

Tecniche e metodologie di redazione dei piani anticorruzione

Domenico Ielo

Sommario: 1.Premessa. -2. Un'applicazione della teoria delle finestre rotte. - 3.Combattere la corruzione amministrativa per prevenire la corruzione penale. - 4. L'abusività della potestà quale sintomo principale dell'illegalità. - 5.Uno strumento di contrasto della corruzione amministrativa: la replicazione del sistema 231. - 6.Il meccanismo di esenzione. - 7.Il responsabile anticorruzione. - 8.Cosa non scrivere nei piani anticorruzione. - 9.Come redigere il piano: la fase della mappatura dei rischi. - 10. La predisposizione dei protocolli. - 11. La predisposizione delle procedure. - 12. Conclusioni.

1. Premessa

Oggetto del presente articolo sono le nuove regole preventive in materia anticorruzione, introdotte dalle legge 6 novembre 2012 n. 190.

Si punteranno i riflettori, in particolare, sui seguenti profili: i) meccanismo di allocazione/esenzione della responsabilità amministrativa in chiave preventiva, introdotta dall'art. 1, comma 12, della legge; ii) tecniche di redazione del piano anticorruzione; iii) contenuti del piano anticorruzione.

2. Un'applicazione della teoria delle finestre rotte

Nel 1990 William Bratton, solerte funzionario di polizia, ricevette dal sindaco di New York, Rudolph Giuliani, l'incarico di gestire la sicurezza nella metropolitana di New York, in quel tempo teatro di gravi e frequenti crimini. Per ridurre questa esplosione di criminalità, Bratton pensò bene di ispirarsi alla teoria criminologica conosciuta come teoria delle "finestre rotte". La teoria è riassumibile con la seguente metafora: una finestra rotta in un quartiere fornisce l'impressione di assenza di regole, invogliando a romperne altre e innescando una spirale di vandalismo che ha come epilogo il grande crimine. Su queste basi, il nostro solerte funzionario iniziò (metaforicamente) a "riparare le finestre". Per dare l'impressione di un ambiente in cui le regole erano rispettate - e prima tra tutti la regola secondo cui occorre pagare il biglietto per viaggiare - mandò la polizia a pattugliare stazioni e convogli in cerca di viaggiatori sprovvisti di biglietto. Ebbene, questa iniziativa ebbe come risultato una netta riduzione non solo dei reati minori, ma anche di quelli gravi, come stupri e

omicidi. Morale: per pretendere il rispetto delle regole, occorre creare un ambiente di diffusa percezione della necessità di tale osservanza.

Il riferimento al tema in esame non è casuale. Come insegna la vicenda di Bratton, perché il virus dell'illegalità non si diffonda sono necessarie due condizioni: un ambiente sterile e buoni anticorpi. Nel settore pubblico gli anticorpi sono, per esempio, i controllori esterni quali la Corte dei conti.

Soffermiamoci, invece, sull'ambiente sterile. Come accennato, è arrivata finalmente al varo la l. 190/2012, finalizzata ad arginare i diffusi fenomeni corruttivi che, oltre ad ascendere quotidianamente alla ribalta delle cronache, hanno fatto precipitare l'Italia nella statistica dei paesi a rischio corruzione. Le novità introdotte sono tante. Una di esse è quella di affiancare all'azione repressiva un'azione mirata a prevenire le cause della corruzione. Non a caso, la legge è intitolata "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*". Il messaggio è chiaro: i gravi reati contro la pubblica amministrazione trovano un *humus* confortevole nell'illegalità.

Cosa deve intendersi per illegalità?

Al riguardo, è utile richiamare la differenza tra illegittimità e illegalità dell'*agere* pubblico. La prima ricorre nel caso di mancata conformità a una norma giuridica. La seconda è connotata da un *quid pluris*: la strumentalizzazione delle potestà pubblicistiche, vale a dire l'esercizio delle potestà pubblicistiche diretto al conseguimento di un fine diverso o estraneo rispetto a quello previsto da norme giuridiche o dalla natura della funzione.

La diversità tra illegittimità e illegalità si può cogliere nella differenza tra violazione di legge ed eccesso di potere per sviamento, nella duplice forma della (apparente) realizzazione di un interesse pubblico diverso da quello ipotizzato dalla norma attributiva del potere (sviamento della causa tipica) o della deviazione dell'atto verso uno scopo privato anziché pubblico (sviamento dell'interesse pubblico). La violazione di legge, per utilizzare un linguaggio penalistico, può essere "colposa". Lo sviamento, invece, è sempre doloso. Pur con grandi sforzi, è davvero difficile immaginare una strumentalizzazione ... non voluta delle funzioni pubbliche. Quando si indice una gara per l'affidamento della concessione di gestione di un pubblico servizio (ad esempio il gas) e si inserisce nel bando una clausola con cui si attribuisce un'opzione privatistica alla realizzazione ex novo dell'infrastruttura, si crea quello che con linguaggio privatistico si definisce simulazione contrattuale: una concessione di costruzione e gestione viene vestita da concessione di servizio. E tale simulazione integra un meccanismo in frode alla legge; in questo caso alle norme pubblicistiche in materia di concessione di costruzione e gestione. Un'analoga simulazione ricorre nei casi in cui un appalto viene fraudolentemente vestito di concessione per avere mano maggiormente libera nei sub-affidamenti a valle.

Del resto, un chiaro indice rivelatore del maggior disvalore dell'eccesso di potere è rappresentato dalla regola giuridica che, da un lato ammette la convalida dell'atto viziato da violazione di legge (salvo alcune eccezioni) e, dall'altro, nega ogni rimedio conservativo nelle ipotesi di sviamento. L'elemento qualificante dell'illegalità, quindi, è l'abusività e, più precisamente, la strumentalizzazione dell'ufficio: l'esercizio delle potestà pubblicistiche diretto al conseguimento di un fine diverso o estraneo rispetto a

quello previsto da norme giuridiche o dalla natura della funzione.

Com'è noto, in via generale, e specie sul versante privatistico, l'abuso (del diritto) identifica l'utilizzazione delle facoltà connesse ad un diritto per perseguire uno scopo diverso da quello in funzione del quale il diritto stesso è stato riconosciuto. Sul fronte pubblicistico il concetto di abuso assume connotazioni oggettive (e non potrebbe essere altrimenti, posto che in diritto pubblico poteri della p.a. vengono in rilievo non già come diritti soggettivi ma come poteri-doveri, e cioè come doveri discrezionali). Con questo termine si indica l'obiettivo esercizio di poteri al di fuori dello schema tipicamente previsto dalla legge o al di là dei limiti determinati dalla funzione pubblicistica. I soggetti titolari di pubblici uffici dispongono di particolari poteri (*rectius* potestà) finalizzati al conseguimento di fini pubblici legislativamente previsti: possono essere riconosciute e assegnate potestà pubblicistiche alle varie articolazioni organizzative della p.a., solo se la relativa attività si espliciti nel rispetto della legalità formale e sia obiettivamente orientata a perseguire quelle particolari finalità in funzione delle quali il potere è stato conferito. Ne consegue che qualunque deviazione funzionale dallo schema legale integra, di per sé, un abuso.

E' questo uno degli indici sintomatici dell'illegalità.

A parere di chi scrive, una delle formulazioni che maggiormente descrive il fenomeno dell'illegalità si deve ad Angelo Falzea. Nei suoi *“Prolegomeni a una Dottrina del diritto”*, scriveva *“L’atteggiamento antiformalistico ha potuto essere benefico sino a quando si è trattato di dare sostanza reale ai principi ideali della Costituzione ... Ma può diventare malefico quando è posto a servizio degli interessi particolari delle parti sociali. La lotta per il diritto degenera allora in rissa per l'accaparramento o la spartizione del potere, nella strumentalizzazione delle competenze istituzionali, nello straripamento e nella usurpazione delle funzioni pubbliche: in una parola nella prevaricazione del politico sul giuridico. Se il particolarismo non trova un limite neppure nel rispetto della legalità, si corrompe il sistema culturale del diritto e si apre la voragine senza fondo della corruzione”*¹.

Ecco il nesso (inscindibile) tra illegalità e corruzione.

3. Combattere la corruzione amministrativa per prevenire la corruzione penale.

Come accennato, il sintomo maggiormente evidente dell'illegalità è la deviazione funzionale dell'attività pubblicistica. Tale deviazione funzionale diventa massima laddove si traduca nella strumentalizzazione. Chiameremo questo fenomeno corruzione amministrativa per distinguere da quella penale.

I nessi tra corruzione amministrativa e corruzione penale sono stati messi in risalto da una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri². Ivi si precisa che il concetto di corruzione va inteso in senso lato, che ricomprenda anche le situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, un soggetto, nell'esercizio dell'attività amministrativa, abusi del potere che gli è stato affidato al fine di ottenere un vantaggio

¹A. Falzea, *Prolegomeni a una dottrina del diritto*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1973, 55.

²Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento della funzione pubblica, servizio studi e consulenza trattamento del personale, DFP 0004355 P-4.17.1.7.5 del 25 gennaio 2013.

privato. Secondo la Presidenza del Consiglio le situazioni rilevanti circoscrivono: i) l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati dal Titolo II, Capo II del codice penale; ii) anche i casi di malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite.

Su un punto, tuttavia, non si concorda con le considerazioni della Presidenza. Illegalità non è solo utilizzare le risorse pubbliche per perseguire un fine privato (come avviene nel caso dello sviamento dall'interesse pubblico). E' anche utilizzare finalità pubbliche per perseguire illegittimamente un fine proprio dell'ente pubblico di riferimento. Quando un ente pubblico interpella un proprio fornitore e raccomanda allo stesso che alla scadenza formuli un'offerta inferiore alla soglia degli affidamenti in economia, probabilmente la soluzione determina un indubbio vantaggio per l'ente, poiché il fornitore applicherà uno sconto che probabilmente non avrebbe mai applicato. Ma viene sacrificato l'interesse generale e la tutela del mercato (altri operatori probabilmente vorrebbero l'opportunità offerta al fornitore). Quando un organismo di diritto pubblico affida un contratto senza gara, probabilmente procura un vantaggio in termini di costi e tempi (basta solo considerare i termini di *stand still*). Tuttavia, tale apparente vantaggio determina una distorsione della concorrenza. Considerazioni analoghe valgono per l'affidamento senza gara a c.d. contraente predeterminato. E' sin troppo conosciuta la posizione della giurisprudenza: fuori dai casi dei brevetti, il contraente *ex ante* migliore degli altri (per esempio quello che offre prestazioni sanitarie che gli altri non potrebbero offrire) non esiste. Se esiste il migliore, sarà la gara a deciderlo. Affidare ripetutamente senza gara su presupposto di un'asserita indiscutibile superiorità è un indice sintomatico di favoritismo (magari dettato dal fatto che quel contraente è conosciuto e con esso la p.a. di riferimento è abituata a lavorare).

Insomma, per riprendere ancora Falzea, l'illegalità può essere una degenerazione del particolarismo giuridico: ogni ente vede solo il proprio interesse egoistico, a detrimento della legalità. Conseguente, sembra plausibile ritenere che - contrariamente a quanto affermato dalla Presidenza - l'illegalità ricorre non solo nell'ipotesi di utilizzazione, da parte degli agenti pubblici, delle funzioni o del servizio allo scopo di arrecare un danno ingiusto o di procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale (strumentalizzazione soggettiva dell'ufficio), ma anche in quella di uso deviato o distorto dei doveri funzionali (strumentalizzazione oggettiva della potestà pubblica).

In altri termini, non solo sviamento dall'interesse pubblico ma anche sviamento dalla causa tipica.

4. L'abusività della potestà quale sintomo principale dell'illegalità

E' utile fare un passo indietro; quando, cioè, la tutela contro il malcostume amministrativo veniva quasi interamente affidata al giudice penale. Ne è una vivida esemplificazione la storia del reato di abuso d'ufficio.

Originariamente il delitto di "Abuso innominato in atti d'ufficio" (previsto nel codice Rocco) si caratterizzava per la sua assoluta genericità, richiedendo, ai fini della determinazione del contenuto della condotta abusiva, una etero-integrazione attraverso il rinvio a concetti propri della scienza amministrativistica. Nel 1990 la descrizione del

fatto di reato si è arricchita dell'elemento del dolo specifico e della distinzione tra condotta prevaricatrice e condotta affaristica. Con la legge 234/97 il legislatore ha rotto qualsiasi indugio. Ha (finalmente) precisato che vi può essere abuso solo attraverso la violazione di norme di legge, regolamento, o di omissione di obblighi di astensione³. Le ragioni principali che hanno indotto il legislatore a ridisegnare tale reato derivavano dalla carente formulazione della previgente norma⁴. L'art. 323 c.p., utilizzando l'espressione "*abusa del suo ufficio*", comportava una genericità e indeterminatezza della condotta incriminata⁵. Il termine *abusare* risultava, infatti, idoneo a fornire precisi parametri di determinazione dell'illecito penale⁶.

Del resto, risale già agli studi di Carrara la distinzione tra abuso in senso ontologico e abuso in senso giuridico: l'utilizzazione di un pubblico potere oltre i limiti dell'ufficio integra un abuso in senso ontologico; ma non necessariamente un delitto, per la non criminalità dei modi e del fine⁷. Si realizzava in tal modo una violazione del principio di tassatività della condotta incriminata⁸. Inoltre, la genericità del precetto normativo comportava numerose incertezze interpretative, legate alle controverse questioni: i) della necessità che l'abuso si dovesse tradurre nell'adozione di un atto amministrativo illegittimo (soluzione, questa, ripudiata dalla giurisprudenza); ii) dei limiti al sindacato

³Ratio di questa modifica è la consapevolezza che non tutti i fatti contrari alla legalità amministrativa (formale e sostanziale) sono meritevoli di sanzione penale. Procedendo in questa direzione, il principale obiettivo della riforma è quello di ricostruire l'oggettività giuridica del reato in maniera autonoma, evitando automatici trapianti in diritto penale degli interessi tutelati dal potere amministrativo.

⁴ Le novità di maggiore rilievo che emergono dalla novella legislativa sono: i) l'eliminazione dal contenuto della norma del generico e indeterminato termine "abuso"; ii) la descrizione della fattispecie mediante la tipizzazione di fatti oggettivamente apprezzabili; iii) la trasformazione della struttura del reato da reato di pura condotta a reato di evento; iv) la necessità che il vantaggio procurato abbia carattere patrimoniale; v) la modificazione dell'elemento soggettivo del reato da dolo specifico a dolo intenzionale; vi) la riduzione del trattamento sanzionatorio. La nuova fattispecie si caratterizza innanzitutto come reato d'evento a condotta vincolata. In tal senso può argomentarsi dalla stessa lettera dell'art. 323 c.p., che postula rispettivamente: i) la produzione di un risultato lesivo, consistente in un ingiusto vantaggio patrimoniale o in un danno ingiusto; ii) la realizzazione dell'evento mediante specifiche modalità, quali la violazione di norme di legge o di regolamento o la mancata astensione.

⁵ La polarizzazione del disvalore penale della condotta abusiva nell'elemento soggettivo poneva ulteriori problemi di compatibilità con il principio di offensività (necessità che fatto penalmente punibile si concretizzi in una lesione o messa in pericolo di beni giuridici). In particolare, specie nella prassi giurisprudenziale, il delitto in esame si delineava secondo il modello dei *reati a dolo specifico di offesa*, e cioè di fattispecie incriminatrici in cui l'offesa costituisce un risultato non già oggettivo, bensì meramente intenzionale, idoneo a rendere punibile una condotta che in sé non è lesiva.

⁶ I problemi derivanti dalla connotazione soggettiva della fattispecie erano aggravati da una diffusa prassi giurisprudenziale che, da un lato, desumeva la sussistenza del dolo specifico dalla mera illegittimità dell'atto e, dall'altro, riteneva che l'abuso potesse essere ricavato dall'illecita intenzione del soggetto attivo. Non a caso, acquisita consapevolezza dei problemi di costituzionalità posti dall'art. 323 c.p., la giurisprudenza si era sforzata di fissare parametri oggettivi di valutazione della rilevanza penale della fattispecie incriminata, richiedendo come elemento essenziale della struttura del reato il requisito della doppia ingiustizia: del fatto causativo e del risultato dell'azione (da intendersi, quest'ultimo, come vantaggio o danno non solo prodotto *non in iure* ma anche *contra ius*)

⁷ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, parte speciale, 1911, p.73

⁸E' proprio sulla base delle diverse caratteristiche lesive della condotta abusiva, che si può cogliere una linea di tendenza legislativa volta, da un lato a tipizzare il fatto in modo sempre meno generico, dall'altro a configurare l'abuso penalmente rilevante in termini autonomi rispetto alle elaborazioni proprie di altri rami dell'ordinamento e maggiormente adeguato con lo scopo della disposizione incriminatrice.

del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riguardo alle ipotesi di atti viziati da eccesso di potere; iii) dell'eccessiva subiettivizzazione della fattispecie, la cui rilevanza penale risultava condizionata unicamente dall'accertamento dell'esistenza del dolo specifico.

Così, attualmente, ai fini dell'applicazione della sanzione penale, è necessario che il fatto abusivo si concretizzi secondo determinate modalità e sia accompagnato da specifici elementi di natura soggettiva ed oggettiva⁹.

Pur riconoscendone l'utilità (se non addirittura la necessità di conformarsi al dettato costituzionale), già all'indomani della riforma sono stati avanzati dubbi e perplessità in ordine alla capacità della nuova normativa di conseguire in pieno gli obiettivi politico - criminali della riforma. Si è in particolare adombrato il pericolo che, per effetto della nuova disciplina dell'abuso di ufficio, si creassero ingiustificati vuoti di tutela rispetto a gravi fatti di prevaricazione o di affarismo degli agenti pubblici. In realtà, come rilevato dagli stessi relatori al disegno di legge di modifica dell'art. 323 del codice penale, la riuscita della riforma dipendeva in gran parte dalla capacità del nostro ordinamento di controbilanciare la sottrazione di determinate forme di malcostume amministrativo dall'area dell'illecito penale, con responsabilità amministrative, civili o contabili¹⁰.

Ebbene, a conti fatti, questi necessari contrappesi non vi sono stati. Correttamente, tramite una figura criminosa contrassegnata dalla tipizzazione del nesso causale, il legislatore ha inteso tutelare il bene oggetto di protezione del reato di abuso di ufficio in maniera frammentaria; non contro qualsiasi forma di lesione, bensì contro specifiche tipologie di offesa previste dalla norma incriminatrice¹¹.

⁹ Per ciò che attiene all'interesse tutelato, l'intervento legislativo di riforma dell'art. 323 c.p. si ispira ai principi di: i) sussidiarietà e meritevolezza della pena, incriminando solo quei fatti che possiedono una dimensione lesiva tale da giustificare il ricorso alla sanzione penale; ii) frammentarietà, circoscrivendo la tutela a specifiche modalità di aggressione dei beni tutelati; iii) autonomia, ridefinendo i confini della tutela penalistica rispetto all'area degli interessi pubblici affidata alla cura della p.a..

¹⁰ Non a caso, la legge di riforma del 97 era stata ispirata anche dall'esigenza di porre un argine alla eccessiva disinvoltura con cui il privato utilizzava la via della denuncia penale, piuttosto che attivare gli opportuni strumenti di tutela delle proprie posizioni nei confronti della p.a..

¹¹ Dal raffronto tra la vecchia e la nuova disciplina dell'abuso di ufficio emerge chiaramente come l'aspetto maggiormente qualificante della riforma sia stata la necessità di ridimensionare la sfera dell'illecito penale, delimitando, al contempo, i rispettivi ambiti dell'illegittimità amministrativa e dell'illiceità penale. I beni giuridici protetti dalla fattispecie sono il buon andamento e l'imparzialità dell'azione dei pubblici poteri. Il buon andamento qualifica le esigenze di efficacia, puntualità ed elasticità dell'azione amministrativa, nonché di miglior proporzionamento dell'attività erogata al fine stabilito. La lesione del buon funzionamento amministrativo si riconnette alla strumentalizzazione oggettiva dell'ufficio derivante dalla realizzazione di un ingiusto vantaggio patrimoniale o di un danno ingiusto come conseguenza della violazione di norme di legge o regolamento. L'imparzialità identifica la necessità che i soggetti pubblici operino sempre nel perseguimento dell'interesse primario scaturente dalle disposizioni normative ed a prescindere da condizionamenti soggettivi e oggettivi. L'offesa all'imparzialità deriva dalla violazione del dovere di equidistanza e *par condicio* degli amministrati, che si concretizza per la mancata astensione del titolare di un pubblico ufficio o dell'incaricato di un pubblico servizio in situazioni che possono destare forti sospetti di commistione di interessi. Se, in seguito alla riforma, rimangono immutati i beni giuridici oggetto di protezione penale, deve tuttavia registrarsi una significativa modificazione delle modalità di tutela degli stessi. In obbedienza al principio di economia dell'intervento punitivo la scelta del legislatore si è orientata verso la limitazione del controllo penale a specifiche modalità, tassativamente previste dalla norma, di aggressione dei beni tutelati.

Ma all'arretramento dello strumento penale non è corrisposto un avanzamento della prevenzione sul fronte amministrativo. E solo oggi, a distanza di 16 anni, la nuova legge anticorruzione mette la questione sul tappeto: il giudice penale può non occuparsi del malcostume amministrativo solo se altri anticorpi riescono efficacemente a combattere tale virus. Altrimenti, se tali anticorpi mancano, dall'emorragia di legalità non può che svilupparsi il delitto corruttivo.

A ben vedere, volendo esaminare la questione sul piano squisitamente giuridico (lasciando da parte, quindi, analisi di carattere politico o sociologico), sembra plausibile ritenere che uno dei fattori che hanno contribuito a determinare tale inerzia è costituito da una grave lacuna presente nell'ordinamento italiano: uno dei grandi principi del diritto moderno, vale a dire l'abuso del diritto, a differenza di altri Stati, ha cittadinanza limitata. In Italia, infatti, non esiste una norma generale che vieti l'abuso del diritto (in ambito privatistico) o della potestà pubblica (in ambito pubblicistico). Eppure, il divieto generalizzato di abuso è norma cardine di tanti ordinamenti: l'adozione di tale clausola generale costituisce una cartina al tornasole del grado di sviluppo di un sistema giuridico. Rimane incomprensibile, soprattutto, l'assenza di una clausola generale che vieti l'abuso della potestà (diritto o potere) nel Paese di Dante che, con secca perentorietà, nel terzo libro della Monarchia affermava che l'abuso non costituisce diritto.

Così, accade spesso che, di fronte all'abuso, l'operatore giuridico italiano rimane, per molti versi, disorientato, non riuscendo a farsi guidare da un elementare principio di buon senso: non si possono mettere sullo stesso piatto della bilancia i casi di mera inosservanza della legge e quelli di intenzionale aggiramento della stessa. In via di principio, i secondi sono notevolmente più gravi, da prevenire e reprimere con fermezza. Parcellizzare una commessa pubblica per andare sottosoglia (e limitare le norme sulla concorrenza in sede di gare), prorogare per un arco di tempo significativo un contratto pubblico al solo scopo di riaffidare il contratto, costruire artificiosamente lotti di prodotti sanitari a pacchetto, comprensivi di prodotti brevettati e non brevettati (per trasferire l'esclusiva anche ai non brevettati), elevare artificiosamente i requisiti di partecipazione per impedire l'accesso delle piccole imprese sono condotte che hanno tutte un comune denominatore: l'aggiramento doloso delle norme.

Perché tanta insistenza sull'abuso a proposito della corruzione amministrativa? Perché si ritiene che sia lì che si annidi il virus della corruzione amministrativa. Ed è proprio questo l'ambito su cui, a parere di chi scrive, il piano anticorruzione deve puntare i propri riflettori.

5. Uno strumento di contrasto della corruzione amministrativa: la replicazione del sistema 231

Gli strumenti, individuati dalla legge 190, per combattere la corruzione amministrativa, sono tanti e variegati. Si pensi alla costituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Tra le diverse novità, ve ne è un'ad un immediato interesse: l'introduzione di un sistema di allocazione/esenzione di responsabilità, per molti versi, analogo (seppure diverso) a

quello della responsabilità delle persone giuridiche previsto dal d.lgs n. 231 del 2001.

Si può a ragione sostenere che, con la nuova disciplina anticorruzione, anche nel settore pubblico (come in quello privato) diventa essenziale prevenire la c.d. irresponsabilità organizzata (o colpa di organizzazione). Prendendo in prestito una formulazione usata spesso dalla Corte dei conti, si ha colpa di organizzazione in presenza di un'organizzazione pubblica organizzata confusamente, gestita in modo inefficiente, non responsabile e non responsabilizzata.

Fermiamo la nostra attenzione sull'ultimo termine: un'amministrazione non responsabilizzata. Come responsabilizzarla? Tanti passi sono stati fatti in questa direzione: identificazione del responsabile del procedimento; responsabilità dirigenziale ecc. Più che un passo, oggi la legge 190 effettua un salto in lungo. Propone - con l'art. 1, comma 12 - una ricetta precisa: replicare, adattandolo, il c.d., sistema protocollare proprio dei modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231 del 2001 adottati dagli enti privati¹².

Per comprendere tale nuovo sistema occorre, quindi, prima guardare da vicino il sistema 231 e poi esaminare la nuova disciplina anticorruzione.

La finalità della disciplina sancita dal d.lgs n. 231 del 2001 (sulla responsabilità amministrativa degli enti) è apprestare un'adeguata risposta alla criminalità dell'organizzazione pluripersonale. Tale responsabilità comporta la soggezione dell'ente a sanzioni interdittive e pecuniarie nel caso di commissione di (pre) determinati reati da parte di alcuni soggetti operanti nello stesso¹³. Tali soggetti devono rivestire una "posizione apicale" nell'organizzazione dell'ente o devono esservi inseriti in posizione subordinata (rispetto agli apicali)¹⁴. L'ente è responsabile nell'ipotesi di perpetrazione di tali reati nel suo interesse, da parte di persone che rivestano funzioni di rappresentanza, di amministrazione, di direzione e dalle persone sottoposte alla vigilanza e al controllo delle prime¹⁵.

¹² Per una generale rassegna della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?* a cura di N. Abriani, G. Meo, G. Presti, N. Abriani, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*; M. Grillo, *La teoria economica dell'impresa e la responsabilità della persona giuridica: considerazioni in merito ai modelli di organizzazione ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001*; F. Centonze, *La coregolamentazione della criminalità d'impresa nel D.Lgs. n. 231 del 2001 - Il problema dell'importazione dei compliance programs nell'ordinamento italiano*; F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*; P. Sfameni, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*.

¹³ Le misure repressive ex d.lgs. n. 231 del 2001 sono: la sanzione pecuniaria; le sanzioni interdittive; la confisca; la pubblicazione della sentenza. Sono sanzioni interdittive: l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi. In argomento, D. Pulitanò, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir.*, agg. Milano, 2002, 953.

¹⁴ Nel caso di soggetti sottoposti alla direzione o alla vigilanza, l'ente è responsabile se la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. L'ente è responsabile nel caso in cui il reato presupposto sia stato perpetrato nel suo interesse o a suo vantaggio. D. Brunelli, M. Riverditi, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Florio, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, 76.

¹⁵ Devoluta alla giurisdizione penale, la competenza alla cognizione di tale responsabilità spetta allo stesso

Il meccanismo di allocazione della responsabilità, pertanto, è il seguente: l'apicale commette il reato presupposto e (anche) l'ente - al ricorrere di alcune condizioni - risponde¹⁶. Il relativo criterio di imputazione soggettiva della responsabilità ex 231 è la colpa di organizzazione, quale espressione di scelte di politica aziendale errate o quantomeno avventate. In forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i soggetti apicali alla persona giuridica, il reato da loro commesso è qualificabile come «proprio» della persona giuridica.

Fino alla legge 190 del 2012, da tale sistema di responsabilità erano esenti (solo) gli enti pubblici non economici. Vi erano esenti in ragione della precisa perimetrazione dell'ambito applicativo del d.lgs n. 231 previsto dall'art. 1 di tale decreto: *i*) vi sono esclusi lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, gli altri enti pubblici non economici, e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale; *ii*) vi sono inclusi (oltre ai soggetti privati) gli enti pubblici economici (vale a dire gli enti a controllo pubblico che svolgono attività economiche)¹⁷.

In qualche modo, la legge 190 del 2012 ha rimediato a questa zona franca di cui godevano gli enti pubblici non economici. Ha introdotto, infatti, un meccanismo di allocazione della responsabilità analogo, seppure diverso, rispetto a quello ex d.lgs n. 231 del 2001.

Il tutto parte dalla nomina, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, del responsabile della prevenzione della corruzione. L'art. 1, co. 7, della legge 190 stabilisce che *“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”*. Tale soggetto deve: *i*) elaborare la proposta di piano di prevenzione, che deve essere adottato dall'organo di indirizzo politico di ciascuna amministrazione (art. 1, co.8), i cui contenuti, che caratterizzano anche l'oggetto dell'attività del responsabile, sono individuati nel co. 9 dell'art. 1; *ii*) definire procedure appropriate per selezionare e

giudice competente per i reati presupposto (art. 36prevenir o. 231 del 2001). Sul punto, M. Nuccio, *La colpa di organizzazione alla luce delle innovazioni legislative apportate dalla legge 123/2007*, in www.rivista231.it.

¹⁶La responsabilità dell'ente sussiste anche se l'autore della fattispecie criminosa non sia stato identificato o non sia imputabile, oppure laddove il reato si estingua per una causa diversa dall'amnistia. Sotto il profilo probatorio, sebbene la responsabilità dell'ente abbia titolo autonomo rispetto a quella della persona fisica incolpata del reato presupposto (sanzionando un comportamento diverso ed autonomo da quello di quest'ultimo) il suo carattere sostanzialmente punitivo comporta l'operatività di un onere probatorio, per l'accusa, inerente a ciascuno degli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito dell'ente. V. Buonocore, *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 D.Lgs. n. 231 del 2001* (nota a Trib. Milano, 13 febbraio 2008, Soc. Vcm c. Tedesco), in *Giur. Comm.*, 2009, II, 178; In argomento, A. Rossi, *La responsabilità degli enti (D.Lgs. 231/2001): i soggetti responsabili*, in *Resp. Amm. Società e Enti*, 2008, 2, 179.

¹⁷Ivi si precisa che le disposizioni in esso previste: *“si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica ... non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale”*. Sul punto, P. Ielo, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli enti*, in *Resp. Amm. Società e Enti*, 2009, 2, 101; F. D'Arcangelo, *Le società a partecipazione pubblica e la responsabilità da reato nella interpretazione della giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. Amm. Società e Enti*, 2010, 4, 183.

formare i dipendenti destinati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione (art. 1, co.8); iii) verificare l'efficace attuazione del piano e la sua idoneità (art. 1, co.10, lett. a); iv) proporre modifiche al piano in caso di accertamento di significative violazioni o di mutamenti dell'organizzazione (art. 1, co.10, lett. a); v) verificare, 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 (art. 1, co.10, lett. b); vi) individuare il personale da inserire nei percorsi di formazione sui temi dell'etica e della legalità (art. 1, co.10, lett. c).

Ebbene, nel caso di perpetrazione di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, risponde il responsabile anticorruzione. E vi risponde a diverso titolo: i) erariale; ii) eventualmente civile; iii) disciplinare; iv) di responsabilità dirigenziale (impossibilità di rinnovo dell'incarico e, nei casi più gravi, revoca dell'incarico e recesso dal rapporto di lavoro).

L'analogia con il meccanismo 231 è evidente. Certo, vi sono differenze significative tra responsabilità ex231 e quella prevista da tale norma. E' diverso il giudice (il giudice penale, qui Corte dei conti); la natura dell'illecito (il penale, qui erariale e disciplinare); il titolo di responsabilità (il dolo in ragione della natura necessariamente dolosa dei reati corruttivi, qui tipicamente colposa). Soprattutto, è differente il destinatario della responsabilità da colpa di organizzazione: nella 231 è l'ente; nel nostro caso è una persona, vale a dire il responsabile anticorruzione.

Ma al riguardo, non può non sorgere un dubbio. Non vi è forse il rischio di creare un personaggio analogo, per molti versi, al Benjamin Malaussene dei libri di Pennac, che di professione faceva il capro espiatorio? E' stato corretto concentrare tutta la responsabilità, per esempio, nei segretari comunali che, come previsto dal comma 7 dell'art. 1 della legge 190, sono istituzionalmente responsabili anticorruzione?

Le responsabilità di tale soggetto, infatti, sono ampie. Si consideri anche l'autonoma responsabilità dirigenziale in caso di mancata predisposizione del piano e la mancata adozione delle misure per la selezione e la formazione dei dipendenti. In specie, l'art. 1, co. 8 della l. 190 prevede che *“La mancata predisposizione del piano e la mancata adozione delle procedure per la semplificazione e la formazione dei dipendenti destinati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione, costituiscono elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale”*. La previsione di tale responsabilità rende necessaria la creazione del collegamento tra adempimento e obiettivi dirigenziali in sede di negoziazione degli obiettivi. E ancora, un'ulteriore ipotesi di responsabilità dirigenziale è disciplinata dal co. 14 dell'art. 1 della legge 190 in caso di ripetute violazioni del piano anticorruzione

Si aprono incertezze, poi, sullo stesso titolo di responsabilità erariale. Si è in presenza di una nuova forma di responsabilità erariale tipizzata? Oppure, in alternativa, il legislatore ha semplicemente richiamato una generica responsabilità erariale, sussistente (laddove ne ricorrano i presupposti), anche a prescindere dal richiamo legislativo? La differenza non è poca. Nella prima ipotesi, l'indagine del giudice contabile è pressoché automatica. Nella seconda, invece, occorre accertare la sussistenza di tutti i presupposti dell'illecito erariale: (oltre allo scontato rapporto di servizio), fatto antiggiuridico, evento, nesso di causalità ed elemento soggettivo.

Al riguardo, si ritiene preferibile la seconda tesi. E si ritiene preferibile in ragione del ruolo che, nella nuova normativa, assume il piano anticorruzione. Tale piano deve essere predisposto dal responsabile anticorruzione. Il responsabile anticorruzione che non abbia predisposto un piano (o un piano idoneo), risponderà, allora a titolo di concorso colposo nell'illecito erariale perpetrato dal funzionario corrotto. Infatti, considerato che la legge considera il piano uno dei principali strumenti anticorruzione, la mancata predisposizione dello stesso costituirà un fattore che presumibilmente agevolerà la perpetrazione dell'illecito. Ora, certamente, laddove non sia voluta (laddove quindi non vi sia stato un apposito patto tra responsabile anticorruzione e corrotto), tale mancata redazione non potrà assumere rilevanza penale, poiché, com'è noto, in ambito penalistico non è ammesso il concorso colposo nei delitti dolosi (quali sono i reati contro la p.a).

Discorso diverso vale per la responsabilità erariale. Essa, infatti, sta a metà strada tra la colpa e il dolo: di danno erariale si risponde per colpa grave (oltre che per dolo). Ed è a questo proposito che si può ravvisare il ruolo della legge 190. Nella nuova architettura normativa, per il responsabile anticorruzione non redigere o non aggiornare il piano anticorruzione costituirà certamente quell'illecito professionale inescusabile che, secondo la giurisprudenza della Corte dei conti, vale a integrare il presupposto della colpa grave.

La questione diventa più complessa nel caso in cui il piano sia stato adottato (ed eventualmente aggiornato), ma venga ritenuto inadeguato *ex ante* a impedire fenomeni corruttivi. Ricorre in quest'ipotesi l'elemento della colpa grave? La domanda è insidiosa. Si affronterà la questione più avanti, anche se si può già anticipare che un piano *ex ante* inadeguato a contrastare il fenomeno corruttivo è equiparabile a un non piano.

6. Il meccanismo di esenzione

Come illustrato, tanto la responsabilità della 231 quanto quella della 190 si fondano su un meccanismo allocazione/esenzione della responsabilità. Abbiamo esaminato l'allocazione. Tocca, ora, all'esenzione.

Si inizia, ancora una volta, dal richiamo al sistema 231, che evidentemente il legislatore ha assunto a punto di riferimento.

Il modello della responsabilità delle persone giuridiche si fonda sul seguente meccanismo di allocazione/esenzione della responsabilità: i) l'ente risponde per la perpetrazione del reato presupposto ad opera dell'apicale (o del soggetto sottoposto alla sua vigilanza); ii) l'ente non risponde laddove abbia elaborato idonei *compliance program*¹⁸.

¹⁸Precisamente, l'ente non risponde laddove: i) siano stati adottati e attuati appositi protocolli comportamentali finalizzati a prevenire il rischio della commissione di reati; oppure ii) il reato medesimo sia stato commesso nell'interesse esclusivo dell'agente o di un terzo. C.E. Paliero, C. Piergallini, *cit.*, 167; M. A. M. Fusario, *Modello organizzativo 231 e responsabilità sociale d'impresa in Dir. e pratica società*, 2009, fasc. 11, 22.

In questo schema, l'ascrizione all'ente della responsabilità avviene sulla base di una - generale e strutturale - deficienza organizzativa, desumibile dalla mancata adozione dei modelli di prevenzione e protezione dell'azienda finalizzati ad impedire i rischi paventati. Il modello deve prevedere - in relazione alla natura, alla dimensione dell'organizzazione e al tipo di attività svolta - misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio della perpetrazione dei reati presupposto.

Esaminiamo il meccanismo previsto dalla legge 190. Il responsabile anticorruzione non risponde laddove abbia predisposto ed efficacemente attuato un piano anticorruzione idoneo. Il Dipartimento della funzione pubblica predisporrà un Piano Nazionale Anticorruzione (che poi verrà approvato dalla C.I.V.I.T. sulla base delle linee guida del Comitato) che conterrà anche alcune indicazioni per l'elaborazione dei piani triennali di prevenzione da parte delle amministrazioni. L'adozione del piano triennale di prevenzione della corruzione (art. 1, co. 8 della legge) avviene da parte dell'organo di indirizzo politico, su proposta del responsabile, entro il 31 gennaio di ogni anno e deve essere trasmesso al Dipartimento della funzione pubblica¹⁹.

Anche il piano anticorruzione, quindi, come i *compliance program*, gioca il ruolo di strumento di "organizzazione dell'organizzazione". Strumento che una compagine organizzativa pubblica adotta per evitare che, all'interno della propria organizzazione, si realizzino determinati atti illeciti aventi rilevanza penale.

Si arriva a quello che - sotto diversi profili - può essere considerato il tallone d'Achille della nuova normativa: l'idoneità del piano. Il rischio è duplice: da un lato, fare del piano un semplice ed ennesimo adempimento burocratico, privo di una reale efficacia preventiva; dall'altro, affidare all'organo giudiziale, di volta in volta chiamato a pronunciarsi, la totale discrezionalità nel verificarne l'effettiva idoneità.

Del resto, l'esperienza in materia di modelli 231 è indicativa. Come attestano le statistiche giudiziarie, nella maggior parte dei casi in cui è stato chiamato a esaminare i modelli 231, il giudice penale ne ha ravvisato la sostanziale inadeguatezza. Il motivo è quasi sempre lo stesso: troppo astratti; tanta attenzione alle linee di condotta primarie (i protocolli); sostanziale assenza di quella necessaria formalizzazione dei comportamenti concreti da tenere per esplicitare una reale efficacia preventiva (le procedure cucite su misura sull'ente).

Anche a proposito del piano anticorruzione incombe senz'altro il rischio dell'astrattezza. Fogli e fogli pieni di affermazioni astratte e svincolate dalla realtà concreta dell'ente. Ne deriva l'interrogativo più complicato: come redigere un piano anticorruzione avente una reale efficacia preventiva?

7. Il responsabile anticorruzione

Soffermiamoci sulla figura del responsabile della prevenzione della corruzione. Si tratta di un incarico aggiuntivo a quello di dirigente già titolare di incarico dirigenziale

¹⁹ In fase di prima applicazione il termine è fissato al 31 marzo 2013 (art. 34 *bis*, comma 4, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221).

di livello generale²⁰. Rientra nella discrezionalità dell'amministrazione decidere, nei limiti delle disposizioni in materia di dotazioni organiche e nell'ambito del proprio ordinamento, di dedicare un apposito ufficio allo svolgimento della funzione di responsabile.

La nomina del responsabile è disposta con provvedimento dell'organo di indirizzo politico²¹. In assenza della fissazione di un termine da parte della legge le amministrazioni sono tenute a provvedere tempestivamente alla nomina del responsabile anticorruzione. Nella propria circolare, la Presidenza del Consiglio ha precisato, inoltre, su quali soggetti dovrebbe ricadere la scelta e su quali è certamente esclusa²². Per scongiurare che la precarietà del suo incarico possa compromettere una eventuale iniziativa penetrante nei confronti dell'organizzazione amministrativa, il ruolo di responsabile *ex* legge 190 deve essere ricoperto da un dirigente che si trovi in una posizione stabile²³.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha previsto la possibilità di individuare referenti per la corruzione che possano operare nelle strutture dipartimentali o territoriali, escludendo, invece, la possibilità di nomina di più di un responsabile nell'ambito della stessa amministrazione²⁴. Tali referenti potrebbero, infatti, contemperare l'intento del legislatore di affidare la nomina di responsabile ad un soggetto unico con la complessa connotazione dell'organizzazione amministrativa, anche in considerazione dell'articolazione per centri di responsabilità.

In ogni caso, il responsabile *ex* legge 190 è l'unico riferimento per l'implementazione dell'intera politica di prevenzione e l'unico responsabile per gli illeciti che potrebbero venire in essere. Pertanto, allo stesso deve essere assicurato un supporto adeguato di risorse umane, strumentali e finanziarie (nei limiti della disponibilità di bilancio dell'amministrazione)²⁵. Si richiede, ad esempio, che il responsabile sia assistito da personale altamente qualificato e preventivamente formato.

²⁰ In assenza di una norma che individui la durata dell'incarico, la Presidenza del Consiglio chiarisce che considerato il carattere aggiuntivo della nomina di responsabile *ex* legge 190, *la durata della designazione è pari a quella di durata dell'incarico dirigenziale a cui la nomina accede*. Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del 25 gennaio 2013, *cit.*, p. 8.

²¹ Per gli enti locali, il criterio di designazione del responsabile *ex* legge 190 è indicato direttamente dalla legge: di norma è il segretario comunale. La Presidenza del Consiglio ha specificato che la *ratio* di tale scelta è quella di considerare la funzione del responsabile *ex* legge 190 come "*naturalmente integrativa*" della competenza generale che spetta per legge al segretario (art. 97 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del 25 gennaio 2013, *cit.*, p. 8.

²² La Presidenza del Consiglio chiarisce che sebbene non vi sia una norma che individua inderogabilmente i destinatari e le modalità della nomina, questa non può che ricadere su coloro che ricoprono un incarico dirigenziale. La legge, infatti, collega l'applicazione di sanzioni per responsabilità dirigenziale dovuta all'inadeguato adempimento delle funzioni. Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2013, *cit.*, pag.7.

²³ Sarebbe opportuno, altresì, che la scelta ricadesse sui dirigenti che siano anche titolari di ufficio e non su quelli con incarico di studio e consulenza. L'affidamento dell'incarico a dirigenti titolari *ex* art. 19, cc. 5 *bis* e 6, del d.lgs. 165 del 2001, invece, dovrebbe: i) avvenire esclusivamente in ipotesi eccezionali; ii) essere adeguatamente motivato. Si deve escludere del tutto la nomina di dirigenti che fanno parte dell'ufficio di diretta collaborazione, in virtù del vincolo fiduciario che li lega all'autorità di indirizzo politico e all'amministrazione.

²⁴ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2013, *cit.*, pag. 9.

²⁵ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2013, *cit.*, pag. 9.

Nell'ipotesi di designazione a responsabile del dirigente titolare di un incarico *ex art.* 19, co. 10, del d.lgs. n. 165 del 2001, è necessaria, inoltre, l'individuazione delle risorse che possono essere utilizzate per lo svolgimento dell'incarico²⁶.

Il responsabile della prevenzione deve raccordarsi con gli altri organi e figure all'interno dell'amministrazione. E' chiamato, infatti a svolgere un ruolo di impulso che presuppone: i) la trasparenza nell'organizzazione amministrativa, con evidenza delle responsabilità per procedimento, processo e prodotto; ii) il coordinamento tra le unità organizzative e la loro conformità all'*input* ricevuto dal responsabile.

8. Cosa non scrivere nei piani anticorruzione.

Prima di verificare cosa il piano anticorruzione deve contenere, occorre dire cosa sicuramente lo stesso non deve contenere. E per fare questo, si ritiene utile un breve richiamo al famoso "monito di Russell".

Bertrand Russell, com'è noto, ha introdotto una scatola nera dell'argomentazione, individuandone i virus: gli argomenti non logici che rischiano di far sprofondare nel relativismo. Tanti, ovviamente, avevano già lavorato in questo campo. Ma il grande filosofo ha fatto sapientemente germogliare le sementi che altri avevano gettato (per consentire poi a Wittgenstein di coglierne i frutti nel maestoso *Tractatus*).

Una totalità non può essere membro di se stessa, ammoniva Russell, nell'apprestarsi ad elaborare un divieto logico che sta alla base della sua famosa "teoria dei tipi". Non possiamo dire che una torta è formata dal pan di Spagna, dalle candeline, dalle fragole dalla panna e ... dalla torta. Nell'introdurre - con la teoria dei tipi logici - un rigido ordine gerarchico tra la classe (corpo umano, torta ecc.) e i suoi elementi (fragole, panna e, nel secondo esempio, testa, gambe ecc.), Russell ha dimostrato quanto sia facile cadere in contraddizione quando si parla di insiemi.

E in tale contraddizione cadono spesso i *compliance program* predisposti dalle imprese private per evitare la responsabilità *ex* 231 (le quali spesso finiscono per assumere tale responsabilità). Molti di tali modelli, infatti, hanno quale componente centrale - o comunque preponderante - la spiegazione della responsabilità 231, della funzione del modello o, addirittura, dei reati presupposti. Interi corpi del modello 231 sono composti, spesso, da indicazioni esplicative di come il legislatore abbia inteso disciplinare la responsabilità delle persone giuridiche. Ora, così come non possiamo dire che il corpo umano è formato dalla testa, dalle braccia dalle gambe e ... dal corpo umano, allo stesso modo non possiamo dire che un modello preventivo è formato dall'analisi del rischio, dalle procedure e ... dalla spiegazione del modello. Se si è deciso di predisporre il modello è perché si sa a cosa serve. Spiegarlo fa nascere il ragionevole dubbio che si voglia appositamente sorvolare sulle questioni concrete.

Ebbene, considerazioni analoghe si ritiene possano valere per il piano anticorruzione. Si ritiene che il piano non debba assolutamente contenere quelle lunghissime premesse sullo scopo e sulla finalità della legge che tanto connotano, in senso negativo, alcuni modelli 231. Questi inutili appesantimenti, infatti, fanno sorgere il ragionevole dubbio

²⁶ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2013, *cit.*, pag. 9.

che si voglia scambiare la quantità con la qualità: scrivere pagine e pagine di cose inutili e scontate perché non si vogliono affrontare i nodi critici.

Analogamente inutile è analizzare i reati. Per questo bastano e avanzano i molti (spesso troppi) libri e scritti giuridici. *Idem* per c.d. i manuali delle buone intenzioni: è inutile dire che l'ente o l'ufficio reprime i favoritismi e considera l'imparzialità come un valore assolutamente rilevante. Lo dice già la Costituzione della Repubblica italiana (artt. 97 e 98) e tanto basta. Come si illustrerà, una componente essenziale del piano è la valutazione dei rischi. E a tale proposito, sembra attagliarsi pienamente quanto prescrive l'art. 17 del decreto 81 del 2008 in merito alla valutazione dei rischi sulla sicurezza del lavoro (altra tipologia di valutazione dei rischi): *“il datore vi provvede con criteri di semplicità, brevità e comprensibilità, in modo da garantirne la completezza e l'idoneità quale strumento operativo di pianificazione degli interventi”*.

Il piano dovrà concentrarsi, così, su aspetti precisi: la sua reale efficacia preventiva dipenderà soprattutto dall'elaborazione - da parte delle p.a. - di procedure concrete, ritagliate sulla realtà degli uffici e sulle loro prassi.

8. Come redigere il piano: la fase della mappatura dei rischi

Abbiamo visto cosa non scrivere nel piano anticorruzione. Vediamo ora cosa scrivere. Anche a questo riguardo, l'esperienza 231 può essere utile.

La relativa metodologia prevede lo svolgimento di due fasi essenziali: mappatura del rischio; gestione del rischio.

La mappatura del rischio, a sua volta, si articola nelle fasi seguenti: i) identificazione delle aree a rischio; ii) analisi e valutazione del rischio; iii) enucleazione dei processi sensibili. La gestione del rischio, invece, si compone di tre fasi: i) fissazione dei protocolli; ii) specificazione dei protocolli tramite procedure; iii) fissazione del flusso informativo; iv) identificazione dei meccanismi di aggiornamento del piano anticorruzione.

A grandi linee, si può utilizzare la medesima articolazione.

Iniziamo dall'identificazione delle aree a rischio. Alcune di tali aree sono preidentificate dal comma 16 dell'art. 1 della legge 190: autorizzazioni, concessioni, gare; ausili pecuniari pubblici e, in genere vantaggi a soggetti pubblici e privati; concorsi pubblici. A ben vedere, tali categorie sono così generiche da essere quasi inutili.

L'unico reale valore aggiunto è la precisazione secondo la quale è area sensibile l'attribuzione di vantaggi non solo ai privati, ma anche ai soggetti pubblici. Il che conferma quanto precedentemente osservato: vi è illegalità non solo quando ad essere stato avvantaggiato è un soggetto privato, ma anche nel caso di vantaggi indebiti per gli enti pubblici. Per esempio, un partenariato pubblico - pubblico effettuato esorbitando dai rigorosi presupposti fissati, anche di recente, dalla Corte di Giustizia, può comportare vantaggi immediati (si affida, per esempio, un servizio senza gara con risparmi di tempi e costi per l'ente pubblico affidante e un vantaggio economico per l'ente pubblico affidatario). Ma tale vantaggio è indebito, poiché sotto lo schermo dell'art. 15 della legge n. 241 del 1990 si sottrae al mercato (e al relativo confronto

competitivo) un'attività che dovrebbe rientrarvi. Considerazioni analoghe valgono per l'affidamento tra amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 19, comma 2, del codice dei contratti pubblici che avvenga al di fuori dei rigidi presupposti previsti da tale norma (affidamento in virtù di un diritto esclusivo, comunitariamente legittimo, di cui gode l'affidatario). In questo caso, non ci si deve illudere dell'eventuale risparmio, perché la contropartita in termini di legalità lasciata sul campo è maggiore. Basta solo considerare che in un caso di questo tipo (affidamento ex art. 19, comma 2, senza i presupposti per tale norma) non viene osservata la disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari derivanti da contratti pubblici (nel caso degli affidamenti ex art. 19 la disciplina sulla tracciabilità non deve essere osservata; ma ciò, ovviamente, presuppone la sussistenza di tutti i presupposti per l'applicazione di tale norma); vale a dire un delicatissimo obbligo imposto dalla normativa antimafia.

Ma uno dei casi più frequenti è certamente quello dell'affidamento del servizio locale. Ad oggi, com'è noto, sussistono numerosi affidamenti diretti che, tuttavia, sono disposti a favore di soggetti partecipati (società a partecipazione pubbliche, in genere ex municipalizzate) che non hanno i requisiti dell'*in house*. Che l'affidamento continui a favore della partecipata, probabilmente è vantaggioso anche nei confronti dell'ente pubblico partecipante. Ma ad essere sacrificato è il mercato, gli utenti e la corretta gestione del servizio. Gli artifici spesso utilizzati dagli enti pubblici per rinviare le gare si pongono, così, in una situazione di illegalità. Situazione da cui, non a caso, sono scaturite vicende penali.

Ovviamente, poiché ogni piano deve essere cucito su misura dell'ente, le aree a rischio saranno profondamente diverse e dipendono dalle funzioni istituzionali proprie dell'ente. Un ente competente in materia di bonifiche dovrà considerare aria a rischio il settore ambientale. Le Regioni, aventi competenza primaria in materia sanitaria, dovranno puntare i riflettori, tra l'altro, sugli accordi contrattuali e gli accreditamenti.

Identificate le aree a rischio, si passa a una seconda fase: l'identificazione dei processi che si svolgono all'interno delle rispettive aree a rischio. Per processo si intende un'attività complessa che ricomprende una serie di operazioni che devono essere individuate e ordinate in maniera standardizzata.

Vi è un generale processo appalti e, all'interno di questo, vi è il delicatissimo processo di identificazione dell'oggetto dell'appalto da affidare. Occorre non lasciarsi indurre dalla tentazione di identificare i processi con i procedimenti amministrativi. I secondi sono formalizzati. I primi riguardano il modo concreto in cui l'amministrazione ordinariamente agisce (le prassi interne ecc).

Rispetto a ogni processo, occorrerà: i) individuare le attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio corruzione; ii) valutare il diverso grado di esposizione degli uffici al rischio corruzione.

Si arriva a uno snodo importante. Sulla base di quali parametri effettuare questo tipo di valutazione? Come decidere che un processo è più rischioso di un altro o che un ufficio è più esposto di un altro?

Anzitutto, occorrerà fare riferimento alle *“norme e metodologie comuni per la prevenzione della corruzione”* emanate, in base al comma 4, lett. c) dell'art. 1 del Dipartimento della funzione pubblica. Tra questi criteri - la cui elaborazione è di pertinenza del Dipartimento - vi sono quelli *“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” (art. 1, comma 5, lett. e). Occorrerà, poi, attenersi puntualmente alle linee guida contenute nel piano nazionale anticorruzione. Utile, se non necessario, per gli enti locali è il supporto tecnico e informativo che il Prefetto deve fornire a tali enti (art. 1, comma 6) ai fini della redazione del piano anticorruzione.

Oltre a meccanismi per così dire esterni, esistono metodiche che il Responsabile anticorruzione può utilizzare per valutare i rischi?

Il tema diventa spinoso. A rigore, infatti, non necessariamente tale ambito è lasciato all'intuizione o all'esperienza (che in ogni caso sono essenziali). Occorre considerare, infatti, che il campo della valutazione dei rischi è oggetto di un'apposita disciplina scientifica denominata scienza della sicurezza. Tale disciplina ha il compito di studiare il rischio (vale a dire la probabilità che si verifichi un dato evento lesivo per beni giuridicamente rilevanti) con l'obiettivo di ridurlo fino ad annullarlo o controllarne le conseguenze. Poiché l'eliminazione totale del rischio è quasi sempre impossibile (data l'incidenza di variabili imponderabili), la scienza della sicurezza si concentra sulle modalità di minimizzazione del c.d. rischio residuo (vale a dire del rischio ineliminabile). Tale minimizzazione avviene tramite il c.d. ciclo virtuoso della sicurezza: *i*) analisi (studio legislativo, normativo, ambientale, personale, professionale, delle attività e dei processi); *ii*) misure (suddivise in misure di prevenzione e di protezione); *iii*) gestione tramite aggiornamenti, formazione, informazione, manutenzione, verifiche, esercitazioni, piani di sicurezza e adeguamenti.

A grandi linee, la stessa legge 190 richiama il ciclo della sicurezza

I criteri di analisi del rischio, ovviamente, possono essere diversi e dipendono dal substrato di fatto su cui si innesta un rischio. Uno spunto interessante, per esempio, potrebbe essere fornito dalla *Learned Hand Formula of Negligence*. Si tratta di una massima elaborata nel 1947 dal giudice federale Learned Hand, nella motivazione della sentenza nel caso *United States v. Carroll Towing Co.* In questa massima, il giudice Learned Hand utilizzò una formula matematica (appunto la *Learned Hand Formula of Negligence*) per individuare il contenuto e il limite di azioni preventive volte a scongiurare rischi di eventi dannosi. La *Formula of Negligence*, a tal fine, prende in considerazione tre variabili: la probabilità di accadimento di un evento dannoso; la gravità del danno da esso risultante; il costo dell'attività di prevenzione necessaria per evitare l'evento dannoso²⁷.

Anche se a diversi fini, tale formula ci fornisce alcuni parametri che il responsabile anticorruzione potrebbe prendere in considerazione ai fini della predisposizione di un piano: la stima della possibilità/probabilità del fatto corruttivo in relazione a determinati processi; la gravità di eventuali fatti corruttivi rispetto ad altri. Ad esempio, in una situazione di evidente confusione normativa, è chiaro che il tema dell'affidamento della

²⁷In particolare, nella formula originaria (P) indica la *probabilità*; (L) il *loss*, ossia la gravità del danno, e (B) il *burden of prevention*, ossia il costo dell'attività preventiva. L'andamento della funzione è il seguente: il comportamento è da ritenersi negligente se il sacrificio economico necessario per evitare il danno (ovvero, il costo dell'attività preventiva) risulta inferiore al prodotto del costo del prevedibile danno moltiplicato per la probabilità del suo accadimento. Usando le notazioni algebriche del giudice Hand, vie è responsabilità se $(B) < (PL)$.

gestione del ciclo dei rifiuti si presta, ex ante, a una probabilità non irrilevante di rischio corruzione (per la rilevanza economica del valore della commessa, per la possibilità alta di avvantaggiare uno dei soggetti che detengono impianti di smaltimento, per l'eventuale pressione che potrebbe pervenire dal gestore esistente ecc.). Al contempo, l'eventuale impatto dell'illegalità in tale ambito è di estrema gravità (perché si tratta di un servizio essenziale, perché la sua istituzione prevede una programmazione pluriennale ecc.). Gli uffici dell'ente responsabili dell'affidamento della gestione dei rifiuti sono esposti, quindi, a un rischio elevato.

Effettuando tale valutazione, il piano anticorruzione dovrà così identificare: i) le aree a rischio; ii) i processi sensibili; iii) il diverso livello di esposizione degli uffici alla corruzione.

9. La predisposizione dei protocolli

Ultimata la fase di mappatura e valutazione del rischio, la diagnosi, occorrerà passare alla cura. Cura che si articola in due fasi: protocolli e procedure.

Il protocollo è un criterio riguardante la modalità di svolgimento dell'attività complessa. Si tratta di una linea di condotta primaria, desunta dalla disamina del processo. Il protocollo si riconnette alla valutazione del rischio: al protocollo dovrebbe potere essere associato un problema specifico. Normalmente i protocolli sono espressi tramite linee guida di primo livello e regole di condotta di secondo livello.

Appartengono alla prima categoria i principi generali in materia di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio corruzione. E' principio generalissimo, per esempio, quello in base al quale l'interesse pubblico che gli uffici devono perseguire non è solo l'interesse particolare dell'ente (cui appartengono gli uffici) ma quello generale. E' il messaggio culturale della lotta al particolarismo cui nel presente lavoro si è fatto spesso riferimento. E', ancora, principio generale l'obbligo di informazione piena del responsabile anticorruzione, oppure la trasparenza organizzativa, la divisione dei compiti ecc.

Poi vi sono i protocolli di secondo livello. Per esempio, un utile protocollo è quello degli affidamenti senza gara: l'ente deve sapere con certezza ex ante quando e entro che limiti può affidare senza gara. Considerazioni analoghe valgono per i protocolli attinenti all'eventuale compensazione per servizi pubblici a fallimento del mercato. Il protocollo dovrà, *ex ante*, identificare i presupposti per la concessione della compensazione, i criteri di quantificazione coerenti con la c.d. giurisprudenza Altmark.

Di particolare importanza sono, poi, i protocolli informativi, vale a dire il flusso informativo da e per il responsabile anticorruzione.

Ma un protocollo rilevante - una sorta di autodisciplina - potrebbe essere soprattutto quello avente ad oggetto i rapporti tra ente pubblico e operatori economici. In qualche modo, il protocollo dovrebbe entrare in una sorta di campo minato: il *lobbying*. Sono utili, al riguardo, alcune considerazioni di fondo. In Italia, in cui non esiste una legge generale sul *lobbying*, è abbastanza chiaro il meccanismo di intermediazione degli interessi in sede di fissazione delle regole pubbliche (vale a dire nella sfera dell'attività politica o politico - istituzionale). Lo è molto meno, invece, quello dell'intermediazione

degli interessi in sede di attuazione delle regole pubbliche (ovvero della sfera dell'attività amministrativa in senso proprio).

Quanto e come i gruppi imprenditoriali intervengono nella fissazione dell'oggetto dei bandi delle gare a cui parteciperanno? E a proposito della predisposizione di progetti di partenariato? Come viene interpellato il Comune quando il privato decide di localizzare un termovalorizzatore o una centrale elettrica? Quanto pesa il ruolo dell'impresa nella scelta, da parte di un ente pubblico, di internalizzare un servizio pubblico (tramite una gestione in economia), piuttosto che esternalizzarlo tramite una concessione o, ancora, tramite una società mista? E chi parla, all'interno dell'ente pubblico, con il privato? In che sedi si parla?

Insomma, tutti sanno che le lobby esistono - e agiscono - anche in Italia. Ma di fissare quelle essenziali regole che - negli stati moderni - consentono di distinguere la categoria dei lobbisti da quella dei faccendieri, non se ne parla.

Ebbene, sembra plausibile ritenere che uno dei requisiti essenziali dell'idoneità del piano è la capacità di guardare in faccia la realtà; di identificare e regolare i confini di intermediazione di interessi, accendendo i riflettori su quelle (spesso fisiologiche) sedi remote di intermediazione. In modo indiretto, lo dice la lettera c) del comma 9 della legge 190: il piano deve rispondere alle esigenze di monitorare i rapporti tra p.a. e contraenti, concessionari o destinatari di vantaggi economici. Occorrerà, quindi, predisporre appositi protocolli di monitoraggio e principi di trasparenza. L'ente deve senz'altro sentire il mercato, acquisire interessi. Ma lungi dal farlo nella penombra dei gabinetti politici (o in sedi remote), lo deve fare alla luce del sole e in trasparenza, fissando (poche e chiare) regole procedurali valide per tutti. Chi vorrà formulare una proposta di finanza di progetto, di un partenariato istituzionale, di compartecipazione di un'infrastruttura pubblica potrà senz'altro farlo; ma secondo regole e criteri predeterminati.

Si ritiene questo un requisito essenziale di un piano anticorruzione che, tra l'altro, finalmente possa (virtualmente) dichiarare guerra ai numerosi faccendieri e, al contempo, aprirsi e fornire opportunità al mercato e alla meritocrazia.

Vi possono essere, poi, protocolli di carattere premiale. Per esempio, valorizzando il ruolo della legalità, l'ente potrebbe decidere - tramite protocolli - di inserire tra i criteri di aggiudicazione nei (prossimi bandi) un punteggio aggiuntivo per le imprese più che pulite, che abbiano per esempio acquisito un elevato rating di legalità²⁸ o che abbiano

²⁸In base all'art. 5 ter del d.l. 24 gennaio 2012 n.1, le imprese con determinati requisiti possono beneficiare di un rating di legalità di cui si tiene conto nei finanziamenti pubblici e nell'accesso al credito bancario. Tale rating è elaborato e attribuito dall'Autorità *antitrust* (su istanza di parte) in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno. I criteri e le modalità di assegnazione del rating sono stabiliti con un regolamento dell'AGCM. Si tiene conto del rating di legalità in occasione: a) della concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e b) di accesso al credito bancario (secondo modalità stabilite con d.m. del Ministero dell'economia e finanze e del Ministero sviluppo economico. Gli istituti di credito che - in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese - omettono di tenere conto del rating attribuito sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulla decisione assunta. Destinatari del *rating* sono le imprese che operano nel territorio nazionale e raggiungono un fatturato minimo di due milioni di euro (riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza). L'AGCM può chiedere informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni al fine di attribuire il rating.

sottoscritto protocolli di legalità.

10. La predisposizione delle procedure

I protocolli vanno, poi, specificati e contestualizzati tramite procedure. La procedura è la modalità con cui i criteri contenuti nel protocollo devono essere tradotti. Si tratta, quindi, di una formalizzazione di una sequenza di comportamenti allo scopo di standardizzare e orientare i processi (soprattutto i processi sensibili) in chiave anticorruzione. Il meccanismo del piano anticorruzione, pertanto, è il seguente: i) esame del processo; ii) verifica del rischio; iii) valutazione del rischio; iv) elaborazione del protocollo; v) specificazione con la procedura.

La procedura è spesso la fase più lacunosa. Nei casi in cui la magistratura aveva considerato inodoneo il modello 231, la sostanziale ragione era la mancanza, non dei protocolli, ma dei processi.

E' realistico pensare che questo problema si porrà anche per il sistema preventivo anticorruzione.

In realtà, alcune procedure sono imposte dalla legge 190. Si tratta, per esempio, delle procedure di selezione e formazione dei dipendenti chiamati a operare in settori particolarmente esposti alla corruzione. *Idem*, quanto alla procedura di rotazione di dipendenti e funzionari in tali ambiti o le procedure di monitoraggio del rispetto dei termini o, ancora, le procedure di individuazione di obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge.

Laddove siano costituiti referenti, sono necessarie procedure di raccordo e di coordinamento tra responsabile e referenti *“in modo da creare un meccanismo di comunicazione/ informazione, input/output per l'esercizio della funzione”*²⁹.

Inoltre, poiché una delle esigenze del piano di prevenzione della corruzione consiste nell'individuazione di *“specifici obblighi di trasparenza, ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge”* (1, co. 9, lett. f) della legge 190), occorre fissare procedure di coordinamento tra il piano di prevenzione e il programma triennale per la trasparenza³⁰ che dovrà coinvolgere sia le attività sia il coordinamento e collegamento tra le persone deputate a svolgerle. Necessitano, quindi, procedure di raccordo in termini organizzativi tra il responsabile *ex* legge 190 e il responsabile della trasparenza, fermi restando i compiti, le funzioni e le responsabilità del responsabile per la prevenzione.

Si ritiene opportuno, inoltre, fissare apposite procedure riguardanti gli affidamenti senza gara (specificative dei relativi protocolli). Tali procedure dovranno essere finalizzate a un'attenta verifica dei presupposti e a una responsabilizzazione del funzionario o dirigente che si appresti ad applicare una disciplina derogatoria. Analogamente, dovranno essere predisposte apposite procedure (sempre all'insegna della semplicità) per regolare i contatti con gli imprenditori: dove (in quali uffici)

²⁹ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2013, *cit.*, pag. 9.

³⁰ Il programma triennale per la trasparenza deve essere adottato dalle amministrazioni, ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 150 del 2009. La C.I.V.I.T., con delibera n. 105 del 2010, ha demandato a ciascuna amministrazione il compito di individuare il responsabile per la trasparenza.

incontrarli; cosa dire; chi (della p.a.) deve parlare con tali soggetti; quali informazioni dare; come tracciare l'incontro. Con riferimento alle future gare, per esempio, potrebbe rivelarsi utile la procedura del sondaggio esplorativo da svolgersi in maniera aperta, trasparente e tracciabile.

Ovviamente, questi sono solo esempi generali. Occorrerà, infine, la manutenzione del piano: aggiornarlo quando si accerti la violazione dello stesso o mutamenti nell'organizzazione o attività dell'ente.

10. Conclusioni

Gli obblighi sono tanti; la finalità è certamente condivisibile. Tuttavia, sullo sfondo rimane una considerazione che può essere meglio formulata riprendendo Falzea. Il Giurista affermava che *“il recupero della legalità è la via obbligata per reinsaldare il sentimento della solidarietà sociale e della doverosità etica e giuridica”*. Ma aggiungeva che *“la restaurazione della legalità comincia dalle stesse fondamenta del diritto positivo, con la dotazione di un sistema normativo rispettabile: formalmente in quanto non straripante in dimensioni di pratica inconoscibilità e non pregiudicato nella sua pratica attuabilità da vizi di disarticolazione, contingenza, ambiguità”*³¹.

Il legislatore, che giustamente tanto pretende in chiave anticorruzione, si attiene a tali pilastri portanti di qualunque edificio giuridico e sociale?

³¹Falzea, Prolegomeni, *cit.*, 55.