

PRINCIPI GENERALI DELLA LEGGE ANTICORRUZIONE

Intervento al convegno su:

“La legge anticorruzione n. 190 del 6 novembre 2012”

dal Comune di Castellaneta l'11 aprile 2013

1. - Da quando, nel lontano 1992, ebbe inizio la stagione di "Mani Pulite", siamo stati abituati a pensare che l'illegalità, la corruzione e il malaffare siano fenomeni tipicamente italiani.

In realtà, la crisi del sistema provocata da tali fenomeni ha assunto una dimensione mondiale al punto da rendere necessario l'intervento dell'Organizzazione delle Nazioni Unite i cui Stati membri già nel 2003 si dissero *«preoccupati»*, cito testualmente, *«dalla gravità dei problemi posti dalla corruzione e dalla minaccia che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società»* e di esser *«convinti che la corruzione non sia più una questione locale ma un fenomeno transnazionale che colpisce tutte le società e tutte le economie»*. In conseguenza, ritennero che la lotta alla corruzione dovesse passare attraverso l'adozione di una serie di misure comuni che furono riepilogate nella convenzione di Merida approvata con la risoluzione dell'Assemblea generale dell'O.n.u. n. 58 del 31 ottobre 2003.

Peraltro, questa convenzione intervenne a conclusione di un complesso dibattito nel corso del quale il riconoscimento dell'importanza di una politica comune per prevenire e combattere il fenomeno della corruzione aveva determinato la sottoscrizione di una serie di accordi tra stati europei ed extraeuropei, tra i quali particolare rilievo è stato attribuito alla convenzione penale sulla corruzione che gli stati membri del Consiglio d'Europa approvarono a Strasburgo il 27 gennaio 1999.

Dunque, già negli anni 90 il fenomeno della corruzione aveva assunto un rilievo mondiale.

La peculiarità del sistema-Italia, se mai, ha fatto sì che queste convenzioni fossero ratificate a distanza di molti anni [con la legge 3 agosto 2009 n. 116 la convenzione dell'O.n.u. e con la legge 28 giugno 2012 n. 110 quella di Strasburgo] e che molte delle misure che in quelle sedi erano state ritenute essenziali per un'efficace prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità fossero introdotte a nove anni di distanza, appunto con la legge 6 novembre 2012 n. 190.

Una legge che è stata approvata a conclusione di un iter parlamentare anch'esso lungo ed articolato, nel corso del quale si è dovuti superare resistenze e veti

incrociati che hanno fatto sì che il testo licenziato non sia degno di encomio.

Il testo approvato dal Parlamento, infatti, è criticabile già nella sua impostazione, in quanto rappresenta un ritorno al passato, ad un modo di legiferare cioè che speravamo fosse stato abbandonato.

Se si esclude l'art. 2 che contiene la *"clausola di invarianza finanziaria"*, l'intero corpo normativo è racchiuso in un solo articolo a fronte dei 12 articoli che sostanziano il disegno di legge licenziato dal Governo nel marzo del 2010.

Che il testo normativo finale non sia tra i più riusciti sul piano della tecnica legislativa è dimostrato dal fatto che, pur dovendo prevenire e reprimere una serie di comportamenti che sostanziano un fenomeno ritenuto di rilievo essenziale sul piano dell'interesse pubblico, il legislatore non si è preoccupato di individuare quali siano i comportamenti da reprimere.

Definizione di "corruzione"

Manca, infatti, nella legge la definizione di cosa debba intendersi per "corruzione".

Una carenza che è stata avvertita persino dalla Presidenza del Consiglio dei ministri che è intervenuta per fornire il proprio punto di vista con la circolare n. 1 del 25 gennaio 2013 nella quale è stato chiarito, appunto, che *«per quanto riguarda il campo d'azione della legge ... la legge non contiene una definizione della "corruzione", che viene quindi data per presupposta»*.

E sin qui siamo nel campo dell'ordinario. Ciò che fa riflettere sono le conseguenze che la Presidenza del Consiglio ha tratto da questa presunta lacuna.

Si legge, infatti, nella circolare che *«in questo contesto, il concetto di corruzione deve essere inteso in senso lato, come comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono quindi evidentemente più ampie della fattispecie penalistica che, come noto, è disciplinata negli articoli 318, 319 e 319 ter c.p. e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le 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»*.

Questo ampliamento del concetto di corruzione rispetto alla fattispecie legale di rilievo penalistico preoccupa per le ripercussioni che potrebbe avere sul piano dell'ampiezza del sindacato sui comportamenti dei singoli operatori coinvolti e del controllo delle relative decisioni.

Vi è, cioè, il rischio che, in nome della repressione dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite a funzionari e dipendenti pubblici, vengano adottate decisioni arbitrarie che non collimano con i fondamentali principi di legalità e di certezza del diritto e che siano in realtà ispirate da ben altre esigenze di gestione e controllo dell'organizzazione.

Ma non vi sono soltanto motivi di opportunità che inducono a prendere le distanze da un'interpretazione estensiva.

A ben vedere la tesi della Presidenza del Consiglio contrasta con la dichiara-

zione d'apertura dell'art. 1 che riconduce la legge nella sfera di attuazione della convenzione di Merida e della convenzione di Strasburgo nelle quali, come abbiamo ricordato, gli Stati firmatari hanno dichiarato di voler perseguire tutti quei fenomeni che costituiscono veri e propri reati.

Sembra, quindi, preferibile un'interpretazione che ricolleggi la sfera di applicazione della legge alle varie fattispecie legali contemplate dal codice penale, con un particolare risalto (se mai) per alcune di esse.

In definitiva, lo scambio corruttivo che si è inteso perseguire è quello che si manifesta attraverso una serie di reati (dazione o sollecitazione di tangenti, riciclaggio, traffico di influenze, peculato, malversazione, abuso di poteri, illecito arricchimento).

Per quanto concerne le amministrazioni destinatarie delle norme contenute nella legge va detto che le prescrizioni di cui ai commi da 1 a 57 dell'art. 1 si rivolgono a tutte le pubbliche amministrazioni previste dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, tra le quali sono compresi anche gli enti locali.

Pubbliche Amministrazioni
assoggettate alla legge.

2. - Dopo questa premessa di carattere generale possiamo ad esaminare i principi e gli aspetti fondamentali della legge, soprattutto di quelli che hanno più attinenza con l'attività amministrativa.

La legge 190 introduce importanti modifiche al codice penale nonché al codice di procedura penale e al codice civile. Ma ciò che più interessa sono le novità introdotte in tema di burocratizzazione della prevenzione e repressione della corruzione e le modifiche alla legislazione sulla trasparenza amministrativa, sui protocolli di legalità, sul codice di comportamento, sul procedimento amministrativo, sugli incarichi affidati ai dirigenti degli enti interessati e sul conflitto d'interesse. Cioè quelle modifiche che interessano, direttamente o indirettamente, la realtà dell'ente locale, con significative ripercussioni sul piano organizzativo e funzionale e che sono contenute nei primi 57 commi dell'art. 1.

La prima di tali innovazioni è quella contenuta nel settimo comma nel quale è previsto che *«l'organo di indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione»*.

Il Responsabile della prevenzione della corruzione

Come si desume dal tenore della disposizione, la legge ha introdotto una regola generale esprimendo un criterio di preferenza, ma non contiene una regola rigida, in quanto ammette, con l'espressione "di norma", una certa flessibilità che consente di scegliere una diversa, purché motivata, soluzione gestionale che sia giustificata dalle specificità dell'organizzazione dell'ente.

Sul piano procedurale, una prima osservazione è quella relativa all'apporto motivazionale della scelta: il provvedimento di conferimento dell'incarico deve essere corredato da idonea motivazione soltanto nel caso la scelta non ricada sul segretario comunale.

Il tenore della legge non ammette dubbi: il provvedimento di nomina è di competenza dell'organo di indirizzo politico.

Organo competente a nominare il Responsabile della prevenzione della corruzione

Su questo aspetto la Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (la C.I.V.I.T.) con delibera n. 15 del 13 marzo 2013 ha precisato che la nomina è di competenza del Sindaco.

Questa precisazione, se ci può trovare pienamente concordi sul piano delle esigenze collegate all'efficienza dell'attività amministrativa, è invece assai criticabile sul piano dell'ortodossia legislativa dal momento che supera a piè pari l'investitura del Consiglio comunale come «organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo» fatta dall'art. 42 del T.U. 267 del 2000. Una investitura che, nell'esegesi giurisprudenziale, è vista come fonte di una potestà esclusiva.

La scelta della C.I.V.I.T. (cui ha aderito anche l'A.N.C.I. con il "documento" dello scorso 2 aprile) è motivata dalla considerazione che:

a) l'art. 36 del d.lgs. 267/2000 individuerrebbe nel Consiglio comunale, nella Giunta e nel Sindaco gli organi di governo del Comune, ai quali spetterebbe pertanto, nei rispettivi ambiti di competenza, la determinazione della attività di indirizzo politico-amministrativo;

b) l'art. 42 del citato T.U. individua l'organo di indirizzo e di controllo politico amministrativo nel Consiglio comunale ma ne circoscrive la competenza ("limitatamente", cioè) ad alcuni atti fondamentali espressamente elencati nel secondo comma;

c) l'art. 50 dello stesso T.U. prevede che il Sindaco è l'organo responsabile dell'amministrazione del Comune ed ha la rappresentanza dell'ente;

d) ai sensi del successivo art. 99 del T.U. il segretario comunale è nominato dal Sindaco.

Mi pare evidente lo stravolgimento del contenuto e della portata delle norme richiamate dalla C.I.V.I.T.

Censurabile è, in primo luogo, l'assimilazione tra "organi di governo" e "organi di indirizzo politico". Così come non merita alcun commento il tentativo di supportare l'investitura del Sindaco con il riferimento alle norme che gli assegnano la responsabilità dell'amministrazione ed il potere di nominare i dirigenti ed il segretario.

Si può discutere sul merito della scelta del legislatore ma (per porvi rimedio) non si può stravolgere il tenore letterale della norma contenuta nell'art. 42 che, peraltro, non può affatto interpretarsi nel senso che tale investitura sarebbe limitata ad alcuni atti fondamentali espressamente elencati. E quand'anche si accedesse a tale interpretazione non vedo come si potrebbe ritenere che l'elenco contenuto nel secondo comma non possa essere integrato da una prescrizione di legge successiva (e, dunque, da una norma dello stesso rilievo di quelle contenute nel T.U. del 2000).

Quando l'incompetenza dell'organo che ha conferito l'incarico di responsabile della prevenzione della corruzione dovesse essere invocata in sede giudiziaria per contestare la legittimità dei provvedimenti da questi adottati, dubito che l'autorità giudiziaria possa avallare una tesi difensiva che faccia riferimento alla deliberazione

della C.I.V.I.T.

Per quanto concerne i requisiti, con la circolare innanzi richiamata la Presidenza del Consiglio ha chiarito che, nel caso l'incarico non sia affidato al Segretario, *«è importante che la scelta ricada su un dirigente che si trovi in una posizione di relativa stabilità, per evitare che la necessità di intraprendere iniziative penetranti nei confronti dell'organizzazione amministrativa possa essere compromessa anche solo potenzialmente dalla situazione di precarietà dell'incarico ... È in ogni caso da escludere la nomina di dirigenti inseriti nell'ufficio di diretta collaborazione per la particolarità del vincolo fiduciario che li lega all'autorità di indirizzo politico e all'amministrazione»*. Requisiti

E qui torniamo al discorso che abbiamo appena fatto sulla competenza. Se si ritiene che *«l'autorità di indirizzo politico»* sia il Sindaco non è possibile prendere in considerazione alcun Dirigente perché tutti, per definizione, sono legati da un vincolo fiduciario e collaborano direttamente con il Sindaco.

Sempre secondo la Presidenza del Consiglio, nell'effettuare la scelta dei dirigenti cui affidare l'incarico di responsabile della prevenzione *«occorre comunque tener presente che la legge ricollega all'inadeguato adempimento delle funzioni l'applicazione delle sanzioni conseguenti a responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare e, pertanto, pare da escludere a priori la possibilità che l'incarico sia svolto da quei dipendenti che per il tipo di rapporto di cui sono titolari non posso rispondere a questo titolo»*. Inoltre, *«la scelta deve ricadere su dirigente che non sia stato destinatario di provvedimenti giudiziari di condanna, né di provvedimenti disciplinari e che abbia dato dimostrazione nel tempo di comportamento integerrimo»*.

Si tratta di un chiarimento pleonastico (visto che siamo in tema di nomina del responsabile della prevenzione della corruzione) che, tuttavia, potrebbe dar luogo a problemi sul piano dei rapporti tra e con i dirigenti nel caso il *«comportamento integerrimo»* fosse assunto a parametro per (e, quindi, fosse introdotto nella motivazione del provvedimento per giustificare) la scelta tra più candidati.

Inoltre, precisa ancora la circolare della Presidenza, *«nell'effettuare la scelta occorre tener conto dell'esistenza di situazioni di conflitto d'interesse, evitando, per quanto possibile, la designazione di dirigenti incaricati di quei settori che sono considerati tradizionalmente più esposti al rischio della corruzione, come il dirigente preposto all'ufficio contratti e quello preposto alla gestione del patrimonio»*.

Quindi, secondo chi ha predisposto la circolare, i dirigenti dell'area tecnica sono tutti potenzialmente corrotti e/o corruttori.

Infine, *«in presenza di più aspiranti all'incarico, ai sensi dell'articolo 19, comma 1 bis, del decreto legislativo n. 165 del 2001, l'amministrazione acquisisce le disponibilità e le valuta»*.

Si comprende perché l'incarico non potrà che essere affidato al Segretario.

La legge non contiene alcuna specifica previsione sulla durata e sulla remunerazione dell'incarico. Durata e remunerazione dell'incarico

Su questi aspetti la Presidenza del Consiglio è del parere che *«la durata della designazione è pari a quella di durata dell'incarico dirigenziale a cui la nomina accede»*.

E qui non è chiaro se anche la revoca dell'incarico vada soggetta alla stessa disciplina della cessazione dell'incarico di dirigente o di segretario comunale.

Per quanto concerne la remunerazione è stato precisato che *«i rilevanti compiti e funzioni e la consistente responsabilità di cui il responsabile della prevenzione è titolare potranno essere remunerati, a seguito di valutazione positiva dell'attività, nell'ambito delle norme legislative contrattuali vigenti, attraverso il riconoscimento dei risultati conseguiti (in base alle risorse disponibili del fondo) mediante la retribuzione di risultato»*.

La designazione del responsabile della prevenzione deve essere comunicata alla C.I.V.I.T. accedendo al sito appositamente creato per la raccolta dei relativi dati.

La circolare della Presidenza del Consiglio si sofferma anche sulle «risorse a disposizione del responsabile», mettendo in risalto che *«considerato il delicato compito organizzativo e di raccordo che deve essere svolto dal responsabile della prevenzione, le amministrazioni devono assicurargli un adeguato supporto, mediante assegnazione di appropriate risorse umane, strumentali e finanziarie, nei limiti della disponibilità di bilancio»*.

Risorse a disposizione per l'espletamento dell'incarico.

Il particolare rilievo che, almeno sul piano dei principi, è stato assegnato alla materia che stiamo trattando ha spinto la Presidenza a precisare che *«l'appropriatezza va intesa non solo dal punto di vista quantitativo, ma anche qualitativo, dovendo assicurare la presenza di elevate professionalità, che dovranno peraltro essere destinatarie di specifica formazione»*.

D'ora in poi, quindi, le migliori professionalità di cui l'ente dispone devono essere distratte da qualsiasi altro progetto e/o programma per essere impiegate nella lotta alla corruzione che, pertanto, diviene il fine istituzionale primario del Comune.

Per quanto concerne le funzioni ed i compiti, la legge prevede (ai commi 8 e 10) che il responsabile della prevenzione, oltre ad elaborare il piano triennale di prevenzione della corruzione (un tema che è affidato alla competenza del dott. Galeone):

Funzioni e compiti

a) definisce le procedure appropriate per selezionare e formare i dipendenti destinati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione;

b) verifica l'efficace attuazione del piano e la sua idoneità;

c) propone modifiche al piano in caso di accertamento di significative violazioni o di mutamenti dell'organizzazione;

d) verifica, d'intesa con il dirigente competente, l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione;

e) individua il personale da inserire nei percorsi di formazione sui temi dell'etica e della legalità.

In ordine alla rotazione degli incarichi sono da condividere le perplessità evi-

denziate dall'A.N.C.I. nella nota del 21 marzo 2013. Si tratta, secondo l'A.N.C.I., «di una misura la cui applicazione presenta profili di estrema problematicità in relazione alla imprescindibile specializzazione professionale e, dunque, infungibilità di alcune specifiche figure dirigenziali operanti nelle amministrazioni locali».

Capite di quante specifiche professionalità i nostri Comuni dovranno disporre per garantire la rotazione degli incarichi cui il legislatore sembra attribuire particolare rilievo tra le misure per la prevenzione della corruzione?

A fronte dei compiti attribuiti al responsabile della prevenzione, la legge prevede delle consistenti responsabilità di carattere disciplinare ed amministrativo.

Responsabilità

Lasciando il tema della responsabilità disciplinare all'intervento del collega Leone qui va richiamata l'attenzione sulla previsione contenuta nel 12° comma con cui si stabilisce che «se all'interno dell'amministrazione» qualcuno venga condannato, «con sentenza passata in giudicato», per un reato di corruzione il responsabile della prevenzione va soggetto ad un'azione di responsabilità «per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione».

Un'azione di responsabilità che può essere evitata soltanto se il responsabile dimostri: a) di aver predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di prevenzione della corruzione; b) di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 dell'art. 1 della legge; c) di avere vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano.

La genericità della terminologia adoperata dal legislatore («in caso di commissione all'interno dell'amministrazione») potrebbe far sorgere dubbi sull'individuazione dei soggetti coinvolti in tale previsione. Se, cioè, essa sia riferita soltanto ai reati commessi dai dipendenti o se si estenda anche alla condotta degli amministratori.

La sfera d'influenza del soggetto incaricato di tale responsabilità (sia esso il segretario che altro dirigente) e la precisazione secondo cui il responsabile della prevenzione può evitare di esservi coinvolto soltanto se dimostra di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 (che attengono all'attività dei dirigenti e dei dipendenti), inducono ad escludere che si possa essere chiamati a rispondere per i reati eventualmente commessi dagli amministratori.

Il riferimento all'azione di responsabilità «per il danno erariale e per il danno all'immagine» rappresenta un'importante precisazione sul fatto che si può essere chiamati a rispondere del danno all'immagine soltanto nel caso la condotta inquisita abbia determinato anche un danno erariale. Non potrebbe esserci, cioè, un'azione di responsabilità innanzi alla Corte dei conti nel caso la condotta inquisita abbia provocato soltanto un danno all'immagine che consiste nella lesione della credibilità esterna della p.A. e nella perdita di fiducia, da parte dei cittadini, nella corretta e trasparente gestione e si verifica in ogni occasione in cui venga accertata una deviazione della gestione della cosa pubblica rispetto ai principi di buon andamento ed imparzialità contemplati dall'art. 97 della Costituzione.

La precisazione, inoltre, consente una breve chiosa sulla norma contenuta

nel 62° comma ove è previsto che *«nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salvo prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente»*.

La novità, che non mi pare di poco conto, sta nell'aver ancorato la quantificazione del danno all'immagine a parametri oggettivi (*«al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente»*) ponendo così termine alla determinazione in via equitativa che assai spesso è stata utilizzata dalla Corte dei conti per condanne in via di principio.

4. – In attuazione dei principi richiamati nella convenzione dell'Onu (ed in particolare di quanto previsto dall'art. 10 secondo cui *«tenuto conto della necessità di lottare contro la corruzione, ciascuno Stato Parte prende, conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, le misure necessarie al fine di accrescere la trasparenza della propria pubblica amministrazione»*) anche il legislatore italiano ha ritenuto che un'efficace attività di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione non può che passare attraverso la trasparenza dell'attività amministrativa. Trasparenza dell'attività amministrativa.

La trasparenza, si ritiene, realizza già di per sé una misura di prevenzione poiché consente il controllo dell'attività amministrativa da parte degli utenti.

Cosa debba intendersi per trasparenza nell'attività amministrativa era stato già chiarito dall'art. 11 della legge 27 ottobre 2009 n. 150 nel senso che *«la trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità»*.

Proseguendo sulla strada aperta dal legislatore del 2009, la legge 190 del 2012 precisa che la trasparenza dell'attività amministrativa è assicurata soprattutto mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, del segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali.

Nei siti web istituzionali sono pubblicati anche i relativi bilanci e conti consuntivi, nonché i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini.

Sul concetto di *«trasparenza»* si è di recente soffermato il decreto legislativo n. 33 del 14 marzo 2013 *«sul riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblici-*

tà, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni (pubblicato soltanto da qualche giorno e che entrerà in vigore il prossimo 20 aprile).

«La trasparenza» - esordisce il decreto - va *«intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»* (art. 1, primo comma).

Di particolare rilievo è la normativa introdotta dall'art. 4 del predetto decreto che si sofferma sui *«limiti alla trasparenza»*, in qualche misura ampliando la prospettiva delineata dalla legge 190 che ha subordinato l'attuazione delle esigenze di trasparenza soltanto al *«rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali»*. In base alle previsioni del decreto legislativo, infatti, un ulteriore limite è rappresentato dal *«rispetto delle disposizioni in materia di ... segreto statistico»* (cioè, l'obbligo di riservatezza che riguarda i dati acquisiti a seguito di rilevazioni come, ad esempio, il censimento).

Da approfondire è, poi, il rilievo da attribuire all'art. 5 del predetto decreto che istituisce il diritto di *«accesso civico»*. Diritto di accesso civico

In pratica, si riconosce che *«chiunque»* possa richiedere *«documenti, informazioni o dati»*, che l'amministrazione ha l'obbligo di pubblicare, *«nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione»*. La richiesta, si precisa, *«non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza ...»*.

In pratica, si stravolge la regolamentazione del diritto d'accesso fissata dall'art. 22 e dall'art. 25 della legge 241 del 1990 in quanto, per gli atti assoggettati agli obblighi di pubblicazione secondo le norme sulla trasparenza, non è più previsto che la richiesta di accesso sia formulata da coloro che *«abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»*. Inoltre, non è più previsto che *«la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata»*.

Già in virtù dell'art. 11 della legge 150 del 2009, ogni amministrazione era tenuta ad adottare un *«Programma triennale per la trasparenza e l'integrità»* (da aggiornare annualmente) e nel quale dovevano essere individuate le *«iniziative previste per garantire ... la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità»* (secondo comma). Programma triennale della trasparenza

Sul punto è, naturalmente, intervenuto il decreto legislativo 33 del 2013 che all'art. 10 ha ulteriormente precisato che *«ogni amministrazione ... adotta un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità»* (primo comma) che *«definisce le misure, i modi e le iniziative volti all'attuazione degli obblighi di pubblicazione»* e che *«costituisce di norma una sezione del Piano di prevenzione della corruzione»* (secondo comma).

È importante osservare (per quanto si dirà in termini di sanzioni) che già con Responsabile della trasparenza

delibera n. 105 del 2010 la C.I.V.I.T. aveva demandato a ciascuna amministrazione il compito di designare il responsabile della trasparenza. Si tratta del dirigente *«che sia il referente non solo del procedimento di formazione, adozione e attuazione del programma, ma dell'intero processo di realizzazione di tutte le iniziative volte, nel loro complesso, a garantire un adeguato livello di trasparenza, nonché la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità»*.

Oggi, l'art. 43 del decreto legislativo 33 del 2013 prevede che *«all'interno di ogni amministrazione il responsabile per la prevenzione della corruzione ... svolge, di norma, le funzioni di Responsabile per la trasparenza»*.

Dunque, in via preferenziale le figure dei due responsabili devono essere accorpate in un unico soggetto.

La trasparenza dovrà essere assicurata soprattutto in materia:

- a) di autorizzazioni o concessioni;
- b) di scelta del contraente per l'affidamento dei lavori, delle forniture e dei servizi, anche con riferimento alle modalità di selezione prescelta;
- c) di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché di attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati;
- d) di concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressione di carriera di cui all'art. 24 del decreto legislativo 150 del 2009.

Attività assoggettate
agli obblighi sulla trasparenza

Per quanto riguarda, in particolare, le procedure relative all'affidamento dei lavori, dei servizi e delle forniture il decreto legislativo 33 non ha modificato quanto previsto dal 32° comma della legge 190. Pertanto, ogni stazione appaltante dovrà pubblicare sul proprio sito web una serie di informazioni che vanno dalla indicazione della struttura proponente, all'oggetto del bando, all'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, all'aggiudicatario, all'importo di aggiudicazione, ai tempi di completamento dell'opera, del servizio o della fornitura, all'importo delle somme liquidate.

Non solo, ma entro il 31 gennaio di ogni anno tutte le informazioni di questa natura riferite all'anno precedente dovranno essere pubblicate in tabelle riassuntive rese liberamente scaricabili in un formato digitale e potranno essere "liberamente" consultate da tutti i cittadini mediante accesso al sito web della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Nel caso di mancata trasmissione di tali informazioni, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ne darà comunicazione alla Corte dei conti.

La legge non chiarisce quale sia lo scopo di tale comunicazione dal momento che, non comportando di norma la mancata trasmissione un'ipotesi di danno erariale, non potrebbe esserci alcuno spazio per un intervento sanzionatorio da parte della magistratura contabile.

Sul punto, tuttavia, si registra la precisazione contenuta nell'art. 46 del decreto legislativo 33/2013 secondo cui l'inadempimento di uno qualunque degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente (oltreché la mancata predi-

sposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità) costituisce «eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione».

Dunque, il coinvolgimento della Corte dei conti si spiegherebbe con la previsione di una sanzione per il danno all'immagine provocato dall'inadempimento degli obblighi sulla trasparenza.

Una previsione che crea problemi di coordinamento con quanto stabilito dal comma 62 della legge 190/2012 sulla quantificazione del danno all'immagine che va sempre rapportato «al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente».

Cosa succede se il pregiudizio derivante dalla violazione degli obblighi sulla trasparenza non sia suscettibile di una valutazione patrimoniale?

Su chi incombe l'onere di tale adempimento?

Se le conseguenze della mancata o incompleta pubblicazione delle informazioni considerate rilevanti ai fini degli obblighi sulla trasparenza (così come i ritardi nell'aggiornamento dei contenuti sugli strumenti informatici) ricadono sul responsabile del servizio (a norma del 33° comma) non può che essere il responsabile del servizio il soggetto onerato in via principale.

Chi è tenuto a tali adempimenti.

Tuttavia, rientrando tale pubblicazione tra gli obblighi imposti per garantire la necessaria trasparenza dell'attività amministrativa, deve ritenersi che da tale onere non vada esente il responsabile della trasparenza, in quanto è lui che risponde in via generale dell'attuazione degli obblighi e delle misure sulla trasparenza.

Perché è rilevante individuare il soggetto tenuto a trasmettere le informazioni all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici?

Sanzioni

Ma perché le conseguenze della violazione e/o elusione di tale obbligo sono ben più gravi di quelle riferite alla mancata o incompleta pubblicazione delle informazioni che riguardano altri settori.

Mentre, infatti, per queste ultime le conseguenze della violazione degli obblighi di legge, secondo la previsione della legge 190 e dell'art. 46 del decreto legislativo 33/2013, restano circoscritte al piano delle valutazioni tipiche del mancato raggiungimento degli obiettivi ex art. 21 del decreto legislativo 165 del 2001 (oltretutto, ma solo eventualmente, al piano della responsabilità per danno all'immagine) l'elusione degli obblighi informativi nei confronti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici comporta anche l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che nell'ipotesi di omessa trasmissione, senza giustificato motivo, delle informazioni può arrivare sino a 25.822 euro e nel caso di informazioni non veritiere addirittura fino a 51.545 euro.

Per la verità, il regime delle sanzioni che la legge 190/2012 ha previsto con riferimento agli obblighi d'informazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici non è stato riproposto (o in altro modo richiamato) dal decreto legislativo 33/2013. Difficilmente, però, tale silenzio potrà essere interpretato come il supera-

mento del sistema sanzionatorio previsto dalla legge.

5. - Degne di attenzione sono poi le modifiche introdotte alla legge sul procedimento amministrativo. Novità sul procedimento amministrativo.

In primo luogo quelle sulla *"conclusione del procedimento"* disciplinata dall'art. 2 della legge 241 del 7 agosto 1990. La conclusione del procedimento.

Alla previsione del primo comma secondo cui *«ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso»* segue ora quella introdotta dal 38° comma secondo cui *«se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo»*.

Si tratta di un'integrazione normativa che lascia perplessi.

Il *«riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo»* rappresenta la dotazione motivazionale minima di ogni provvedimento amministrativo. Non si comprende, allora, il rilievo di deroga alla regola generale che il legislatore del 2012 ha inteso dare alla prescrizione in esame.

Né la novità può consistere nell'aggettivo *"sintetico"*, perché ciò che rende la motivazione idonea a supportare l'atto amministrativo (per quanto sintetica possa essere) resta pur sempre la possibilità che attraverso di essa sia dato ricostruire l'iter logico seguito per giungere all'adozione del provvedimento.

Già in sede d'interpretazione esegetica della norma sulla motivazione del provvedimento amministrativo a suo tempo introdotta dall'art. 3 della legge 241 del 1990 (secondo cui *«la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione»*) la giurisprudenza aveva ritenuto valida *«la motivazione espressa in forma succinta»*, allorché l'iter logico indicato consentisse di riferire con certezza il provvedimento alla fattispecie astratta prevista dalla legge (così: Cons. giust. sic. 20 gennaio 2003 n. 31) e addirittura allorché l'amministrazione provveda ad indicare le ragioni su cui l'atto si fonda utilizzando un modulo prestampato e mediante apposizione di un segno su una delle caselle che indicano una tra più ragioni possibili (Cons. stato IV sez. 19 settembre 1999 n. 1476).

Non si comprende, allora, quale sia la portata innovatrice della prescrizione.

Ancor più incomprensibile è l'introduzione di categorie quali la manifesta irricevibilità, l'inammissibilità e l'improcedibilità che sono tipiche dell'ordinamento processuale ma che - disancorate da qualsiasi previsione di dettaglio - rischiano di restare confinate sul piano delle affermazioni di principio allorché se ne pretenda l'applicazione nel campo del procedimento amministrativo in senso stretto.

Quand'è che una domanda rivolta alla pubblica amministrazione può considerarsi manifestamente irricevibile, inammissibile o improcedibile?

Sempre sul versante del procedimento amministrativo va segnalata l'introduzione dell'art. 6 bis alla legge 241 del 1990 sul *"conflitto di interessi"* in cui possono venirsi a trovare *«il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale»*. Per costoro è previsto l'obbligo di *«astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale»*.

Conflitto d'interessi

Si tratta di una novità senz'altro condivisibile ed apprezzabile sul piano dei principi ma i cui effetti, sul piano pratico, potrebbero essere disastrosi.

L'aver inteso perseguire *«ogni situazione di conflitto anche potenziale»* rischia di estendere oltre ogni ragionevole e logico limite il sindacato sull'attività dei soggetti coinvolti.

Nella migliore (e più lineare) delle ipotesi si corre il rischio di paralizzare (anche nel caso in cui non vi siano oggettivi pericoli per la legalità) l'attività di interi settori dell'amministrazione che non dispongano di professionalità sufficienti per sostituire chi versi in una situazione di conflitto d'interesse "potenziale". Nella peggiore delle ipotesi si corre il rischio che vengano adottati provvedimenti di favore laddove non ne sussistono i presupposti, a tutto discapito della legalità.

Per quanto d'interesse dei dirigenti e dei dipendenti in possesso di specifiche professionalità va segnalata la novità introdotta dal 42° comma che ha modificato l'art. 53 del decreto legislativo 165 del 2001 che nella nuova formulazione prevede, ai comma 7 e 7 bis, che *«i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. ... In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'ergante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce»* addirittura *«ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti»*.

Incarichi esterni pubblici

Inoltre, è previsto che *«i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti»* (art. 53,

Incarichi esterni privati

comma 16 *ter*).

La previsione della nullità dei contratti e, addirittura, il divieto di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni sembrano di un rigore davvero eccessivo (e forse ingiustificato). Così come sembra illogico ed irrazionale un divieto esteso ad ogni ipotesi di attività e non limitato alla sola attività del soggetto privato che sia stata interessata direttamente dall'esercizio del potere autoritativo e negoziale.

Quale rischio per la legalità può esserci nel fatto che, dopo la cessazione del rapporto d'impiego, si eserciti la libera professione presso un'impresa che sia stata destinataria di un appalto con l'amministrazione di appartenenza conclusosi addirittura sei anni prima (tre anni prima della cessazione del servizio e tre anni dopo)?

Per chiudere il cerchio sulle novità principali che riguardano l'organizzazione amministrativa dell'ente una breve riflessione non può che riguardare il 51° comma che ha introdotto l'art. 54 bis alla legge 165 del 2001 sulla *«tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti»*. Segnalazione di illeciti da parte dei dipendenti

L'art. 54 *bis* così stabilisce: *«fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia»*.

Anche di questa normativa non se ne comprende il significato in linea tecnica dal momento che non sembra sia possibile rinvenire nel previgente ordinamento qualche riferimento normativo che consentisse di sanzionare, licenziare o sottoporre ad una misura discriminatoria il dipendente che avesse denunciato condotte illecite.

Anche in questo caso, quindi, dov'è la novità?

Forse ci si sarebbe dovuti limitare a sancire l'obbligo di garantire l'anonimato così come previsto dal secondo comma dell'art. 54 bis che impone di non rivelare l'identità del segnalante nel procedimento disciplinare *«sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione»*. Mentre, se *«la contestazione sia fondata, in tutto in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato»*.

In conclusione, una valutazione positiva della legge può esser fatta soltanto sul piano dei principi, in quanto con questa legge si è inteso dare spazio ad una riforma globale e sistematica della materia.

Ma è una riforma che, per raggiungere i suoi obiettivi, richiede alcune modifiche normative ed ulteriori incisivi interventi.

Certo si poteva e si doveva fare di più, ma è da apprezzare il fatto che per la prima volta il legislatore sia intervenuto sulla genesi dei fenomeni corruttivi evitando

di affidarsi esclusivamente alla repressione.

Soprattutto è da valutare con estremo favore il tentativo di operare un intervento di irrobustimento delle garanzie procedurali e dei presidi di controllo e repressione preventivi, individuando all'interno del circuito dell'assunzione delle scelte di gestione della cosa pubblica gli snodi maggiormente sensibili.

Così facendo, al di là di ogni valutazione dei singoli istituti, la legge persegue in maniera organica, per la prima volta, l'obiettivo di intervenire in modo efficace e consapevole sulla genesi dei fenomeni corruttivi, piuttosto che affidarsi, come è stato prima della legge 190, alla sola repressione.

Ed è noto che proprio l'inefficienza degli istituti di controllo preventivi all'interno della pubblica amministrazione ha finito per esasperare e drammatizzare il ruolo della funzione della giustizia penale quale unica risposta dello Stato ai fenomeni corruttivi.

avv. Antonio Pancallo