



Rivista di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento

Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 6/2013

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato di redazione

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

Disciplina anticorruzione e legge n. 231/2001: riflessioni su due sistemi a confronto

di Franca Iuliano*

Sommario

1. Premesse; 2. Le finalità; 3. Ambiti soggettivi di applicazione; 4. Ambiti oggettivi: reati presupposto 231, corruzione e forme diverse di illegalità; 5. Le misure di prevenzione; 5.1. Piano di prevenzione della corruzione e modello 231; 5.2. Trasparenza; 5.3. Ulteriori presidi anticorruzione; 5.3.1. Codici di condotta; 5.3.2. Rotazione degli incarichi; 5.3.3. Incompatibilità, incandidabilità ed inleggibilità; 5.3.4. Disposizioni della legge 241/90; 6. Procedimenti e processi; 7. Le responsabilità e il controllo di legalità; 8. Riflessioni.

1. Premesse

Il presente contributo ha ad oggetto un raffronto tra la normativa in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 recante *“disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche priva di personalità giuridica”* e le *“disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità della pubblica amministrazione”* di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190, con lo scopo di stimolare una riflessione in merito all’interazione tra i due sistemi normativi, ai punti di contatto e alle possibili criticità già emerse per il primo ed ipotizzabili per il secondo, in sede di interpretazione e di prima applicazione.

2. Le finalità

Su impulso di iniziative comunitarie¹, nel 2001 il legislatore italiano, in forza di delega conferita al

Governo ai sensi dell’art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, con il d.lgs. n. 231/2001 ha introdotto nell’ordinamento un sistema di responsabilità amministrativa dettata per gli enti collettivi, con l’intento di colmare una lacuna normativa e superare il noto brocardo *societas delinquere non potest*. La reazione al diffuso fenomeno della criminalità ad iniziativa dell’organizzazione pluripersonale ha interessato l’ipotesi in cui la stessa, come *politica aziendale*, rappresentasse un vero e proprio costo aziendale, come quella in cui la criminalità emergesse quale patologia di una cattiva organizzazione dell’ente e di un difetto di organizzazione e di controllo da parte degli organismi apicali.

* Il lavoro è stato sottoposto ad una preventiva valutazione da parte di due referee anonimi.

¹ Con la Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità Europee del 1996 (*breviter* P.I.F.) i singoli stati membri si impegnano ad introdurre, nei rispettivi ordinamenti, misure idonee a combattere le frodi fiscali ai danni della Comunità; la *Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali* del 1997 impone agli Stati l’adozione di norme incriminatrici per combattere ogni forma di corruzione.

La responsabilità dell'ente, sulla cui natura si è dibattuto², è stata prevista, quindi, nell'ipotesi di commissione, nell'interesse o a vantaggio dell'ente³, di determinati reati tassativamente elencati (c.d. reati presupposto): (i) da parte di persone fisiche che rivestano una funzione di rappresentanza, di amministrazione o di direzione degli enti, nonché da soggetti che esercitano, anche di fatto, funzioni di gestione o di controllo; (ii) da parte di soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza dei primi. Il criterio di imputazione sogget-

tiva della responsabilità è stato rinvenuto nella *colpa di organizzazione* quale espressione di improprie o sconvenienti scelte aziendali, ovvero dalla mancata adozione di *modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire* i suddetti reati o da una mancata vigilanza da parte degli organi di controllo.

A distanza di un decennio, e sempre in risposta ad una spinta comunitaria⁴ e di altri soggetti o organismi sovranazionali, il legislatore è intervenuto, nuovamente e in modo più incisivo, con più ampie riforme strutturali⁵, in un momento storico che ha visto l'Italia collocarsi al sessantanovesimo posto nella classifica di *Transparency International*. In occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, il Presidente della Corte dei Conti ha stigmatizzato come *"la corruzione è divenuta da fenomeno burocratico/pulviscolare, fenomeno politico - amministrativo-sistemico"* evidenziando come *"[...] la corruzione sistemica, oltre al prestigio, all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione, pre-*

² Sono state controverse le seguenti ipotesi: a) *responsabilità amministrativa*, b) *responsabilità penale*, in ragione del fatto che essa ricorre al commettersi di determinati reati nonché all'accertamento da parte del giudice penale, nell'ambito del processo penale, c) *tertium genus* di responsabilità. È stato anche rilevato che il principio costituzionale della responsabilità personale, enunciato a garanzia della persona fisica, la quale non può essere punita per un fatto altrui, non sarebbe contraddetto dalla soggettività penale delle persone giuridiche, semmai confermato dal rapporto di immedesimazione organica. Sul punto, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, parte generale, Padova, 2011, p. 115. La relazione governativa di accompagnamento al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, pur riconoscendo il superamento del limite posto dall'art. 27 della costituzione, qualifica espressamente come *"amministrativa"* la natura della responsabilità, seppur assistita dalle garanzie del processo penale, ma distante dall'illecito amministrativo di cui alla legge 26 novembre 1981, n. 689 e ciò anche con lo scopo di superare le resistenze di parte della dottrina.

³ L'art. 5 del d.lgs. 231/2001 prevede un'ipotesi alternativa di commissione di reato nell'interesse dell'ente o a suo vantaggio. Secondo alcuni si tratterebbe di *endiadi rafforzativa*: è possibile che un soggetto commetta un reato nell'interesse dell'ente senza che ne derivi necessariamente un vantaggio riflesso; ipotesi, tuttavia, non pacifica in giurisprudenza. La Cassazione penale, con sentenza della sezione seconda, 30 gennaio 2006 n. 3615 (in www.cortedicassazione.it) ha chiarito che trattasi di concetti diversi e previsti in via alternativa. È stato, poi, evidenziato che tale coefficiente psicologico va tenuto distinto dall'elemento soggettivo del reato presupposto, rilevando quale elemento esterno al fatto tipico della singola fattispecie di reato ai fini dell'imputazione del fatto all'ente. Cfr. M. ARENA, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni colpose* 2009, Roma, p. 4.

⁴ La legge 6 novembre 2012, n. 190 interviene in attuazione dell'art. 6 della *Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n.116, e degli articoli 20 e 21 della *Convenzione penale sulla corruzione*, di Strasburgo del 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012 n. 110. L'adozione di misure idonee a combattere il fenomeno della corruzione è inoltre stata sollecitata da organismi internazionali di cui è parte l'Italia, in particolare dal GRECO (*Groupe d'Etats contre la Corruption*) del Consiglio di Europa, che ha rilevato trattarsi di *"fenomeno consueto e diffuso"*; dal WGB (*Working Group on Bribery*) dell'OCSE e dall'IRG (*Implementation Review Group*) per l'attuazione della Convenzione contro la corruzione delle Nazioni Unite.

⁵ Basti solo pensare alla legge 20 aprile 2012, n. 1 che ha *costituzionalizzato* il principio dell'equilibrio dei bilanci delle pubbliche amministrazioni, modificando, contestualmente, l'art. 97 della Costituzione con la previsione dell'obbligo per le pubbliche amministrazioni di assicurare gli equilibri dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Si consideri, poi, il decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con legge 7 dicembre 2012, n. 213 in materia di potenziamento dei sistemi di controlli sulle autonomie locali.

giudica, da un lato la legittimazione stessa delle Pubbliche Amministrazioni, e, dall'altro, [...] l'economia della nazione"⁶.

Da una parte, è venuta in emersione l'incidenza delle pratiche corruttive sui meccanismi decisionali pubblici, quindi l'alterazione dei principi di eguaglianza e di pari opportunità che stanno alla base dello stesso sistema democratico, quali fattori impropri di deviazione dell'esercizio della funzione amministrativa.

Dall'altra, sono stati rilevati gli effetti economici dei fenomeni corruttivi: le imprese che operano in situazioni di corruzione crescono del trentaquattro-quaranta per cento in meno rispetto ad altre concorrenti che operano in mercati sani.

Ragioni economiche e sistemiche hanno spinto il legislatore ad intervenire con uno strumento di "politica integrata", introducendo sia sistemi di tipo repressivo sanzionatori sia misure di prevenzione che, ove attuate, condurrebbero a colpire, riducendole, le occasioni di corruzione e le cause che ne favoriscono, o che ne hanno favorito, la diffusione⁷.

La l. n. 190/2012 prevede misure extrapenali indirizzate, per la prima volta, alla pubblica amministrazione. Esse incidono direttamente sull'azione amministrativa, con lo scopo di combattere, anche nel settore pubblico, la c.d. colpa di organizzazione e i diffusi fenomeni di irresponsabilità; intervengono, nello specifico, nei settori più esposti ai fenomeni corruttivi, in generale moralizzando la funzione amministrativa e ripristinando l'etica pubblica.

Mentre il "sistema 231", con una larga previsione di reati presupposto, ove attuato, è volto a ridurre

al minimo il rischio di commissione di reati da parte delle organizzazioni plurisoggettive e delle imprese, in particolare, nelle attività aziendali e nei rapporti con la pubblica amministrazione, la l. n. 190/2012 rivolta essenzialmente ai soggetti pubblici, ha lo scopo di prevenire le cause della corruzione o a contenerne gli effetti.

3. Ambiti soggettivi di applicazione

La responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 si applica, ai sensi dell'art. 1, "agli enti forniti di personalità giuridica⁸ e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica"⁹; non è estesa "allo Stato, agli enti pubblici territoriali¹⁰, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale"¹¹. La disciplina riguarda, quindi, soggetti privati, dotati o meno di personalità giuridica ed enti pubblici economici, in quanto agenti *iure privatorum*.

E' stato, inoltre, ritenuto che la natura pubblica di una società non la esonera dalla responsabilità amministrativa ove essa svolga attività economica. Così come sono incluse le società miste (a partecipazione pubblica e privata) anche laddove vengano qualificate come enti pubblici¹².

La giurisprudenza non è stata univoca nell'escludere dal novero dei soggetti le imprese individuali in quanto non menzionate dal d.lgs. 231/2001. Da una parte, è stato ritenuto che l'estensione della responsabilità violerebbe il principio del *ne bis in idem* in quanto si punirebbe per lo stesso fatto il medesimo soggetto, in qualità di persona fisica e

⁶ Cfr. relazione orale del Presidente della Corte dei Conti Luigi Giampaolino, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, in www.corteconti.it.

⁷ Sempre nella richiamata relazione il Presidente della Corte dei Conti precisa: "la risposta, pertanto, non può essere di soli puntuali, limitati interventi - circoscritti per di più, su singole norme del codice penale - ma la risposta deve essere articolata e anch'essa sistemica."

⁸ La responsabilità riguarda le società di capitali e cooperative, fondazioni e associazioni riconosciute, enti pubblici economici.

⁹ La responsabilità si applica, inoltre, alle società di persone, consorzi, associazioni non riconosciute.

¹⁰ Regioni, Province e Comuni.

¹¹ Es.: partiti politici, sindacati dei lavoratori, le Camere, la Consulta, il Csm.

¹² Cfr. Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2011 n. 234, in www.cortedicassazione.it e 21 luglio 2010 n. 28699, in *Dir. & Giust.*, 2010.

quale imprenditore individuale¹³. Dall'altra si è sostenuta l'ampia portata dispositiva del decreto, risultando presupposta l'applicazione per le società a responsabilità limitata unipersonali.

La *ratio* della scelta normativa è quella di escludere dall'applicazione del "sistema 231" soggetti che esercitano pubblici poteri, rispetto ai quali l'impatto delle pesanti sanzioni¹⁴ (anche) interdittive determinerebbe un effetto paralizzante sull'esercizio della funzione pubblica¹⁵. A ciò si aggiunga che laddove si ipotizzasse una responsabilità penale dello Stato, lo stesso sarebbe titolare dell'azione penale e, al contempo, soggetto passivo dell'azione stessa. Analogamente la valutazione del vantaggio o interesse per l'ente, quali presupposti dell'imputazione "231", imporrebbero il confronto con l'interesse pubblico alla repressione dei reati medesimi.

Se, quindi, i soggetti pubblici sono esenti da responsabilità ex d.lgs. 231/2001, la l. 190/2012 - che, più propriamente, non individua un nuovo sistema di responsabilità, delineando, piuttosto, un articolato e complesso macrosistema di intervento fondato sulla prevenzione - sembrerebbe aver integrato l'ambito soggettivo di interesse sancendo testualmente, al comma 59 dell'art. 1, "le disposizioni di prevenzione della corruzione di cui ai commi da 1 a 57 del presente articolo, di diretta attuazione dell'art. 97 della Costituzione, sono applicate a tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del

decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165¹⁶, e successive modificazioni".

Confrontando le norme, la l. 190/2012 estende la propria portata dispositiva anche agli *enti pubblici non economici*, espressamente esclusi dall'ambito applicativo del d.lgs. 231/2001, secondo una previsione apparentemente chiara, ma che tace non pochi problemi applicativi legati alla qualificazione soggettiva degli enti medesimi¹⁷.

¹⁶ A norma dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI".

¹⁷ E' utile segnalare che il decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 recante "disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'art. 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012 n. 190", laddove, all'art. 15, prevede: "il responsabile del piano anticorruzione di ciascuna amministrazione pubblica, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico, di seguito denominato responsabile cura, anche attraverso disposizioni del piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi [...]" induce a ritenere che, a meno di non voler inferire un difetto di coordinamento delle norme che delineano gli ambiti di applicazione soggettiva della disciplina anticorruzione (cfr. anche note n. 16 e 38) abbia, invece, inteso ampliare la platea dei soggetti obbligati a redigere il piano anticorruzione estendendola agli enti pubblici economici (in quanto facenti parte degli enti pubblici genericamente indicati) così come agli enti di diritto privato in controllo pubblico. Una diversa lettura esclude il carattere cogente della norma per detti enti per ricondurre l'ambito di applicazione soggettiva alle sole ipotesi tassativamente indicate all'art. 1, comma 59 l. 190/2012.

¹³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 2004 n. 1894, in www.cortedicassazione.it.

¹⁴ Le misure repressive ex d. lgs. 231/2001 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 di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali all'esercizio; 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 concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

¹⁵ Al riguardo si veda la Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001.

Gli enti la cui natura giuridica non è chiaramente definita dalla legge o che, in relazione alle finalità perseguite, sono stati considerati (dalla giurisprudenza) *pubblici economici* o *non economici* saranno chiamati a valutare se adottare il modello organizzativo "231" ovvero il piano anticorruzione, conformandosi alle prescrizioni ed obblighi imposti dalla l. 190/2012. E' evidente che mentre la mancata adozione del modello 231 produrrà il solo effetto di non avvalersi di un'esimente, ben più gravi si presentano le conseguenze della mancata adozione del piano anticorruzione (obbligatorio). L'ente virtuoso potrebbe, quindi, adottare il modello 231 a presidio del rischio di commissione dei reati presupposto e il piano anticorruzione, quale strumento di prevenzione del delitto di corruzione.

L'applicazione integrata sistema 231-legge *anticorruzione* dovrebbe condurre, a regime, alla riduzione dei fenomeni corruttivi e della *maladministration*¹⁸ oltre che alla moralizzazione del sistema e dei rapporti non solo economici con l'amministrazione pubblica.

4. Ambiti oggettivi: reati presupposto 231, corruzione e forme diverse di illegalità

L'elenco dei reati presupposto¹⁹, originariamente limitato dal d.lgs. 231/2001 a poche fattispecie (per

effetto di un esercizio limitato della delega), al ricorrere delle quali consegue la responsabilità amministrativa dell'ente, è andato via via estendendosi a diverse altre fattispecie descritte nel codice penale e nella legislazione speciale, tendendo ad una sostanziale coincidenza con la disciplina applicabile alla condotta della soggetti persone fisiche e circoscrivendo ulteriormente l'area di non punibilità degli organismi plurisoggettivi.

L'art. 1, comma 75, l. 190/2012, introducendo nel codice penale l'*induzione indebita a dare o promettere utilità* (art. 319 *quater*) ha contestualmente modificato, integrandolo, l'art. 25 del d.lgs. 231/2001, così come, nell'ambito dei reati societari, sostituendo l'art. 2635 cod. civ. con la previsione della *corruzione tra privati*, ha conseguentemente aggiornato l'elenco dei reati presupposto, prevedendolo all'art. 25 *ter*, lettera *s-bis* d.lgs. 231/2001²⁰.

vembre 2001, n. 409, e poi la legge 23 luglio 2009, n. 99 hanno introdotto una serie di reati di *falso*. Nell'ambito della riforma del diritto penale societario, il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 ha esteso la responsabilità amministrativa alla commissione dei *reati societari*. La legge 14 gennaio 2003, n. 7 ha inserito i *delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione*. La legge 11 agosto 2003, n. 228 i delitti contro la personalità individuale. La legge n. 38 del 2006, la pornografia virtuale. La legge 18 aprile 2005, n. 62 del 2005 ha inserito i reati di *abuso di mercato*. La legge 9 gennaio 2006, n. 7 ha inserito il delitto di *pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*. La legge 16 marzo 2006, n. 146 ha introdotto i reati transnazionali e quelli associativi. Nel 2007: la legge n. 123 del 3 agosto ha esteso la responsabilità dell'Ente ai delitti di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi in violazione della normativa contro gli infortuni sul lavoro, il decreto legislativo n. 231 del 21 novembre 2007, i delitti di *riciclaggio* e *ricettazione*. La legge 18 marzo 2008, n. 48 ha introdotto i *reati informatici*. Per effetto dell'art. 2 del decreto legislativo 7 luglio 2011 sono stati introdotti i *reati ambientali* includendo sia quelli previsti dal codice penale che quelli previsti dal T.U. Ambiente di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Infine, il decreto legislativo 16 luglio 2012, n. 109 prevede la responsabilità dell'Ente in ipotesi di impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

²⁰ E' stato, inoltre, introdotto nel codice penale, all'art. 346-bis, il *traffico di influenza illecita*, ma la fattispecie non è stata

¹⁸ Termine che, mutuato dall'esperienza anglosassone, indica diverse ipotesi di cattiva amministrazione: non solo i casi di negligenza, imperizia, ritardo ingiustificato, violazione di norme procedurali ma, in generale, quelli in cui la pubblica amministrazione non abbia adeguatamente riscontrato le istanze del cittadino. Alcuni vizi sottesi alla *maladministration* nel nostro orientamento configurano figure sintomatiche di eccesso di potere. Cfr. G. LIGUGNANA, *L'Altra giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 135.

¹⁹ Nella sua formulazione originaria, il d. lgs. 231/2001 elencava, tra i reati dalla cui commissione derivava la responsabilità amministrativa degli enti, esclusivamente quelli nei confronti della pubblica amministrazione e quelli contro il patrimonio commessi a danno dello Stato o di altro Ente pubblico (artt. 24 e 25) quali *l'indebita percezione di contributi, finanziamenti o altre erogazioni, truffa o frode informatica danno dello Stato o di altro Ente pubblico; corruzione; concussione; malversazione*. Successivamente, la legge 23 no-

La disciplina anticorruzione ha, pertanto, apportato profonde innovazioni per le imprese che intendano adeguarsi al sistema di prevenzione 231; non si tratterà, infatti, semplicemente di introdurre nei modelli e nelle procedure le nuove figure delittuose, di aggiornare la mappatura dei rischi e costruire un adeguato sistema di controllo (attività, per altro, di non poco rilievo), quanto piuttosto di conformare il sistema alle novità della l. 190/2012 e dei decreti attuativi.

Trattasi, come già evidenziato, di un macrosistema di intervento fondato sulla cultura della prevenzione ed orientato ad incidere sulla deviazione funzionale dell'attività pubblicistica.

A tal fine, il legislatore non si è limitato a qualificare la *corruzione* rinviando al codice penale, che descrive una fattispecie a struttura sinallagmatica, nella quale corrotto e corruttore vantano un reciproco interesse a che il fatto penale sfugga all'accertamento e alla repressione. La legge ha, invece, inteso riferirsi ad un'ampia accezione perché i rimedi proposti involgessero più vasti fenomeni e forme di lesione dell'integrità pubblica.

E' quanto emerge dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2013, n. 1 che ha chiarito come il concetto di corruzione debba essere inteso in senso lato ed includere (i) situazioni in cui, anche esorbitando dall'ambito della fattispecie penale, un soggetto, nell'esercizio dell'attività amministrativa, abusi del potere attribuitogli al fine di ottenere un vantaggio privato o, comunque, (ii) "situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso ai fini privati delle funzioni attribuite"²¹.

inserita nel catalogo dei reati 231. Si ritiene, tuttavia, che in sede di mappatura dei rischi detto reato non possa essere trascurato in ragione della stretta connessione con il delitto di corruzione.

²¹ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento della funzione pubblica, servizio studi e consulenza trattamento del personale, DFP 0004355 P-4 17.1.7.5. del 25.1.2013 n. 1, in www.funzionepubblica.gov.it.

Così delimitato l'ambito di azione della nuova disciplina, è lasciato all'interprete il gravoso compito di individuare le condotte tipiche che integrano l'azione illegale e che diventeranno, in fase di prevenzione, oggetto di monitoraggio e controllo; in sede repressiva, tuttavia, l'art. 1 comma 12 della legge 190/2012 fa conseguire i diversi profili di responsabilità alla commissione del solo "reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato", con ciò rinviando alla fattispecie codicistica tipizzata.

Perché funzioni il meccanismo di prevenzione, l'attenzione dovrà, quindi, incentrarsi sulle diverse e possibili forme di abuso di potere, sintomi principali di illegalità, di *malfunzionamento* e *malcostume amministrativo*.

Originariamente, per il legislatore degli anni trenta, il delitto di *abuso di ufficio* (*abuso innominato in atti d'ufficio*) rappresentava una figura sussidiaria di reato in quanto ricorreva dove il fatto non integrasse gli estremi di una più specifica disposizione incriminatrice. Con la riforma degli anni novanta la legge, distinguendo la condotta *prevaricatrice* o *favoritrice* da quella *affaristica*, ha tentato di delimitare l'ambito della fattispecie in modo da sottrarre all'indagine del giudice penale l'accertamento della legalità dell'azione amministrativa, dovuto proprio alla genericità di una previsione normativa, che, favorendo straripamenti con interpretazioni giurisprudenziali estensive, talvolta investiva la stessa illegittimità dell'atto.

Nello stesso senso, la riforma del 1997, che ha portato alla formulazione attuale, è nuovamente intervenuta sulla fattispecie, sempre nell'ottica di delineare con rigore la struttura del reato ed arginare il sindacato del giudice penale sull'azione amministrativa²².

²² Sintetizzando al massimo i punti di intervento: (i) è stata modificata la struttura della fattispecie, divenuta reato di evento, necessitando, per la consumazione del vantaggio o del danno; (ii) il vantaggio deve essere patrimoniale e deve conseguire alla violazione di norme di legge o di regolamento, previsione, quest'ultima posta nell'ottica di esclu-

Se, quindi, nelle intenzioni del legislatore, il nuovo testo delimita lo sconfinamento nell'area propria del giudice amministrativo e riconduce l'azione penale nei parametri costituzionali della divisione dei poteri, la dottrina si è interrogata sull'idoneità del meccanismo qui in esame a reprimere fenomeni di malcostume e affarismo celati dietro condotte estranee agli elementi strutturali del reato.

L'approdo del legislatore è stato, quindi, quello di costruire un complesso sistema i cui elementi innovativi risiedono nell'apparato preventivo. Ed è proprio nella individuazione delle misure di prevenzione che sono stati superati i limiti posti dalla tipicità della condotta del delitto di corruzione e si è optato per una previsione ampia che colpisca forme diverse di abuso di potere e diffuse di mal funzionamento amministrativo.

La legge 190/2012 non ha, quindi, ampliato la fattispecie del delitto di corruzione, prevista e disciplinata dal codice penale, come modificata dalla legge medesima limitatamente alla corruzione c.d. *impropria*²³, ma ha introdotto forme integrate di prevenzione che operano sul piano essenzialmente amministrativo.

5. Le misure di prevenzione

A tal fine, il legislatore: (i) da una parte, muovendo dall'analisi del rischio e dalla individuazione

delle aree amministrative maggiormente interessate da fenomeni corruttivi, ha perseguito l'obiettivo di costruire un sistema gestionale adeguato, mutuando il processo di *risk management* proprio dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001; (ii) dall'altra, all'esterno del sistema di gestione del rischio, consapevole che il malcostume si annida più in generale nella lungaggine e nella farraginosità delle procedure amministrative, è intervenuto sulla disciplina che regola il procedimento amministrativo.

In entrambi i casi l'obiettivo è quello di incidere profondamente sull'organizzazione interna degli uffici, sull'esercizio del potere disciplinare e della funzione amministrativa, sul rapporto dei soggetti privati con la pubblica amministrazione.

In detto ambito, a livello istituzionale, la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), di cui all'art. 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, opera in qualità di Autorità nazionale anticorruzione, costituita dalla l. 190/2012 ed incaricata di svolgere attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

Si prenderanno, di seguito, in esame solo i principali interventi normativi che si prestano ad una lettura critica e che suggeriscono spunti di riflessione.

5.1. Piano di prevenzione della corruzione e modello 231

È posto a carico delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti individuati con rinvio all'art.1, comma 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'obbligo di adozione del *piano di prevenzione della corruzione*, principale strumento organizzativo di politica della prevenzione.

Il piano è elaborato dal *responsabile della prevenzione della corruzione* ed adottato dall'*organo di indirizzo politico*, a norma dell'art. 1, comma 8 l. 190/2012.

La costruzione del piano dovrà ispirarsi al sistema di *risk management* dei modelli 231, basandosi, questi ultimi, (i) sulla identificazione dei rischi di

dere il sindacato sull'eccesso o *sviamento* di potere; (iii) è stato sostituito l'elemento soggettivo del dolo specifico con il dolo intenzionale; (iv) è stato ridotto il limite massimo di pena a tre anni; (v) la l. 190/2012 ha elevato la pena prevedendo la reclusione da uno a quattro anni. Così G. FIANDACA E. MUSCO, *Diritto penale*, parte speciale, volume I, Bologna, 1988, p. 180 e G. FIANDACA E. MUSCO, *Diritto penale*, parte speciale, volume I, Bologna, 2012, p. 244.

²³ L'art. 1, comma 75, legge 6 novembre 2012, n. 190 ha sostituito la corruzione *per atti d'ufficio* con la corruzione *per l'esercizio della funzione*. La consumazione del reato è, quindi, legata all'esercizio della funzione o del potere e non limitata all'*atto d'ufficio*. La legge recepisce la giurisprudenza in materia che non riteneva necessaria l'individuazione di uno specifico atto al fine di individuare la condotta colpevole.

reato (individuazione delle aree o settori di attività aziendale che presentano rischi di commissione dei reati presupposto ed indicazione delle connotazioni fattuali), (ii) sulla costruzione del sistema di controllo interno (individuazione dei protocolli per l'assunzione e l'attuazione delle decisioni dell'ente).

Nello specifico, l'art. 1, comma 9 l. 190/2012, nell'individuare il contenuto del piano, sembra riprodurre, recependo i dovuti adattamenti, in ragione della diversità dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione delle rispettive discipline, le indicazioni di cui all'art. 6 del d.lgs. 231/2001²⁴.

²⁴ Ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 321/2001, i modelli, basati sui *compliance programs* dell'esperienza statunitense, devono prevedere: a) l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) le modalità di individuazione e di gestione delle risorse finanziarie destinate all'attività nel cui ambito possono essere commessi reati; d) obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Sempre all'art. 6 è previsto che i modelli di organizzazione gestione e controllo possano essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti. Le prime linee guida ad essere adottate sono state quelle di Confindustria, considerate la più completa indicazione della *best practice* in materia. Tali linee guida prevedono (i) l'individuazione delle aree a rischio, (ii) la predisposizione del sistema di controllo. Le componenti più rilevanti del sistema di controllo sono: il codice etico; il sistema organizzativo; le procedure manuali ed informatiche; i poteri autorizzativi e di firma; i sistemi di controllo e di gestione; le comunicazioni al personale e la sua formazione. Le componenti del sistema di controllo devono essere ispirate ai seguenti principi: verificabilità, documentabilità, coerenza e congruenza di ogni operazione; la separazione delle funzioni (nessuno può gestire in autonomia un intero processo); la documentazione dei controlli; la previsione di un adeguato sistema sanzionatorio per la violazione delle norme del codice etico e delle procedure previste dal modello; l'individuazione dei requisiti dell'Organismo di Vigilanza.

Il piano dovrà essere redatto sulla base delle indicazioni e linee guida contenute nel Piano nazionale approvato dalla CiVIT nonché sulla base delle indicazioni contenute nelle (prime) *linee di indirizzo* del Comitato interministeriale per la prevenzione e il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, che eterointegrano i criteri indicati nel richiamato art. 1, comma 9 l. 190/2012²⁵.

Dette prescrizioni, oltre a garantire alle amministrazioni di riferimento indicazioni necessarie per la elaborazione dei piani triennali, assicurano l'adozione di criteri omogenei, e, in sede di controllo, una più agevole verifica dello stato di attuazione della politica di anticorruzione adottata dalle singole amministrazioni.

Muovendo dall'individuazione delle aree sensibili, l'art. 1, comma 9 l. 190/2012 rinvia all'elenco di cui al successivo comma 16: *autorizzazioni o concessioni, scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi e sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici a persone ed enti pubblici e privati, concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale*. Se da una parte il comma 16 indica, più propriamente, i settori nei quali le amministrazioni assicureranno la trasparenza (*infra cfr. sub 5.2.*), costituente livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti so-

²⁵ Il Piano nazionale dovrà essere predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica e sottoposto all'approvazione della CiVIT. La circolare 1/2013 della Presidenza del Consiglio dei ministri Dipartimento funzione pubblica *cit*, pag. 3 chiarisce che i piani triennali, che a norma del comma 8 dell'art. 1 l. 190/2012 dovranno essere adottati entro il 31 gennaio di ogni anno, in sede di prima applicazione dovranno intervenire entro il 31 marzo 2013; termine indicato come ordinatorio dalla stessa CiVIT. Il Comitato interministeriale per la prevenzione e il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, costituito con decreto del presidente del consiglio dei ministri del 16 gennaio 2013, ha dettato le *linee guida* per la redazione del Piano nazionale e dei piani triennali, indicandone espressamente il contenuto minimo; in www.funzionepubblica.gov.it.

ciali, è pur vero che detto rinvio non esaurisce le aree sensibili, posto che la medesima norma parla di “attività, tra le quali quelle di cui al comma 16”. La legge sembrerebbe, quindi, indicare un contenuto minimo necessario della mappatura dei rischi di reato, rimettendo alla discrezionalità del *responsabile della corruzione e prevenzione* (o invece, ovvero anche, dell'organo di indirizzo politico dell'ente, competente ad adottare il piano triennale su proposta del primo) la determinazione delle eventuali restanti aree di rischio in ragione delle funzioni delle singole amministrazioni. Detta indagine potrebbe presentare importanti difficoltà, avendo già evidenziato che la condotta rilevante ai fini della mappatura dei rischi non è solo quella tipizzata del delitto di corruzione ma anche quella che fonda in tutte le situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati²⁶.

Ed ancora, sembrerebbero richiedersi, esclusivamente in capo al responsabile, competenze specifiche in materia di valutazione del rischio e di individuazione dei processi sensibili, sia in sede di elaborazione del piano che di monitoraggio.

Se l'art. 1, comma 8, vieta che l'elaborazione del piano venga affidata a soggetti (*id est* consulenti) esterni, il responsabile della prevenzione della corruzione potrà giovare di un *adeguato supporto, mediante assegnazione di apposite risorse umane, strumentali e finanziarie, nei limiti di disponibilità di bilancio*²⁷. Egli, infatti, potrà essere assistito da soggetti dotati di *elevate professionalità, che dovranno essere destinatarie di specifica formazione*²⁸. Posti i suddetti limiti normativi e la clausola di invarianza di cui all'art. 2 della l. 190/2010, ci si interroga su quale tipo di supporto, in concreto, possa essere garanti-

to al responsabile della prevenzione della corruzione nelle amministrazioni che non abbiano in organico le necessarie competenze professionali, dopo aver positivamente risolto l'incognita relativa alla individuazione dello stesso responsabile nell'ambito delle amministrazioni che non abbiano al proprio interno una figura dirigenziale di prima fascia in servizio che ne possa ricoprire il ruolo ovvero di quelle le cui figure astrattamente titolate siano incompatibili con l'incarico²⁹.

Ai fini della costruzione del piano, la legge non fornisce alcuna prescrizione, limitandosi a chiarire, all'art. 1, comma 9, le *esigenze* cui lo stesso debba rispondere, esitandone indicazioni volte essenzialmente a delinearne il sistema di controllo, che ne presuppone l'adozione; così come carente al riguardo sono le *prime linee di indirizzo* del Comitato interministeriale per la predisposizione, da parte del Dipartimento della funzione pubblica, del Piano nazionale anticorruzione che individuano i principi di comportamento e protocolli necessari alla costruzione del sistema di controllo, dettagliando ulteriormente il contenuto del richiamato comma 9.

La tecnica redazionale, come premesso, non potrà, quindi, che ispirarsi al sistema di *risk management* proprio dei modelli 231. La realizzazione e gestione di un sistema di controllo (al cui fine, invece, le richiamate fonti normative forniscono sufficienti indicazioni) deve necessariamente essere precedu-

²⁶ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2013, *cit.* pag. 4.

²⁷ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 25 gennaio 2013, *cit.* pag. 9.

²⁸ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 25 gennaio 2013, *cit.* pag. 9.

²⁹ L'art. 1, comma 7 l. 190/2012 chiarisce che il responsabile della prevenzione della corruzione, nominato dall'organo di indirizzo politico, debba essere individuato *di norma* tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia; al riguardo la Circolare 1/2013 chiarisce che negli enti locali la locuzione *di norma* suggerisce un criterio preferenziale piuttosto che un obbligo ma che nella designazione occorra tener conto dell'esistenza di situazioni di conflitto di interesse, “evitando, per quanto possibile, la designazione di 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”. Del pari viene sconsigliata la nomina del dirigente responsabile dell'Ufficio Procedimenti Disciplinari.

ta dall'utilizzo di indici di rischio. Negli Standard Internazionali per la Pratica Professionale dell'Internal Auditing, il rischio è assunto come “*probabilità che un evento o un'azione possano influire negativamente sull'organizzazione*”. Nella costruzione della mappatura il responsabile della prevenzione della corruzione dovrà individuare le aree (ulteriori rispetto a quelle indicate dall'art. 1, comma 16, l. 190/2012) ed i singoli processi all'interno dei quali si annida il rischio corruttivo, avuto riguardo alle componenti strutturali³⁰. La valutazione dei rischi conduce alla riduzione del rischio c.d. residuo, posta l'impossibilità di una sua eliminazione, che presupporrebbe l'isolamento del processo da elementi estranei al controllo e per questo imponderabili. Il responsabile della prevenzione della corruzione, pertanto, sulla base della sua esperienza (ove richiesto, con l'ausilio di professionalità competenti) dovrà (i) analizzare le attività e i processi (nell'ambito delle funzioni delle singole amministrazioni), (ii) valutare e quantificare il rischio di corruzione, analizzando le modalità tipiche di condotta illecita, (iii) gestire il rischio.

Dette attività dovranno essere svolte sulla base delle indicazioni di cui al comma 8 dell'art. 1 l. 190/2012, che individua le *esigenze* del piano, nonché delle prime linee guida del Comitato interministeriale³¹, che indicano *il contenuto minimo dei*

piani triennali, delineando un sistema di protocolli sulla base dei quali potrà essere steso il piano, ferma restando l'attenzione a che i singoli meccanismi di gestione siano confacenti alle attività specificamente svolte dalle amministrazioni di riferimento.

I protocolli troveranno specificazione nelle procedure che andranno a regolamentare i singoli processi a rischio³².

Un efficace sistema di controllo richiederà processi di ricognizione ed analisi periodica, avendo riguardo a che le misure di prevenzione così delineate non si traducano in un aggravio ingiustificato di attività, ovvero in appesantimenti burocratici che lo spirito della legge tende a minimizzare proprio al fine di scardinare i fenomeni corruttivi. In conformità all'art. 1, comma 10, il responsabile della prevenzione della corruzione dovrà monitorare l'attuazione e l'idoneità del piano, segnalando all'organo di indirizzo politico l'opportunità di apportare eventuali integrazioni e/o modifiche; ciò avverrà (i) laddove lo richiedessero eventuali mutamenti nell'organizzazione dell'amministrazione, (ii) in caso di eventuali violazioni dei protocolli predisposti, (iii) in ipotesi di modifiche normative. Si ritiene, infatti, che eventuali successive modifiche e/o integrazioni del piano debbano essere ap-

³⁰ Il rischio è caratterizzato dalle seguenti componenti: (i) un potenziale pericolo o una potenziale minaccia; (ii) la probabilità del suo verificarsi; (iii) le conseguenze di tale evenienza; (iv) l'esposizione al rischio, che è funzione della probabilità che il rischio si verifichi e il suo impatto potenziale.

³¹ Entrambe le fonti individuano i principi, le linee guida, le regole di condotta, che descrivono il contenuto essenziale del sistema di gestione del processo sensibile. Costituiscono principi generali quello relativo alla *formazione, attuazione e controllo delle decisioni* per prevenire il rischio di corruzione; quello relativo alla *segregazione delle funzioni, della rotazione degli incarichi, all'incompatibilità ed inconferibilità degli incarichi, quello del perseguimento dell'interesse pubblico generale, la trasparenza*; ed ancora, quali protocolli specifici quelli relativi alla *formazione, ai flussi informativi*

verso il responsabile, quelli relativi agli affidamenti di lavori, servizi e forniture, quelli relativi a rapporto tra gli enti pubblici e portatori di interessi particolari (*lobbying*).

³² Alcune procedure sono già suggerite dalla legge, quale quella relativa alla selezione e formazione dei dipendenti chiamati ad operare nei settori esposti al rischio di corruzione (comma 5, lett. b), quella relativa alla rotazione dei dirigenti e funzionari (comma 5, lett. b), ovvero relativa ai meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio corruzione (comma 9, lett. b), la procedura di monitoraggio del rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi (comma 9, d), la procedura di monitoraggio dei rapporti tra soggetti privati e pubblica amministrazione nelle aree di cui al comma 16 (comma 9, lett. e), la procedura relativa agli obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge (comma 9, lett. f), ecc.

provate dallo stesso organo di indirizzo politico competente all'adozione su proposta del responsabile che ne ravvisi la necessità o anche solo l'opportunità.

5.2. Trasparenza

Se la trasparenza dell'attività amministrativa costituisce, tra gli altri, principio generale in funzione di prevenzione della corruzione, le disposizioni in materia non rappresentano una novità della l. 190/2012.

Il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 recante il *“riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”* (detto anche testo unico *trasparenza*), adottato in forza della delega di cui al comma 35 dell'art. 1, l. 190/2012 che ne indica specificamente i principi e criteri direttivi, interviene, infatti, a riorganizzare un sistema di norme, legislative e regolamentari, che dagli anni novanta ad oggi erano state introdotte nell'ordinamento in modo tanto frammentario da renderne difficile una compiuta ricognizione ai fini del coordinamento e della codificazione cui si è approdati.

Già l'art. 11 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che per primo detta una definizione, ancorché l'istituto non fosse ignoto all'ordinamento³³, qualificava la trasparenza in termini di *“accessibilità totale [...] delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione”* e la riconduceva all'espressione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, transitando attraverso una *forma diffusa di controllo* da parte del cittadino degli andamenti gestionali e dell'utilizzo delle ri-

sorse pubbliche per fini istituzionali. La trasparenza viene riconosciuta quale protocollo di prevenzione della corruzione in quanto garantisce (i) la funzionalità complessiva delle amministrazioni pubbliche; (ii) l'imparzialità, valendo come deterrente in quanto porta in emersione fenomeni di *maladministration*.

Le stesse *best practices* delle *compliances* 231 individuano nella trasparenza dei processi, cui concorrono i flussi informativi e la tracciabilità delle decisioni, un presidio di controllo del rischio³⁴.

Nell'ottica dell'innalzamento del livello di trasparenza, il d.lgs. 33/2013 sancisce espressi obblighi generalizzati di pubblicazione di dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, realizzando a pieno il sogno di Filippo Turati che vedeva diventare la pubblica amministrazione una *“casa di vetro”*. In esecuzione della delega, vengono individuate specifiche aree di intervento, al fine di realizzare la trasparenza pubblica, che integra una *finalità di rilevante interesse pubblico*.

La pubblicazione dei dati è un atto amministrativo di certazione che realizza un effetto di certezza del tipo *notiziale*, riconducibile ad un accertamento superabile con la prova contraria³⁵.

³³ Per la prima volta il riferimento alla trasparenza è rinvenibile nella legge 241/90 all'art. 1; nel codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 all'art. 2; in più punti del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 recante *“codice dell'amministrazione digitale”*; nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 c.d. decreto Brunetta, che sopravvive al d.lgs. 33/2013; il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 *codice sulla privacy* richiamato per fissare i limiti all'accessibilità dei dati.

³⁴ Mentre, tuttavia, in ambito amministrativo pubblico la trasparenza è intesa quale strumento di *accessibilità totale* a garanzia di una *forma diffusa di controllo* da parte del cittadino (in ragione della natura degli interessi involti) la tracciabilità dei processi aziendali, delle decisioni e dei flussi informativi (si pensi a quelli tra l'organo amministrativo e l'Organismo di Vigilanza, alle segnalazioni da parte dei dipendenti, alle procedure, ai protocolli) non rappresenta sempre, né può rappresentare, strumento di tutela degli *stakeholder*. La maggior parte delle informazioni relative al sistema di gestione del rischio non è, infatti, dagli stessi sempre accessibile.

³⁵ Diversi sono, invece, gli atti di *certazione* di tipo *legale* che producono certezze che valgono *erga omnes*, trattandosi di accertamenti superabili con speciali procedimenti quali la querela di falso ex art. 221 c.p.c. Cfr. A.M. SANDULLI *Manuale di diritto amministrativo* XV edizione, Napoli, 1989, p. 638; E. CASETTA *Manuale di diritto Amministrativo* XII edizione, Milano, 2010, p. 372.

Risolvendo la necessaria interferenza che la trasparenza pone con l'esigenza di tutela dei dati personali coinvolti, il decreto scandisce i limiti esterni recependo (i) il principio della necessità, (ii) il principio della pertinenza e non eccedenza dei dati personali; (iii) il principio della indispensabilità del trattamento dei dati sensibili e giudiziari³⁶.

Ma ci si è spinti oltre, tanto da ingenerare sospetti di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, laddove il decreto, superando i criteri e limiti di cui al comma 35 dell'art. 1 l. 190/2012, con la previsione di un particolare meccanismo rimediabile, introduce il nuovo istituto del *diritto di accesso civico*, dettandone lo statuto all'art. 5³⁷. Trattasi di diritto soggettivo perfetto, riconosciuto a *chiunque*, di pretendere il rispetto, da parte delle amministrazioni³⁸, dell'obbligo di pubblicare sui rispettivi siti *web*, i dati (ormai) divenuti pubblici³⁹. E' stato au-

torevolmente sostenuto che la posizione giuridica soggettiva, radicata nell'esercizio di una funzione amministrativa, configura una categoria civilistica di negozio nella quale l'amministrato vanta un diritto di credito nei confronti dell'amministrazione ad un *facere infungibile* il cui contenuto è dettato dalla legge⁴⁰. Ma il rapporto negoziale, sebbene paritetico, si costituisce, eventualmente, solo a seguito dell'inottemperanza della pubblica amministrazione ad un obbligo scaturente da un potere eteronomo attribuito dalla legge, sottratto alla disponibilità delle parti e derivante da una norma di azione, laddove il negozio giuridico individua un atto di autonomia privata di disposizione.

In ipotesi di inadempimento da parte della pubblica amministrazione, ovvero di inesatto adempimento (es. pubblicazione incompleta), ed è questa la fase a rilievo negoziale, il titolare del diritto (*id est chiunque*) può ottenere, a semplice richiesta, gratuita e non motivata, la pubblicazione del dato (che per legge deve essere pubblico) sul sito, la ricezione diretta del dato ovvero la notizia della relativa pubblicazione con contestuale indicazione del collegamento ipertestuale (*link*) di quanto richiesto.

La tutela è affidata ad un'azione che ricalca quella tipica del diritto di accesso ai documenti amministrativi ai sensi del capo V della l. 241/1990 che il nuovo istituto evoca, ma da cui si discosta sia per *ratio* che per struttura⁴¹.

³⁶ I suddetti principi, richiamati nel *Parere del Garante su uno schema di decreto legislativo concernente il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte della Pa - 7 febbraio 2013* in www.garanteprivacy.it, sono tutti di derivazione comunitaria ai sensi dell'art. 6 direttiva 96/45/CE e sono sanciti agli artt. 3, 11, comma 1, lett. d) e 22, comma 3 del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196.

³⁷ La scelta del legislatore sembrava, tuttavia, necessitata dall'esigenza di adeguare il modello nazionale di trasparenza ai *Freedom of Information Acts* del 4 luglio 1966 di origine statunitense che, conformati ad ordinamenti meno complessi rispetto a quello italiano, garantiscono l'accesso ai dati e la facile riutilizzabilità degli stessi.

³⁸ A norma dell'art. 11 del d.lgs. 33/2013 i destinatari della disciplina in materia di trasparenza sono le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del d.lgs. 165/2001 nonché le società dalle prime partecipate, limitatamente alle attività di pubblico interesse. L'art. 1, comma 34. della l. 190/2012, sempre delineando l'ambito soggettivo di applicazione, dopo aver richiamato l'elenco di cui al d.lgs. 165/2001, aveva menzionato anche gli *enti pubblici nazionali* (economici e non economici), inducendo a pensare ad una svista del legislatore, emendata dal decreto 33/2013, posto che il preventivo richiamo all' art. 1 comma 2 del d.lgs. 165/2001 valeva ad escludere gli enti pubblici economici.

³⁹ L'art. 3 del d.lgs. 33/2013 enuncia il generale principio di pubblicità dei dati relativi all'esercizio della funzione am-

ministrativa, statuendo che *"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 riutilizzarli ai sensi dell'art. 7"*.

⁴⁰ Cfr. S. TOSCHEI *Accesso civico: per l'utente arriva l'azione diffusa*, Guida al diritto Il Sole 24Ore, 2013, numero 18, p. 74.

⁴¹ L'accesso ai documenti amministrativi *ex lege* 241/90, che il Consiglio di Stato nell'Adunanza plenaria del 18 aprile 2006 n. 6 e in quella del 20 aprile 2006 n. 7, superando la rilevanza della questione relativa alla qualificazione soggettiva, riconosceva quale posizione a carattere essenzialmente strumentale, finalizzata alla tutela di una posizione

5.3. Ulteriori presidi anticorruzione

Sempre nell'ottica di una politica integrata per la lotta ai fenomeni corruttivi, si enunciano, in estrema sintesi, altre diverse misure destinate ad incidere sulle occasioni della corruzione.

5.3.1. Codici di condotta

Strumenti di *integrity management*⁴² dettano principi di comportamento e sistema di valori cui deve

giuridica soggettiva dell'istante, sopravvive al diritto di accesso civico, stante la diversità degli istituti, pur operando su piani contigui. Rispondono, innanzi tutto, a distinte finalità: con il primo, che costituisce un accesso *qualificato e strumentale*, l'interessato può acquisire atti e documenti necessari a tutelare la propria posizione giuridica soggettiva, con il secondo chiunque può ottenere che l'amministrazione si conformi agli obblighi di pubblicità. Quanto alla struttura, il diritto di accesso civico è riconosciuto (i) a chiunque, (ii) a prescindere dall'interesse fatto valere, (iii) senza alcuna motivazione a supporto dell'accesso, (iv) gratuitamente; laddove, per contro, l'accesso documentale richiede (i) la legittimazione, (ii) l'interesse, nonché l'intima connessione con il documento finalizzato alla tutela di una posizione giuridica soggettiva, (iii) la motivazione. Elementi comuni sono riscontrabili a) nei limiti di divulgazione che, per la trasparenza, sono indicati all'art. 4 del d.lgs. 33/2013 anche mediante il rinvio all'art. 24, commi 1 e 6, legge 241/1990, per l'accesso ai documenti nella stessa legge 241/90; b) nella tutela, rimessa in entrambi i casi alla giurisdizione del giudice amministrativo, secondo il rito, già disciplinato dal codice del processo amministrativo, in materia di accesso ai documenti. Se, quindi, in caso di inadempimento o di inesatto adempimento da parte dell'amministrazione all'obbligo di pubblicazione *chiunque*, previa diffida all'amministrazione, può ottenere la tutela dinanzi al giudice amministrativo, diversa è l'ipotesi del soggetto che, per effetto della pubblicazione, abbia subito la lesione di un diritto soggettivo. Le fattispecie di violazioni degli artt. 11 e 24 del d.lgs. 196/2003 sono "naturalmente" devolute al giudice ordinario per effetto della previsione di cui all'art. 152 del richiamato decreto. Cfr. F. PATRONI GRIFFI *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza, in federalismi.it*, n. 8/2013.

⁴² Termine mutuato dall'esperienza anglosassone per indicare un sistema di gestione che favorisce ed applica i principi di integrità all'interno di una determinata realtà.

essere improntata l'attività amministrativa e ciò al di là, e al di sopra, delle norme penali e dalle altre prescrizioni normative.

In linea di continuità con l'introduzione dei principi etici nei comportamenti aziendali, con il *rating* di legalità delle imprese e la *compliance* 231, viene previsto un nuovo Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, a norma dell'art. 1, comma 44 l. 190/2012, finalizzato a dettare regole di lealtà, imparzialità, servizio esclusivo a cura dell'interesse pubblico, che trovano nella costituzione la più importante fonte.

Il Codice, approvato con Decreto del Presidente della Repubblica, 16 aprile 2013, n. 62 (pubblicato sulla G.U. il 4 giugno 2013 e quindi in vigore a far data dal 19 giugno 2013) costituisce una fonte regolamentare che eterointegra tutti i contratti individuali di lavoro e pone già problemi applicativi di rapporto tra fonte normativa generale e i singoli contratti di lavoro di ciascun dipendente pubblico, oltre che questioni relative all'ambito soggettivo di applicazione.

5.3.2. Rotazione degli incarichi

L'art. 1, comma 10, l. 190/2012 prevede la rotazione degli incarichi delle funzioni negli uffici preposti alle attività a rischio corruzione. Viene, quindi, introdotta la temporizzazione⁴³ della posizione lavorativa che, quale presidio anticorruzione, riduce il rischio di fenomeni corruttivi anche laddove il dipendente non abbia manifestato permeabilità a proposizioni corruttive.

Sempre nell'ambito della gestione del processo, ma in area 231, il corrispondente presidio a tutela del rischio potrebbe essere ravvisato nel principio di *segregazione dei ruoli*, importante strumento di *corporate governance* finalizzato ad eliminare situazioni di potere gestorio illimitato, sottratto, per questo, a verifiche e controlli. Raccomandata dalle

⁴³ Cfr. S. TOSCHEI, atti del convegno *Funzione amministrativa e prevenzione dei fenomeni corruttivi (legge n. 190/2012 e decreti attuativi)* in www.amministrativamente.it, fascicolo n. 5/2013.

associazioni di categoria, la segregazione si realizza attraverso la separazione dei ruoli e dei poteri tra le diverse funzioni aziendali. In ambito privatistico, infatti, dove il rischio di corruzione va analizzato dal lato attivo, il problema non è stato quello di ridurre il rischio indotto dall'applicazione di una risorsa al medesimo processo, semmai quello di consentire che un processo a rischio di reato venisse svolto da soggetti con ruoli diversi in modo da garantirne la verifica e il controllo.

5.3.3. Incompatibilità, incandidabilità ed ineleggibilità

In forza della delega contenuta all'art. 1, commi 49 e 50 l. 190/2012, è stato emanato il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 che detta un sistema di incompatibilità degli incarichi dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di assicurare il ripristino di un'etica pubblica e di una maggiore fiducia nella pubblica amministrazione. Il decreto prende in esame, risolvendole, le situazioni di conflitto tra l'assunzione di una carica pubblica e la titolarità di interessi privati.

La *ratio* di detto presidio richiama la previsione di cui all'art. 1, comma 42 lett. l) l. 190/2012, il quale, integrando il d.lgs. 165/2001 mediante l'inserimento del comma 16 *ter*, dispone il divieto, per dipendenti che abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del richiamato decreto, di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri, pena la nullità dei contratti conclusi ed il divieto per i privati di contrattare con le pubbliche amministrazioni. In ambito 231, la disposizione interviene in modo significativo sul processo (sensibile) di assunzione del personale. Non si tratterà più solo di adottare procedure che escludano l'assunzione di soggetti legati da rapporti di parentela ad altri che ricoprono un incarico pubblico, ma anche di vietare rapporti di dipendenza o di

mera collaborazione con soggetti che nel triennio precedente abbiano svolto detti incarichi.

5.3.4. Disposizioni della legge 241/90

Spostandosi, poi, nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa, l'art. 1, comma 41, l. 190/2012, introducendo l'art. 6-*bis* nella legge 241/90, incide sulle regole del procedimento amministrativo, sancendo l'obbligo di astensione, da parte del responsabile del procedimento, in ipotesi di conflitto di interessi nonché l'obbligo di segnalazione della situazione di conflitto, anche solo potenziale. La violazione dell'obbligo potrebbe determinare un vizio del provvedimento per violazione di legge, ma non sono state enunciate le fattispecie di conflitto.

Meritano, poi, menzione ulteriori interventi di modifica della legge 241/90 che incidono sulla *faraginosità, arretratezza, inutile complicazione delle regole, implicanti la lungaggine delle procedure*.⁴⁴, e di modificare l'ambiente dove si annidano i fenomeni corruttivi. In questo senso, l'art. 1, comma 38, l. 190/2012 apporta una modifica all'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 con la previsione di un provvedimento espresso in forma semplificata di rigetto in ipotesi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda. Da una parte, viene, quindi, realizzata una pronta tutela dell'interessato, il quale in tempi ridotti ottiene dall'amministrazione una risposta che gli consente di riproporre la domanda ovvero di ricorrere in tempi rapidi ad altri strumenti di tutela; dall'altra, si semplifica un processo la cui inutile complicità potrebbe creare occasioni di *maladministration*, dall'altra ancora si riducono le occasioni di danno connesse al ritardo provvedimentale

⁴⁴ Dal rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, istituita con decreto del 23 dicembre 2011 del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, in www.funzionepubblica.org.it, pag. 30.

La previsione ricorda quella, fondata sulla medesima *ratio*, della sentenza resa dal giudice amministrativo in forma semplificata di cui all'art. 74 del c.p.a..

All'art. 1, comma 37, della l. 190/2012 viene previsto, per i soggetti privati esercenti l'attività amministrativa, l'obbligo di rispettare i medesimi principi generali cui è improntata l'azione delle pubbliche amministrazioni, mediante l'inserimento del comma 1 *ter* all'art 1 della l. 241/90.

All'art. 11, comma 2, della l. 241/90 in materia di accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti viene sancito l'obbligo di motivazione. La previsione rafforza ulteriormente il rigore cui sono tenute le amministrazioni pubbliche in ambiti, connotati da forte discrezionalità, in cui il ricorso a strumenti privatistici e l'applicazione dei principi del codice civile in materia di obbligazione e contratti potrebbe mettere a rischio il *perseguimento del pubblico interesse* inducendo a sottrarsi al controllo sul bilanciamento degli interessi involti.

6. Procedimenti e processi

Se il sistema di prevenzione incide profondamente anche sulle regole del procedimento amministrativo e se, al fine di individuare le aree sensibili, il legislatore ai commi 9 e 16 dell'art. 1 individua i *procedimenti* (amministrativi) che dovranno essere oggetto di monitoraggio e trasparenza, ben più complessa è l'individuazione di tutti i processi a rischio ai fini della *best practice* anticorruzione.

Da una parte, infatti, i procedimenti indicati ai richiamati commi non esauriscono le aree a rischio residuando margini di discrezionalità del responsabile della prevenzione della corruzione (cfr. *sub* 5.1.); dall'altra il *processo* esprime un concetto più ampio rispetto al procedimento, potendo coinvolgere anche attività non provvedimentali della pubblica amministrazione⁴⁵.

⁴⁵ Per procedimento amministrativo può intendersi una serie di atti collegati tra loro, strutturalmente e funzionalmente finalizzati alla produzione di un atto conclusivo a rilevanza esterna, detto provvedimento, con il quale la

Posto, tuttavia, che il processo individua un insieme di attività coordinate che conducono ad un risultato o ad un prodotto (nell'attività dell'amministrazione potrebbe interessare non solo le manifestazioni di volontà ma anche gli atti interni) ben può accadere la segmentazione del procedimento amministrativo in processi così come l'individuazione di aree sensibili pertinenti a processi estranei al procedimento amministrativo.

Le maggiori difficoltà applicative del sistema di gestione del rischio così come le difficoltà nella costruzione dei piani anticorruzione potrebbero, quindi, essere registrate proprio negli ambiti di attività non procedimentale o in quelle prive di una disciplina di dettaglio o ancora in quelle sottratte alle rigorose regole dell'evidenza pubblica.

Restando sul dato normativo del comma 16, si chiede la mappatura dei rischi nei procedimenti di scelta del contraente, e non solo negli appalti, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta. Si può pensare, quindi, ai contratti esclusi dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture, o, in generale, alle attività di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, l. 241/90 nelle quali la pubblica amministrazione agisce secondo regole di diritto privato. Anche in tale ambito, in cui l'interesse involto non può porsi sullo stesso piano di quello personale del contraente privato, essendo, comunque, espressione di un potere organizzativo e non di un fine proprio, il piano dovrà

pubblica amministrazione manifesta la propria volontà, nell'esercizio del suo potere. Il processo indica, in generale, l'insieme degli *input* utilizzati per il raggiungimento di un determinato *output* nonché le modalità di raggiungimento dello scopo. La procedura esprime la regola e la disciplina del processo. Nell'attività amministrativa la procedura come i procedimenti amministrativi sono connotati da regole che disciplinano un processo. L'applicazione della legge anticorruzione e l'implementazione dei piani darà rilievo anche, e soprattutto, ai processi, che andranno mappati e disciplinati da specifiche procedure. La disciplina del procedimento amministrativo è, infatti, quella che meno sfugge al controllo in quanto già oggetto di previsione normativa.

mappare il processo di formazione della volontà dell'ente perché venga minimizzato il rischio di fenomeni corruttivi.

7. Le responsabilità e il controllo di legalità

Guardando agli effetti, il sistema 231 ha introdotto un *tertium genus* di responsabilità con funzione deterrente rispetto alla commissione di reati presupposto. In ipotesi di commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, la responsabilità penale personale del soggetto agente si accompagna a quella, amministrativa, dell'ente di appartenenza, il quale andrà esente da imputazione solo ove abbia adottato un modello 231 idoneo alla prevenzione dei rischi e lo abbia adeguatamente implementato. In ipotesi di responsabilità dell'ente, tuttavia, l'omessa o la carente vigilanza sul modello da parte dell'organismo di vigilanza, non renderà comunque punibili i suoi componenti a titolo di concorso omissivo nel delitto presupposto.

Ed infatti, i compiti dell'organismo non sono connotati da poteri impeditivi, posto che l'adozione e/o la modifica del modello, ancorché proposti dall'organismo di vigilanza (OdV), con funzione consultiva e di supporto, sono espressione del potere gestorio dell'organo di amministrazione. Viceversa, un coinvolgimento nella responsabilità da reato dell'organismo di vigilanza presupporrebbe una posizione connessa alla sussistenza, da una parte, di una posizione giuridica di garanzia, dall'altra di un obbligo giuridico di impedire l'evento connesso, insussistenti nel caso in esame.

A meno di non voler ipotizzare la partecipazione personale dei membri dell'OdV nei singoli reati, circostanza che determinerebbe un'imputazione a titolo di concorso, residuano profili di responsabilità civile oltre che disciplinare dei componenti colpevoli di condotta omissiva o negligente.

Traslando nella disciplina anticorruzione i profili di responsabilità che connotano le attività dei soggetti coinvolti nella *compliance* anticorruzione, l'art. 1, comma 12, l. 190/2012 individua importanti responsabilità a carico del responsabile della pre-

venzione della corruzione. Innanzi tutto, ancorché la politica anticorruzione, ai fini della costruzione del sistema di prevenzione, prenda in esame un concetto più ampio rispetto alla fattispecie codicistica, la norma prevede un coinvolgimento del responsabile nella sola ipotesi di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato.

Al ricorrere di detta circostanza di fatto, il responsabile risponde (i) ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 165/2001; (ii) sul piano disciplinare; (iii) per danno erariale della pubblica amministrazione; (iv) per danno all'immagine della pubblica amministrazione.

Esprese ipotesi di esenzione soccorrono nei casi in cui il responsabile (i) provi di aver predisposto, prima della commissione del fatto, il piano triennale in conformità alle prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 dell'art. 1; (ii) provi di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano.

Ed è proprio guardando ai casi di esenzione che possono delinearsi gli eventuali limiti della responsabilità. Ricorre, quindi, la responsabilità in caso di mancata adozione del piano; ovvero di violazione delle indicazioni di cui ai commi 9 e 10. Ed ancora, vi sarà responsabilità in caso di mancata vigilanza o controllo ovvero di mancata iniziativa di integrazione del piano laddove lo richieda un mutamento organizzativo dell'amministrazione, ovvero una modifica normativa.

Nel caso in cui non sia in alcun modo censurabile la condotta del responsabile e ciò nonostante siano stati registrati fenomeni di *maladministration*, al di là del discarico di colpe in suo favore, resta da verificare se i limiti alla funzione di impulso e di critica del responsabile aprano ambiti di responsabilità, esclusiva o concorrente, dell'organo di indirizzo politico competente ad adottare il piano anticorruzione e, si ritiene, ad approvare e a disporre sulle iniziative che il responsabile della prevenzione dovesse proporre in funzione di prevenzione e *compliance*. Ipotesi di contrasto potrebbero, ad esempio, porsi laddove il responsabile proponga inutilmente l'adozione di procedure o protocolli

ritenuti idonei a presidiare il rischio, l'aggiornamento del piano, la rotazione degli incarichi negli uffici preposti alle attività ad alto rischio corruzione.

Una particolare riflessione merita la rilevanza della condotta colposa ai fini della consumazione del danno all'immagine⁴⁶ della pubblica amministrazione, fattispecie tipizzata di danno a contenuto sanzionatorio espressamente introdotta dall'art. 1, comma 12, analogamente a quella di cui al successivo comma 46 del d.lgs. 33/2013 ricondotta alla violazione degli obblighi di trasparenza da parte del responsabile (che cumula in sé anche il ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione). Al di là del carattere tipizzato del danno, in sede di accertamento, il Giudice contabile non potrà prescindere dalla valutazione dell'elemento psicologico che si ritiene limitato alla colpa, avuto anche riguardo ai rilievi della Corte dei Conti laddove quest'ultima ha avuto modo di stigmatizzare

⁴⁶ Il danno all'immagine della pubblica amministrazione è rappresentato dall'immagine che gli amministrati hanno delle modalità di azione della funzione amministrativa. Viene in emersione nei casi di divergenza dell'azione amministrativa dai canoni del buon andamento e dell'imparzialità di cui agli artt. 97 della costituzione. A seguito della previsione di cui all'art. 17, comma 30 *ter* d.l. 1° luglio 2009, n. 78 e della sentenza della Corte Costituzionale del 15 dicembre 2010 n. 355, si è ritenuto che il danno all'immagine potesse essere individuato nei soli casi di delitti contro la pubblica amministrazione. Un recente orientamento giurisprudenziale (I Sezione Giurisdizionale Centrale sentenza n. 809 del 14 dicembre 2012; III Sezione Giurisdizionale Centrale, Sentenza n. 286 del 13 aprile 2012, ; Sezione Giurisdizionale Toscana, sentenza n. 90 del 18 marzo 2011, tutte in www.corteconti.it) ha, tuttavia, ritenuto di potersi discostare dall'avviso che riteneva riconducibile il danno ai reati contro la pubblica amministrazione sulla base della previsione di cui all'art. 129 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, come richiamate dal comma 2 del richiamato art. 17. Detto orientamento troverà senz'altro conferma alla luce della nuova figura di danno all'immagine tipizzato di cui all'art. 1, comma 12, l. 190/2012 che esula e si aggiunge a quello connesso ai reati contro la pubblica amministrazione avuto riguardo anche all'accezione ampia del termine corruzione.

una *colpa di organizzazione* nei casi di organizzazione pubblica non responsabilizzata. Il decreto apre, quindi, al *controllo di legalità* sull'azione amministrativa, che assume quale parametro lo sviamento della funzione pubblica dai principi di legalità fissati dalla legge⁴⁷.

Il sindacato potrebbe interessare i casi in cui la potestà pubblicistica venga finalizzata a scopi diversi da quelli previsti dalla norma giuridica, fino a coprire l'area, largamente intesa dalla circolare 1/2013 del Dipartimento della Funzione pubblica, involgente situazioni in cui - a prescindere dalla rilevanza penale - venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite. I presidi approntati dal legislatore potrebbero, in tal caso, costituire strumenti, ad uso del giudice contabile, di misurazione dello sviamento dall'interesse pubblico e della illegalità, in generale, mentre gli esiti del nuovo controllo potranno individuare l'indice di adeguatezza dei presidi stessi, orientandone l'adeguamento alla *best practice* anticorruzione.

Ad oggi, tuttavia, essendo circoscritta l'area dei controlli a quello preventivo di legittimità e a quello successivo sulla gestione, a meno di voler ipotizzare un'espressa modifica normativa in tal senso, il controllo di legalità dovrebbe transitare per la responsabilità amministrativa ed essere esercitato nei casi di danno erariale emergente da fenomeni di *maladministration*.

8. Riflessioni finali

⁴⁷ Da ultimo, il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, all'art. 15 prevede, in capo al responsabile del "piano anticorruzione" (cui, testualmente, si esprime la norma) l'obbligo di segnalazione di casi di violazione, tra gli altri, anche alla Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. Cfr. anche M. OREFICE, atti del convegno *Funzione amministrativa e prevenzione dei fenomeni corruttivi (legge n. 190/2012 e decreti attuativi)* in www.amministrativamente.it, fascicolo n. 5/2013.

Il sistema coordinato 231 anticorruzione è espressione senz'altro di un apprezzabile sforzo del legislatore di dotare l'ordinamento nazionale di misure preventive e rimedi repressivi volti a ridurre al minimo il rischio di fenomeni corruttivi e di illeciti in generale.

La legge anticorruzione e i decreti delegati hanno avuto il pregio di tracciare il sistema ideale di misure capaci di portare il nostro Paese a scalare la classifica mondiale di *Transparency International*. La riflessione che si impone involge la concreta attuabilità del sistema e la possibilità, per le amministrazioni, di conformarsi, a costo zero, a regole che impattano pesantemente sull'organizzazione e sull'esercizio della funzione amministrativa, in un contesto normativo di rilevante complessità.

Guardando all'esperienza della responsabilità amministrativa degli enti, il sistema 231 non ha registrato gli esiti attesi⁴⁸ rivelandosi più che altro uno strumento di repressione, se solo si considera la continua estensione dell'area dei reati presupposto, mentre i giudici penali, nella maggior parte dei casi, hanno "bocciato" i modelli ritenendoli generici e poco adatti all'organizzazione dell'ente.

Nel sistema anticorruzione i singoli piani triennali dovranno conformarsi alle prescrizioni del piano nazionale tenendo conto delle specifiche funzioni dell'ente, dell'analisi storica del rischio nonché della storia giudiziaria, al fine di valutare il grado di

esposizione dei singoli uffici e ridurre al minimo il rischio residuo.

Le problematiche maggiori potrebbero porsi in sede di individuazione delle aree di interesse soprattutto al di fuori delle ipotesi già previste dal legislatore all'art. 1 comma 16 (cfr. *sub.* 6) e nell'individuazione dei processi sensibili, sia all'interno del procedimento amministrativo che nell'ambito di attività non procedimentali.

Nelle aree in cui, per gli interessi coinvolti, il legislatore abbia già normato in dettaglio lo svolgimento del procedimento amministrativo ovvero sancito le regole delle attività non provvedimentali, le procedure integranti il piano anticorruzione potrebbero richiamare gli *step* procedimentali ove ritenuti idonei a presidiare adeguatamente il rischio. Nelle attività (connotate da processi sensibili) non disciplinate da leggi o regolamenti le procedure anticorruzione dovranno dettagliare le regole dei processi, andando inevitabilmente ad impattare con la discrezionalità amministrativa nell'esercizio della funzione.

Il sistema di controllo di ciascuna amministrazione potrà essere condizionato da quello di altra i cui atti si inseriscano nel procedimento della prima con l'inevitabile insorgenza di problematiche di coordinamento laddove non siano state adottate procedure standardizzate⁴⁹.

In fase di prima applicazione la discrezionalità del responsabile della prevenzione della corruzione potrebbe limitarsi alle aree sensibili indicate dalla legge, per estendersi necessariamente ad altri processi solo in fase di implementazione dei piani e solo dopo aver registrato gli esiti degli *audit* che potranno orientare la condotta di tutti i soggetti coinvolti.

Su un diverso livello, le magistrature civile, penale, amministrativa, contabile saranno, in concreto, chiamate ad orientare l'applicazione della legge.

⁴⁸ A parte l'incidenza dei rilevanti costi di adozione e implementazione del modello 231, le società diffidano tuttora (i) nella fase di identificazione dei processi sensibili e in quella di *gap analysis*, in ragione dell'impatto sull'attività aziendale, o, comunque, per riluttanza verso un sistema di regole e procedure; (ii) nella fase di *risk management*, stante la difficoltà, per gli organi di gestione, di adottare strumenti organizzativi che, ove idonei alla prevenzione dei reati, risultano autolimitanti per la gestione; nel caso in cui non impattino sull'organizzazione, si rivelano poco utili alla prevenzione. Gli enti dotati di strutture snelle con funzioni accentrate hanno registrato la difficoltà di adottare strumenti organizzativi basati sulla segregazione delle funzioni, su un sistema di deleghe, sui controlli.

⁴⁹ Si pensi alla richiesta di informazioni, pareri, esecuzioni di verificazioni, oppure alla partecipazione di più amministrazioni ad una conferenza di servizi.

A parte le già accennate e svariate questioni connesse ai diversi profili di responsabilità, andrà analizzata l'incidenza viziante del piano triennale sull'atto a valle del procedimento amministrativo dell'area sensibile interessata, laddove vengano rilevate, a titolo esemplificativo, (i) la mancata adozione del piano, (ii) lo scostamento rispetto al Piano nazionale anticorruzione, (iii) la mancata o inidonea mappatura di un processo sensibile, (iv) la mancata attuazione delle procedure e/o dei protocolli previsti quali presidi anticorruzione. Analogamente, andranno risolti i problemi, già posti, relativi all'individuazione dell'organo di indirizzo politico e agli effetti, sul provvedimento finale, dell'incompetenza dell'organo individuato dalle amministrazioni per adottare il piano anticorruzione. Altre problematiche potrebbero inerire i rapporti di lavoro incisi da eventuali provvedimenti di trasferimento attuativi del principio di rotazione e della *best practice* anticorruzione per effetto di piani illegittimi.

Il giudice amministrativo sarà chiamato a risolvere questioni relative a nuove fattispecie di illegittimità del provvedimento amministrativo, con l'auspicio che il tutto non si trasformi in un'occasione di implementazione di contenziosi strumentali alla caducazione di provvedimenti che non presentino diversi vizi ma rappresenti un forte impulso alla moralizzazione delle istituzioni e al recupero della legalità.