

Funzione amministrativa e prevenzione dei fenomeni corruttivi
(legge n. 190/2012 e decreti attuativi)

Lunedì 8 aprile 2013 – Ore 15,30

Sala Polifunzionale di Palazzo Chigi. Roma, Via di Santa Maria in Via n. 37

Intervento del Cons. Mauro Orefice, Consigliere della Corte dei Conti

Ringrazio l'amico Terracciano ed anche il Ministro Patroni Griffi per la presentazione di carattere generale che consente ai relatori di scendere un po' più nel particolare delle dinamiche che accompagnano la legge 190 e i decreti attuativi. Vorrei partire da una considerazione, cioè il fatto che, in realtà, nel nostro Paese la necessità di una normativa in materia di repressione dei fenomeni corruttivi, probabilmente, è sentita da tempo. E' una esigenza avvertita nel tempo, come ricordava il Ministro, ma non sempre le condizioni e gli equilibri, soprattutto di carattere politico, hanno consentito il varo di una normativa in questo campo.

Sottolineo ciò perché, tra l'altro, la legge n.190/2012 nasce in un momento molto particolare. Se voi pensate solamente a quella che è stata la realtà legislativa dell'anno appena trascorso, delle norme che sono state approvate e, al di là dello stretto portato normativo, del particolare indirizzo che si è voluto dare all'azione amministrativa, certamente c'è molto da riflettere. Se si pone mente, ad esempio, e tanto per citarne una, alla legge costituzionale numero 1 del 2012, alla riformulazione dell'articolo 97, alla particolare responsabilizzazione data alla pubblica

amministrazione nella nuova formula della responsabilità anche per la tenuta degli equilibri dei conti pubblici e quindi degli equilibri finanziari generali del Paese; se pensiamo, poi, alle novità che sono intervenute in autunno con il decreto legge n.174/2012, in materia di enti locali, recante le modifiche sui controlli in sede locale, percepiamo in tutta la sua portata il senso di novità introdotto dal legislatore.

Un clima direi particolare in cui nasce anche la legge n. 190/12, in una sorta di inversione di tendenza, se mi è consentito questo termine, soprattutto per quello che riguarda l'approccio con le problematiche in termini, soprattutto, di titolarità delle funzioni e delle relative responsabilità.

E' inutile nascondersi che il panorama che il legislatore ha disegnato, soprattutto nell'arco del 2012, ha cambiato, per certi versi, gli equilibri anche a livello territoriale fra lo Stato, le Regioni; i rapporti non sono più quelli che eravamo abituati a conoscere fino perlomeno alla legge n.42 del 2009, quella sul federalismo fiscale, con tutti i decreti delegati che poi hanno fatto seguito. Quindi si è assistito a qualcosa di sinceramente nuovo nell'ambito normativo che si è

tramutato anche, finalmente, nell'approvazione di questa normativa che era attesa da molto tempo; una normativa che, peraltro, non si sa se ha fatto troppo o ha fatto troppo poco. E' un elemento di dibattito che potrebbe essere approfondito, ma che forse non rappresenta la tematica esatta che stiamo affrontando oggi. In realtà quello che ci deve preoccupare maggiormente è il fatto che questo alternarsi di novità, che hanno accompagnato l'approvazione della legge 190, in realtà ci dice come effettivamente è in questo rinnovato clima che dobbiamo leggere questa legge.

Sulla base di questa considerazione generalissima, vorrei citare una affermazione che è stata fatta di recente, in occasione di uno dei tanti interventi che il Presidente della Corte dei conti, il Presidente Giampaolino, ha fatto. Vi leggo il passo: *“una strategia di prevenzione generale del fenomeno della corruzione deve svilupparsi attraverso precise modalità di controllo, monitoraggio e costante verifica dell'attività sia dell'amministrazione, che delle imprese, del mercato in genere, vale a dire attraverso la previsione di strumenti amministrativi e di procedure tali da garantire la trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione e degli individui, rendendo residuale se pur sempre necessaria, la sanzione penale, per comportamenti che risultino trasgressivi nonostante la prevenzione attuata”*.

Questo, se volete, è un po' l'incipit relativo al modo in cui la legge va letta ed interpretata, cioè questa necessità della prevenzione amministrativa rispetto alla sanzione penale ed all'intervento comunque del giudice penale; un qualche cosa che mette in luce come effettiva-

mente la legge, per come è stata scritta, sembra aver dato una sorta di *primazia* a quella che dovrebbe essere l'azione nell'ambito e all'interno dell'amministrazione, quindi attraverso strumenti che possano, in un certo senso, eliminare alla radice il fenomeno corruttivo, ancor prima del possibile intervento repressivo del giudice penale. Questo è molto importante, perché in realtà ripropone un vecchio dibattito che pone a confronto i rimedi amministrativi e le sanzioni penali, cioè quanto il rimedio amministrativo riesca effettivamente a svolgere questa azione di contenimento, se non di eliminazione, del fenomeno corruttivo. D'altra parte è anche vero che il rimedio amministrativo spesse volte non basta e comunque, in ogni caso, la deterrenza della funzione penale certamente deve restare e deve poter svolgere questa funzione se non altro di retroguardia ed è curioso come, nel leggere la legge, sembrerebbe al contrario che il legislatore abbia dato prevalenza a quelli che sono gli istituti di diritto penale piuttosto che non alle misure amministrative. In realtà la filosofia è contraria: è esattamente quella azione moralizzatrice, da svolgere all'interno della pubblica amministrazione, che intende essere realizzata attraverso le strutture della legge e che fa da ennesimo riferimento al cambiamento che abbiamo percepito anche negli interventi normativi che hanno visto la luce durante il 2012.

Come si articola sostanzialmente la legge? La legge 190 ha alcuni volani principali, che possiamo identificare, da una parte, in misure ordinarie e in misure amministrative e dall'altra in misure riguardanti i soggetti che agiscono nell'ambito dell'amministrazione.

Quando parliamo di misure ordinamentali, esse si sostanziano nella creazione, come diceva il Ministro, dell'Autorità, prevista dalla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione e dalla Convenzione penale sulla corruzione fatta a Strasburgo, cui sono demandati i parametri fondamentali a cui improntare quel sistema poi realizzato nella nostra legge.

Scendendo più in dettaglio, attengono a quelle che possiamo definire misure amministrative, quelle relative, ad esempio, alla previsione di un responsabile della prevenzione della corruzione nonché ai nuovi poteri di coordinamento dell'attuazione delle strategie di prevenzione che sono state conferite, invece, al Dipartimento della funzione pubblica dal Piano nazionale anticorruzione. Inoltre rientrano, tra le misure che riguardano i soggetti della pubblica amministrazione, le norme che attengono alla trasparenza nell'attribuzione delle posizioni dirigenziali, quelle figure esponenziali che sono cioè deputate a portare all'esterno la volontà della pubblica amministrazione. Quello che è importante, però, è percepire, come ha detto l'amico Terracciano, in che misura l'intervento legislativo è destinato a cambiare gli schemi normativi a noi noti, cioè quali sono gli elementi di novità che, di fronte a questo tipo di impostazione, possiamo registrare. E ciò soprattutto rispetto a quelli che sono i pilastri di ordine generale su cui fino ad ora abbiamo comunemente inteso la lotta alla corruzione, che possono essere identificati nell'etica, nella trasparenza, nella semplificazione, nel controllo.

Che cosa c'è di nuovo e cosa possiamo cogliere più in dettaglio nell'ambito del sistema della legge? Parlavo inizialmente di chiavi di lettura su cui potremmo diffonderci a lungo. Per motivi di brevità, vorrei approfondire solo alcuni aspetti particolari. La prima questione su cui vorrei soffermarmi è questa: il sistema di responsabilità che è stato introdotto nell'ambito della legge 190 ha un suo precursore. Il modello che è stato sposato dalla legge n. 190 non è molto dissimile dal modello che abbiamo conosciuto nel 2001 con il varo della legge n. 231. In realtà il meccanismo della legge n.231 prevedeva, sostanzialmente, la commissione di un reato ipotetico da parte di un apicale e, al ricorrere di alcune condizioni, la responsabilità dell'ente di appartenenza chiamato a rispondere. Il relativo criterio di imputazione soggettiva della responsabilità prevista dalla legge n. 231 è legato, quindi, alla cosiddetta colpa di organizzazione, quale espressione di scelte di politiche aziendali errate o quantomeno avventate. Quindi in realtà già nella legge n. 231 del 2001 si parlava di questo aspetto molto particolare, di questa sorta di responsabilità derivante da cosiddetta colpa di organizzazione. Da tale sistema di responsabilità fino alla legge n. 190, abbiamo lasciato esenti gli enti pubblici non economici. D'altra parte si trattava di una esenzione assolutamente esplicita; essi erano esenti, infatti, in ragione della precisa perimetrazione dell'ambito applicativo del decreto legislativo n. 231 disciplinato dall'articolo 1 del decreto stesso, che prevedeva appunto l'esclusione dalla responsabilità delineata dalla legge dello Stato, delle Regioni, delle Province, dei Comuni, degli altri Enti pubblici non economici e degli Enti che svolgono funzioni di ri-

lievo costituzionale. Erano, invece, inclusi in questo tipo di responsabilità, oltre ai soggetti privati, gli enti pubblici che svolgono attività economiche. Quindi, sostanzialmente, la zona grigia che la legge n. 231 aveva determinato è stata, per certi versi colmata, proprio dall'intervento della legge n. 190 che invece ha trasferito il sistema di imputazione di responsabilità, l'imputazione della colpa, per colpa per organizzazione, nell'ambito del sistema amministrativo gestito, appunto, dagli enti territoriali e dagli enti pubblici non economici.

Qui, la cosa principale da notare qual è? E' che nel sistema della legge noi troviamo un soggetto a cui far riferimento, che è appunto il responsabile della prevenzione della corruzione. Soggetto con qualifica dirigenziale che ha una serie di compiti sui quali è inutile soffermarsi più di tanto, se non per dire che in realtà questo soggetto è in particolare responsabile della stesura del Piano di prevenzione per la lotta alla corruzione. Il cosiddetto piano di prevenzione fa infatti riferimento esplicito a questo soggetto. Ma allora a questo punto ci dobbiamo anche chiedere che tipo di responsabilità si creano all'interno dell'amministrazione in relazione alla redazione del Piano di prevenzione od alla vigilanza che lo stesso soggetto (il responsabile) deve esercitare nell'ambito dell'esecuzione del piano predisposto con gli eventuali interventi correttivi. E soprattutto ci dobbiamo chiedere se in questo c'è qualcosa di nuovo rispetto a quello che noi conoscevamo, perché tra l'altro la norma ci dice anche che nel caso di interpretazione di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, risponde il responsabile anticorruzio-

ne a diverso titolo: per responsabilità erariale, per responsabilità civile, disciplinare e, ove del caso, dirigenziale.

La domanda che naturalmente ci facciamo è questa: siamo di fronte ad una responsabilità che viene certamente individuata in capo ad un soggetto specifico, ma quale è il perimetro oggettivo di questa responsabilità, stante che l'identificazione soggettiva è nella legge. Il perimetro oggettivo è più difficile da trovare soprattutto se lo vediamo sotto il profilo di quella che è la prima delle responsabilità che viene, teoricamente, imputata a questo soggetto, e cioè la responsabilità erariale. Responsabilità erariale, che voi sapete benissimo, è una responsabilità per la quale si risponde a titolo di dolo o di colpa grave. Che tipo di ipotesi possono essere considerate? Possiamo immaginare che il Piano non sia stato redatto; possiamo immaginare che il Piano sia stato redatto male; possiamo immaginare che nonostante il fatto che sia stato redatto il Piano, vi sia stato comunque un fenomeno di corruzione che si sia creato da parte di uno dei componenti della struttura amministrativa cui quel Piano fa riferimento. Quindi le ipotesi possono essere diverse. Stiamo inserendo una figura nuova di responsabilità? In effetti, in alcuni casi possiamo dire che sicuramente c'è responsabilità laddove, per esempio, il soggetto non si sia attivato; ciò appare abbastanza pacifico, tenuto anche conto di un'ampia giurisprudenza che identifica questo tipo di comportamento anche con una tipologia di danno tipizzato che è quello del cosiddetto "danno da disservizio", quale danno che deriva, appunto, dall'inerzia, e dall'inattività destinate a determi-

nare poi certamente conseguenze a carico dell'amministrazione.

Quindi sotto questo aspetto, sicuramente, il profilo dannoso determinante responsabilità potrebbe teoricamente esistere, ricalcando qualche cosa che già conosciamo. Altrettanto si può dire nel caso in cui il Piano si riveli *ex post* malfatto cioè ove non risponda a quelli che sono i requisiti previsti dalla legge od ai fini ed agli obiettivi che la legge richiama. Certamente anche in questo caso, ci troviamo di fronte ad una ipotesi in cui, considerato che non possiamo mai giudicare sugli effetti, ma che dobbiamo, comunque, valutare l'atteggiamento amministrativo sempre con un giudizio prognostico, nel senso che dobbiamo analizzare *ex ante* se esso effettivamente è destinato o meno a creare delle situazioni di particolare allarme nell'ambito dell'amministrazione, la fenomenologia di danno è da annoverarsi in archetipi conosciuti. E' quindi ancora una ipotesi che rientra nei concetti noti di responsabilità. Ma, se nonostante il Piano sia *ex ante* valutabile come ben realizzato, e comunque ci troviamo di fronte a dei fenomeni corruttivi, che cosa dobbiamo pensare? Dobbiamo pensare per caso che questa attività che si presenta ovviamente come azione preventiva, debba comunque fare da scudo a qualunque tipo di comportamento da parte dei singoli operatori amministrativi? Sarebbe forse pretendere troppo pensare che il Piano anticorruzione possa comunque coprire qualunque tipo di fattispecie; quindi che si verificano episodi di corruzione, anche nell'ambito di un Piano ben predisposto, è plausibile.

Ma la domanda estremamente insidiosa che allora possiamo fare a noi stessi è: ma in questo caso il responsabile ha una sorta di colpa, se vogliamo, nel non aver previsto quelle misure che invece, ove previste, avrebbero comunque consentito di prevenire fenomeni corruttivi? Possiamo immaginarlo? Certamente c'è una sorta di concorso di colpa, sostanzialmente, dove tale concorso va letto nell'ambito di un atteggiamento colposo in concorso con un atteggiamento doloso posto in essere da colui il quale ha integrato gli estremi del fenomeno corruttivo. Ma anche in questo caso c'è una questione estremamente delicata, perché il concorso colposo non lo possiamo certamente immaginare sotto il profilo penalistico, ma certamente lo possiamo concepire sotto quello del danno erariale. Ma in questo caso, ripeto, è plausibile chiedere al responsabile della prevenzione questo tipo di risultato? E' un problema estremamente complesso che rischia di riesumare figure di responsabilità oggettiva: esso rappresenta comunque domanda che sicuramente ci dovremmo porre perché dobbiamo, nella fase applicativa della legge, poter arrivare al concepimento di un perimetro oggettivo della norma, tanto da poter qualificare l'atteggiamento del soggetto "responsabile", su cui, bene o male, leggendo fra le righe e anche in chiaro, le disposizioni di legge accentrano e concentrano tutte le responsabilità e le conseguenti azioni per quello che riguarda l'adozione del Piano anticorruzione.

Se trasferiamo, per un attimo, il ragionamento appena fatto al decreto legislativo di recente approvazione in materia di trasparenza, troviamo che nell'ambito di tale decreto viene identificata

un'altra figura abbastanza simile al responsabile della legge n. 190/12 che è il cosiddetto responsabile per la trasparenza. Prevede tale decreto che il responsabile per la trasparenza viene generalmente identificato con lo stesso soggetto, cioè nel responsabile che si occupa, appunto, del Piano per la prevenzione della corruzione. Anche qui il discorso un po' delicato.

E' delicato perché comunque vengono identificate in capo al medesimo soggetto tutta una serie di questioni e di problematiche, nonché di responsabilità la cui gestibilità va verificata, in sede attuativa, secondo un concetto di amministrazione ordinaria. Inoltre, va segnalata un'altra questione importante e delicata, soprattutto in termini di coerenza del sistema. Il decreto "trasparenza", nel momento in cui si occupa del relativo responsabile, ne identifica, tra l'altro, all'art. 46, la responsabilità anche sotto il profilo del cosiddetto danno all'immagine. Ciò apre indubbiamente un problema. Perché? Perché il danno all'immagine, che per tanto tempo è stato ignorato dal legislatore, ed è rimasto una creazione giurisprudenziale nata sulla scorta del danno morale, prendendo poi una sua fisionomia, una sua autonomia, proprio nella giurisprudenza, è stato riconosciuto, finalmente, dal legislatore solamente nel 2009, col decreto legge n. 78, il c.d. "lodo Bernardo", il quale si è occupato del danno all'immagine, ma per restringerla la portata, cioè per ricollegarlo alle fattispecie di carattere penale, e soprattutto ai reati contro la pubblica amministrazione ai sensi, appunto, del decreto legislativo n. 231 del 2001. Questa è l'operazione, avallata anche dalla Corte costituzionale, che è stata fatta con l'articolo 17 comma

30 ter del decreto legge n.78 del 2009. Quindi, se questo è vero, il fatto che il responsabile per la trasparenza risponda anche per danno all'immagine è un problema che va un po' meditato. Perché il responsabile per la trasparenza non è altro che il responsabile per la prevenzione della corruzione, il quale è tra l'altro soggetto a responsabilità erariale. Dobbiamo immaginare che questa norma del decreto legislativo n. 33/2013 abbia modificato l'ampiezza del danno all'immagine? Dobbiamo immaginare che al di fuori delle fattispecie individuate dal decreto n. 78 del 2009 ci troviamo di fronte quindi alla possibilità di una azione per danno all'immagine anche per fattispecie che non riguardano strettamente reati contro la pubblica amministrazione, ma che fanno riferimento alla casistica legata al cosiddetto danno organizzativo? o danno da cattiva organizzazione? La prospettazione creata sia dalla legge n. 190, sia dal decreto "trasparenza", come si vede, è una fattispecie complessa che va meditata, e che va calata soprattutto in una realtà coordinata di misure e norme sembrano offrire anche una configurazione nuova di quello che è il concetto di responsabilità.

Molto brevemente un ulteriore tema. Spostiamoci dalla responsabilità ai controlli, perché, come già accennato, è lecito leggere nella legge 190 una sorta di primazia dell'azione amministrativa sulla repressione penale, ma una primazia dell'azione amministrativa che sicuramente passa anche attraverso i controlli. Quando parliamo di controlli, effettivamente, di fronte a cosa ci troviamo? Ci troviamo di fronte ad una realtà, oggi, che relega i controlli di legittimità ad un ambito abbastanza circoscritto, lasciando

spazio a quello che è invece il modello di controllo per eccellenza, il controllo sulla gestione. Per quanto, anche in questo caso, è possibile constatare la singolarità dell'agire del nostro legislatore. Mi riferisco, ad esempio, al decreto 174 del 2012 sugli enti locali, di modifica delle forme e delle procedure di controllo sulle Regioni e sugli Enti locali. In realtà si trattava di un decreto legge nato secondo una certa logica, che poi in sede di conversione ha trovato sostanziale modifica per quanto riguarda i controlli. La cosa che, però, voglio sottolineare è questa: il decreto n. 174 del 2012 è andato a modificare il decreto n. 267 del 2000, in tema di ordinamento di Enti locali, per quello che riguarda i controlli, introducendo presso gli Enti locali non altro che le previsioni del decreto 286 del 1999 di riforma dell'intero sistema dei controlli: E' cioè andato a collocare in ambito locale quella che era la disciplina dei controlli voluta per lo Stato nel 1999, riprendendo la forma del controllo strategico, riprendendo la forma del controllo economico-finanziario ecc. Questo perché? Probabilmente perché le forme classiche di controllo, cioè da una parte il controllo di legittimità, dall'altra il controllo sulla gestione, non hanno trovato quell'appeal che ci si aspettava, nel senso che questi modelli non sono stati in grado di produrre quei risultati che ci si attendeva. Perché che cosa è mancato? Qui veniamo alla legge n. 190. Che cosa mancava nell'ambito della parametrizzazione dei controlli tra la legittimità e la gestione? La legittimità, lo sappiamo, è una violazione di legge e quant'altro; i controlli sulla gestione sono fondati su efficienza, efficacia ed economicità. Mancava un parametro che la legge n.190 surrettiziamente introduce. E' il con-

trollo di legalità che in realtà entra nel sistema, che ha l'obiettivo di combattere la corruzione. Perché poi sostanzialmente la valutazione del comportamento corruttivo, non può che essere fatta se non attraverso un parametro di legalità. In buona sostanza, quando si parla di sviamento della funzione pubblica, se ne parla quasi sempre dicendo che si è fatta una cosa diversa da quella che era, invece, la missione assegnata normativamente al soggetto amministrativo in quel momento chiamato in causa. Questo è vero, ma non basta. Perché noi possiamo avere, in ogni caso, un'azione amministrativa che non necessariamente va fuori i confini e i limiti della missione, ma che, all'interno di quella missione, realizza la medesima in un modo completamente diverso da quello che la *ratio legis* imporrebbe.

Molti fenomeni di corruzione si consumano esattamente in questi termini, all'interno dell'amministrazione, all'interno delle missioni di cui l'amministrazione ha la responsabilità. Allora se questo è vero, ripeto, noi nel momento in cui diciamo "controllo" dobbiamo ricordarci esattamente che stiamo parlando di una fattispecie nuova per l'amministrazione ma che tale carattere di novità non dovrebbe avere. In Europa quando si parla di controlli, si parla di controllo di legalità, ancora prima di qualunque altra forma di controllo. In Italia questo termine ha avuto sempre una certa difficoltà ad entrare nel nostro orizzonte, ma contemporaneamente, oggi, la legge n.190 ci impone di riprenderlo, per consentire una verifica effettiva di quelli che sono i comportamenti, ripeto e lo sottolineo, valutabili solo e solamente alla luce di questo parametro; gli altri, ai fini che ci interessano, servono

poco. Non si tratta di violazione di legge, non si tratta di efficacia o di efficienza dell'azione amministrativa, si tratta del rispetto della legge, del rispetto delle finalità della legge, del rispetto delle finalità delle missioni e dell'azione amministrativa. Ciò assume estrema rilevanza perché diventa la chiave di volta per andare a leggere cosa a livello operativo dobbiamo riguardare perché la legge n. 190 trovi piena attuazione e rispondenza di risultati. Quindi, io credo che la legge vada riguardata soprattutto per questi aspetti che necessariamente dobbiamo definire come innovativi, non perché siano nuovi, ma perché sono chiamati, in prima battuta, a dover essere considerati ai fini di una corretta applicazione della legge di fronte a un fenomeno che purtroppo, oggi come oggi, dobbiamo considerare come sistemico. E questa è la constatazione più grave che possiamo fare, perché non si tratta di fenomeni isolati, ma di fenomeni di sistema e solo attraverso questa chiave di lettura nuova e particolare forse sarà possibile ottenere dalle norme appena varate un efficace contrasto alla corruzione.