi il discorso sulla corruzione incontra molte difficoltà offuscando la rilevanza delle disposizioni introdotte con la legge n. 190/2012 e con il d.lgs. n. 33/2013³⁵ e riportano prepotentemente alla ribalta il tema della legalità, di cui la dottrina da tempo ha dichiarato la crisi in nome della logica di risultato (sì, ma quale??), e dei suoi rapporti con l'etica nella P.A. nel tentativo di riallineare ai principi il comportamento degli amministratori chiamati ad esercitare le loro funzioni “(...) verso coloro che non sono solo destinatari ma anzitutto partecipi dell'azione amministrativa (...) con disciplina ed onore (art. 54, secondo comma, Cost.) [e che dovrebbero] favor(ire) una decisione imparziale (sia) nella fase conoscitiva (ch)e in quella di esecuzione”³⁶.

3. *Il conflitto di interesse nell'art. 6-bis della legge n. 241/90 ed i suoi rapporti con l'art. 323 c.p.: l'abuso di ufficio nello svolgimento dell'attività procedimentale*

Come innanzi accennato la legge n. 190/2012 ha apportato significative modifiche alla disciplina generale del procedimento amministrativo. Tra queste viene

ivi, 419-458; F. BIONDI, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza in assenza dei presupposti straordinari di necessità e urgenza: sintomo di forza o di debolezza del Governo "in" Parlamento?*, ivi, 79-102; M. BENVENUTI, *Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa d'urgenza e sulla sua genealogia nell' "ordinamento giuridico dell'Italia prefascista"*, in *Nomos*, 2/2012; G. SERGES, *Il rifiuto di emanazione del decreto legge*, in www.astrid-online.it; G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it; A. CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge*, ivi.

³⁴ Invero, l'inadeguatezza della normativa è stata già in precedenza evidenziata da alcuni Autori che avevano proposto alcuni correttivi alla legge n. 190/2012 su cui si tornerà in seguito. Tra i contributi più recenti, cfr., A. NATALINI, *op. cit.*

³⁵ Sul cd. Decreto Trasparenza e sugli interventi che l'hanno preceduto, cfr., F. PATRONI GRIFFI, *La Trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it. Sugli obblighi e le responsabilità che discendono dalle politiche di trasparenza ed anticorruzione, cfr., ID., *Il buon governo: il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/90*, in *Il Corriere giuridico* 2001 e in www.giustizia-amministrativa.it con il titolo *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza, danno da ritardo)*; ID., *Trasparenza e integrità*, Intervento al Seminario “Performance, trasparenza, qualità dei servizi. A un anno dall'istituzione della Civit”, Roma, 23 marzo 2011, in www.civit.it; ID., *Trasparenza e integrità: accompagnamento per la valutazione*, ivi; *Fare il tagliando alla riforma Brunetta*, in www.astridonline.it; *Il programma della trasparenza per la trasparenza e l'integrità* (art. 11, dgl. n. 150 del 2009) in www.civit.it.

³⁶ Cfr., R. CAVALLO PERIN, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2014, 2, 334-335 ss. ID., *L'etica pubblica come contenuto di un diritto fondamentale degli amministratori alla correttezza dei funzionari*, cit., 149; R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministratori*, in *Dir. amm.*, 2009, 53 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003, 253.

in rilievo il neointrodotta art. 6 *bis* che, affrontando il tema della prevenzione dei conflitti di interesse, sancisce l'obbligo di astensione e di segnalazione da parte del responsabile del procedimento e dei titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endo-procedimentali e il provvedimento finale³⁷.

Prima facie, si potrebbe obiettare che la disposizione *de qua* (e la relativa disciplina) incarna(no) ess(e) stess(e) un principio autonomo o, come è stato evidenziato in tempi non sospetti da autorevole dottrina³⁸, "(...) né un principio (al contrario, ha bisogno di principi che la reggono), né un istituto unitario (ma una famiglia di istituti diversi e) ciò a dispetto della sua diffusione in rami diversi dell'ordinamento giuridico".

A ben vedere, invece, la norma risponde all'esigenza di estendere la tutela avverso le forme di condizionamento dell'imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa³⁹ - elevando al rango di norma di legge i doveri di

³⁷ La norma va letta in combinato disposto con l'art. 6, comma 2 del D.P.R. n. 62/2013 ove si legge: "il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolge attività inerenti con le sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziali, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici". Ai sensi dell'art. 7: "il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possono coinvolgere interessi propri, ovvero dei suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debiti significativi, ovvero di soggetti o di organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza".

Nel PNA è stabilito che "la segnalazione del conflitto deve essere indirizzata al dirigente, il quale, esaminate le circostanze, valuta se la situazione realizza un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'agire amministrativo. Il dirigente destinatario della segnalazione deve valutare espressamente la situazione sottoposta alla sua attenzione e deve rispondere per iscritto al dipendente medesimo sollevandolo dall'incarico oppure motivando espressamente le ragioni che consentono comunque l'espletamento dell'attività da parte di quel dipendente.

Nel caso in cui sia necessario sollevare il dipendente dall'incarico esso dovrà essere affidato dal dirigente ad altro dipendente ovvero, in carenza di dipendenti professionalmente idonei, il dirigente dovrà avocare a sé ogni compito relativo a quel procedimento. Qualora il conflitto riguardi il dirigente a valutare le iniziative da assumere sarà il responsabile della prevenzione".

³⁸ S. CASSESE, *Conflitti di interessi: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 235 ss.

³⁹ Di recente sul tema, F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici*, in F. Cingari (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze, 2013; L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 789; C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 719; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I,

astensione dei pubblici funzionari, in caso di conflitto di interessi anche solo potenziale con le funzioni attribuite.

Di qui la scelta di rimarcare i ruoli e le responsabilità dei destinatari dei predetti obblighi già predisposti dai codici disciplinari delle PP.AA.⁴⁰ al fine di arginare - più efficacemente di quanto non sia avvenuto in passato - il perpetrarsi di condotte illecite da parte di coloro che, abusando del potere loro conferito, si prestano a dolose strumentalizzazioni della funzione amministrativa per il perseguimento di finalità proprie o altrui incompatibili con l'interesse pubblico di cui gli stessi sono portatori.

Napoli, 2011, 105 ss.; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli 2011, 335.

La dottrina sul punto è sterminata. A titolo meramente esemplificativo, cfr., P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, IV, Padova, 1958; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; ID., *Imparzialità e buon andamento*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993; M. GALDI, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1996; A. CERRI, *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in L. Lanfranchi, (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1998; L. COEN, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa*, Torino, 1998; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003; L. COEN, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, aggiornamento XIV, Roma, 2006.

⁴⁰ Tale principio è espressamente sancito dall'art. 1, comma 2 del D.P.C.M. 28 novembre 2000, recante "Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni" a tutela degli interessi e dell'immagine della P.A (art. 2, comma 2). L'obbligo di comunicazione e di astensione è previsto dai successivi artt. 5 e 6 in ciò specificando quanto previsto in linea generale dal D.P.C.M. 31 marzo 1984. In particolare, il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri ovvero di soggetti a lui legati da una serie di rapporti tipici e "si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza". La legge n. 190/2012 ha modificato l'art. 54 del D.Lgs. n. 165/2001 nel quale figura l'esplicito richiamo ai doveri di lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico che implicitamente si riferisce anche alle ipotesi di conflitto di interesse, deferendosi altresì al Governo il compito di definire il nuovo codice di comportamento dei dipendenti delle PP.AA. in funzione di prevenzione della corruzione e al fine di assicurare il rispetto dei principi e degli obblighi che gravano sui pubblici funzionari. In dottrina, sul punto, cfr., N. DURANTE, *I doveri di fedeltà alla Repubblica, disciplina e onore*, in www.federalismi.it; F. MERLONI - R. CAVALLO PERIN, (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009; S. CASSESE, *Conflitti di interessi: il fiume di Eraclito*, cit., 239; E. CARLONI, *Ruolo e natura dei cosiddetti "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 321; B. G. MATTARELLA, *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1029. Significativa e del tutto innovativa è la previsione di garanzie per il dipendente segnalante o denunciante (art. 54-bis, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165) su cui la dottrina ha espresso notevoli perplessità. Cfr., in proposito, M. CLARICH, *Sulle resistenze all'interno dell'amministrazione si gioca il successo della legge anticorruzione*, in *Guida al Diritto*, 2012, n. 47 ove si legge: "più dubbia è l'efficacia del sistema di delazione (whistleblowing), cioè di esenzione da responsabilità disciplinare del dipendente che denunci condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ambito lavorativo. Non è chiaro infatti quale incentivo avranno i dipendenti a denunciare i propri colleghi?".

Sulla scorta di tale osservazione è possibile affrontare e risolvere alcune criticità che ancora residuano.

Ci si riferisce, in particolare, all'omessa indicazione sia di una sanzione apposita per la violazione del duplice obbligo di astensione e di segnalazione posto a carico del responsabile (unico) del procedimento e dei titolari degli uffici del procedimento, cui devono aggiungersi i dirigenti preposti alla vigilanza dei primi i quali, ricevendo la segnalazione sono solidalmente obbligati alla trasparenza e a porre rimedio alle situazioni di conflitto, sia del regime giuridico degli atti amministrativi comunque adottati. Ancora, lascia perplessi il riferimento alle situazioni anche solo potenziali di conflitto di interessi, laddove, invece, sul versante penale l'art. 323 c.p. trova pacificamente applicazione con riguardo alle ipotesi effettive e concrete di conflitto di interessi, nella parte in cui punisce l'omessa "...astensione) in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti (...)"

Sotto il primo profilo, sembrerebbe in nulla innovato il quadro normativo di riferimento per la considerazione che la violazione dei suddetti obblighi, così come l'omessa attivazione delle opportune cautele da parte del dirigente, costituiscono fonti di responsabilità disciplinare (e non è escluso che possano assumere rilievo anche sotto il profilo amministrativo e contabile) così come lo erano prima dell'entrata in vigore della disposizione in esame, a norma dei codici comportamentali delle PPAA.⁴¹

41 Cfr., di recente, P.M. ZERMAN, *Codice di comportamento dei dirigenti*, in www.giustizia-amministrativa.it (ottobre 2013). Si segnala, in proposito, TAR Lombardia - Milano, sez. IV, 3 maggio 2013, n. 1137 secondo cui l'obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi costituisce lo zoccolo duro dei Codici di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Nella motivazione, infatti, si legge: "il dipendente mantiene una posizione di indipendenza, al fine di evitare di prendere decisioni in situazioni anche solo apparenti di conflitti di interessi. Egli si impegna ad evitare situazioni e comportamenti che possono nuocere agli interessi o all'immagine della P.A. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozioni di decisioni o ad attività che possono coinvolgere interessi propri ovvero di suoi parenti o affini entro il quarto grado; di enti, associazioni anche non riconosciuti, comitati di cui egli sia amministratore o dirigente.

Ove possa riscontrarsi un contrasto tra l'interesse di un membro e l'interesse pubblico in discussione, ovvero qualora la legge preveda casi di incompatibilità assoluta il componente deve lasciare l'adunanza per lo specifico argomento, prima della discussione. Si ha sempre una situazione di incompatibilità assoluta quando una questione investe il componente, il coniuge o i parenti ed affini sino al quarto grado.

Il dovere da parte degli amministratori pubblici e dei componenti degli organi collegiali di astenersi dal partecipare alle deliberazioni in presenza di un personale conflitto di interessi (...) (sussiste) anche nelle situazioni in cui la deliberazione sia in concreto quella più utile per il perseguimento del pubblico interesse".

Merita di essere segnalata, altresì, Cass. pen, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 25162, ove si legge: "Nella sua essenzialità il significato del principio di imparzialità risiede nel diretto riferimento al criterio degli interessi tutelati. L'amministrazione deve essere imparziale assicurando tutela ad un

È evidente, tuttavia, che il legislatore ha voluto rimarcare la vincolatività dei principi e degli obblighi che ne discendono, proprio in considerazione del ruolo che tali soggetti assumono all'interno del procedimento sia nella fase istruttoria che ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

Si potrebbe, quindi, affermare il linea di principio che il conflitto di interesse ricorre ogni qual volta sia rinvenibile un contrasto, anche potenziale, tra due interessi, istituzionale e personale, facenti capo al medesimo soggetto.

Così opinando, il generale obbligo di astensione sarebbe configurabile a prescindere dalla natura vincolata o discrezionale del potere esercitato indifferentemente nei confronti dei membri dei collegi amministrativi e dei titolari di organi monocratici allorquando essi siano portatori di interessi personali, diretti o indiretti, in contrasto anche potenziale con l'interesse pubblico. Tale considerazione ha ricevuto l'avallo della giurisprudenza la quale, anche di recente, ha ribadito che "La *ratio* di tale obbligo va ricondotta al principio costituzionale dell'imparzialità dell'azione amministrativa sancito dall'art. 97 Cost., a tutela del prestigio dell'amministrazione che deve essere posta al di sopra del sospetto, e costituisce regola tanto ampia quanto insuscettibile di compressione alcuna"⁴². Ciò, tuttavia, non deve indurre a ritenere che sia configurabile un dovere di astensione generalizzato: così, a titolo meramente esemplificativo, il cumulo di funzioni in capo al medesimo soggetto nelle procedure di gara può non necessariamente rappresentare il sintomo di un conflitto di interesse reale o potenziale (il dirigente dell'ente locale può svolgere le funzioni di Presidente di seggio di gara e di responsabile

interesse nel confronto con l'insieme degli altri interessi pubblici e privati con i quali deve essere "ponderato". In questo senso l'imparzialità dell'amministrazione non corrisponde al senso comune del termine, cioè come soggetto al di sopra delle parti, in quanto la sua azione è rivolta al perseguimento di obiettivi specifici. Per questo l'imparzialità di cui parla l'art. 97 Cost. si traduce, nel suo nucleo essenziale, nel divieto di favoritismi, quindi nell'obbligo per l'amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura. Inteso in questa limitata accezione il principio di imparzialità finisce con realizzarsi attraverso strumenti diversi, a seconda che venga calato nell'attività della pubblica amministrazione ovvero nella sua organizzazione. In quest'ultimo caso, riferito cioè all'aspetto organizzativo, il principio di imparzialità non avrà mai un immediato contenuto precettivo ai fini del rilievo in ordine alla sussistenza del reato di abuso d'ufficio, in quanto dovrà essere necessariamente mediato dalla legge; non così per quanto riguarda l'attività dell'amministrazione, in cui la decisione avviene alla fine di un procedimento amministrativo in cui il criterio di imparzialità comporta che vengano acquisiti gli interessi e gli elementi utili ad una deliberazione il più possibile ponderata. In questo caso, l'imparzialità amministrativa intesa come divieto di favoritismi ha i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone all'impiegato o al funzionario pubblico una vera e propria regola di comportamento, di immediata applicazione".

⁴² Così, Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2012, n. 3133 (conferma TAR Molise, sez. I, 4 settembre 2008, n. 718); T.G.R.A. Trentino Alto Adige, Sez. unica, 7 novembre 2012, n. 326; TAR Veneto – Venezia, sez. II, 3 settembre 2010, nn. 4337, 4338 e 4343.

del procedimento cui sia anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara)⁴³.

La dottrina ha, altresì, chiarito che “l’astratta ipotesi di conflitto di interessi deve essere dedotto in concreto e può riconoscersi solo ove risulti dimostrata una sicura divergenza tra specifiche ragioni personali del destinatario della norma, il cui voto (in ipotesi) abbia concorso a determinare la volontà dell’organo collegiale portatore dell’interesse pubblico istituzionale”⁴⁴, risultando del tutto irrilevanti le ragioni e le scelte che abbiano indotto il soggetto ad agire (in violazione dell’obbligo di segnalazione e di astensione) in conflitto di interessi al fine di procurarsi un vantaggio o un’utilità per sé o per altri. Si vuol dire, cioè che, partendo dall’assunto che il principio generale di imparzialità dell’azione amministrativa costituisce un principio di carattere generale, in quanto tale non suscettibile di compressione, occorre tuttavia verificare in concreto se la partecipazione ai lavori abbia inciso sulle garanzie che normalmente assistono il procedimento e, in particolare, sull’imparzialità del giudizio espresso con la votazione. In alcuni casi, anche la mera presenza alle sedute dell’organo collegiale, alle operazioni di gara o ai lavori di una commissione di concorso può escludere l’imparzialità dello svolgimento della procedura e, a maggior ragione, della votazione.

Così ad esempio, relativamente agli atti collegiali a contenuto generale e normativo, l’obbligo di astensione non potrà dirsi sussistente solo in relazione alla possibile interferenza con interessi personali del soggetto, ma occorrerà indagare se la mancata astensione sia stata suggerita proprio dalla volontà di favorire tali interessi particolari. In concreto, quindi, il conflitto di interesse, unisoggettivo o plurisoggettivo può dirsi sussistente (ed è fonte anche di responsabilità penale) nell’ipotesi in cui alcuni consiglieri comunali si siano astenuti dall’assunzione delle osservazioni alle varianti al P.R.G. che ricadevano nella aree rispetto alle quali erano portatori di interessi personali, ma hanno poi partecipato, per assicurarsi il raggiungimento del numero legale e per consolidare i vantaggi personali derivanti dalle precedenti valutazioni, alla votazione finale con cui il Consiglio comunale ha approvato l’insieme delle osservazioni al PRG⁴⁵.

⁴³ Cfr., Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, nn. 3716 e 22 giugno 2010, n. 3890 hanno in entrambi i casi respinto l’eccezione di conflitto di interessi escludendo che si possa introdurre un obbligo generalizzato di astensione. In concreto, le fattispecie sottoposte all’attenzione dei giudici sono molto diverse, al punto che talvolta la giurisprudenza è giunta a conclusioni opposte ritenendo, ad esempio fondata la doglianza del ricorrente che riteneva sussistente la situazione di incompatibilità in capo ad un componente della commissione che aveva svolto anche le funzioni di segretario.

⁴⁴ R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, spec. 327, 936-937.

⁴⁵ Nel qual caso, il vizio inficia le previsioni dello strumento urbanistico in relazione alle quali si configura il conflitto di interesse, nel caso di specie, concreto, diretto e immediato (cfr., in proposito, TAR Lombardia – Milano, sez. II, 17 gennaio 2011, n. 90; Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2011, n. 3663. Id., 22 giugno 2004, n. 4429). Una situazione di tal fatta si configura anche

Al di là degli esempi considerati, il conflitto di interesse ai sensi dell'art. 6-bis è configurabile a fronte delle attività poste indifferentemente in essere dal responsabile, dal titolare dell'ufficio e/o dal dirigente che si prestano a dolose strumentalizzazioni della funzione amministrativa al fine di realizzare finalità proprie o altrui abusando del potere loro conferito.

A tal proposito, giova evidenziare che il conflitto di interessi assimilabile all'abuso di potere rappresenta un limite all'esercizio della funzione di chi esprime la propria volontà allo scopo di perseguire arbitrariamente e fraudolentemente interessi diversi ed incompatibili con quello istituzionale dell'ente di appartenenza.

In ciascuna delle ipotesi considerate, la giurisprudenza nel riscontrare il denunciato vizio non ha potuto fare a meno di constatare che la partecipazione alla discussione ed alla votazione di un soggetto in conflitto di interesse o che versa in una situazione di incompatibilità vizia lo svolgimento e l'esito del procedimento, condiziona il funzionamento dell'organo collegiale, influisce negativamente sul corretto espletamento delle funzioni degli altri componenti e, in alcuni casi, "condiziona l'esito della deliberazione anche tramite la sola presenza in aula"⁴⁶.

Occorre, inoltre, esaminare i rapporti tra l'art. 6 *bis* e l'art. 323 c.p. evidenziando il carattere prescrittivo del dovere di astensione riconducibile agli "altri casi previsti" cui si riferisce l'art. 323 c.p.

L'originaria formulazione risalente al codice Rocco e più volte rimeditata, prima nel 1990 e poi, di nuovo, nel 1997⁴⁷, individua il momento consumativo della fattispecie nella produzione del vantaggio o del danno, in ossequio ad una concezione plurioffensiva del reato di evento disciplinato da una disposizione che si rivolge al pubblico ufficiale e/o all'incaricato di pubblico servizio che si procura intenzionalmente un vantaggio ingiusto, non necessariamente patrimo-

allorquando dall'adozione della delibera comunale siano derivati vantaggi anche solo indiretti (Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5197) in considerazione della natura attuativa dell'atto (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 693). Il Consiglio di Stato ha, altresì, chiarito che "Affinché si verifichi la fattispecie generatrice dell'obbligo di astensione, invero, occorre prescindere dalla produzione, in concreto, di un vantaggio alla posizione privata e di uno svantaggio a quella della P.A., a maggior ragione quando l'oggetto sia circoscritto e, nel caso di provvedimenti di natura edilizia, la deliberazione non investa l'intero territorio comunale o ampie zone di esso" (Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 693, cit.). Più in generale, tanto nella gare quanto nei concorsi pubblici, la partecipazione alle riunioni ed alla votazione da parte di uno o alcuni dei membri della commissione che avrebbe dovuto astenersi sussistendo una causa di incompatibilità o di conflitto di interessi integra la violazione dei principi di imparzialità e di *par condicio* tra i concorrenti/candidati.

⁴⁶ TAR Lombardia – Milano, sez. II, 19 maggio 2009, n. 3782. Specificamente nelle gare e nelle procedure concorsuali l'obbligo di astensione è, per così dire, "immanente" alla posizione di garanzia rivestita dai membri della commissione.

⁴⁷ A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 1394; A. DALIA – M. FERRAIOLI, *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997; A. CARMONA, *La nuova figura dell'abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, 269;

niale, per sé o per altri ovvero arrechi un danno ingiusto patrimoniale o anche morale ad altri (cd. doppia ed autonoma ingiustizia della condotta e dell'evento)⁴⁸.

Ai sensi dell'art. 323 c.p., sia la violazione delle norme di legge o di regolamento sia l'omessa astensione esprimono l'abusività della condotta che, particolarmente in quest'ultimo caso, si traduce nello "svolgimento della funzione o del servizio" che oltrepassa ogni possibile scelta discrezionale attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio per realizzare il fine perseguito⁴⁹.

Senza anticipare nulla di quanto si dirà in seguito, basti, per il momento una riflessione: tale affermazione sembra riecheggiare una delle manifestazioni dell'eccesso di potere che si configura in quelle situazioni in cui non viene in rilievo l'esercizio del potere in sé, bensì le finalità scorrette che si intendevano perseguire⁵⁰. Come nel processo penale anche nel giudizio amministrativo, il giudice, come si è innanzi accennato, è chiamato a verificare la sussistenza dell'obbligo di astensione e se ed in che termini, nella fattispecie sottoposta al suo esame, l'omessa astensione si sia tradotta nella violazione dei principi e nel sacrificio delle garanzie procedurali.

⁴⁸ Cfr., Cass. pen., sez. VI, 14 dicembre 1992; Id., 12 marzo 2004, n. 22423. Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 2001, n. 30109 aveva, altresì, chiarito che "Il mancato rispetto del dovere di astensione non origina ex se responsabilità penale, essendo necessario l'elemento della doppia ingiustizia". Nello stesso senso, cfr., Cass. pen., sez. V, 25 marzo 2003, n. 18061. Cass. pen., sez. VI, 8 febbraio 2010, n. 4979 a proposito dell'elemento soggettivo, ha chiarito: "non è sufficiente che il soggetto attivo agisca con dolo diretto, cioè che si rappresenti l'evento come verificabile con elevato grado di probabilità, né che agisca con dolo eventuale, nel senso che accetti il rischio del suo verificarsi, ma è necessario che l'evento di danno o quello di vantaggio sia voluto e realizzato come obiettivo immediato e diretto della condotta, e non risulti semplicemente realizzato come risultato accessorio di questa".

⁴⁹ Cfr., Cass. pen., sez. II, 2 marzo 2006, n. 7600 ove si legge: "L'elemento oggettivo del reato di abuso d'ufficio si realizza qualora l'abuso si integri attraverso l'esercizio da parte del pubblico ufficiale di un potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione a esso attribuita (c.d. sviamento di potere): ne consegue che, quando il pubblico ufficiale agisca del tutto al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni (carezza assoluta di potere), il reato in questione non è configurabile". Cfr., inoltre, Cass. pen., sez. VI, 11 marzo 2005, n. 12196 nella parte in cui afferma: "Il delitto di abuso di ufficio connotato da violazione di legge è configurabile anche in caso di sviamento di potere".

⁵⁰ In dottrina, cfr., P. VIRGA, *Abuso d'ufficio e sviamento di potere*, in *Nuova rass.*, 1996, 625; L. PICOTTI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 283; P. CARNEVALE, *L'eccesso di potere nel provvedimento e il reato di abuso d'ufficio*, in *Trib. amm. reg.*, 1998, 2, 60-74; V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Il Foro it.*, 1998, 390-394; A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*, in *Foro it.*, II, 258; G. LA GRECA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: questioni applicative*, ivi, 381; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Cass. pen.*, 1998, 49; P. TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento*, in *Cass. pen.*, 1999, 2119; A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2001; M. LOMBARDO, *Il «nuovo» abuso d'ufficio e l'eccesso di potere*, in *Riv.amm.rep.it.*, 2004, 2, 591 ss.; D.F. TREBASTONI, *Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, nell'abuso d'ufficio*, in www.giustizia-amministrativa.it (febbraio 2007).

In disparte la considerazione per cui, ad oggi, il reato di abuso d'ufficio costituirebbe un'ipotesi residuale e di scarsa applicazione, giova richiamare alcune decisioni della Cassazione penale che si rivelano particolarmente utili a tratteggiare i contorni del delitto in questione ed i suoi rapporti con la fattispecie di cui all'art. 6-bis della legge n. 241/90.

In una non più recentissima decisione si legge, infatti, che nell'abuso di ufficio «La violazione di legge si pone come mero presupposto di fatto per l'integrazione del delitto»⁵¹, specificandosi, inoltre, che «La “violazione di legge” rilevante ai fini della configurabilità del delitto di abuso d'ufficio non si configura qualora le norme violate siano di principio o genericamente strumentali alla regolarità dell'attività amministrativa, e siano quindi prive di effettiva forza cogente»⁵². In un'altra occasione la Corte ha, altresì, chiarito che «il delitto di abuso d'atti d'ufficio può essere integrato anche attraverso una condotta meramente omissiva, rimanendo in tal caso assorbito il concorrente reato di omissione in atti d'ufficio in forza della clausola di consunzione contenuta nell'art. 323, comma 1, c.p.»⁵³ e, ancora che «Integra l'elemento oggettivo del delitto di abuso d'ufficio la violazione delle norme di legge relativa al vizio di incompetenza cosiddetta “relativa”, prevista dall'art. 21-octies L. n. 241/90, che determina l'illegittimità del provvedimento adottato e non la sua nullità che si verifica nell'ipotesi di difetto assoluto di attribuzione»⁵⁴; infine che «Il reato di abuso d'ufficio va escluso, per difetto dell'elemento soggettivo, quando l'intento principale perseguito dall'agente sia stato quello di soddisfare un fine pubblico, pur nella consapevolezza di recare in tal modo anche un ingiusto favore a un singolo soggetto privato. Ciò comunque può valere solo se il fatto è commesso da colui cui era rimessa la cura dell'interesse pubblico e se il mezzo prescelto in concreto risulti essere stato l'unico in grado di realizzare tale interesse»⁵⁵.

Dalle suesposte considerazioni è agevole individuare le analogie e le differenze con la fattispecie di cui all'art. 6-bis, cit. Tralasciando per il momento la questione relativa alla natura del vizio riscontrato ed al regime giuridico dell'atto amministrativo in cui può, eventualmente, concretizzarsi il reato di abuso d'ufficio, giova evidenziare che sotto il profilo oggettivo, la portata della disposizione è più ampia di quella della norma penale sull'abuso d'ufficio, dato che annovera al suo interno anche i conflitti potenziali, mentre, sul piano soggettivo è più ristretta, posto che a fronte della specifica individuazione dei destinatari degli obblighi di segnalazione ed astensione, l'art. 323 c.p. genericamente fa riferimento al

⁵¹ così, Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2005, n. 18149.

⁵² cfr., Cass. pen., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 12769.

⁵³ Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009.

⁵⁴ cfr., Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2009, n. 7105.

⁵⁵ Cfr., Cass. pen., sez. VI, 29 aprile 2009, n. 21165.

pubblico ufficiale ed all'incaricato di pubblico servizio. La previsione di un concetto lato di conflitto di interessi, affrontato anche nella sua dimensione soltanto potenziale, se si spiega nell'ambito amministrativo per la necessità di prevenire ogni possibile collusione tra privati e pubblici funzionari e tra interessi privati ed interessi pubblici, non è tale da estendere la portata applicativa della sanzione penale di cui all'art. 323 c.p., pena la violazione dei principi di legalità e di tassatività delle fattispecie penali, atteso che l'abuso d'ufficio è circoscritto alle situazioni di conflitto d'interesse concrete ed attuali.

E' opportuno, inoltre, sottolineare che la norma di cui all'art. 6 *bis* della L. 241/90 è confinata alla materia del procedimento amministrativo, restandone esclusi tutti gli altri ambiti in cui può sussistere un conflitto di interessi rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p.; ne consegue che, in caso di violazione del dovere di astensione di cui all'art. 6 *bis* della L. 241/90, non è integrato il delitto di cui all'art. 323 c.p. se il conflitto di interessi è a livello soltanto potenziale, ma sussisterà la responsabilità del pubblico funzionario esclusivamente sotto il profilo disciplinare. Al contrario, laddove il conflitto di interessi sia concretamente esistente, il pubblico funzionario incorrerà nella responsabilità penale ex art. 323 c.p. purché siano presenti gli ulteriori elementi tipici ivi previsti, in particolare il vantaggio patrimoniale ingiusto procurato intenzionalmente a sé o ad altri, ovvero il danno ingiusto cagionato intenzionalmente ad altri.

4. *Patologia degli atti e del provvedimento adottati in violazione degli obblighi di cui all'art. 6-bis della legge n. 241/90*

Quanto alla sorte degli atti amministrativi adottati in violazione dei suddetti obblighi, nel silenzio del legislatore, benché non vi sia concordia di opinioni sul punto, deve escludersi la sanzione della nullità che appare francamente eccessiva sia perché, appunto, il legislatore ha taciuto al riguardo (e avrebbe dovuto espressamente prevederla come nullità testuale), sia per la oggettiva difficoltà di ricondurre la fattispecie in esame alle ipotesi di nullità virtuale di cui all'art. 21 *septies* della legge n. 241/90⁵⁶.

⁵⁶ Cfr., Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5843 e Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750. In dottrina, su questo tema, cfr., M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; C. FELIZIANI, *Nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21 septies l. n. 241/90 e successive modifiche*, in *Il Foro amm. CDS*, 2008, 2740-2754; P. ADAMI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Riv.amm..rep.it.*, 2007, 11-12, 747-772; B. GILBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 5, 1657-1677; M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc.amm.* 2007, 4, 999-1022; G. ZARRO, *L'archetipo delle nullità virtuale in diritto amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 12, 3990-4004; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 543-571; S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. AJELLO,

Diversamente opinando, si dovrebbe affermare che la mancata osservanza degli obblighi di cui all'art. 6 *bis* della L.241/90 comporti solamente una responsabilità disciplinare dell'amministratore. Al contrario, in un'ottica di maggiore tutela dei privati e in considerazione delle finalità di trasparenza ed imparzialità della P.A. avute di mira dalla norma, è preferibile propendere per l'annullabilità del provvedimento amministrativo (e/o degli eventuali atti endo-procedimentali *medio tempore* adottati)⁵⁷ e per l'applicazione dell'art. 21 *octies* della L. 241/90 essendo la violazione dei doveri di astensione e segnalazione di conflitti di interessi da alcuni configurata come un vizio sintomatico dell' eccesso di potere⁵⁸, dovendosi

La nullità' del provvedimento amministrativo tra dubbi e certezze, ivi (giugno 2005); M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002.

⁵⁷ S. CASSESE, *op. cit.*, 235 ss., ha, in proposito, osservato: "Sotto il profilo processuale, l'impugnabilità dinanzi al G.A. – di regola del provvedimento finale, con esclusione degli atti «endoprocedimentali», produce l'effetto di portare il sindacato del giudice sia sulla condizione di parzialità, sia sugli effetti della commessa parzialità. Sotto il profilo sostanziale, emerge la contraddittorietà della parzialità dell'amministrazione: prima che sortisca i suoi effetti, essa è fatto eventuale, dopo, prevalgono i suoi effetti ed essa passa in secondo piano".

⁵⁸ In effetti, già al tempo della riforma del delitto di "abuso d'ufficio", Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 1997, n. 8417, aveva sostenuto questa tesi, affermando che: «L'eccesso di potere costituisce una categoria di illegittimità autonoma rispetto all'incompetenza ed alla violazione di legge, per cui non può parlarsi, con riferimento all'atto emesso con abuso di potere, di atto "formalmente" legittimo, integrando esso invece una ipotesi di uso illegittimo di potere e perciò di abuso anche ai fini penali. Il vizio riscontrato riguarda sia gli atti discrezionali che quelli vincolati. Nel primo caso occorrerà verificare se siano state violate le regole inerenti all'uso del potere discrezionale, se cioè esso sia stato utilizzato per realizzare un interesse pubblico o, al contrario, subordinato alla realizzazione di interessi privati. Ciò non equivale a sindacare l'opportunità della scelta, ma solo a verificare se la scelta operata sia stata effettivamente assistita dal fine pubblico». Nello stesso senso, cfr., Trib. Napoli, 4 dicembre 1991 e 24 settembre 1997. L'atto amministrativo adottato in conflitto di interessi e integrante il reato di cui all'art. 323 c.p. prima dell'avvento della legge n. 190/2012 poteva essere censurato quanto meno sotto il profilo dell'eccesso di potere. Con specifico riferimento alla fattispecie penale, Trib. Taranto, 19 marzo 1999 ha ulteriormente chiarito che "(...) l'eccesso di potere da cui è affetto il provvedimento amministrativo non integra di per sé il reato, ma è solo una spia, un sintomo della sussistenza del predetto elemento che va verificato in concreto unitamente agli altri elementi costitutivi della fattispecie". Si deve essenzialmente alla giurisprudenza l'elaborazione di quello che in origine è stato considerato un "vizio indefinito" (cfr., L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1889, 81; E. PRESUTTI, *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 79) per quanto concerne sia l'oggetto che l'ambito di applicazione, ma che progressivamente ha preso corpo, ulteriormente specificandosi a seguito della individuazione delle figure sintomatiche, al punto che è assunto a vizio tipico della funzione amministrativa (così, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 32 ss.). L'eccesso di potere, nella forma dello sviamento nel significato attribuitogli dalla giurisprudenza (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 1893, n. 185) postulava, appunto, la verifica dello "scollamento" dell'esercizio della funzione dal fine pubblico impresso dalla legge (cfr., M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1959, 23 ss.) volta a sanzionare la disfunzione del normale esercizio

escludere in radice che la violazione dei predetti obblighi, pur essendo espressione dell'abuso di potere e configurando una forma di sviamento di potere nel senso innanzi specificato possa essere sottovalutata al punto da indurre a considerare la violazione che ha condizionato la fase istruttoria e quella decisoria del procedimento alla stregua di un vizio di forma o di procedimento. Ciò, infatti, si tradurrebbe in un'inaccettabile *vulnus* della tutela giurisdizionale e indurrebbe a dubitare della effettiva utilità della disposizione anche sotto tale profilo.

Tale ultima considerazione non ha fatto che rafforzare la tesi dell'annullabilità degli atti, espressione di un comportamento indice di eccesso di potere desu- mibile sovente anche dalla motivazione⁵⁹ di cui, anche in questo caso il G.A. "può avvalersi al fine della ricomposizione dell'intera sequenza logico-sostanziale del procedimento amministrativo e, quindi, della ricostruzione dei passaggi essenziali del ragionamento compiuto dall'autorità per pervenire alla decisione finale"⁶⁰.

della potestà discrezionale, l'uso distorto del potere, l'"esercizio del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale" (M. P. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003). F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, spec. 416; A. POLICE, *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, 2007, 49 ss..

⁵⁹ G. GUARINO, *Atti e poteri*, in *Diz. amm.*, Milano, 1983, 243 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 335 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; G. MORBIDELLI, *Invaldità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, 79 ss.; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi cd. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 740; V. CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria di vizi formali*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 101. ID., *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, spec. 210 ss.; F. CARINGELLA, *Il nuovo ruolo del G.A.: articolo 21-opties legge 241/1990*, Relazione al Convegno "Giustizia Amministrativa e Sviluppo Economico" svoltosi a Lecce il 30/09/05 e 01/10/05 presso il Tribunale Amministrativo Regionale, in www.giustizia-amministrativa.it (novembre 2005); D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in www.astrid-online.it; S. CIVITAVESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006; D. NAZZARO, "Illegittimità non invalidante" dell'atto amministrativo e "motivazione postuma": la "positiva" metamorfosi del g.a., in www.giustizia-amministrativa.it; D.F. TREBASTONI, *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, ivi; G. CHINÈ, *L'art. 21 octies, comma 2, L. n. 241/90 nel diritto vivente*, ivi; F. PATRONI GRIFFI, *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza a trasparenza, danno da ritardo)*, ivi; A. GUANTARI, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, ivi. Tra i contributi più recenti, cfr., C. DI BELLO, *La discrezionalità amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. GRECO, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela: l'evoluzione dei poteri del giudice amministrativo*, ivi.

⁶⁰ Così, M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio della istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 149. Per una ricostruzione dettagliata sul tema, cfr., M. DI DONNO, *Riflessioni sulla «motivazione in diritto» del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 3, 629 ss. La dottrina in argomento è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, cfr., M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 266; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; ID., *Motivazione nel diritto amministra-*

Tale soluzione che poteva sembrare valida prima dell'intervento del legislatore del 2012, non è più tale dopo l'entrata in vigore della legge anticorruzione, dovendosi più propriamente, ritenere che l'inottemperanza degli obblighi di segnalazione e di astensione concreti il vizio di violazione di legge, proprio a seguito della introduzione dell'art. 6 *bis* nella L. 241/90.

4.1. L'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo

I doveri di segnalazione e di astensione si indirizzano principalmente al responsabile del procedimento che è appunto il soggetto le cui funzioni sono puntualmente esplicitate nell'art. 6 della stessa legge n. 241/90⁶¹.

Questi, ai sensi dell'art. 6, lett. e), "ove abbia la competenza" adotta il provvedimento finale, per lo più tuttavia, anzi nella normalità dei casi, si occupa dell'adozione degli atti endo-procedimentali, mentre è il dirigente dell'unità preposta al procedimento ad adottare il provvedimento finale su cui si riversa il vizio prospettato.

Tale ultima considerazione induce ad un'ulteriore riflessione che non è affatto avulsa dalla collocazione della violazione degli obblighi suddetti nella dinamica procedimentale, quindi, in sostanza, dalla valutazione della rilevanza che può concretamente avere il vizio dell'atto endo-procedimentale sul provvedimento finale.

La soluzione al problema è diversificata a seconda che si predilige il piano formale o sostanziale della violazione: ove, infatti, il dirigente sposi in tutto e per tutto l'atto endo-procedimentale del responsabile, anche il provvedimento finale deve ritenersi viziato; nel secondo caso, bisognerebbe valutare l'effettiva incidenza del primo sul secondo, dovendosi escludere in radice che sia ravvisabile un vizio se l'atto finale non sia stato in concreto influenzato.

Tale soluzione, a mio avviso, è tutt'altro che pacifica e va in gran parte rimeditata alla luce delle seguenti ulteriori considerazioni. Quand'anche, infatti, il dirigente, cui venga segnalato il conflitto di interessi, o che rilevi l'omessa astensione

tivo, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 683; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 2001, 774 ss. Tra i contributi più recenti, cfr., B.G. MATTARELLA, *Motivazione (dir. com.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006; ID., *Il declino della motivazione*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 618 ss.; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 300 ss. A proposito del sindacato giurisdizionale e dei poteri del G.A., cfr., di recente, F. QUADRI, *Accesso alla giustizia ed effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it (dicembre 2013); F. PATRONI GRIFFI, «Giustizia amministrativa: ostacolo o servizio?», Relazione al convegno di Milano, 20 giugno 2014, organizzato dalla Società lombarda degli avvocati amministrativisti e dall'Unione Nazionale Avvocati amministrativisti», in www.giustizia-amministrativa.it (14 Luglio 2014).

⁶¹ Cfr., G. GAROFOLI, *Il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento*, in www.giustizia-amministrativa.it.

da parte del soggetto che avrebbe dovuto astenersi dall'adottare l'atto, decida di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria adducendo idonea motivazione ai sensi dell'art. 6, lett. e) ultima parte della legge n. 241/90, sembrerebbe indispensabile annullare in autotutela tutti gli atti *medio tempore* adottati e rinnovare il procedimento dall'inizio, stante la particolare gravità del vizio che ha comunque influenzato lo svolgimento del procedimento. Una soluzione mediana potrebbe essere quella di distinguere a seconda che gli atti endo-procedimentali viziati abbiano una funzione accessoria oppure siano presupposti necessari del provvedimento finale, ritenendo che soltanto in questa seconda ipotesi occorra procedere all'annullamento in autotutela ed alla riedizione del procedimento⁶².

Occorre, a questo punto, preliminarmente chiarirsi sulla natura e le caratteristiche di tali atti che sono state così sintetizzate dalla dottrina: "l'atto presupposto si caratterizza (...) rispetto all'atto del procedimento in quanto non viene in essere in vista, in funzione della realizzazione del risultato cui darà luogo l'atto finale, ma è a questo ricollegato solo *ex post*, quando cioè ha oramai già prodotto tutti i suoi effetti immediati, venendo quindi ad avere quella autonomia funzionale della quale invece sono necessariamente privi gli atti del procedimento"⁶³. L'atto en-

⁶² A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989 437 ss.; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 38; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15/2005. Prime riflessioni*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 215-226; V. ANTONELLI, *Annullamento d'ufficio, commento all'art. 21-nonies*, in N. Paoantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La Pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 643-683; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.* 2004, 1245; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006; C. MARZUOLI, *La nuova disciplina dell'annullamento e della revoca degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo a un anno di distanza della riforma*, Torino, 2007, 18 ss.; N. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale ed autotutela amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it. Tra i contributi più recenti, cfr., G. PIPERATA, *Il ritiro del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca* (commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 136), in *Gior. dir. amm.*, 2009, fasc. 11, 1191-1199; A. CASSATELLA, *"Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?"*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3, 810-834; C. DI SERI, *L'annullamento d'ufficio "doveroso". Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, in www.giustamm.it; R. PERTICARARI, *Annullamento in via di autotutela e interesse pubblico* (commento a Consiglio di Stato, sez. V, 8 febbraio 2010, n. 592), in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 6, 714-718; M. RAMAJOLI, *Provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in www.jus-publicum.com; R. ROMEO, *Legalità e Responsabilità dell'Amministrazione*, ivi (gennaio 2013).

⁶³ così, S. DETTORI, *Il Rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo, contributo allo studio della funzione complessa*, Napoli, 2006. A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. LUBBRANO, *L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica)*, Roma, 1968; A. M. CORSO, *Atto amministrativo presupposto e ricorso giurisdizionale*, Padova, 1990; D.F. TREBASTONI, *Tipologie di atti e onere di impugnazione*, in www.diritto.it; G. VIRGA, *I provvedimenti amministrativi collegati*, in www.lexitalia.it (n. 6/2005).

doprocedimentale, altrimenti definito atto preparatorio in senso stretto, distinto dall'atto preparatorio in senso lato che sovente si confonde fino ad identificarsi con l'atto presupposto in generale, costituisce una categoria residuale, difettando dei requisiti di esecutività, nominatività e tipicità tipici del provvedimento finale nel quale produce i suoi effetti e di cui costituisce un mero antecedente logico, non autonomamente lesivo ed insuscettibile di impugnazione.

Possono verificarsi, tuttavia, dei casi in cui tali atti cd. non provvedimentali, pur mantenendo la loro funzione tipica, acquistano valore di definitività al pari del provvedimento conclusivo del procedimento, facendo sorgere un concreto interesse all'impugnazione. Si pensi, ad esempio ai pareri che, appunto, a volte per il carattere vincolante e negativo attribuitogli direttamente dalla legge in sostanza anticipano, per così dire, il contenuto e l'esito della decisione finale trasformandosi da mere manifestazioni di giudizio in vere e proprie manifestazioni di volontà da cui non è possibile discostarsi⁶⁴.

Lo stesso discorso vale per le valutazioni tecniche, atti istruttori espressione di discrezionalità tecnica non aventi di regola carattere decisionale, in quanto dirette ad acquisire la sussistenza di fatti complessi nel procedimento allorquando ciò sia indispensabile per l'adozione del provvedimento finale di cui costituiscono il presupposto necessario (cfr., art. 17, comma 1, l. n. 241/90).

Il dato che accomuna tali atti è il problema dell'impugnazione, posto che salvo che in casi particolari, difetterebbe la lesività intesa come idoneità concreta di incidere negativamente sulla sfera giuridica del destinatario del provvedimento finale.

A mio avviso, la questione dell'impugnabilità per la intrinseca ed autonoma lesività degli atti cd. non provvedimentali appare strettamente legata all'altro profilo, cui innanzi si è accennato, relativo alla configurabilità dell'obbligo di annullamento d'ufficio dei medesimi che, a sua volta sembrerebbe addirittura esulare dalla valutazione in concreto dei casi in cui il contenuto di tali atti sia effettivamente anticipatorio della lesione che deriva dall'emanando provvedimento finale.

Il problema, come innanzi accennato, si pone sia per l'ipotesi in cui l'atto endoprocedimentale venga fatto proprio dal dirigente ed acquisito nel provvedimento finale, sia nell'ipotesi in cui l'atto finale non sia stato in concreto influenzato essendosi il dirigente, cui venga segnalato il conflitto di interessi, o che rilevi l'omessa astensione da parte del soggetto che avrebbe dovuto astenersi dall'adottare l'atto, discostato dalle risultanze dell'istruttoria motivandone le ragioni.

Nel primo caso risulta più agevole osservare che, stante la particolare gravità del vizio "reiterato" che ha influenzato sia lo svolgimento del procedimento sia la

⁶⁴ cfr., *ex multis*, di recente, Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3184; Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2417; Cons. Stato, sez. V, 31 ottobre 2013, n. 5254; Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2012, n.1829. In precedenza, cfr., Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1902; TAR Veneto – Venezia, sez. III, 12 dicembre 2007, n. 3964.

sua conclusione, l'atto endoprocedimentale diventa a maggior ragione il presupposto necessario provvedimento finale; di qui l'obbligo di procedere all'annullamento in autotutela ed alla riedizione del procedimento.

Tali obblighi sembrerebbero difficilmente configurabili nella seconda ipotesi. Si potrebbe, infatti, facilmente obiettare che il problema debba considerarsi superato per il solo fatto che il dirigente discostandosi dalle risultanze dell'istruttoria ha, per così dire, "preso le distanze" dall'operato del responsabile o, comunque, di chi ha agito in violazione dell'obbligo di astensione e non ne ha tenuto conto ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

Ebbene, torna utile in questa sede ribadire in primo luogo che l'art. 6 bis della legge n. 241/90 si caratterizza per la previsione di un concetto lato di conflitto di interessi che è affrontato anche nella sua dimensione soltanto potenziale (a differenza dell'abuso d'ufficio) e poi anche che un atto benché, di regola, non autonomamente lesivo e quindi non impugnabile *ex se*, era e resta comunque illegittimo.

Ne consegue che, l'adozione di un atto formalmente e sostanzialmente corretto non è idoneo ad eliminare né l'atto in sé e per sé, né gli effetti negativi (anche solo a livello potenziale) in termini di discredito e di lesione all'immagine ed al prestigio della P.A. per il clamore suscitato dalla vicenda sia all'interno degli uffici che nei rapporti con i cittadini.

Si vuol dire cioè che, in sostanza, il provvedimento non risolve il problema del "recupero della correttezza amministrativa" configurando pertanto "un caso classico nel quale la P.A. non ha solo la facoltà, ma il dovere di intervenire in sede di autotutela"⁶⁵ per la soddisfazione di un interesse pubblico "non ponderabile" da parte del titolare dell'ufficio o del dirigente che ha emanato l'atto.

4.2. *Considerazioni a margine della responsabilità del responsabile del procedimento e degli altri funzionari per il danno erariale, all'immagine ed al prestigio arrecato alla P.A.*

A ulteriore conferma delle precedenti affermazioni, giova richiamare una recente sentenza della Corte dei Conti⁶⁶ in materia di danno all'immagine della P.A. ove si legge che "Il (predetto) danno può conseguire pure dalla perpetrazione di un tentato reato ai danni della P.A., poiché pure in questo caso risultano incrinata le aspettative di credibilità e di affidamento riposte dai cittadini nell'Amministra-

⁶⁵ Così, V. D'AMBROSIO, *Contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione. Il profilo penale del tema*, in www.astrid-online.it; F. PATRONI GRIFFI, *Buon governo e ppaa*, in www.giustizia-amministrativa.it (20 giugno 2012); ID., *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, Relazione al Convegno "Politiche di contrasto alla corruzione: il ruolo della Corte dei conti tra prevenzione e repressione" – Roma, Corte dei conti, 2 luglio 2014, ivi (14 luglio 2014).

⁶⁶ Cfr., Corte dei Conti, Sez. Giur. centr. App., 9 maggio 2014, n. 641.

zione. Invero, le fattispecie tentate non costituiscono un *minus* rispetto alle fattispecie consumate, bensì sono reati perfetti in cui la proibizione dei fatti descritti nelle norme incriminatrici di parte speciale viene estesa, in funzione anticipatoria rispetto alla consumazione, dalla norma di parte generale recata dall'art. 56 c.p. La stretta correlazione che lega il delitto tentato e quello consumato, quindi, deriva proprio dall'oggetto della tutela penale, poiché la norma sul delitto tentato non tutela un bene diverso da quello della norma incriminatrice primaria, ma ha per oggetto lo stesso bene: la ragione per cui si punisce il tentativo è esattamente la stessa per la quale si punisce il reato consumato".

La violazione dell'obbligo di astensione, così come l'omessa segnalazione (anche sotto forma di tentativo) costituiscono rispettivamente, un atto ed un comportamento posti in essere in violazione di una norma espressa e forieri di quello che è stato definito un "danno sociale"⁶⁷ consistente nel "pregiudizio complessivamente derivato all'Amministrazione (che) consta anche (...) del profilo interno, quale effetto deprimente e demotivante arrecato ai colleghi ed agenti inevitabilmente ed inconsapevolmente segnati dai riflessi del discredito suscitato verso le attività investigative di istituto pur ordinariamente e correttamente svolte"⁶⁸.

Ciò discende dalla diretta riferibilità all'Ente di appartenenza degli episodi di *maladministration* che coinvolgono tali soggetti ed i cui atti o comportamenti esprimono i "disvalori legati alle forme più gravi di illecito amministrativo/contabile, con evidente discredito delle istituzioni pubbliche"⁶⁹ inficiando non soltanto i rapporti individuali dipendente – cittadini, ma anche quello tra la P.A. e l'intera collettività degli amministrati, ripercuotendosi sulla fiducia riposta nelle istituzioni che risulta incrinata così come la stessa credibilità dell'ente.

Tale condotta illecita integra la violazione di valori e principi costituzionali e la lesione della personalità, dell'identità personale, del buon nome, della reputazione e della credibilità della P.A. e, di conseguenza, del prestigio e dell'immagine della P.A.⁷⁰ da parte di un soggetto legato all'ente da un rapporto di impiego o di servizio, realizzandosi nel momento stesso in cui il funzionario, con la sua con-

⁶⁷ Così, Corte dei conti, Sez. Giur. Reg. Lombardia, 14 marzo 2014, n. 47. commentata da F. CERIONI, *Risarcibili il danno all'immagine in tutti i casi di accertamento con sentenza definitiva della commissione di un reato contro la P.A.* in www.amministrativamente.com. Corte dei Conti, Sez. Giur. Reg. Veneto sent. n. 25/2014.

⁶⁸ Corte dei Conti, Sez. I Giur. App., 24 febbraio 2009, n. 97. Cass. pen., sez. III, 15 ottobre 2008, n. 38835.

⁶⁹ Corte dei Conti, sez. III Giur. App., 9 aprile 2009. n. 143; sez. I Giur. App., 22 gennaio 2002, n. 16.

⁷⁰ cfr., artt. 2, 42, 53 e 97, commi 1 e 2, Cost., senza tralasciare l'art. 1 della legge n. 241/90 che individua i principi ispiratori dell'agire amministrativo, in particolare alla efficienza, efficacia e trasparenza dei pubblici poteri.

dotta, ha leso o gravemente minacciato il corretto ed efficiente funzionamento della P.A., in palese violazione dei doveri di fedeltà ed imparzialità.

D'altra parte, il dovere di adempiere le pubbliche funzioni con disciplina ed onore (art. 54 Cost.) si rivolge principalmente a tali soggetti i quali, per la funzione espletata, la carica rivestita e i doveri legati al loro *status* sono tenuti al loro rispetto - non foss'altro per la consapevolezza di far parte di un'Amministrazione nella quale occorre salvaguardare i valori cardini del "buon andamento" e dell'"imparzialità" - e la cui condotta "(dovrebbe essere) teleologicamente orientat(a) alla tutela dell'immagine e del prestigio delle P.A."⁷¹

In tale tipologia di danno erariale si fanno generalmente rientrare tutte le altre forme di pregiudizio cagionato alla P.A. derivanti dalla violazione delle norme e, quindi, dalla mancata realizzazione delle specifiche finalità da esse perseguite che si è tradotta in una grave perdita di prestigio e detrimento dell'immagine nonché in una diminuzione patrimoniale, economicamente valutabili e tali da sostenere l'azione erariale⁷².

Come è noto, la disciplina ha subito una profonda evoluzione a tappe. I più recenti interventi normativi si sono appuntati sui limiti imposti alla risarcibilità del danno all'immagine della P.A. e sull'ambito di applicazione dell'art. 17, comma 30 ter del d.l. n. 78/2009 alla luce della nota sentenza della Corte costituzionale n. 335/2010 su cui di recente si è pronunciata la I[^] Sezione penale del Tribunale di Milano, con la sentenza n. 10956/2012 che, seguendo un ragionamento autonomo ed in contrasto con la cennata decisione, ha condannato i convenuti, tra cui l'ex Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi, ritenuti responsabili di frode ed evasione fiscale connesse al cd. "giro dei diritti televisivi", al risarcimento del danno arrecato Agenzia delle Entrate (costituitasi parte civile).

Significativo è stato il ruolo della Corte dei Conti in una materia delicata proprio in considerazione delle ripercussioni negative e dei pregiudizi all'immagine ed al prestigio della P.A. che derivano da determinati comportamenti suscettibili di protrarsi nel tempo e tali da minare "quei naturali sentimenti di affidamento e

⁷¹ Sul concetto di danno erariale e sui presupposti e condizione dell'esercizio dell'azione risarcitoria, si rinvia a Corte dei Conti, SS.RR., 23 aprile 2003, n. 10. Corte dei Conti, sez. giurisd. Umbria, 27 luglio 2004, n. 371. In dottrina, cfr., M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, 202 ss.

⁷² A. MINGARELLI, *Nota alla sentenza n. 90/2011 della Sezione giurisdizionale Toscana della Corte dei Conti*, in www.diritto.regione.veneto.it. Il Procuratore della Corte dei Conti ha chiarito che "il bene immagine è fondamentale, perché negli Stati contemporanei democratici esso contribuisce a garantire il rispetto reciproco tra i cittadini e le istituzioni, o tra i governanti e i governati, che è condizione per il corretto funzionamento della democrazia e delle sue regole". Aderisce, pertanto, all'orientamento espresso dalla sentenza in commento che, ribaltando un precedente indirizzo espresso dalla Corte costituzionale nel 2010, ha ritenuto risarcibili il danno all'immagine della P.A. derivante non solo dai reati propri, ma anche da quelli comuni.

di appartenenza” tra la P.A. ed i cittadini naturalmente “porta(ti) ad identificare l’Amministrazione (con l’autore dell’illecito)”⁷³.

Il dialogo tra le Corti non ha portato ad una soluzione condivisa⁷⁴. In numerose occasioni, la Corte, pur prendendo lealmente atto di ciò, ha preferito aderire all’interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, affermando che “l’art. 17, comma 30-ter, del decreto legge n. 78 del 2009 abbia delimitato, sul piano oggettivo, gli ambiti di rilevanza del giudizio di responsabilità, ammettendo la risarcibilità del danno per lesione dell’immagine dell’amministrazione soltanto in presenza di un fatto che integri gli estremi di una particolare categoria di delitti (reati contro la p.a. previsti dal codice penale) e che la scelta di non estendere l’azione risarcitoria anche in presenza di condotte non costituenti reato, ovvero costituenti un reato diverso da quelli espressamente previsti, può essere considerata non manifestamente irragionevole”⁷⁵.

Sotto altro profilo, concernente il termine di prescrizione dell’azione, la Corte ha ribadito che l’azione per il risarcimento del danno all’immagine e al prestigio dell’Amministrazione cagionato da un dipendente o da un amministratore (per il clamore suscitato dalla notizia nell’opinione pubblica) può essere azionata «soltanto nel caso in cui la “notitia criminis” sia stata riscontrata come veritiera e, quindi, la responsabilità del dipendente od amministratore sia stata definitivamente accertata nell’ambito del procedimento penale appositamente instaurato nei suoi confronti»⁷⁶.

Indubbiamente, come si è innanzi accennato, la questione più spinosa concerneva l’ambito di applicazione della disposizione *de qua*, se cioè l’azione fosse esperibile nei confronti dei soli “dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni” ai sensi del combinato disposto dell’art. 17, comma 30 ter, della legge n. 102/2009

⁷³ Il corsivo è di S. MANZIN, *Il danno all’immagine in sanità: la giurisprudenza della Corte dei Conti e l’attuazione del diritto alla salute*, in www.federalismi.it la quale, significativamente, ha qualificato l’immagine come “elemento costitutivo del sistema”.

⁷⁴ Corte dei Conti, Sez. III centr. App., 13 aprile 2012, n. 286 e Sez. I, centr. App., 14 dicembre 2012, n. 809 e, ancor più di recente, Sez. I, centr. App., 3 aprile 2014, n. 522.

⁷⁵ cfr., Corte dei Conti, Sez. giur. Sicilia, 20 maggio 2014, n. 654.

⁷⁶ Così, Corte dei Conti, Sez. giurisd. Appello, Reg. Siciliana, 27 marzo 2012, n. 110 che richiama espressamente l’art. 17, comma 30 ter, ultimo periodo, della legge n. 102/2009, come modificato dalla legge n. 141/2009 (su cui era intervenuta la Corte costituzionale con le ordinanze nn. 219, 220, 221 del 2011) che ha così statuito: “Il decorso del termine di prescrizione di cui all’art. 2, comma 1, della L. 14.1.1994, n. 20, è sospeso sino alla conclusione del procedimento penale”. (tale norma è stata ritenuta costituzionalmente legittima con ordinanza della Corte Costituzionale n. 219/2011. Più di recente, cfr., Corte dei Conti, Sez. III, giurisd. centrale App., 4 novembre 2013, n. 716 ha affermato: “L’inesistenza di una sentenza irrevocabile di condanna penale determina l’insussistenza di una condizione sia per l’esercizio dell’azione, sia per un’eventuale pronuncia di condanna per danno all’immagine, che non può essere quindi resa se tale condizione non si sia verificata, nelle more del procedimento, al momento della decisione”.

ss.mm.ii.⁷⁷ e dell'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97⁷⁸, o anche degli "amministratori di nomina politica".

Alcune Sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti hanno sollevato q.l.c. dell'art. 17, comma 30 ter, legge cit., per violazione dell'art. 3 Cost. dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 355/2010 legittimando, così, il ridimensionamento della funzione della Corte dei Conti e i limiti soggettivi della responsabilità.

Sovente, i giudici si sono adeguati alle indicazioni della Corte costituzionale, in altri casi, invece, se ne sono discostati e, superando le resistenze della legge, hanno ritenuto sussistente la proposizione dell'azione di responsabilità per i danni all'immagine ed al prestigio della P.A. anche nei confronti degli amministratori di un Ente pubblico che abbia commesso uno dei delitti previsti nel capo I°, Titolo II°, Libro II° c.p., per il ruolo ricoperto e le responsabilità che ne sono derivate nei confronti dell'Ente di appartenenza e della collettività.

L'art. 1, comma 62, della legge n. 190/2012 ha inserito all'art. 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, il comma 1 sexies, a tenore del quale: "Nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato, si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente".

Tale innesto ha avuto un impatto non indifferente sulla normativa (anche se in questa sede se ne tratteranno solo alcuni aspetti), intanto perché alcune Corti l'hanno ritenuta applicabile non solo ai giudizi definiti con sentenza passata in giudicato all'entrata in vigore della legge, ma anche a quelli in corso⁷⁹ soprattutto per quanto concerne la determinazione del *quantum* del risarcimento⁸⁰, all'uopo ricorrendo a presunzioni nei casi e con i limiti previsti dalla norma.

Da un lato, quindi, il danno risarcibile (accertato e provato in concreto) è soltanto quello "deriva(n)te) dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato", dall'altro, e in questo consiste la vera novità, il risarcimento non è più limitato "ai soli casi

⁷⁷ Si riporta il testo dell'art. 17, comma 30 ter, legge cit.: "Le Procure della Corte dei Conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine della P.A. nei soli casi e nei modi previsti dall'art. 7 della L. 27.3.2001, n.97".

⁷⁸ Ai sensi dell'art. 7, legge n.97/2001: "La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'art. 3 per i delitti contro la P.A. previsti nel capo I° del titolo II° del libro II° del codice penale è comunicata al competente Procuratore Regionale della Corte dei Conti, affinché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale".

⁷⁹ In senso contrario, Corte dei Conti, Sez. Giur. Lombardia, 23 gennaio 2013, n. 17.

⁸⁰ Cfr., Corte dei Conti, Sez. Giur. Lazio, 6 dicembre 2013, n. 867; Corte dei Conti, Sez. Giur. Puglia, 6 novembre 2013, n. 1488.

previsti dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97" essendo venuta meno la limitazione prevista nell'art. 17, comma 30-ter, legge cit. e, con essa la nullità degli atti istruttori o processuali adottati in violazione di tale disposizione.

Resta ferma, invece, l'altra previsione secondo cui "il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale" che pure va interpretata alla luce della disciplina dei presupposti delle azioni cautelari proponibili dal PM per la tutela del credito scaturente dal danno all'immagine⁸¹.

Da ultimo, si segnala il d.l. 14 marzo 2013, n. 33, cd. Decreto Trasparenza che, all'art. 46, commi 1 e 2, espressamente ricollega all'inadempimento degli obblighi di pubblicazione o alla mancata predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità la responsabilità dirigenziale ed eventualmente erariale per lesione all'immagine della P.A.⁸²

Per quanto concerne, specificamente, la quantificazione del danno, la giurisprudenza ha individuato nel tempo alcuni indici, soggettivi ed oggettivi, di riferimento, configurando un danno all'immagine risarcibile esclusivamente quando "la lesione eccede una certa soglia minima di offensività", e non anche "la mera violazione dei soli doveri di servizio, non assistita da alcuna *deminutio patrimonii*"⁸³ in tal modo trasformando, di fatto, il danno all'immagine in una pena accessoria a quella principale"⁸⁴.

5. Conclusioni

Il complesso ed articolato quadro normativo che si è via via venuto a delineare e che si è tentato di illustrare almeno per grandi linee sembra aver colto l'opportunità di rinnovamento, introducendo misure più efficaci di contrasto alla corruzione ed alla illegalità nella P.A., ricavando nuovi spazi di azione, ridisegnando nuovi ruoli ed implementando le funzioni ed i poteri.

⁸¹ Tali profili sono stati ampiamente trattati da L. D'ANGELO, *Lesione all'immagine della P.A. e legge anticorruzione: un ampliamento della tutela erariale (anche cautelare)?*, in www.resp.amm.it; A. CARUSO, *Intervento al Convegno, "Il punto sulla legge anticorruzione"*, 18 marzo 2013, Università Bocconi – Milano, in www.unibocconi.it.

⁸² Cfr., *amplius*, V. RAELI, *Il danno all'immagine della P.A. tra giurisprudenza e legislazione*, in www.federalismi.it

⁸³ Cfr., Cass. SS.UU., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975.

⁸⁴ Così, Corte dei Conti, Sez. 3^a Giur. Centr. App., 9 aprile 2009, n. 143, cit. In considerazione del ruolo e delle funzioni espletate dal soggetto, della oggettiva gravità ed eventuale reiterazione del fatto, della diffusione della notizia da parte dei *mass media* e del clamore suscitato dalla vicenda nell'opinione pubblica. Corte dei Conti, Sez. Giur., Reg. Friuli Venezia Giulia, 2 settembre 2013, n. 46 il dipendente che commette un illecito deve risarcire sia le spese che la propria amministrazione ha sostenuto per accertare le violazioni, sia l'eventuale danno all'immagine dell'amministrazione per il discredito arrecato presso l'opinione pubblica. (comprensiva delle spese sostenute per accertare le violazioni, ad esempio le spese per le indagini di polizia giudiziaria, per l'inchiesta amministrativa svolta, per il procedimento disciplinare a carico del dipendente).

Resta a questo punto da verificare se ed in che misura il Presidente dell'Authority da un lato ed il Pm contabile dall'altro avranno la possibilità di esercitare le funzioni ed i poteri loro attribuiti, al fine di interpretare al meglio un ruolo attivo nell'attuazione delle politiche di lotta alla corruzione.

L'esperienza fin qui maturata dovrebbe aver chiarito che anche quando la base normativa è innovativa, organica ed apparentemente soddisfacente, ciò tuttavia, potrebbe non essere sufficiente per affermare che sia anche efficace.

E se, per un verso, una valutazione in questo senso, ora come ora, si rivela assolutamente prematura – così come la verifica dell'efficacia degli strumenti di controllo e di repressione della corruzione introdotti dal d.l. n. 90/2014 recentemente convertito che dipende essenzialmente dalla celerità con cui si darà attuazione agli stessi. Ciò è auspicabile e viepiù indispensabile sia al fine di colmare le carenze del sistema che sono emerse dai precedenti interventi rivelatisi parziali, incompleti e le cui prescrizioni sono rimaste in gran parte inattuato, sia per consentire al Paese di riallinearsi agli *standards* dei Paesi dell'UE più virtuosi recuperando quella credibilità che i ritardi già accumulati hanno inevitabilmente compromesso.

Vero è che, alla luce dei recenti scandali legati ai Grandi Eventi (Mondiali di nuoto, G8, Expo e Mose) non si può fare a meno di evidenziare che la corruzione si annida nella normativa creata *ad hoc* per aggirare le regole, il che se da un lato non consente di determinare con esattezza il livello e le responsabilità della corruzione in Italia, dall'altro induce a una riflessione sulla crisi della democrazia e sulla necessità di un cambiamento che involge anche la tecnica legislativa finora utilizzata che ha introdotto sistematicamente deroghe alla normativa sugli appalti pubblici sopprimendo, altresì, i controlli preventivi e di gestione.

Pur volendo essere ottimisti, resta comunque il dubbio se la strada intrapresa sia quella giusta se, cioè, un sistema congeniato in modo da apparire più virtuoso sia effettivamente in grado di estirpare dall'interno il fenomeno o, se ancora una volta, anche questo ulteriore tentativo rischia di tradursi in un intervento tampone, prestandosi a facili elusioni da parte di coloro in cui è radicata la cultura dell'illegalità, dell'impunità e dello spreco del danaro pubblico⁸⁵ che obiettivamente

⁸⁵ Questa è la principale perplessità espressa dal Procuratore generale presso la Corte dei Conti che ha evidenziato la pervasività del fenomeno e le principali cause. Nella relazione sul rendiconto dello Stato, infatti si legge: “La corruzione può attecchire dovunque: nessun organismo e nessuna istituzione possono ritenersene indenni o al riparo e quindi esenti dagli obblighi di vigilanza. Inoltre, nessuna istituzione che abbia competenze pubbliche può ritenersi scevra da responsabilità di fronte al suo dilagare”. In uno dei passi più significativi della relazione il Procuratore ha sottolineato la necessità e l'urgenza di un'inversione di rotta che non preveda più la “soppressione di regole e controlli (che, ad oggi) vengono via via smantellati in base alla motivazione della somma urgenza ovvero dell'emergenza, che giustificano deroghe al codice degli appalti e ai principi della concorrenza, nonché l'abolizione dei controlli preventivi e di gestione, anche attraverso il sistema di estendere ai cosiddetti grandi eventi la normativa speciale per la protezione civile. Un esempio è proprio l'Expo-Milano 2015”. Si segnala, in proposito, TAR Lombardia,

costituisce «[...] uno dei principali ostacoli (a)ll'efficienza, agli investimenti esteri diretti e all'innovazione, e dunque ad un sano e corretto sviluppo [...]»⁸⁶ del territorio ed alla crescita economica e sociale del Paese.

PREVENTION AND REPRESSION OF CORRUPTION,
WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE RULES OF THE CONFLICT
OF INTEREST AND THE RELATED PROFILES OF RESPONSIBILITY

by Mariaconcetta D'Arienzo

Abstract

The article 6 bis of Law no. 241/90 emphasizes the prescriptive nature of the duties of abstention and signalling conferred to the Official who is responsible of the proceedings and to the officials who are in the other situations prescribed in the Article 323 of the Criminal code.

The provision emphasizes, more effectively than it has done in the past, the role and responsibilities of the recipients of those obligations, both in the investigative phase than in the decisional phase and it is characterized by the provision of a broad concept of conflict of interest that is also tackled only in its potential dimension.

These considerations lead us to see in the analysed provision the conditions for annulment, even through administrative proceeding, of acts adopted in violation of those obligations, cause of responsibility for public damage, damages to the image and the prestige of the Public Authority (even just a potential level), for the outcry generated by the episode within the offices and on the relations between the Public Authority and citizens.

sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802 ha accolto la richiesta di annullamento dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto integrato di progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione delle architetture di servizio del sito Expo 2015, rinviando ad altra udienza la trattazione della domanda risarcitoria. Quanto alla domanda di caducazione del contratto medio tempore stipulato ed a quella di subentro delle ricorrenti mediante la preventiva risoluzione contrattuale, il Collegio ha osservato che "la risoluzione del contratto, prevista dal Protocollo, appare una soluzione congrua per la società Expo 2015 S.p.A., la quale, immediatamente dopo o addirittura in modo contestuale, potrebbe stipulare un nuovo contratto con il concorrente che segue in graduatoria (...) escludendo qualsiasi rinegoziazione economica e variante tecnica al programma dei lavori in corso".

⁸⁶ Così, F. ROBERTI, *Prefazione* al volume di L. SCIPIONE, *I costi dell'illegalità e la lotta alla criminalità organizzata*, Napoli, 2011. Tale preoccupazione è stata espressa di recente anche dal Presidente della Corte dei Conti R. Squitieri durante la Cerimonia di Inaugurazione dell'Anno giudiziario il 10 febbraio 2015. Nella Relazione, infatti, si legge: "E' certo (...) che il perdurare a lungo di condizioni di bassa crescita, se non di stagnazione, oltre a moltiplicare le difficoltà di gestione del bilancio pubblico e, quindi, di implementazione degli interventi necessari per affrontare la crisi, predispone un terreno favorevole a fenomeni di mala gestione e di corruzione. (...) Crisi economica e corruzione procedono di pari passo, in un circolo vizioso, nel quale l'una è l'effetto dell'altra. La ricerca, talvolta affannosa, di strategie di uscita dalla crisi e la competizione esasperata per l'accesso a risorse limitate, favoriscono, infatti, la pratica di vie illecite e di attività illegali". Il testo integrale della Relazione è reperibile sul sito www.corteconti.it.

Le *white list*: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici

di Jole Buggea

SOMMARIO: 1. *Le white list* come strumento di prevenzione della corruzione. - 2. Gli ampi margini di discrezionalità valutativa attribuiti al Prefetto. - 3. Gli effetti sul piano della certezza del diritto e semplificazione del sistema di documentazione antimafia alla luce dei recenti interventi normativi.

1. *Le white list* come strumento di prevenzione della corruzione

La legislazione nazionale in materia di prevenzione e contrasto dei fenomeni corruttivi e della criminalità organizzata è stata in passato caratterizzata da continui interventi normativi che si sono stratificati nel tempo. Tra i primi e più significativi si annoverano la legge n. 575/1965 che, oltre ad aver esteso l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione personali (previste dalla l. n. 1423/1956) ai soggetti sospettati di essere vincolati ad associazioni criminali, ha previsto che gli stessi possano essere destinatari di misure preventive di carattere patrimoniale, quali il sequestro e la confisca; la l. n. n.646/1982, c.d. legge Rognoni-La Torre, che vanta il merito di aver introdotto nel settore dei contratti pubblici la certificazione antimafia, sancendo la competenza del relativo rilascio in capo alla Prefettura presso la cui circoscrizione si perfeziona il contratto.

La legge Rognoni-La Torre costituisce inoltre il primo strumento normativo diretto a contrastare i proventi economici illeciti derivanti da attività criminali e ad attaccarne le proprietà, disciplinando ed innovando in materia di misure di prevenzione patrimoniali (sequestro e confisca). Tra le condotte penalmente sanzionate la legge elenca l'acquisizione di gestione o controllo, in modo diretto o indiretto, di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici da parte di soggetti appartenenti ad organizzazioni di stampo mafioso.

L'incessante produzione legislativa che ne è seguita ha dato vita ad un sistema normativo che difettava dei requisiti di organicità e sistematicità, e risultava pertanto poco efficiente sul piano della prevenzione e del contrasto del fenomeno corruttivo, in particolar specie in un settore delicato come quello degli appalti pubblici.

Risponde proprio a queste esigenze di razionalizzazione, armonizzazione e revisione della materia, il codice antimafia emanato con il d. lgs. n. 159/2011.

Il codice, allo scopo di limitare l'incidenza del fenomeno ed operando un consistente lavoro di unificazione ha approntato una serie di misure ascrivibili principalmente al piano della prevenzione¹.

In particolare, nel settore dei *procurement*, al fine di arginare l'influenza esercitata dalla corruzione nelle procedure di scelta del contraente ed in risposta ad acclamate esigenze di semplificazione, la l. n. 106/2011 ha previsto l'istituzione presso ogni prefettura di un elenco di fornitori di beni, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa, le *White list* (art. 4, lett. g)².

Lo strumento delle *white list* è stato introdotto per la prima volta nella disciplina della costruzione di grandi opere e dell'organizzazione di grandi eventi. Indicativi sono, al riguardo, il d. l. n. 39/2009 (convertito con modificazioni dalla l. 24 giugno 2009, n. 77) emanato in occasione della ricostruzione in Abruzzo successiva al sisma dell'aprile dello stesso anno; il d. l. 135/2009 (convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166) concernente la regolazione della disciplina in materia di infiltrazioni mafiose collegate all'evento EXPO Milano 2015; il d. l. 195/2009 (convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 26) emanato al fine di dare attuazione al Piano Straordinario carceri; infine il d. l. n. 74/2012 (convertito con modificazioni dalla l. 1 agosto 2012, n. 122) per i lavori di ricostruzione delle zone colpite dal sisma in Emilia Romagna, Veneto e Lombardia.

Stando al disposto dei cit. decreti legge n. 39/2009 e n. 135/2009³, l'iscrizione nella *white list* ha carattere volontario, presupponendo infatti che siano le stesse imprese interessate all'aggiudicazione dell'appalto a fare richiesta della relativa iscrizione. Iscrizione che viene effettuata soltanto a seguito degli opportuni accertamenti da parte dell'autorità prefettizia circa l'insussistenza di situazioni che lascino supporre l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa⁴. Al Prefetto è altresì affidato il compito di verificare periodicamente la persistenza dei requisiti necessari e di predisporre l'eventuale cancellazione dall'elenco qualora le indagini abbiano esito negativo.

¹ F. DECAROLIS, C. GIORGIANTONIO, *Concorrenza e specificità territoriali negli appalti di lavori pubblici*, in *Merc. conc. reg.*, Bologna, n. 1/2014, 25 e ss.

² La l. n. 106/2011 ha convertito, modificandolo, il d. l. n. 70/2011 (c.d. decreto sviluppo) ed apportato variazioni al Codice dei Contratti (d. lgs. 163/2006) al fine di introdurre meccanismi di semplificazione e controllo delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici concernenti la realizzazione di opere in settori strategici.

³ Le modalità di costituzione ed aggiornamento degli elenchi istituiti in occasione della ricostruzione in Abruzzo e dell'Expo Milano sono state affidate a due d.P.C.M. del 18 ottobre 2011.

⁴ Le cause ostative erano disciplinate all'art. 10, comma 7, d.P.R. n. 252/1998, la cui impostazione è stata mantenuta dal d. lgs. 159/2011 che ne ha però notevolmente ampliato lo spettro.

L'introduzione di tali elenchi di imprese c.d. virtuose risponde ad una ben specifica *ratio*, l'intento del legislatore è infatti quello di operare un regolare bilanciamento tra efficienza, concorrenza e legalità nel settore dei contratti pubblici. L'iscrizione delle imprese in una *white list*, che avviene, si è già detto, a seguito di controlli antimafia preventivi, attesta difatti l'assenza di vincoli di qualsiasi genere con la criminalità organizzata (e costituisce pertanto titolo legittimante a contrarre con la pubblica Amministrazione) ed è pertanto rilevante strumento di semplificazione in materia di documentazione antimafia.

L'originaria disciplina delle *white list* ha subito diverse modifiche in conseguenza di successivi interventi normativi che ne hanno meglio specificato funzione ed ambito di operatività, tra i quali una direttiva ministeriale del 23 giugno 2010 e due d.d.P.C.M. del 18 ottobre 2011, ed infine la l. n. 190/2012, c.d. legge anticorruzione, la quale pur mantenendo l'impostazione originaria apporta apprezzabili innovazioni concernenti sia l'ambito oggettivo che gli effetti di natura giuridica che scaturiscono dall'iscrizione.

Nello specifico, l'art. 1, co. 53, l. n. 190/2012 prevede l'istituzione di *white list* presso ogni Prefettura per particolari attività considerate maggiormente a rischio di infiltrazioni mafiose, quali il trasporto di materiali a discarica per conto terzi; il trasporto anche transfrontaliero e lo smaltimento di rifiuti per conto di terzi; l'estrazione, la fornitura e il trasporto di terra e di materiali inerti; il confezionamento, la fornitura e il trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; la fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi, guardiania dei cantieri. Trattasi, in particolare, di tutte quelle attività che si trovano a valle della fase di aggiudicazione degli appalti di opere pubbliche.

Gli operatori economici che ivi risultano iscritti sono perciò stesso abilitati a contrarre con una pubblica Amministrazione, in quanto l'iscrizione ai suddetti elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori da parte di imprese operanti nei succitati settori viene disposta previa acquisizione dell'informativa antimafia liberatoria⁵. Con la conseguenza che le imprese sono esentate dall'onere di documentare, per la durata della permanenza in elenco, il non invischiamento con la criminalità organizzata, in quanto è la stessa iscrizione a far fede sullo *status*, avendo analoga valenza giuridica dell'informazione antimafia liberatoria⁶.

⁵ In capo alle imprese sorge un obbligo di comunicazione alla prefettura di qualsiasi variazione degli assetti proprietari o di gestione, ovvero degli incarichi dei direttori tecnici, la quale ha come conseguenza la sospensione per un termine di trenta giorni dalla permanenza di iscrizione in elenco. Potrebbe verificarsi il caso in cui entro il termine prescritto il Prefetto non riesca a portare a termine le indagini, e dunque non emetta un provvedimento, nella qual evenienza la normativa nulla dispone. Ferma restando la possibilità per lo stesso di proseguire con i necessari accertamenti anche dopo la scadenza del termine (e se del caso predisporre la cancellazione), si ritiene che il silenzio normativo vada interpretato nel senso di una conferma della virtuosità dell'impresa, che pertanto continua a permanere nell'elenco.

⁶ Cfr. E. BORBONE, *White list: quadro attuale e possibili sviluppi*, in www.altalex.com, 2012.

La verifica della sussistenza dei requisiti necessari all'iscrizione in una *white list* avviene periodicamente, ossia ogni dodici mesi ad opera del Prefetto, il quale nel termine di quindici giorni anteriori alla scadenza ha il compito di accertare l'assenza delle situazioni indizianti infiltrazioni mafiose, l'interesse dell'operatore economico a permanere in elenco, nonché il rispetto degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari; in caso contrario dispone la cancellazione dell'impresa dalle *white list*⁷.

La circostanza per cui l'iscrizione sostituisce l'informazione antimafia, disciplinata all'art. 84, comma 3, del codice antimafia, fa sorgere oneri ulteriori a carico dell'autorità prefettizia e delle imprese iscritte. La prima, in particolare, deve verificare che non sussistano le cause di decadenza, divieto o sospensione di cui all'art. 67 c. a., il quale prevede che l'applicazione di misure di prevenzione determini la cancellazione delle iscrizioni dalle liste ovvero la decadenza delle attestazioni di qualificazione per l'esecuzione dei lavori; il prefetto ha altresì l'onere di accertare l'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa che possano influenzare le politiche d'impresa⁸.

L'indagine amministrativa volta a desumere tentativi di infiltrazione mafiosa di cui agli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, del d. lgs. 159/2011, ha, si vedrà meglio di seguito, natura prettamente discrezionale, in quanto le fonti e gli elementi dai quali evincere probabili influenze da parte del crimine organizzato lasciano al prefetto un ampio margine valutativo.

Tra le situazioni indizianti si annoverano i mutamenti degli assetti proprietari e gestionali volti ad eludere la normativa sulla documentazione antimafia⁹; la violazione reiterata degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari; provvedimenti cautelari, di rinvio a giudizio o di condanna per turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui agli artt. 353 e 353 *bis* c.p.

A propria volta le imprese sono obbligate ad osservare la normativa posta a tutela della trasparenza dell'assetto societario; a denunciare episodi concussivi od estorsivi subiti negli ultimi tre anni ed aventi finalità di agevolare la criminalità organizzata; a rispettare la normativa posta a tutela della tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla l. n. 136/2010.

⁷ L. FERTITTA, *La nuova normativa sulla documentazione antimafia*, in *Riv. Trim. App.*, n. 3/2013, 694 e ss.

⁸ Cfr. A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GIAMBACURTA, *Codice antimafia*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 221 e ss.

⁹ Tra le situazioni indizianti dalle quali è possibile desumere tentativi elusivi della normativa antimafia si elencano il trasferimento della proprietà dell'impresa ad un prezzo che si discosti eccessivamente dal valore di mercato; la insufficienza del reddito dichiarato dal soggetto acquirente per il trasferimento di proprietà; l'anomalia delle modalità temporali della compravendita (si pensi al caso in cui il trasferimento di proprietà avvenga a seguito dell'applicazione di una misura di prevenzione nei confronti di uno dei soci).

2. *Gli ampi margini di discrezionalità valutativa attribuiti al Prefetto*

La normativa che introduce le *white list* come strumento di contrasto delle infiltrazioni mafiose attribuisce ampi poteri valutativi di tipo discrezionale al Prefetto.

È compito di quest'ultimo, difatti, effettuare controlli ed accertamenti dai quali possa desumersi una qualche forma di collusione con il circuito mafioso; rilevano al riguardo alcune delle situazioni indizianti di cui all'art. 84 del codice antimafia, quali l'aver riportato eventuali condanne penali, l'elusione degli obblighi di comunicazione delle modificazioni degli assetti proprietari e societari, ovvero l'aver violato la disciplina concernente la tracciabilità dei flussi finanziari.

In tale ultimo caso, in particolare, la l. n. 136/2010 introduce un principio di trasparenza concernente le operazioni di transazione nel settore degli appalti, tramite la previsione di obblighi di tracciabilità dei flussi attraverso l'utilizzo di conti correnti dedicati, ovvero accessi presso istituti bancari e poste italiane, al fine di scongiurare il pericolo di probabili infiltrazioni criminali.

Tali obblighi costituiscono importanti strumenti di tutela della trasparenza nelle operazioni contrattuali, la violazione della quale può ben essere valutata dal prefetto quale manifestazione dell'intento da parte dell'impresa di voler celare la reale destinazione del flusso di denaro derivante dalla conclusione del contratto, e perciò stesso costituire oggetto di valutazione ai fini dell'informativa antimafia interdittiva¹⁰.

La possibilità di tenere sotto controllo le fonti di provenienza dei finanziamenti nonché la destinazione degli utili di impresa, difatti, costituisce utile ed efficace strumento ai fini della verifica dell'esistenza di un effettivo legame tra l'impresa stessa e la criminalità organizzata. Ciò in quanto consente di scongiurare l'impiego di utili derivanti dall'esercizio di attività delittuose nel mercato ovvero l'ingresso nello stesso di imprese colluse con la mafia.

Tuttavia, la legge nulla dispone circa le modalità con cui il prefetto debba condurre le proprie indagini di verifica, nonchè riguardo la pubblicità delle stesse (limitandosi l'art. 93 del codice antimafia a sancire la possibilità in capo allo stesso di richiedere ai soggetti, in sede di audizione personale, la produzione di qualsiasi informazione si reputi a ciò utile). Il dato empirico dimostra come suddetta "lacuna normativa" sia stata colmata nella pratica dalla consuetudine di mantenere assoluto riserbo sulle modalità di svolgimento delle indagini (limitatamente all'attività di acquisizione dei dati) nonché circa i parametri di valutazione degli elementi acquisiti.

Durante le indagini, il Prefetto può effettuare colloqui personali con gli operatori economici interessati ed eventualmente allegare documenti qualora ritenga ciò necessario; l'ampliamento delle possibilità di partecipazione da parte del privato, al quale è data occasione di fornire e produrre informazioni e documenti

¹⁰ In proposito cfr. R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9/2013, 896.

utili, consente non solamente di addivenire alla emanazione di un provvedimento che sia maggiormente completo, costituendo pertanto espediente volto a rafforzare la certezza delle indagini, ma è anche importante strumento di deflazione del contenzioso amministrativo.

Come già anticipato, però, l'utilizzo dello strumento delle audizioni personali è rimesso alla valutazione discrezionale da parte del prefetto circa la sussistenza di una effettiva utilità, ciò in deroga ai principi generali posti a fondamento della normativa che regola il procedimento amministrativo. Questi ultimi disciplinano difatti i colloqui personali quali fondamentale strumento, necessario ed imprescindibile, al fine dell'integrazione del contraddittorio e della partecipazione dei privati interessati al procedimento (che si concluderà con un provvedimento amministrativo in grado di incidere negativamente sulla propria sfera giuridica soggettiva).

Più efficace delle verifiche aventi carattere meramente soggettivo appare invece il potere di effettuare accessi e disporre accertamenti nei cantieri dei lavori pubblici. Tale misura consente al Prefetto di verificare l'esistenza di legami effettivi tra i lavoratori e le attrezzature utilizzate in impresa e la stazione appaltante; e di escludere pertanto che i dipendenti ovvero i macchinari impiegati siano da ricollegarsi ad imprese ulteriori, in qualche modo invischiate con il circuito mafioso.

In riferimento all'oggetto dell'indagine prefettizia, dalla lettura delle disposizioni che regolano l'accesso ai cantieri, si evince una maggiore attenzione da parte del legislatore verso una più accurata analisi del corretto svolgimento dell'attività imprenditoriale (che può desumersi dalla verifica di provenienza e destinazione dei flussi di denaro, per addurre un esempio), dall'esercizio della quale le organizzazioni criminali potrebbero trarre profitto. Tuttavia la prassi è quella di prediligere verifiche incentrate sull'analisi dell'elemento soggettivo, basato sull'esistenza di relazioni di tipo personale ovvero ambientale tra i soggetti in grado di determinare le politiche d'impresa ed il crimine organizzato.

La discrezionalità prefettizia sembra tuttavia limitata in tutte quelle situazioni concernenti tentativi di infiltrazione mafiosa per le quali viene disposta l'informazione antimafia interdittiva, di cui all'art. 84, comma 4, del d. lgs. 159/2011; tale statuizione esonera infatti il Prefetto dal dover effettuare ulteriori accertamenti circa l'esistenza di situazioni indizianti legami con il crimine organizzato.

Una volta che siano stati raccolti tutti i dati e le informazioni necessarie, il prefetto opera, si è già detto, una valutazione circa la sussistenza di elementi dai quali possa desumersi l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa: nel caso di esito positivo, può dirsi concluso il procedimento di iscrizione nelle *white list*. Purtuttavia la normativa nulla stabilisce riguardo i termini di conclusione dello stesso, ritenendosi in proposito applicabile il termine di trenta giorni, fissato per il rilascio dell'informazione antimafia¹¹.

¹¹ Stando al disposto dell'art. 92, comma 2, d. lgs. 159/2011, così come modificato dal d.lgs.

Se dalle indagini prefettizie non risultino situazioni ostative, viene emanato un provvedimento che dispone l'iscrizione dell'impresa nella *white list* della prefettura della provincia in cui la stessa ha sede legale. In caso contrario, stando al disposto dell'art. 6 del D.P.C.M. del 18/4/2013, la prefettura competente dovrà occuparsi di modificare ed aggiornare, tramite l'inserimento di tutti i dati necessari concernenti eventuali provvedimenti di cancellazione dalla lista ovvero di diniego di iscrizione nella stessa degli operatori economici, le risultanze della Banca dati nazionale.

L'art. 91 del d.lgs. 159/2011 ha in realtà ampliato i poteri del prefetto, statuendo che lo stesso possa desumere l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa anche da provvedimenti non definitivi di condanna concernenti reati connessi all'attività criminale organizzata, ovvero da elementi dai quali si evinca concretamente che l'esercizio di attività di impresa in questione possa essere influenzata ovvero a propria volta favorire il crimine organizzato.

Occorre in proposito soffermare, in ultima analisi, l'attenzione sulla valutazione discrezionale prefettizia inerente i controlli sugli operatori economici che intendano aggiudicarsi un appalto in riferimento al rilievo assunto da rapporti di parentela con persone condannate per reati di stampo mafioso. In particolare, sono sorti dubbi circa la probabile violazione del principio che sancisce una responsabilità sia penale che amministrativa di tipo personale. Lo stesso Consiglio di Stato si è in più pronunce espresso nel senso dell'insufficienza del mero legame di parentela ai fini della formulazione di un'informativa antimafia di tipo interdittivo, sancendo a tal uopo la necessità che rilevino ulteriori elementi che, benché meramente indiziari, lascino emergere con certo grado di obiettività un legame, seppur indiretto, con il crimine organizzato¹².

Al fine di stabilire l'esistenza di legami anche indiretti tra i soci di un'impresa ed il crimine organizzato, il prefetto ha l'onere di tener in considerazione il contesto familiare, territoriale, ambientale ed anche sociologico nel quale si insinua il fenomeno mafioso. Sovente, difatti, accade che l'esercizio di una determinata attività d'impresa rimanga sulla soglia della liceità, almeno in apparenza; circostanza che appesantisce ulteriormente il già difficile compito dell'autorità nell'accertamento dell'influenza dell'elemento criminale in attività economiche che si presentano formalmente coerenti con l'ordine legale.

153/2014, all'art. 3, comma 2, qualora le indagini si rivelino di particolare complessità, è compito del Prefetto di darne comunicazione all'Amministrazione competente. Il termine di trenta giorni viene a tal fine prorogato di ulteriori quarantacinque giorni, a conclusione dei quali lo stesso dovrà improrogabilmente trasmettere le informazioni acquisite. La medesima disciplina concerne l'eventualità in cui si consulti la Banca dati unica per operatori che non risultino censiti.

¹² Si vedano in proposito Cons. St., Sez. III, sent. n. 4691, 4 agosto 2011 e sent. n. 5130, 14 settembre, 2011 in *Arch. Giur. oo. pp.*, 2011, I; TAR Calabria, sent. n. 158, 2 marzo 2011, Cit.; Cfr. in dottrina P. CARBONE, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, n. 2/2012, 137 e ss.

Una delle ragioni, questa, per le quali è attribuito al prefetto un margine discrezionale valutativo così ampio circa la verifica della sussistenza di infiltrazioni mafiose, ed il cui potere risulta altresì difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale, a meno che non si tratti di giudizio affetto da eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, travisamento dei fatti, carenza di motivazione¹³.

Autorevole dottrina ha sollevato dubbi riguardo la legittimità costituzionale della disciplina normativa che conferisce sì ampia discrezionalità al prefetto nel desumere tentativi di infiltrazioni mafiose durante la fase di accertamento¹⁴. Se per un verso, difatti, il legislatore mira a contrastare l'insorgenza di fenomeni legati alla criminalità organizzata, per un altro si fa garante e promotore della libertà di iniziativa economica delle imprese operanti sul mercato, intesa questa come valore costituzionalmente garantito ed intimamente connesso al rispetto della dignità umana. Valore che risulterebbe irrimediabilmente compresso a seguito di una valutazione negativa (ovvero dell'emissione di una informativa interdittiva) che si riveli poi priva di fondamento.

Occorre, in proposito, richiamare l'attenzione su un elemento ulteriore: come si è già avuto modo di esporre, è il prefetto che effettua gli accertamenti (così come richiestogli dal dato normativo), ed è egli stesso che, basandosi sulle risultanze della propria attività, compie un'opera (si presume attenta, precisa e rigorosa) di valutazione circa la eventuale sussistenza di "tentativi di infiltrazione mafiosa". Tale ultima espressione appare però affetta da eccessiva genericità, in quanto accomuna situazioni divergenti: è possibile, difatti che il tentativo non abbia successo e rimanga tale ovvero che si perfezioni dando luogo ad una effettiva infiltrazione.

Nella prima ipotesi, nel caso in cui le indagini abbiano esito negativo, l'esclusione della iscrizione in *white list* ovvero l'emanazione di un'informativa interdittiva producono effetti che incidono sulla dignità ed onorabilità dell'individuo, nonché sul suo diritto di libertà di iniziativa economica e si ripercuotono altresì sul mercato, falsando le regole di concorrenza¹⁵. Trattasi di conseguenze che assumono notevole rilievo sia sul piano giuridico che sul versante economico, in quanto un'impresa rischia di vedersi esclusa dal mercato anche qualora un'organizzazione criminale tenti, senza successo, di infiltrarsi nelle politiche azienda-

¹³ L. FERITTA, cit.

¹⁴ Cfr. F.G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2013.

¹⁵ La mancata iscrizione in *white list* ovvero l'applicazione di una misura interdittiva determina conseguenze negative in capo alla stazione appaltante, la quale nella prima ipotesi effettuerebbe le operazioni di gara con un numero ridotto di operatori economici concorrenti, mentre nella seconda si ritroverebbe dinnanzi al recesso dell'aggiudicazione ovvero la risoluzione del contratto. Inevitabili ripercussioni negative si produrrebbero altresì sul piano della realizzazione dell'opera pubblica (ovvero della prestazione dei servizi o ancora della fornitura dei prodotti) e dunque, indirettamente, nei confronti dell'interesse pubblico a che la stessa giunga a compimento.

li al fine di influenzarle. Una volta emanata un'informativa interdittiva, difatti, l'impresa destinataria non potrà usufruire dell'iscrizione in una *white list*, vedrà revocate le eventuali aggiudicazioni e, nel caso in cui il contratto sia in fase di esecuzione, subirà il recesso da parte della stazione appaltante.

Il rischio in cui si incorre è pertanto quello di arrecare danni ad imprese che non siano effettivamente colluse con il crimine organizzato, così violando la *ratio* della disciplina in esame, la quale è volta altresì ad evitare che i proventi di attività criminali e delittuose facciano ingresso nel mercato¹⁶. Rientra difatti, come più volte accennato, tra i poteri discrezionali del prefetto non solamente la possibilità di desumere dagli elementi di indagine l'esistenza di una infiltrazione, ma altresì la valutazione circa l'effettiva influenza che suddetta infiltrazione possa esercitare all'interno delle politiche di impresa. Espressione questa della attuale persistenza del carattere di misura di polizia dell'attività del prefetto, capace di incidere (comprimendoli) su diritti e principi fondanti la nostra Costituzione e posti a tutela dell'individuo e della capacità di autodeterminazione dello stesso, quali quelli di onorabilità, di dignità e di libertà di iniziativa economica. Le esigenze di ordine e legalità, difatti, non possono assurgere a causa di giustificazione di compressioni, scarsamente ponderate, dei diritti degli operatori economici sul mercato.

Lo stesso strumento con il quale si concludono le indagini prefettizie, ovvero un atto di natura amministrativa, in virtù dell'idoneità ad incidere su diritti fondamentali e dell'individuo e dell'impresa (di cui all'art. 3 Cost.), si rivela poco appropriato. Se da un lato, difatti, la legge mira a salvaguardare istanze di celerità, dall'altro dovrebbe rafforzare l'aspetto di valutazione delle risultanze delle indagini, affidandolo magari ad un organo collegiale, che sia in grado di analizzare in maniera più accurata e bilanciata i vari interessi in gioco.

Così come disciplinato, il procedimento viola altresì i principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost., nonché quelli di ragionevolezza e parità di trattamento, non permettendo una corretta opera di analisi e bilanciamento da parte delle stazioni appaltanti tra l'esigenza di portare a compimento un'opera e le istanze di legalità.

3. *Gli effetti sul piano della certezza del diritto e semplificazione del sistema di documentazione antimafia alla luce dei recenti interventi normativi*

Le *white list* si inseriscono in un sistema di rafforzamento dell'esigenza di certezza giuridica in ambito di prevenzione antimafia, all'interno del quale si fa sempre più viva la necessità di tipizzare le condotte. A tal uopo, nel settore delle grandi opere è stato istituito il CCASGO, il Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere presso il Ministero dell'Interno, che tramite

¹⁶ In tal senso la Corte Cost., sent. n. 510, 20 novembre 2000.

la elaborazione di linee-guida dà vita ad un vero e proprio subsistema avente carattere normativo e che lo erige al ruolo di “legislatore”¹⁷.

Il suddetto espediente avente carattere transitorio e limitato al settore delle grandi opere ha finito però non solamente per diventare permanente, ma si è altresì esteso a tutta la materia di appalti pubblici, così come è avvenuto per la disciplina della tracciabilità dei flussi finanziari, la quale è diretta trasposizione della normativa sul monitoraggio finanziario nelle grandi opere¹⁸.

L'introduzione delle *white list* all'interno di siffatto sistema costituisce elemento di semplificazione, che ha consentito la sostituzione di comunicazione ed informazione prefettizia per tutte quelle attività che le richiedevano¹⁹. Tuttavia sin dalla costituzione delle prime *white list* nel 2009 è stata obiettata la iniziale mancanza di obbligatorietà dell'iscrizione, la quale relativamente agli elenchi istituiti in occasione di Expo Milano e della ricostruzione in Abruzzo, ad esempio, avveniva su base meramente volontaria. Diretta conseguenza è stata una sostanziale inefficacia degli strumenti in questione, che anzi venivano percepiti dagli operatori economici come meri aggravii procedurali.

La legge anticorruzione n. 190/2012 all'art. 1, comma 53, riafferma la necessità dell'istituzione presso ogni singola prefettura di elenchi di imprese non soggette a tentativi d'infiltrazione operanti in settori che siano particolarmente a rischio. Ciò in rispetto dei principi di trasparenza, correttezza, tutela della concorrenza nel mercato sanciti dal diritto europeo, posti a tutela e garanzia della più ampia partecipazione degli operatori economici alle gare d'appalto, affinché siano estromesse solamente quelle imprese che risultino colluse con il crimine organizzato.

Allo scopo di rafforzare le basi normative sulle quali poggia il sistema delle *white list*, il legislatore interno ha ritenuto opportuno intervenire al fine di conferire maggiore effettività agli elenchi che costituiscono strumenti innovativi ai fini della prevenzione della corruzione e della semplificazione amministrativa.

Il recente d. l. n. 90/2014 (convertito in l. n. 114/2014) dà soluzione ad alcuni nodi problematici sorti negli anni in merito alla facoltatività dell'iscrizione, sancendone definitivamente l'obbligatorietà all'art. 29. Ai fini della stipulazione di

¹⁷ Così come è accaduto per la disciplina delle grandi opere, ulteriori istituti sono stati a piè pari trasfusi nel settore degli appalti, tra i quali l'elenco di attività considerate maggiormente a rischio di esposizioni alle infiltrazioni di tipo mafioso, ovvero la normativa che attribuisce al Prefetto i poteri di effettuare indagini preliminari sui requisiti degli operatori economici che intendano partecipare ad una gara d'appalto. Sull'argomento cfr. M. MAZZAMUTO, *Lo scettro alla prefetto-crazia: l' indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della “filiera”*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2013, 619 e ss.

¹⁸ A. CISTERNA (a cura di), *La tracciabilità dei pagamenti*, 2011, 72.

¹⁹ M. IMMORDINO, *Gli appalti pubblici tra documentazione antimafia ed esigenze di efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2013, 234 e ss.

contratti con la p. a., ovvero di subcontratti, la nuova normativa sancisce per tutte le categorie di soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 159/2011, ed in relazione alle attività di cui all'art. 1, co 53, della l. n. 190/2012, il previo ed obbligatorio accertamento dell'avvenuta iscrizione in *white list*.

Queste ultime assurgono pertanto a strumento di semplificazione per eccellenza, essendo le imprese ivi iscritte esonerate, almeno per la durata di dodici mesi, dal dover adempiere agli oneri di comunicazione ed informazione antimafia (queste ultime assumendosi per date una volta che l'impresa sia stata iscritta in elenco) e ferma restando la possibilità di cancellazione ad opera del prefetto nel caso in cui i relativi controlli abbiano esito negativo.

Il legislatore, in sostanza, ha confermato quanto già disposto nel d. l. 74/2012 per la ricostruzione post sisma in Emilia Romagna, il quale in contrasto con la legislazione precedente che lasciava alla discrezionalità delle imprese operanti nei settori a rischio la possibilità di iscriversi presso le *white list* in prefettura, l'aveva di fatto resa obbligatoria.

Ulteriore innovazione in materia apportata dalla cit. l. n. 114/2014 riguarda la eliminazione del requisito concernente la soglia di importo di 150.000 euro (così come stabilito nel codice antimafia) del valore dell'appalto al fine della esclusione dall'obbligo di iscrizione, e ciò allo scopo di evitare il formarsi di un probabile territorio franco in cui la disciplina non operasse²⁰.

Originariamente, la reale utilità di tali liste, quali strumento di semplificazione, era stata messa in dubbio, in considerazione della eventuale iscrizione di una impresa in più liste, di ognuna delle quali era necessario verificare il possesso dei requisiti ai fini della permanenza.

Perplessità che oggi risultano superate alla luce del d. l. 90/2014, il quale all'art. 29, comma 1, prevede che l'iscrizione di un'impresa in una *white list* è valida ai fini della certificazione antimafia non solamente per l'attività per la quale è stata effettuata, ma anche ai fini della stipula di contratti e subcontratti concernenti differenti attività. Con un duplice ordine di conseguenze. L'alleggerimento dell'attività di indagine del prefetto, non avendo questi l'onere, per almeno dodici mesi, di dover verificare la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa per le imprese iscritte in elenco. Un consistente snellimento dell'attività delle amministrazioni. Alla stazione appaltante che decida di addivenire ad un contratto con un operatore economico basterà infatti consultare le *white list* istituite presso

²⁰ Già la disciplina concernente i protocolli di legalità aveva eliminato la distinzione tra contratti basanti su un determinato valore economico degli stessi, per le imprese operanti in settori maggiormente a rischio di infiltrazioni mafiose. Tramite i protocolli suddetti, in particolare, gli operatori economici aggiudicatari si impegnano a mantenere degli standard molto elevati di legalità e correttezza, tramite l'apposizione di clausole che integrano i documenti di gara.

In proposito B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 130 e ss.

la competente prefettura per avere la certezza della estraneità delle imprese ivi iscritte al circuito mafioso.

Si può di conseguenza sostenere che le *white list* costituiscano rilevante strumento di sgravio procedimentale e di prevenzione della corruzione, di cui è diretta conseguenza una maggiore garanzia di tutela della correttezza delle operazioni di affidamento²¹.

WHITE LISTS: AN INSTRUMENT TO FIGHT MAFIA INFILTRATION AND TO PREVENT CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENTS

by Jole Buggea

Abstract

Fundamental principles of public procurements such as competition, transparency as well as fair trading are affected by the phenomenon of corruption. This work focuses on *white lists*, that is an important instrument to fight mafia infiltration and to prevent corruption. Furthermore, it investigates the discretionary power of the Prefect and analyses the effects of simplification of the anti-Mafia law system.

²¹ Cfr. F.G. SCOCA, op. cit., il quale definisce le *white list* quali risultato della rinnovata linea di tendenza del legislatore che è quella di “anticipare, rispetto alla stipulazione dei contratti (ed anche rispetto alla ammissione alle gare di appalto), la verifica della immunità delle imprese da infiltrazioni mafiose”.

La figura del responsabile della prevenzione della corruzione negli enti locali

di Marcella Tropa

*“Fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt,
fures publici in auro atque in purpura.”*

(Marco Porcio Catone)

SOMMARIO: 1. L'importanza della normativa anticorruzione a livello locale. - 2. L'individuazione della figura del responsabile: tra sospetti di incostituzionalità e coerenza del sistema. - 3. Profili sanzionatori. - 4 Conclusioni.

1. L'importanza della normativa anticorruzione a livello locale

Nell'ambito del contrasto al fenomeno della corruzione, una battaglia importante si combatte all'interno degli enti territoriali e, in particolare, degli enti locali.

Non a caso, nei sondaggi sulla percezione della corruzione¹, tra le figure pubbliche verso le quali i soggetti intervistati nutrono maggiore sfiducia figurano oltre ai politici nazionali quelli regionali e locali. E del resto, le più recenti cronache hanno riportato numerosi casi di corruzione a livello locale che hanno alimentato e dato forza a questa percezione.

Diversi sono i fattori che contribuiscono a mettere gli enti locali al centro delle dinamiche relative al fenomeno della corruzione². Innanzitutto, essi costituiscono gli organismi più prossimi ai cittadini e alle imprese. In secondo luogo, le funzioni tipicamente svolte dagli enti locali -rilascio di permessi di costruire, attribuzione di sovvenzioni e contributi economici, aggiudicazione di procedure di evidenza pubblica, gestione dei rifiuti, assegnazione di concessioni- costitu-

¹ Speciale Eurobarometro n. 397 del 2013, predisposto dalla Commissione europea.

² D. DAVID, V. LEPORE, *La legge anticorruzione: novità e limiti applicativi negli enti locali*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2013; V. ANTONELLI, *L'applicazione della legge anticorruzione alle autonomie locali*, in B. G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 262.

iscono tutti ambiti fortemente caratterizzati dalla presenza di rilevanti interessi privati e, quindi, tradizionalmente interessati dalla piaga del mercimonio della funzione pubblica. Infine, contribuisce ad alimentare il fenomeno corruttivo anche la presenza sul territorio della criminalità organizzata che ha la capacità di penetrare capillarmente nel campo economico, sociale, politico e istituzionale, così alimentando una logica corruttiva che diventa parte integrante del tessuto culturale e sociale e che finisce per essere percepita come inevitabile effetto collaterale dell'amministrazione dei beni pubblici.

Proprio per questi motivi, sia il rapporto del 2012 della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione³ sia la relazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento⁴ europei non hanno mancato di sottolineare l'importanza strategica dell'implementazione delle misure anticorruzione a livello locale.

In quella sede, la Commissione europea ha evidenziato che lo sforzo profuso dal legislatore italiano è lodevole, ma il rischio maggiore è che le politiche in esame si trasformino in un processo meramente formalistico.

Per evitare il concretizzarsi di un tale rischio uno degli elementi che va maggiormente tenuto in considerazione è certamente costituito dalla regolamentazione della figura del responsabile della prevenzione della corruzione; a tale figura, infatti, è affidato il delicato compito di dare effettiva attuazione alle previsioni astratte della normativa anticorruzione (L. 190/2012). Da qui l'importanza di esaminare la disciplina relativa al suo *status* e alle sue funzioni specie in relazione alla particolare struttura dell'amministrazione locale.

Non deve sfuggire, inoltre, un altro importante fine correlato alla lotta al fenomeno della corruzione: il contenimento della spesa pubblica. Negli ultimi anni, infatti, l'attenzione del legislatore nazionale nei confronti della gestione delle risorse a livello locale è cresciuta sempre di più. Sul punto uno dei provvedimenti maggiormente significativi è rappresentato dalla disciplina in materia di federalismo fiscale (L. 42/2009) che ha come scopo principale quello di dare reale autonomia agli enti locali puntando in primo luogo su una loro maggiore responsabilizzazione. Ora, se si considera che il fenomeno corruttivo determina

³ Si tratta della Commissione istituita il 23 dicembre 2011 dall'allora Ministro per la Pubblica Amministrazione Filippo Patroni Griffi durante il governo Monti la quale alla fine dei suoi lavori ha redatto il rapporto dal titolo *La corruzione in Italia. 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 del 22 ottobre 2012 in http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1052330/rapporto_corruzione_29_gen.pdf.

⁴ Commissione europea, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles 2014, in http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_italy_chapter_it.pdf.

una notevole dispersione di risorse⁵ pubbliche, se ne trae che a un abbattimento delle pratiche illecite corrisponde una gestione economicamente più efficiente delle stesse. Anche sotto questo profilo, dunque, risulta evidente l'importanza della effettiva implementazione della disciplina in materia di anticorruzione.

2. *L'individuazione della figura del responsabile: tra sospetti di incostituzionalità e coerenza del sistema*

Nonostante la sopra evidenziata importanza del livello locale nel generale contesto del contrasto al fenomeno corruttivo, la L. 190/2012 adotta un punto di vista prettamente centralista, tutto basato sul livello statale, senza dare alcun peso specifico ai livelli di governo inferiori.

Il legislatore statale, infatti, non solo sembra non tener conto della peculiare architettura di questi organismi quando detta le misure da adottare, ma neppure ha tentato di coinvolgerli in fase di definizione degli adempimenti stessi se non a valle con intese rimesse alla Conferenza unificata di cui si dirà tra poco (v. art. 1, comma 60, L. 190/2012).

Tale approccio si spiega facilmente ove si tenga conto del fatto che la L. 190/2012 nasce in primo luogo in risposta alle sollecitazioni internazionali e sovranazionali. Ciò che accade è che organismi come l'ONU, l'UE e il Consiglio d'Europa hanno come interlocutori i soli Stati e, in genere, sono del tutto disinteressati alle articolazioni interne delle parti contraenti, ne consegue che è lo Stato l'unico soggetto responsabile dell'adempimento degli obblighi contratti in quelle sedi⁶.

Tornando all'esame del testo normativo, si osserva che l'art. 1, comma 59, prevede che *“Le disposizioni di prevenzione della corruzione di cui ai commi da 1 a 57 del presente articolo, di diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all'articolo 97 della Costituzione, sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni.”*

Occorre allora chiedersi se, alla luce dell'assetto del Titolo V della Costituzione così come ridisegnato dalla L. cost. 3/2001, il riferimento al principio d'imparzialità di cui all'art. 97 Cost. costituisca valido titolo di legittimazione per l'imposizione dall'alto di una disciplina unitaria agli enti locali. A tal proposito, il giudizio della dottrina⁷ è piuttosto critico.

⁵ In occasione della cerimonia d'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, il Procuratore Generale ha riferito che il costo della corruzione si aggira intorno ai 60 miliardi di euro l'anno (circa il 4% del PIL); cfr. *Relazione del Procuratore Generale, 2012* in http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/documenti/documenti_procura/procura_generale/relazioni_anni_giudiziari/inaugurazione_anno_giudiziario_2012_scritta.pdf.

⁶ F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, fasc. 2, 28.

⁷ D. DAVID, V. LEPORE, *“La legge anticorruzione: novità e limiti applicativi negli enti locali”*, cit.; V. ANTONELLI, *L'applicazione della legge anticorruzione alle autonomie locali*, cit., 264.

Preliminarmente è da ricordare che, dopo la sopra accennata riforma del Titolo V, l'art. 117, comma 2 lett. g) Cost., prevede che lo Stato abbia potestà legislativa esclusiva in materia di organizzazione amministrativa solo relativamente alle amministrazioni centrali e agli enti pubblici nazionali. Agli enti territoriali è quindi riconosciuta piena autonomia organizzativa; in particolare, mentre le Regioni ex art. 117, comma 4 e art. 123, comma 1, Cost. hanno potestà legislativa esclusiva in materia di organizzazione, gli enti locali, invece, hanno potestà regolamentare, ex art. 117, comma 6, Cost., in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite⁸.

Tornando ora alla materia qui in esame, è stato rilevato che il riferimento al parametro costituzionale dell'imparzialità non è idoneo a rappresentare norma di legittimazione della competenza del legislatore statale specie a fronte della penetrante e dettagliata disciplina posta dalla L. 190/2012. Il riferimento all'art. 97 Cost. avrebbe giustificato, al più, una regolazione per principi che avrebbe lasciato maggiori margini di manovra all'autonomia normativa degli enti locali⁹.

A parziale compensazione di questo "sconfinamento", il legislatore nazionale ha rinviato la definizione degli adempimenti in materia di anticorruzione e l'indicazione dei relativi termini alla conclusione di una successiva intesa, cui sopra si accennava, da adottarsi in sede di Conferenza unificata¹⁰; tale intesa è stata

⁸ Il legislatore nazionale sembra non aver perso l'abitudine di imporre dall'alto discipline dettagliate non particolarmente rispettose della declamata autonomia locale, a tal fine si è fatto ricorso ora a una interpretazione estensiva delle materie di competenza statale, ora a un'applicazione estensiva di alcune materie c.d. trasversali -come ad esempio i livelli essenziali delle prestazioni di cui alla lettera m) dell'art. 117 Cost., comma 2, o la concorrenza di cui alla lettera e) stesso articolo-; oppure ancora, come in questo caso, il legislatore fa ricorso a titoli di legittimazione non espressamente previsti in Costituzione quali il potere statale di fissare i principi direttamente derivanti da principi costituzionali e i principi generali dell'ordinamento per i quali, in realtà, non vi sarebbe bisogno di alcuna intermediazione della legge statale in quanto il rispetto di tali principi graverebbe comunque direttamente anche su regioni ed enti locali; sul punto cfr. *amplius* F. MERLONI, *Il ruolo della Regione nella costruzione di una nuova amministrazione territoriale*, in S. MANGIAMELI (a cura di) *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Milano, 2012.

⁹ V. ANTONELLI, *L'applicazione della legge anticorruzione alle autonomie locali*, cit., 265.

¹⁰ Art. 1, comma 60, L. 190/2012 "Entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, attraverso intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, si definiscono gli adempimenti, con l'indicazione dei relativi termini, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali, nonché degli enti pubblici e dei soggetti di diritto privato sottoposti al controllo, volti alla piena e sollecita attuazione delle disposizioni della presente legge, con particolare riguardo: a) alla definizione, da parte di ciascuna amministrazione, del piano triennale di prevenzione della corruzione, a partire da quello relativo agli anni 2013-2015, e alla sua trasmissione alla regione interessata e al Dipartimento della funzione pubblica; b) all'adozione, da parte di ciascuna amministrazione, di norme regolamentari relative all'individuazione degli incarichi vietati ai dipendenti pubblici di cui all'articolo 53, comma 3-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dal comma 42, lettera a), del presente articolo, ferma restando la disposizione del comma 4 dello stesso articolo 53; c) all'adozione, da parte di ciascuna amministrazione, del codice di comportamento di cui all'articolo 54, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come sostituito dal comma 44 del presente articolo."

effettivamente conclusa il 24 luglio 2013¹¹. Essa pecca innanzitutto di scarso tempismo, poiché alla data della sua nascita la maggior parte delle amministrazioni locali aveva già provveduto all'implementazione della normativa anticorruzione sulla scorta delle indicazioni fornite dalla circolare n. 1 del 2013 del Dipartimento della funzione pubblica¹². L'intesa in esame, inoltre, ha in molti punti ripreso la citata circolare ben poco aggiungendo al contenuto di quest'ultima se non previsioni di carattere molto generale, in quanto tali prive di particolare utilità¹³. Sono state tradite, dunque, le aspettative di coloro¹⁴ i quali confidavano su questo documento per sciogliere alcuni nodi già emersi in sede di prima applicazione della L. 190/2012.

La più attenta dottrina¹⁵ ha tuttavia osservato che, il rischio di ledere l'autonomia organizzativa degli enti locali di fatto sussiste solo per quelle disposizioni della L. 190/2012 che hanno carattere più particolareggiato, individuando precisamente le funzioni che devono essere svolte e gli organi ai quali affidare le funzioni stesse, mentre è piuttosto difficile che le previsioni a carattere generale che non impongono specifici modelli organizzativi (come ad esempio accade per le disposizioni che impongono l'adozione dei piani) comportino questo rischio.

Alla luce di quanto detto, risulta allora più incerta la compatibilità costituzionale del disposto di cui al comma 7 dell'art. 1 in base al quale *“A tal fine, l'organo di indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel Segretario, salva diversa e motivata determinazione.”* La previsione è infatti piuttosto precisa, specie in riferimento al caso degli enti locali, incidendo direttamente sull'organizzazione dell'ente sulla quale lo Stato, come visto, non ha competenza legislativa potendo solo fissare la disciplina degli organi di governo e le funzioni fondamentali (art. 117, comma 2, lett. p) Cost.).

¹¹ Intesa in Conferenza unificata del 24 luglio 2013 in <http://www.anticorruzione.it/wp-content/uploads/Intesa-in-Conferenza-Unificata-del-24-luglio-20131.pdf>.

¹² Si veda circolare n. 1 del 2013 del Dipartimento della funzione pubblica in http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1051175/circolare%20n1_2013.pdf.

¹³ Come quella in base alla quale *“Considerata l'ampiezza e la delicatezza delle attribuzioni, gli enti valutano ogni misura che possa supportare lo svolgimento delle funzioni del responsabile della prevenzione e del responsabile della trasparenza, assicurando autonomia e poteri di impulso. In quest'ottica gli enti si impegnano a valutare la necessità di adottare modifiche organizzative, nel rispetto dell'invarianza finanziaria, in modo da garantire la massima indipendenza del ruolo anche mediante la disponibilità di risorse adeguate. A tal proposito, in linea con quanto previsto dalla circolare n. 1 del 2013 del Dipartimento della funzione pubblica, la responsabilità delle funzioni non può essere attribuita a dirigenti o funzionari collocati nell'ambito della diretta collaborazione dell'organo di indirizzo politico.”*

¹⁴ F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle regioni e negli enti locali*, cit., 270. Con l'approvazione dell'intesa, non solo non si sono apportati significativi adattamenti alla disciplina anticorruzione, ma neppure si è data una più sollecita attuazione alla stessa come pure previsto da alcuni, cfr. B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2013, 125.

¹⁵ F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle regioni e negli enti locali*, cit., 267.

Parte della dottrina¹⁶ ritiene che meglio avrebbe fatto il legislatore a fornire una sorta di “*identikit*” del funzionario e della funzione da svolgere, lasciando alle amministrazioni la scelta in rapporto al proprio modello organizzativo, o comunque avrebbe potuto porre i principi della materia da declinarsi poi a livello locale anche in ragione della diversa dimensione ed organizzazione che ciascun Comune ha.

Eventuali dubbi di costituzionalità sono comunque attenuati dall'introduzione dell'inciso “*di norma*” che conferisce alla disposizione natura cedevole -in caso di diversa previsione a opera dell'ente locale- e suppletiva -in caso di inerzia da parte degli organi locali-. La norma in esame non sembra porre quindi una regola rigida bensì una semplice preferenza; l'ente si può discostare ma lo dovrà fare con atto motivato e sorretto da opportune giustificazioni attinenti alle peculiarità organizzative dell'ente¹⁷.

Al netto dei profili di natura costituzionale, l'individuazione del responsabile per la prevenzione della corruzione nel Segretario comunale o provinciale si inserisce nel solco delle modifiche e delle innovazioni che hanno di recente interessato questa figura e di cui ben presto si darà conto.

Se si vanno a guardare le funzioni assegnate al responsabile¹⁸ si intuisce facilmente perché la scelta del legislatore nazionale sia caduta proprio sul Segretario.

¹⁶ F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle regioni e negli enti locali*, cit., 268. Altro autore osserva, poi, che il legislatore statale avrebbe avuto piena competenza legislativa se avesse dettato le caratteristiche della funzione ex art. 117, comma 2, lett. p) Cost. a patto di ammettere che la stessa rientri tra le funzioni fondamentali dell'ente, cfr. V. ANTONELLI, *L'applicazione della legge anticorruzione alle autonomie locali*, cit., 270.

¹⁷ Peraltro, il rischio dell'applicazione uniforme della disciplina alla disomogenea categoria degli enti locali, potrebbe consistere nella riduzione dell'intero disegno legislativo a mero adempimento burocratico a causa della presenza di sovrapposizioni, duplicazioni o, al contrario, vuoti, cfr. V. ANTONELLI, *L'applicazione della legge anticorruzione alle autonomie locali*, cit., 278.

¹⁸ In particolare, compiti del responsabile sono: l'elaborazione della proposta di Piano triennale di prevenzione della corruzione (art. 1, comma 8, L. 190/2012), la definizione delle procedure per selezionare e formare i dipendenti destinati a operare nei settori più a rischio (art. 1 comma 8), la verifica dell'efficace attuazione del Piano nonché la sua idoneità (art. 1 comma 10), la proposta della modifica del Piano se sono accertate violazioni o se intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione (art. 1, comma 10, lett. a), la verifica, d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività a rischio (art. 1, comma 10, lett. b), l'individuazione del personale da inserire nei programmi di formazione di cui al comma 11 (art. 1, comma 10, lett. c), la pubblicazione sul sito web dell'amministrazione di una relazione recante i risultati dell'attività svolta nonché la trasmissione all'organo di indirizzo politico dell'ente, infine, la predisposizione del referto sull'attività svolta ogni qual volta l'organo di indirizzo politico lo richieda o qualora lo ritenga egli stesso opportuno (comma 14). Inoltre, tali funzioni devono essere integrate con quelle previste dal T.U. sulla trasparenza (dal momento che il responsabile della trasparenza coincide di norma con il responsabile della prevenzione della corruzione stante che la trasparenza è strumento indispensabile per la prevenzione della corruzione), nonché con i compiti di vigilanza assegnati dal D.Lgs. 39/2013 in materia di rispetto delle norme sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico, infine ulteriori compiti sono assegnati al responsabile dal

In base al disposto dell'art. 97 TUEL, infatti, il Segretario “*svolge compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto e ai regolamenti*”¹⁹, inoltre (comma 4 dello stesso articolo) ove non sia stato nominato un direttore generale²⁰, “*il Segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività*”²¹.

Egli, dunque, ha una competenza generale che, da un lato, si sostanzia nei compiti di supporto all'attività degli organi politici, dall'altro, consiste nel sovrintendere all'attività degli organi di gestione amministrativa.

È da notare, infatti, che con i diversi interventi normativi che hanno interessato questa figura²² il legislatore ha reso il ruolo del Segretario particolarmente complesso, esaltandone, da un lato, la natura manageriale –in questo senso si è molto intensificato il nesso funzionale tra il Segretario e gli organi di direzione

nuovo Codice di comportamento dei dipendenti pubblici finalizzati alla diffusione e al rispetto dei codici di comportamento nell'amministrazione. In materia di responsabile della trasparenza si veda più diffusamente L. BERIONNI, *Attuazione della trasparenza: il responsabile per la trasparenza e l'invarianza finanziaria* (art. 43, 51), in B. PONTI (a cura di) *La trasparenza amministrativa dopo il D.Lgs 14 marzo 2013 n. 33*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 353 ss. L'intesa (cfr. nota 11) approvata in sede di Conferenza unificata sottolinea che la norma (art. 43 D.Lgs 33/2013) rimette alla discrezionalità dell'ente la scelta sulla coincidenza o meno delle due figure, in ogni caso gli enti assicurano il coordinamento tra l'attività delle due figure e tra i rispettivi piani (P.T.P.C. e P.T.T.I.).

¹⁹ Più nel dettaglio il Segretario svolge funzioni giuridico-formali (che si sostanziano in compiti di collaborazione e assistenza giuridico-amministrativa nei riguardi degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto e ai regolamenti); funzioni gestionali (tali funzioni sono svolte dal Segretario ove non sia stato nominato un direttore generale); altre funzioni (il Segretario può svolgere funzioni ulteriori oltre a quelle attribuite dalla legge ad esso attribuite tramite statuto, regolamenti dell'ente o deliberazione del Sindaco o del Presidente v. 97, comma 4 lett. d) e 109 t).

²⁰ A proposito della nomina del direttore generale si ricorda che a seguito del D.L. 2/2010, convertito con modifiche nella L. 42/2010 non è più possibile per i sindaci dei Comuni con popolazione inferiore a 100.000 abitanti nominare un direttore generale.

²¹ La giurisprudenza costante ha precisato che l'esercizio dei compiti di sovrintendenza e coordinamento dell'attività dei dirigenti, pur non concretizzandosi in un potere di sostituzione (cfr. *ex multis* Cass. civ. sez. lav. n. 13708/2007), postula per il Segretario un obbligo di collaborare attivamente con gli organi comunali fornendo un controllo sia giuridico, sia di regolarità e legittimità, sia di buon andamento, nonché di trasparenza, garanzia e rispondenza tra programmi e risultati riferito non tanto al singolo atto quanto all'attività dell'ente nel suo complesso.

²² La normativa che nel corso degli anni ha interessato il Segretario comunale e provinciale ha trovato una prima sistemazione organica con la L. 142/1990, che ne delineò funzioni e ruolo; successivamente, con la L. 127/1997, c.d. Bassanini-bis, intervenne una sostanziale riforma in quanto si costituì il rapporto fiduciario con il Sindaco o il Presidente della Provincia. In seguito. Le disposizioni della L. 127/1997 sono confluite nel D.Lgs. 267/2000 (TUEL) che raccolse l'eredità della L. 127/1997. Più di recente hanno interessato la figura: il D.L. 174/2012, convertito con modificazioni nella L. 213/2012 (in materia di controlli interni), il D.Lgs 33/2013 (in materia di trasparenza), il D.Lgs. 39/2013 (in materia di incandidabilità e inconfiribilità degli incarichi).

politica dell'ente locale nonché le sue funzioni di coordinamento degli organi di gestione dell'ente- e, dall'altro, la funzione di garante, ma non più un garante della legittimità formale degli atti, come nel previgente modello di cui alla l. 142/1990, quanto piuttosto un garante del buon andamento di tutta l'attività dell'ente nel suo complesso²³.

In questa sua duplice veste, di garante e di manager, il Segretario diventa una figura di riferimento all'interno dell'ente che si pone come crocevia di tutta l'attività svolta al suo interno. Da qui la naturale assegnazione da parte del legislatore, con diversi interventi, di un sempre crescente numero di compiti di controllo e garanzia (si pensi alla materia della trasparenza, della inconfiribilità degli incarichi, dei controlli interni) rispetto ai quali la disciplina in materia di anticorruzione non fa che aggiungere un ulteriore tassello.

Il Segretario, inoltre, pur sovrintendendo e coordinando tutti i settori, non svolge però compiti di amministrazione attiva²⁴, quindi non corre il rischio di trovarsi contemporaneamente nei panni del controllore e del controllato²⁵; egli

²³ Le nuove funzioni assegnate alla figura in esame sono emblematiche di quella generale trasformazione che sta subendo da ormai diverso tempo la pubblica amministrazione italiana nel tentativo di coniugare all'irrinunciabile canone della legalità altre esigenze di natura manageriale volte al perseguimento degli obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità. Particolarmente interessanti risultano le riflessioni svolte in questo senso da diversi relatori, quasi tutti rappresentanti del mondo delle istituzioni e di quello degli enti locali, in occasione del convegno organizzato dalla SSPAL e svoltosi a Bologna il 4 febbraio 2011 i cui atti sono raccolti nel volume L. MARESCA (a cura di), *La funzione di direzione complessiva negli enti locali tra legalità ed efficienza*, Torino, 2011.

²⁴ In questo senso Consiglio di Stato n. 4858/2006. Ex art. 97, comma 4, lett.d) è però possibile che il Sindaco, il Presidente della Provincia, lo statuto o i regolamenti gli conferiscano "altre funzioni?". L'ampia dicitura non esclude l'affidamento di incarichi dirigenziali; orbene, premesso che l'ammissibilità dell'affidamento di questo tipo di compiti non rappresenta questione pacifica, è facile intuire come in questo caso potrebbero sorgere ulteriori ipotesi problematiche di non scarso rilievo.

²⁵ A conferma di quanto detto è stato osservato che, al di fuori della particolare ipotesi degli enti locali, anche quando la scelta dell'organo di indirizzo politico è più libera potendo ricadere su un qualunque dirigente di prima fascia, sebbene la legge non lo specifichi, la scelta deve cadere su un soggetto che oltre ad avere un *curriculum* adeguato (ad esempio non sia mai incorso in provvedimenti giudiziari di condanna né di provvedimenti disciplinari e che abbia dato prova di comportamento integerrimo) non si trovi di fatto in situazioni di conflitto d'interessi; in tal senso sembra opportuno evitare la designazione di dirigenti già incaricati di quei settori che sono considerati tradizionalmente più esposti al rischio della corruzione (ufficio contratti, ufficio preposto alla gestione del patrimonio). Inopportuna, continua l'A., sembra anche la scelta di nominare il dirigente responsabile dell'ufficio procedimenti disciplinari perché potrebbe verificarsi una situazione di conflitto d'interessi e quindi un'incompatibilità, cfr. D. BOLOGNINO, *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 *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni* (II), fasc. 5, 2013, 811. Con specifico riferimento a quest'ultimo punto, si rileva che l'intesa conclusa in sede di Conferenza unificata del 24 luglio 2013 sopra citata prevede espressamente che nei Comuni di piccole dimensioni, visto il numero ridotto di personale disponibile, il ruolo di responsabile possa essere ricoperto dal Segretario sebbene questi ricopra già il ruolo di responsabile dell'UPD.

inoltre, per svolgere le proprie funzioni, è a conoscenza di una consistente mole di atti e procedimenti dell'amministrazione di riferimento, il che gli consente di avere un punto di osservazione privilegiato²⁶.

Il comma 7 dell'art. 1 L. 190/2012 pone poi dei problemi applicativi di carattere pratico. In primo luogo, la norma non indica un termine entro in quale indicare il responsabile; a questa imprecisione hanno però posto rimedio nella prassi gli stessi Comuni i quali hanno per la maggior parte in tempi brevi provveduto alle nomine.

Quanto all'organo competente a nominare il responsabile, la legge in esame fa genericamente riferimento "*all'organo di indirizzo politico*"; dopo le prime soluzioni interpretative offerte dalla dottrina, la nota dell'A.N.C.I. del 21 marzo 2013 e la delibera della C.I.V.I.T. n. 15 del 2013 individuano oggi nel Sindaco e nel Presidente quali organi di indirizzo politico amministrativo dell'ente il soggetto competente a nominare il responsabile, salvo che il Comune nell'esercizio della propria autonomia normativa e organizzativa riconosca alla Giunta o al Consiglio tale funzione²⁷.

Parte della dottrina²⁸ ha però criticamente annotato la scelta compiuta dalla C.I.V.I.T., in quanto la funzione svolta dal Segretario in veste di responsabile non rientra tanto tra le attività di gestione dell'ente locale, quanto piuttosto tra quelle di controllo e prevenzione del rischio; pertanto sarebbe stato più opportuno affidare la nomina del responsabile al Consiglio (comunale o provinciale) o comunque prevedere a tal fine un coinvolgimento di detto organo. Al Consi-

²⁶ A conferma dell'importanza del Segretario quale garante, il D.L. 174/2012, conv. con modificazioni nella L. 213/2012, ridisegna il sistema dei controlli interni degli enti locali, completando la riforma iniziata con le leggi Bassanini e passata attraverso il D.Lgs. 286/1999. Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, l'attuale art. 147 bis TUEL disciplina il controllo di regolarità amministrativa e contabile che viene affidato, almeno per quel che riguarda la fase successiva alla formazione dell'atto, proprio al Segretario. Oggetto di tale controllo sono le determinazioni d'impegno di spesa e i contratti (oltre agli altri atti amministrativi scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento), cioè proprio quegli atti che possono contenere indizi sul verificarsi di pratiche corruttive; si confronti sul punto anche l'art. 1, comma 16, della L. 190/2012 che impone a tutte le amministrazioni il rispetto dei livelli essenziali proprio con riferimento a questi provvedimenti. L'importanza del ruolo di garanzia del Segretario nell'ambito dei controlli interni è ulteriormente dimostrata anche da una delle proposte avanzate dalla Commissione di studio che con particolare riferimento al settore del governo del territorio, uno dei più soggetti alla piaga del mercimonio della funzione pubblica, suggerisce di istituire specifici controlli interni volti alla revisione amministrativo-contabile e di legalità che per i Comuni sarebbero svolti dal Segretario con poteri di controllo interno preventivo e dai collegi dei revisori in grado di segnalare casi di particolare criticità, cfr. *La corruzione in Italia. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, Rapporto della Commissione, cit., 168.

²⁷ Si rinvia sul punto più diffusamente al testo della delibera in <http://www.anticorruzione.it/?p=7580>.

²⁸ D. DAVID, V. LEPORE, "*La legge anticorruzione: novità e limiti applicativi negli enti locali*", cit.

glio, infatti, nell'architettura dell'amministrazione locale, sono affidate funzioni di controllo (v. art. 42 TUEL), mentre il Sindaco riveste un ruolo esecutivo e di direzione. Sul punto si tornerà più diffusamente nel paragrafo successivo quando si analizzeranno i profili di criticità collegati al rapporto fiduciario che intercorre tra Sindaco e Segretario.

Altro problema che si è posto è se sia necessario o meno un espresso provvedimento di nomina o non basti invece la mera previsione legislativa. L'*impasse* è stato superato ancora una volta in via di fatto dagli enti locali che hanno sempre provveduto a conferire l'incarico tramite provvedimento espresso anche nel caso in cui la scelta del Sindaco sia stata aderente al disposto di cui all'art. 1, comma 7, L. 190/2012.

Infine, è stata da più parti avanzata la proposta di creare una *task force* della prevenzione costituita da una serie di referenti a supporto dell'attività del responsabile della prevenzione della corruzione²⁹.

3. Profili sanzionatori

Se dal punto di vista funzionale la scelta operata dal legislatore nazionale di individuare di norma nel Segretario comunale o provinciale il responsabile della prevenzione della corruzione appare coerente, come sopra detto, con le riforme che negli ultimi anni hanno interessato gli enti locali, non altrettanto sembra potersi dire con riferimento al sistema sanzionatorio predisposto a garanzia dell'effettività delle misure generali di prevenzione della corruzione. Ed infatti, in via di prima approssimazione può dirsi che le sanzioni comminate risultano, ora, poco dissuasive per il responsabile, ora, al contrario, prive delle necessarie garanzie in tal modo rischiando di compromettere, in un modo o nell'altro, la tenuta dell'intero sistema.

Il principale problema risiede nel fatto che i meccanismi sanzionatori risultano modellati sulla figura del dirigente e pertanto mal si conciliano con l'inquadramento e la disciplina del Segretario il quale non ha certamente lo *status* di dirigente.

L'art. 1, comma 8, della legge in esame prevede che la mancata predisposizione del piano o la mancata adozione delle procedure di selezione e formazione dei dipendenti costituiscono elementi per la valutazione della responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 D.Lgs. 165/2001³⁰. Una simile previsione è posta anche

²⁹ In tal senso: D. BOLOGNINO, *Per una risposta corale dell'amministrazione etica al fenomeno corruttivo*, cit., p. 816, P.N.A., circolare n. 1/2013 del Dip. funz. pub., da ultimo la più volte citata intesa conclusa in Conferenza unificata.

³⁰ La sanzione, ex art. 21 D.Lgs. 165/2001, consiste, in relazione alla gravità della violazione, o nell'impossibilità di rinnovo dell'incarico alla scadenza o nella revoca anticipata o, nei casi più gravi, nel recesso dal rapporto di lavoro, cfr. più diffusamente sul punto V. TENORE, *Profili ricostruttivi della*

in caso di responsabilità per condotta altrui (art. 1, comma 12)³¹, qui il legislatore prevede anche che il responsabile risponderà anche a titolo di responsabilità disciplinare, per danno erariale e all'immagine. Infine, l'art. 21 D.Lgs. 165/2001 è richiamato anche in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano, in questo caso il responsabile risponde anche, per omesso controllo, sul piano disciplinare.

Come osservato già dai primi commentatori³², il richiamo alla responsabilità disciplinare non coglie nel segno in riferimento al Segretario responsabile; e infatti i Segretari dipendono dal Ministero dell'Interno e non dall'ente presso il quale lavorano con il quale instaurano solo un rapporto organico³³: da qui l'impossibilità di applicare la più grave delle sanzioni, proprie della responsabilità dirigenziale ossia il licenziamento. Anche la sanzione consistente nell'impossibilità del rinnovo potrebbe non essere particolarmente efficace, essendo il rinnovo collegato al succedersi dei Sindaci, anche se sul punto occorrerà ritornare più approfonditamente in seguito. In questo senso è stata rilevata la scarsa deterrenza del meccanismo.

Delle ipotesi di cui all'art. 21 D.Lgs. 165/2001 resta, dunque, la sola sanzione della revoca dell'incarico del Segretario ad opera del Sindaco o del Presidente della Provincia, come disciplinata dall'art. 100 del TUEL³⁴; è chiaramente fatta salva l'applicazione delle altre misure, cioè la responsabilità disciplinare e quella per danno erariale, nelle ipotesi in cui esse siano previste dal legislatore.

Proprio in ragione di questa nuova causa di revoca dell'incarico, il legislatore ha apportato alcune modifiche all'art. 100 TUEL tramite art. 1, comma 82, della legge anticorruzione³⁵. Il nuovo art. 100 TUEL prevede oggi l'obbligo in capo al Prefetto di comunicare il provvedimento di revoca all'A.N.A.C., la quale avrà 30 giorni di tempo per esprimersi, decorsi i quali la revoca diventerà efficace, salvo che l'Autorità rilevi che la stessa sia correlata alle attività svolte dal Segretario in materia di prevenzione della corruzione.

responsabilità dirigenziale nel pubblico impiego, in *Giust. civ.*, fasc 7-8, 325.

³¹ Ovviamente sarà compito della giurisprudenza dare una interpretazione della norma che escluda forme di responsabilità oggettiva o di mera posizione (concezioni che dovrebbero considerarsi espunte dall'ordinamento, alla luce del carattere personale della responsabilità amministrativa e dei principi costituzionali del giusto processo). A. BUSCEMA, *La giurisdizione della Corte dei Conti negli appalti pubblici: criticità ed evoluzione giurisprudenziale*, in *Foro amm.*, TAR, fasc. 10, 2013, p. 3257, sul punto cfr. anche P. CANAPARO, *I nuovi protagonisti della lotta alla corruzione nelle pubbliche amministrazioni*, in *federalismi.it*, 2013, fasc. 16, 71.

³² D. DAVID, V. LEPORE, "La legge anticorruzione: novità e limiti applicativi negli enti locali", cit.

³³ Ex multis Cass. civ. sez. lav. n. 10897/2003.

³⁴ Quello delle sanzioni era uno dei punti sui quali l'intesa cui rimanda l'art. 1, comma 60, L. 190/2012 poteva essere maggiormente illuminante mentre invece nulla è stato detto a tal proposito.

³⁵ La disposizione accoglie, peraltro, una delle proposte avanzate dalla Commissione di studio, cfr. *La corruzione in Italia. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, Rapporto della Commissione, cit., 46.

Tale modifica non assicura però piena tutela al Segretario poiché interviene solo sulla fase finale del rapporto, *id est* la revoca, ma non anche su quella iniziale dello stesso, cioè la nomina né, più in generale, sul meccanismo dello *spoils system* che caratterizza lo *status* dei Segretari.

Tale previsione, infatti, non impedisce al Sindaco o al Presidente eventualmente rieletti di non confermare il Segretario “troppo zelante”, né, più in generale, impedisce al Sindaco neo eletto di nominare un soggetto che sa essere a sé fedele e che quindi, ben difficilmente, potrà garantire la necessaria imparzialità nel controllo delle attività dell’amministrazione comunale o provinciale.

La posizione del Segretario non confermato è peraltro piuttosto debole in quanto, come ritenuto dalla giurisprudenza³⁶, non occorre alcun provvedimento di non conferma del Segretario uscente, bensì solo l’avvio, tempestivo, del procedimento di nomina del nuovo Segretario; peraltro il Sindaco o il Presidente non hanno alcun onere di fornire motivazioni in ordine alla scelta di sostituire il Segretario in carica, scelta che si manifesta con il solo avvio della procedura di nomina del nuovo Segretario³⁷.

Una prima soluzione proposta dalla dottrina³⁸ consiste nel ritorno al modello precedente alla riforma del 1997 (cioè il modello precedente alla L. 127/1997)³⁹. Ciò garantirebbe certamente la piena autonomia della figura ma porrebbe problemi -difficilmente superabili- di violazione del principio di autonomia degli enti locali, comportando infatti un controllo ministeriale mascherato sull’intera attività dell’ente. Inoltre, non deve essere trascurato il fatto che la nomina da parte del Sindaco e il conseguente rapporto fiduciario che sussiste tra questi e il Segretario si giustificano in ragione delle funzioni manageriali via via assegnate al Segretario dal legislatore (cui sopra si accennava) che fanno del Segretario lo strumento per tradurre in atti concreti i piani dell’organo politico.

Altra soluzione consisterebbe, invece, nel porre più stringenti vincoli alla scelta dell’organo politico restringendo le sue possibilità di scelta ad una rosa di nomi proposta direttamente dal Ministero⁴⁰.

³⁶ cfr. Consiglio di Stato n. 2492/2001.

³⁷ cfr. Consiglio di Stato n. 310/2006. Al Segretario non riconfermato, quindi non rimarrebbe alcun provvedimento da impugnare e, anche laddove vi fosse, l’eventuale ricorso sarebbe rigettato per carenza di interesse in quanto non sarebbe legittimato a contestare la nomina del neo Segretario in ragione della inidoneità di quest’ultimo, o per qualunque altra ragione, cfr. stessa sentenza.

³⁸ D. DAVID, V. LEPORE, “La legge anticorruzione: novità e limiti applicativi negli enti locali”, cit.

³⁹ Fino alla L. 127/1997 il Segretario veniva nominato dal Prefetto, per i piccoli Comuni, o dal Ministro, per i grandi Comuni e per le Province. Oggi invece (art. 99 TUEL), è nominato dal Sindaco o dal Presidente che scelgono tra gli iscritti all’albo, si tratta dunque di un potere sì discrezionale ma non illimitato.

⁴⁰ Si tratta della proposta avanzata dalla Commissione di studio, cfr. *La corruzione in Italia. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, Rapporto della Commissione, cit., 46.

Altre proposte avanzate vanno nel senso di imporre un obbligo di motivazione da parte del Sindaco che decida di non confermare il Segretario. Questa proposta non sembra però cogliere nel segno, in quanto è facile prevedere che l'obbligo potrebbe essere aggirato attraverso l'uso di mere formule di stile e, inoltre, con buona probabilità si porrebbero gli stessi problemi di sindacabilità dell'atto che sono stati dibattuti in giurisprudenza in materia di revoca dell'Assessore comunale e provinciale da parte del Sindaco⁴¹; anche in questo caso la revoca sarebbe difficilmente sindacabile in sede di legittimità stante la sua natura fiduciaria e la conseguente ampia discrezionalità di cui l'organo politico dispone.

Come è evidente, la soluzione del problema è lungi dall'essere stata individuata.

4. Conclusioni

Da quando il Segretario comunale e provinciale, oltre a essere garante del rispetto delle regole, è anche un manager che persegue l'obiettivo dell'efficienza del sistema, è diventato sempre più difficile trovare un punto di equilibrio tra il profilo fiduciario, necessario per il raggiungimento dei risultati che il Sindaco e la sua amministrazione intendono raggiungere, e l'imparzialità, elemento irrinunciabile dell'azione amministrativa⁴². Tale equilibrio era stato in un primo momento individuato dando al Sindaco o al Presidente la possibilità di scegliersi il suo Segretario, ma limitando tale scelta ai soggetti iscritti all'albo e dunque selezionati tramite concorso pubblico, con tutte le garanzie che ciò dovrebbe comportare. Oggi però, alla luce delle più recenti modifiche che hanno interessato i Segretari le quali hanno affidato loro, come visto, nuovi compiti di garanzia, sarebbe probabilmente opportuno rivedere in toto lo *status* di questa figura così legata ai nuovi equilibri tra imparzialità, efficienza e, nel caso specifico degli enti locali, autonomia che stanno interessando l'amministrazione pubblica.

In effetti, è in questi giorni in discussione al Senato il disegno di legge n. 1577, presentato dal Governo lo scorso 10 luglio, all'interno del quale vengono avanzate delle proposte di modifica relative ai Segretari. Si tratta del secondo blocco di riforme riguardanti la pubblica amministrazione portate avanti dal Governo Renzi (il primo blocco è già stato approvato con D.L. 90/2014 conv. in L. 114/2014). Per quanto qui interessa, è da dire che le proposte riguardanti i Segretari comunali sono a dir poco sorprendenti. L'art. 10 del DDL citato, rubricato "dirigenza pubblica", al comma 1 lett. b) prevede, infatti, di assegnare una delega

⁴¹ Vedi da ultimo Consiglio di Stato n. 1053/2012 che aderisce al consolidato orientamento giurisprudenziale ribadendo gli stringenti limiti alla sindacabilità di questo tipo di atti.

⁴² Diversi autori hanno rilevato il contrasto tra l'attribuzione al Segretario di compiti manageriali e insieme di funzioni di garanzia e indipendenza legate, ad esempio, all'ambito dei controlli interni, cfr. V. ANTONELLI, *L'applicazione della legge anticorruzione alle autonomie locali*, cit., 272.

al Governo perché disciplini l'abolizione della figura del Segretario comunale e provinciale e l'inserimento degli attuali Segretari in un'apposita sezione a esaurimento del ruolo dei dirigenti degli enti locali (ruolo da istituirsi e disciplinarsi anch'esso secondo i principi e i criteri dettati dallo stesso testo di legge in discussione). Indubbiamente, la citata proposta di legge segna una vigorosa sterzata rispetto al percorso seguito dal legislatore dal 1997 in poi. Prima di esprimere un giudizio ponderato sul tema, occorrerà capire, allora, se e come sarà sostituito il Segretario e a chi verranno assegnati i compiti sinora attribuitigli dalla legge, e tuttavia, a una prima occhiata, sembra che il legislatore stia infliggendo un duro colpo a quelle istanze di garanzia che avevano trovato una loro tutela nella disciplina della figura del Segretario. Come è evidente, dunque, la soluzione è ancora lontana e, sebbene un nuovo intervento del legislatore fosse auspicabile, parziali ed estemporanei ritocchi potrebbero essere più pericolosi che utili, occorrerebbe, invece, un ripensamento meditato e di più ampio respiro dei complessivi equilibri degli enti locali.

THE OFFICIAL RESPONSIBLE FOR ANTICORRUPTION PLAN AT LOCAL LEVEL

by Marcella Tropa

Abstract

Local level plays a strategic role in the fight against corruption due to the utmost importance of proximity to citizens and of local authorities' responsibilities (public procurement, grants and financial contributions). Within this context, the Secretary of Municipality -who is the official responsible to ensure observance and implementation of anticorruption law in Municipalities and Provinces- is a key driver of this legal battle. The present article analyses the provisions related to this official responsible for anticorruption plan at local level through three different angles.

Firstly the article lays out a review of the constitutional legitimacy of the rules regulating the division of powers between national and regional legislator (art.117 Cost.). Secondly, it sheds light on the reasons why the Secretary of Municipality is best placed to play this role. The final part of the analysis covers sanctioning legal mechanism and its paradoxes if it is applied to the Secretary of Municipality. In other words, specific legal provisions do not apply to the Secretary of Municipality on one hand, and, on the other hand, applicable sanctions prevent from properly exercising his role and powers freely, hence placing him/her in a weak position.

Hanno collaborato a questo numero:

Sandro Amorosino

Professore ordinario di Diritto dell'economia nell'Università di Roma La Sapienza

Jole Buggea

Dottoranda di ricerca in Processo di integrazione europea e diritto internazionale nell'Università degli studi di Palermo

Cristiano Celone

Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Alfredo Contieri

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Mariaconcetta D'Arienzo

Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Napoli Parthenope

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Professora adjunta de Direito constitucional da Universidade Federal do Paraná, Professora de Direito constitucional do UniBrasil

Fabrizio Ricardo de Limas Tomio

Professor associado de Teoria do Estado e Ciência Política da Universidade Federal do Paraná

Emerson Gabardo

Professor adjunto de Direito administrativo da Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Nicola Gullo

Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Maria Immordino

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

Francesco Manganaro

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

Luca R. Perfetti

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Bari

Elena Quadri

Consigliere del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia - Milano

Margherita Ramajoli

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Milano-Bicocca

Ilton Norberto Robl Filho

Professor adjunto de Metodologia da Universidade Federal do Paraná, Professor do Programa de Mestrado da Universidade de Passo Fundo

Eneida Desiree Salgado

Professora adjunta de Direito constitucional da Universidade Federal do Paraná

Ana Claudia Santano

Pós-Doutoranda em Direito público econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestre e Doutora em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca

Marcella Tropicia

Dottoranda di ricerca in Processo di integrazione europea e diritto internazionale nell'Università degli studi di Palermo



Finito di stampare nel giugno 2015
presso La Buona Stampa, Napoli