

L'ESPERIENZA ITALIANA NELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE:
PREVENZIONE, SANZIONE PENALE,
CONTRASTO PROCESSUALE E *PERFORMANCE**

Gaspare Dalia**

SOMMARIO: 1.- Considerazioni introduttive; 2.- Le scelte del legislatore italiano: i piani anticorruzione delle PP.AA. per la prevenzione di fenomeni corruttivi; 3.- Le misure per la prevenzione della corruzione: a) il *whistleblowing*; 4.- Segue: b) diritto alla trasparenza degli atti della P.A. e accesso civico; 5.- Segue: c) il delicato equilibrio tra *privacy* e trasparenza; 6.- Le ultime modifiche alla normativa anticorruzione: la legge 9 gennaio 2019, n. 3, cd. "Legge spazzacorrotti"; 7.- Prevenzione della corruzione e ricadute sulla *performance*; 8.- Conclusioni: l'amministrazione "intelligente" potrebbe eliminare gran parte dei problemi? Prospettive di ricerca.

1. Considerazioni introduttive.

La tensione verso l'elaborazione di modelli penali e processuali penali capaci di rispondere all'esigenza di contemperare il dualismo "autorità-libertà" richiede, allo stato attuale, una seria ed oculata riflessione su quali debbano essere le scelte che il legislatore intenda operare per contrastare le "emergenze" con cui la società è chiamata di volta in volta a confrontarsi¹.

* Il presente contributo rappresenta la versione ampliata della relazione tenuta in occasione della "II Giornata di Sensibilizzazione sulla Trasparenza e l'Anticorruzione" svoltasi presso la sala del Senato Accademico dell'Università degli Studi di Salerno il 15 ottobre 2019.

**Ricercatore di Procedura penale e Professore Aggregato di Diritto processuale penale comparato, Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza), Università degli Studi di Salerno.

¹ Sulla nozione di diritto penale dell'emergenza, v., fra tutti, P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene, 1985, 9. 89 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, 2000, p. 23 ss., dove si affronta il tema, sottolineando che da troppo tempo ormai è maturata l'esigenza di una riflessione che sia realmente critica, anche a costo di risultare polemica, sullo stato e la tendenza del sistema penale del nostro Paese. La perenne emergenza che da circa trent'anni informa di sé le opzioni legislative e le prassi applicative, ha fatto perdere di vista la prospettiva del sistema integrato di prevenzione e controllo multiagenziale del disagio sociale e, conseguentemente, della sussidiarietà dell'intervento penale: l'unica nella quale un moderno stato sociale di diritto possa affrontare il fenomeno criminale nella complessità delle sue sfaccettature e misurarsi, senza subire i condizionamenti; R. WENIM, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Atti del convegno Trento, 2 e 3 ottobre 2015, in *Quaderni della facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Trento, 2017, specie p. 243; M. TROGU, *La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, 1, 2017, p. 187 ss.; R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2017, p. 234 ss.; G. INSOLERA, *Ripensare l'Antimafia: il sistema penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, consultabile su <https://www.penalcontemporaneo.it/upload/1399542883INSOLERA%202014a.pdf>.

Quella dei fenomeni corruttivi è una di queste e l'Italia – statisticamente, uno dei Paesi con il più alto indice di “percezione” di tale tipo di criminalità² – è stata chiamata ad uno sforzo particolarmente importante per prevenire e reprimere condotte illecite.

Pertanto, la comparazione con le scelte legislative italiane rappresenta un passaggio obbligato per cogliere gli aspetti più marcati di una legislazione che si voglia efficace ed efficiente.

A partire dal 2012³, infatti, l'esperienza peninsulare ha fatto registrare uno spropositato aumento dei dispositivi di contrasto che hanno profondamente modificato gli strumenti processuali di accertamento, con un evidente pericolo di erosione delle soglie di garanzia offerte a soggetti indagati e/o imputati di tali tipi di reati, con la conseguente creazione, invece, di potenziali situazioni in cui l'anticipazione eccessiva della soglia di punibilità di alcune ha portato il sistema penale ad una pericolosa deriva inquisitoria⁴ che non corrisponde alla logica e alla cultura di chi ha ispirato tale cambiamento.

Con tale contributo si intende ricostruire lo *status quo*, così come segnalarne le criticità, al fine di proporre soluzioni *de iure condendo* coerenti con il sistema in cui verrebbero applicate, poiché, com'è stato correttamente affermato, «tra le esperienze maturate in materia, quella italiana è spesso presa a riferimento, anzitutto per il ruolo che nel sistema ha

² «Conoscere e misurare la corruzione è indispensabile non solo per affrontarla ma anche perché le “misurazioni” finiscono per incidere direttamente sull'economia e, quindi, anche sul livello degli investimenti, in particolare stranieri, i quali com'è ovvio confluiscano in misura maggiore laddove sono assicurate certezza del diritto e istituzioni integre. Le uniche classifiche di cui disponiamo oggi, che influenzano significativamente la reputazione di un Paese e orientano chi decide di investire, sono quelle di Transparency International, fondate sulla percezione della corruzione, ovvero sulla “sensazione” soggettiva degli intervistati. Sono rilevazioni, dunque, che non possono essere sottovalutate perché fotografano il tasso di fiducia nei confronti delle istituzioni ma non sono certo in grado di fornire dati scientificamente attendibili», così R. CANTONE, attuale Presidente dell'ANAC, l'Autorità italiana anticorruzione, *Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano*, in *penalecontemporaneo.it*, 2018. L'85% dei cittadini è convinto che i livelli di malaffare siano alti, ma non ha vissuto episodi sulla propria pelle né su quella dei familiari. È recente, ad esempio, il tentativo di quantificare il “peso” complessivo della corruzione nei diversi paesi da parte dei verdi europei: a dicembre, un rapporto ha imputato all'Italia un “valore” annuo della corruzione pari a ben 230 miliardi. V., a tal proposito, anche il comunicato di Transparency International del 21 febbraio 2018, attraverso cui si sottolinea che l'indice della percezione della corruzione in Italia è migliorato e, come Nazione, è salita al 54° posto, scalando dal 2012 ben 18 posizioni, consultabile qui <https://www.transparency.it/wp-content/uploads/2018/02/CS20180221.pdf>. Per ulteriori reports ed approfondimenti sul tema, si rinvia a D. DI PIERRO, *Corruzione in Italia e nei paesi avanzati*, Dossier 3/2015, consultabile su <http://www.fondazionehume.it/wp-content/uploads/2017/10/Corruzione.pdf>; S. DA EMPOLI, *Italia interrotta: il peso della corruzione sulla crescita economica*, Studio I-Com per Riparte il Futuro, giugno 2018, consultabile attraverso il seguente canale: <https://www.riparteilfuturo.it/assets/files/il-termometro-della-corruzione-2017.pdf>; https://www.riparteilfuturo.it/assets/articles/images/report_Italia_interrotta_2018.pdf; G. COLOMBO, *Fenomenologia della corruzione: effetti, proposte, soluzioni, strumenti*, consultabile su <https://www.assocontroller.it/WordPress/wp-content/uploads/2016/10/Ra-Slot1-Fenomenologia-della-Corruzione-01-1.pdf>.

³ L'Italia, con la Legge c.d. Severino (n. 190/2012) ha introdotto numerosi strumenti, oltre a quelli fin a quel momento già esistenti, di contrasto alla corruzione.

⁴ Sul punto, oltre a A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, 2016, p. 14, v. anche L. GARLATI, *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Giuffrè, 2010, p. 300, L. GARLATI, “Contro il sentimentalismo”. *L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.c. del 1930*, in *Criminalia*, 2012, p. 181 ss.; E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, 2013, p. 13 ss.; M. Dubini, Il ritorno del garantismo inquisitorio: le Sezioni Unite sull'esame del testimone assistito, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 2 ss.; da ultimo, sul versante di un ripensamento del sistema accusatorio, v. G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 4, 2, 2018, pp. 533-557.

progressivamente assunto l’Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac)»⁵, e ciò in quanto i dispositivi di prevenzione e di trasparenza dell’operato della pubblica amministrazione pretendono di contrastare efficacemente tali fenomeni unitamente ad un intervento sulle norme sostanziali che hanno “aggiornato” un tessuto normativo dimostratosi, nel recente passato, inadeguato a reprimere le condotte penalmente rilevanti⁶.

2. Le scelte del legislatore italiano: i piani anticorruzione delle PP.AA. per la prevenzione di fenomeni corruttivi.

Mentre nel nostro sistema giuridico il fenomeno della corruzione è stato affrontato in precedenza esclusivamente in chiave penalistica⁷, negli altri ordinamenti giuridici si è accolto un concetto più ampio di corruzione: non solo i fatti penalmente rilevanti, ma ogni fenomeno di abuso e strumentalizzazione della funzione pubblica per conseguire vantaggi indebiti di natura personale.

Negli ultimi anni, l’ordinamento italiano ha, perciò, ritenuto di rispondere non solo attraverso misure repressive-sanzionatorie, ma in via preventiva, ossia predisponendo una serie di cautele e misure volte ad evitare il rischio di fenomeni corruttivi nell’apparato pubblico: in sostanza, la linea seguita dal legislatore è stata quella di ridare vigore ai principi

⁵ Secondo R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 1 ss., solo un sistema basato sulla valorizzazione della trasparenza dell’operato della P.A., congiuntamente ad un’adeguata riforma del codice penale e processuale penale, può contribuire ad un’efficace prevenzione dei fenomeni corruttivi.

⁶ V., a tal punto, N. GULLO, *La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana*, in *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 2016, 8, 15, p. 406-437, secondo il quale la Comunità internazionale ha dimostrato negli ultimi decenni una crescente attenzione per il fenomeno della corruzione, sia quella nazionale che quella internazionale, perché viene considerato un fattore di ostacolo al corretto funzionamento dei mercati internazionali e alla modernizzazione degli Stati. Le principali organizzazioni internazionali hanno promosso la stipula di trattati multilaterali o hanno adottato atti di indirizzo con i quali si è cercato di promuovere l’armonizzazione penale degli ordinamenti statali. Accanto al rafforzamento della tutela penale, le istituzioni internazionali, soprattutto di livello europeo, hanno sollecitato anche l’introduzione di strumenti di prevenzione amministrativa della corruzione. La legislazione italiana si è adeguata a queste esigenze di ordine internazionale elaborando un complesso modello giuridico di prevenzione della corruzione, che prevede tra l’altro la creazione dell’Autorità nazionale anticorruzione R. CANTONE, *Intervento del Presidente dell’Anac*, Dipartimento di Scienze Politiche Università degli Studi di Perugia, Inaugurazione dell’Anno Accademico 2017-2018, Mercoledì 21 novembre 2017, consultabile su <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/Interventi/int.Pres.Cantone.UniPerugia.21.11.2017.pdf>, specie p. 3; ancora, sul tema, R. CANTONE, *Contrasto alla corruzione: il modello italiano*, intervento del Presidente dell’Anac alla conferenza “*La politica criminale ed il fenomeno della corruzione*”, Universidad Austral, Buenos Aires, 13 settembre 2018, consultabile su <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/Interventi/Interv.Cantone.BuenosAires.13.09.2018.pdf>, specie p. 3. Più di recente, invece, v. il contributo di F. CINGARI, *Sull’ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *La legislazione penale*, 2019, pp. 1-26.

⁷ Del resto, secondo CARLONI-CANTONE, “*Percezione*” della corruzione e politiche anticorruzione, *penalecontemporaneo.it*, 18 febbraio 2019, «*con questo impianto penale l’Italia ha affrontato la manifestazione più grave di corruzione mai emersa nella storia del Paese, quella degli anni 90 del precedente secolo, divenuta nota come Tangentopoli o Mani pulite che riguardò il sistema dei partiti e della politica, entrambi travolti dal ciclone giudiziario, tanto che, secondo gli storici, l’esito delle indagini e dei processi cagionò un tale cambiamento da giustificare il passaggio alla seconda Repubblica. Il sistema delineato, però, era apparso non adeguato già rispetto a quelle forme corruttive di Tangentopoli e a maggior ragione è risultato non a passo con i tempi rispetto a quelle che via via si sono delineate successivamente, quelle cioè che vedono sempre più corrotti e corruttori partecipi indistinti di vere e proprie associazioni a delinquere, finalizzate a saccheggiare le risorse pubbliche*».

costituzionalmente contenuti negli artt. 28, 54 e 97 Cost.⁸. Il nostro ordinamento si è conformato, quindi, alla tendenza internazionale⁹ circa la previsione di forme di contrasto preventivo alla corruzione emanando la l. 190/2012¹⁰ (cd. “Legge Severino”, dal nome del Ministro della Giustizia dell’allora Governo tecnico Monti), con cui si accede per la prima volta al concetto di corruzione amministrativa¹¹ e si individuano tre nuovi protagonisti nella lotta alla corruzione: non solo (e non più) le forze tradizionali (forze dell’ordine e magistratura), ma, soprattutto ed *in primis*, le pubbliche amministrazioni, i suoi dipendenti, nonché l’intera opinione pubblica¹², chiamata, quale *whatchdog*, a vigilare sul corretto esercizio della funzione amministrativa e sull’utilizzo delle risorse pubbliche¹³.

⁸ Gli articoli fanno riferimento, oltre che ai diritti e doveri dei cittadini, anche alla P.A. L’art. 28 Cost. si riferisce alla responsabilità dei dipendenti o funzionari della P.A. Un cittadino che è stato danneggiato da un impiegato o da un funzionario dello Stato può chiedere il risarcimento dei danni direttamente alla P.A.; è una garanzia per il danneggiato, perché il funzionario potrebbe non essere in grado di risarcire il danno commesso. Tuttavia, nel caso in cui un impiegato e un funzionario abbiano commesso illeciti penali, a risponderne è il soggetto in quanto tale. L’art. 54 Cost. stabilisce che i cittadini cui sono affidate cariche pubbliche debbono adempierle con disciplina ed onore nonché prestando giuramento nei casi previsti dalla legge. L’art. 97 si riferisce alla Pubblica Amministrazione, intesa come l’insieme degli uffici dell’apparato tecnico-burocratico dello Stato. La norma indica i tre principi fondamentali per il funzionamento della P.A: principio di legalità, principio di buon andamento, principio di imparzialità.

⁹ Al comma 1 dell’art. 1 della legge 190/2012, infatti, si stabilisce che «*in attuazione dell’articolo 6 della Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla 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, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n.110, la presente legge individua, in ambito nazionale, l’Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*». Nella logica, infine, di questa filosofia è previsto anche un garante del sistema, l’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che è il centro della nuova funzione di prevenzione, a cui spetta il compito di costruire una “politica” anticorruzione, grazie, però, alla sinergia con le singole amministrazioni.

L’Autorità anticorruzione, la cui istituzione è obbligatoria in base alla Convenzione di Merida (art. 6), è un’authority indipendente, i cui componenti del consiglio sono scelti con criteri che dovrebbero limitare al massimo l’influenza su essi della politica. Vengono nominati dal governo fra persone con specifici requisiti di competenza, escludendo coloro che nel triennio precedente avevano svolto funzioni politiche, con il parere della maggioranza dei due terzi della commissione parlamentare affari costituzionali, non sono rieleggibili e soprattutto durano in carica 6 anni, più quindi di una legislatura.

¹⁰ La legge 190/2012 reca ai commi dell’art. 1 nuovi obblighi e adempimenti per le amministrazioni pubbliche, attraverso modifiche al codice penale, deleghe legislative e rinvii ad atti secondari da emanare. La relazione illustrativa del disegno di legge ha da subito delineato l’obiettivo che si intendeva perseguire: prevenzione e repressione del fenomeno della corruzione attraverso un approccio multidisciplinare, nel quale gli strumenti sanzionatori si configurano solamente come alcuni dei fattori per la lotta alla corruzione e all’illegalità nell’azione amministrativa. Nello specifico, si pongono a sostegno del provvedimento legislativo motivazioni di trasparenza e controllo provenienti dai cittadini e di adeguamento dell’ordinamento italiano agli standard internazionali: la corruzione, infatti, danneggia la credibilità di un Paese soprattutto da un punto di vista economico, poiché disincentiva gli investimenti, anche stranieri, frenando di conseguenza lo sviluppo.

¹¹ Vedi, soprattutto in ottica di modernità del dibattito scientifico, A. CONZ, L. LEVITA, *La nuova legge anticorruzione: commento organico alla legge 9 gennaio 2019, n. 3, in tema di reati contro la PA, di prescrizione, di trasparenza di partiti e movimenti politici*, Dike, 2019, p. 219; R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione: commento alla Legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, 2019, p. 392; P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Laterza, 2019, p. 101.

¹² Sul rapporto intercorrente tra opinione pubblica e corruzione, v. SENZA CORRUZIONE RIPARTE IL FUTURO, *Nuova opinione pubblica e corruzione: conferenza a Milano*, 27 aprile 2016; M. SACCOCCIA, J. A. ABELA, POLITICA, INFORMAZIONE E CORRUZIONE: CASO ITALIANO E CASO SPAGNOLO, in *Archivio*, 2017; G. BELARDELLI, *Le molte idee sbagliate sulla corruzione in Italia*, in *Corriere della Sera*, 20 aprile 2018.

¹³ In estrema sintesi, «*sono tre i pilastri che caratterizzano la strategia della prevenzione, sia pure in una prospettiva unitaria che resta quella della “corruzione”, da contenere ed evitare. Il primo pilastro della*

In altri termini, la prevenzione alla corruzione passa attraverso la previsione di misure anticipatorie volte a rafforzare la legalità¹⁴ nella gestione di qualsiasi procedimento amministrativo, con l'individuazione di nuovi soggetti (le autorità di vigilanza)¹⁵ e la predisposizione di nuovi strumenti (i piani anticorruzione¹⁶), sia a livello centrale che periferico.

Di conseguenza, ciascuna amministrazione, oltre che specificare, nel proprio piano triennale anticorruzione e trasparenza, le misure e gli adempimenti ritenuti più necessari per prevenire fenomeni corruttivi, deve anche individuare le aree ed i settori amministrativi ritenuti maggiormente a rischio¹⁷. Sebbene essi possano variare a seconda del tipo di amministrazione interessata, tali settori, che si affiancano a quelli indicati dai singoli enti pubblici, individuati *a priori* dallo stesso legislatore, sono quattro: l'area delle autorizzazioni e concessioni; l'area del reclutamento di pubblici dipendenti e del conferimento di incarichi; l'area della erogazione dei sussidi economici comunque denominati (sovvenzioni, premi, provviste); infine, l'area della concessione di appalti di servizi e forniture della P.A.¹⁸ da sottoporre obbligatoriamente a cautele anti-corruttive.

Lo Stato, pertanto, ha dimostrato di aver avvertito l'esigenza di applicare alla Pubblica amministrazione una sorta del modello della l. 231/2001¹⁹, già previsto per gli enti non statali²⁰.

*strategia è connesso ad un capovolgimento della prospettiva tradizionale. L'esigenza di assicurare la legalità e la corretta cura degli interessi pubblici. Il secondo pilastro di questa strategia è nel diverso rapporto che deve intercorrere fra amministrazione e cittadini; sono questi ultimi i "beneficiari" dell'attività dell'amministrazione; i funzionari pubblici, sia quelli elettivi che quelli burocratici, gestiscono il potere nell'interesse della collettività e, in ultima analisi, quindi dei cittadini. A costoro devono dar conto – è il dar conto che viene espresso in un felice vocabolo, della tradizione anglosassone, "accountability" – e sono costoro che possono (e devono) chiedere ragione dell'operato dell'amministrazione. Un terzo gruppo di misure rivolge la sua attenzione alla figura del funzionario pubblico, ai suoi doveri e ai suoi comportamenti. L'idea di fondo perseguita è di rafforzare l'imparzialità "soggettiva" dell'amministrazione, e cioè di evitare situazioni di conflitto di interessi che rappresentino un rischio concreto di fatti corruttivi, di favorire l'emersione, anche attraverso la trasparenza, di eventuali interessi privati che possono pregiudicare la migliore cura dell'interesse pubblico e regolare le condotte individuali dei funzionari», così CANTONE, in *Contrasto alla corruzione: il modello italiano*, intervento alla conferenza "La politica criminale ed il fenomeno della corruzione" tenutosi all'Universidad Austral, Buenos Aires, il 13 settembre 2018, su www.anticorruzione.it.*

¹⁴ V., fra tutti, V. MANTELLA, *Legalità, etica e trasparenza: così la PA combatte le infiltrazioni mafiose nella gestione delle emergenze*, su *Formez PA*, 13 luglio 2017.

¹⁵ A livello centrale e nazionale, l'ANAC e, a livello locale e periferico, i responsabili della prevenzione della corruzione, individuati in ogni singola pubblica amministrazione.

¹⁶ V., fra tutti, M. PROSPERI, F. BILARDO, *Piano nazionale e piani decentrati anticorruzione*, Maggioli, 2013, p. 400; P. PREVITALI, R. PROCACCINI, A. ZATTI (a cura di), *Trasparenza e anticorruzione. La nuova frontiera del manager pubblico*, Pavia, 2016, p. 114; G. STRANGIO, *Merito, trasparenza, anticorruzione*, Città del sole ed., 2016, p. 114; V. SARCONI, F. CERIONI, *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella Pubblica Amministrazione. Con le novità della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, Giuffrè, 2019, p. 560 ss.

¹⁷ Questo modo di ragionare è proprio della classificazione delle c.d. aree di rischio dei reati presupposto all'interno del modello del D. lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti da reato.

¹⁸ In linea con questo processo, il nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016) prevede il potere di regolazione dell'Anac, ossia quell'autorità amministrativa indipendente che ha il potere di emanare una serie di linee guida vincolanti, onde fissare la disciplina di esecuzione ed attuazione dei precetti codicistici (creando, purtroppo, non pochi problemi di compatibilità con il principio di legalità); al riguardo, v. CARINGELLA-PROTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Dike, Roma, 2017.

¹⁹ Recependo gli *input* sovranazionali, anche l'Italia, nel 2001, viene normativamente prevista la responsabilità delle aziende per una lunga ed articolata (e sempre aggiornata) lista di reati posti in essere da amministratori, dirigenti e/o dipendenti nell'interesse o a vantaggio dell'azienda stessa, con il conseguente suo coinvolgimento nel processo penale.

Secondo linee di indirizzo adottate dal Comitato interministeriale istituito e disciplinato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento della funzione pubblica svolge funzioni: di coordinamento dell'attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale e internazionale; di promozione e definizione di norme e metodologie comuni per la prevenzione della corruzione, coerenti con gli indirizzi, i programmi e i progetti internazionali; di predisposizione del Piano nazionale anticorruzione, definizione di modelli *standard* delle informazioni e dei dati occorrenti per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla legge, secondo modalità che consentano la loro gestione ed analisi informatizzata; definisce criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti²¹ nei settori particolarmente esposti alla corruzione e misure per evitare sovrapposizioni di funzioni e cumuli di incarichi nominativi in capo ai dirigenti pubblici, anche esterni²².

La *ratio* che ha mosso il legislatore a riformare tale ambito risiede nella constatazione che quello della corruzione è stato – ed è tuttora – un fenomeno dilagante nella prassi, perdendo in maniera crescente il suo carattere episodico.

La soluzione, pertanto, non è affidata più soltanto al tradizionale strumento penale-repressivo, ma anche a misure operanti soprattutto sul versante amministrativo e destinate a costituire una funzione preventiva²³. Nell'ottica della prevenzione, infatti, la legge 190/2012 canalizza alcuni istituti della legge 241/90 verso una chiara ispirazione di contrasto alla corruzione, attraverso quattro significative modifiche normative: **1)** l'art. 1, comma 41 della l. 190/2012 ha introdotto l'art 6-*bis*²⁴ alla l. 241/90, prevedendo il conflitto di interesse (anche

²⁰ Infatti, al fine di realizzare un'azione di prevenzione integrata tra i diversi soggetti che svolgono funzioni e attività amministrative, anche strumentali, i modelli di organizzazione e di gestione degli enti pubblici economici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico di cui all'art 6 del d.lgs. 231/2001 considerano anche solo il rischio di fenomeni corruttivi, individuando al loro interno le aree a maggior pericolo di corruzione, incluse quelle previste nell'art. 1, comma 16, della l. n. 190 del 2012, valutate in relazione al contesto, all'attività e alle funzioni dell'ente, prevedono la programmazione della formazione dei piani triennali anticorruzione, con particolare attenzione alla previsione di procedure per l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione al rischio di fenomeni corruttivi. Ai sensi dell'art. 1, comma 9 lett. f), nell'ambito del piano di prevenzione sono infatti individuati specifici obblighi di trasparenza, rendendosi necessario un raccordo tra il Piano per la prevenzione alla corruzione e il Piano per la trasparenza, *rectius*, tra il Responsabile per la prevenzione della corruzione e il Responsabile per la trasparenza. I pilastri di questa riforma e delle successive modifiche sono state per l'appunto prevenzione alla corruzione e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. È necessaria però una puntualizzazione in ordine al valore della trasparenza; in relazione a questa non deve sfuggire che non possono e non debbano essere sacrificati altri principi parimenti fondanti il nostro ordinamento o, quantomeno, considerati difficilmente bilanciabili.

²¹ V., da ultimo, la delibera Anac n. 215 del 26 marzo 2019, ripotante “*Linee guida in materia di applicazione della misura della rotazione straordinaria di cui all'art. 16, comma 1, lettera l quater, del d.lgs. n. 165 del 2001*”.

²² E. BRIMMER, S. FROHLICH (eds.), *The Strategic Implications of European Union Enlargement*, Washington, 2005.

²³ È interessante, sul punto, lo studio della Camera dei Deputati inerente proprio la “*Prevenzione della corruzione e Anac*”, pubblicato il 19 giugno 2018, su <https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1114782.pdf>. Altrettanto interessante è la *Scheda tematica per il semestre europeo*, pubblicata il 22 novembre 2018, la quale si è intrattenuta specificamente sulla lotta contro la corruzione. Di questo studio, v. soprattutto p. 3 e p. 8, consultabile su https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_fight-against-corruption_it.pdf.

²⁴ L'articolo citato così recita: “1. Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.”

potenziale) nell'ambito della gestione del procedimento amministrativo²⁵; **2)** l'art. 1, comma 38 della l. 190/2012 aggiunge un periodo all'art. 2 comma 1²⁶ della l. 241/90, introducendo il cd. provvedimento semplificato o a motivazione abbreviata; **3)** l'art. 1, comma 47 della l. 190/2012 ha apportato una modifica all'art 11 della l. 241/90, stabilendo che gli accordi tra PP.AA. e tra P.A. e privato debbano essere specificamente motivati²⁷; infine, **4)** l'art. 1, comma 37 della l. 190/2012 ha aggiunto all'art. 1 comma 1-ter²⁸ della l. 241/90 questo inciso «con un livello di garanzia non inferiore a quello a cui sono tenute le P.A.». Ciò vuol dire che quando una attività di pubblico interesse non è svolta direttamente dalla P.A., ma è affidata ad un soggetto formalmente privato, questi deve garantire livelli di gestione e trasparenza analoghi a quelli che sono imposti dalla l. 241/90 alla P.A..

Venendo all'aspetto sanzionatorio, numerosi sono stati gli esempi dei problemi ermeneutici posti in essere dal fenomeno della successione di leggi penali nel tempo, a causa delle ricadute applicative della c.d. Legge Severino²⁹.

La legge in questione ha introdotto importanti novità nell'ambito dei reati propri commessi da pubblici amministratori nei confronti della P.A., e ciò in una duplice direzione: da un lato, novellando alcune delle fattispecie preesistenti tipicamente finalizzate alla censura di comportamenti dell'*intra-neus* lesivi degli interessi della P.A. e, sull'altro fronte, introducendo nuove ipotesi criminose.

Con più specifico riguardo alla materia penale, le disposizioni di cui all'art. 1, commi 75 e 76, della legge n. 190/2012, hanno, rispettivamente, introdotto modifiche al codice penale e al codice civile; in quest'ultimo caso, si è operata la totale sostituzione del contenuto precettivo dell'art. 2635 c.c.³⁰, il quale, recependo le previsioni contenute negli artt. 8 e 9

²⁵ A questo punto, v. le nuove Linee Guida n. 15 dell'Anac recanti «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», le quali sono state approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 05 giugno 2019.

²⁶ Il comma modificato dalla c.d. Legge Severino risulta recitare nel seguente modo: “1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. 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.”

²⁷ Inoltre, l'articolo modificato, stabilisce che: “2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3.”

²⁸ Esso recita così: “1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge.”

²⁹ Si ricorda che la Legge Severino è del 6 novembre 2012, n. 190, e reca “*Disposizioni in materia di prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (c.d. anticorruzione)*”.

³⁰ Sul punto, per completezza, si rimanda ad una pronuncia della Corte penale di legittimità, intervenuta l'anno successivo all'entrata in vigore della Legge Severino, ovvero la sentenza 5848/2013, secondo la quale “*In tema di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità, il nocumento per la società da cui dipende la sussistenza del reato consiste nella lesione di qualsiasi interesse della medesima suscettibile di valutazione economica e non si risolve pertanto nella causazione di un immediato danno patrimoniale. (Fattispecie in cui è stata riconosciuta la determinazione di un nocumento nella lesione dell'immagine e della reputazione di un istituto bancario). L'atto il cui compimento o la cui omissione integra il delitto di infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità (art. 2635 cod. civ.) può essere costituito anche da un parere ovvero dal voto espresso ai fini della formazione della delibera di un organo collegiale della società*”.

della Convenzione di Strasburgo, sanziona penalmente le condotte integranti i reati di corruzione attiva e passiva poste in essere nel settore privato.

Con specifico riferimento alle disposizioni del codice penale contenute nel titolo II del Libro II, dedicato ai “Delitti contro la pubblica amministrazione”, l’art. 1, comma 75, in ossequio alla *voluntas legis* di rendere più severe le sanzioni nei confronti degli autori dei delitti in questione, ha considerevolmente innalzato le pene previste per le fattispecie di peculato³¹, corruzione propria, corruzione in atti giudiziari³² e abuso d’ufficio³³.

Nello specifico, si è registrato un innalzamento del minimo sanzionatorio della reclusione per il reato di peculato (art. 314 c.p.), del reato di abuso di ufficio³⁴ (art. 323 c.p.), nonché la modifica di altre componenti sanzionatorie di alcune fattispecie attraverso l’aumento delle pene principali previste; novità più rilevante è stata la ridefinizione del reato di concussione³⁵ di cui all’art. 317 c.p., poiché il legislatore ha operato uno sdoppiamento (cd. “spacchettamento”) della preesistente fattispecie di concussione: attualmente, il delitto di concussione è scisso nelle due distinte figure criminose della concussione (art. 317 c.p.) e dell’induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* c.p.).

Tale normativa è intervenuta in maniera significativa, dal momento che la preesistente fattispecie di concussione, nella sua formulazione originaria, puniva la duplice condotta di costrizione e di induzione a dare o promettere utilità per sé o per un terzo.

Ciò che rileva è che, mentre l’art. 317 c.p., come originariamente concepito, era integrato parimenti dalle due condotte dei pubblici agenti di costrizione e d’induzione a dare

³¹ La fattispecie di peculato è così descritta dal codice penale: (art. 314) “Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di danaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi. Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l’uso momentaneo, è stata immediatamente restituita.” Sul peculato, v. F. NEGRI, A. PISCITELLO, B. RIVA, *Il peculato*, Cedam, 2006.

³² Il tratto caratterizzante i delitti di corruzione, c.d. propria e impropria, consiste nell’accordo (*pactum sceleris*) tra il pubblico ufficiale (o l’incaricato di pubblico servizio) ed il privato, avente ad oggetto il compimento da parte del pubblico ufficiale di un atto del suo ufficio o l’esercizio delle proprie funzioni (corruzione impropria, p. e p. dall’art. 318 c.p.) o di un atto contrario ai suoi doveri d’ufficio o il mancato compimento di un atto del suo ufficio (corruzione propria, p. e p. dall’art. 319 c.p.). Sul punto, v. V. CITRARO, *I delitti di corruzione propria ed impropria ex artt. 318 e 319 c.p.*, in *De Iura Criminalibus*, 3, 2018.

³³ Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, stabilisce l’art. 323 c.p., il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità.” V., sul punto, A. D’AVIRRO, *L’abuso di ufficio*, Giuffrè, 2009, p. 226; A. GUSTAPANE, *L’abuso d’ufficio. Tra principi costituzionali e indirizzi giurisprudenziali*, Bononia, 2015, p. 204.

³⁴ A tal riguardo, v. il recentissimo contributo di S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell’abuso d’ufficio*, in *Arch. pen.*, 1, 2019, specie pp. 8-12. V., inoltre, A. CASTALDO, *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l’abuso d’ufficio*, Giappichelli, 2018.

³⁵ L’art. 317 c.p. recita: “Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, danaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni.” Su tale fattispecie, v. E. PALOMBI, *Il delitto di concussione*, Jovene, 1979; A. F. MORONE, *Concussione, induzione indebita e corruzione. Luci e ombre dopo le leggi 190/2012 e 69/2015*, Key ed., 2016.

indebitamente a sé o a un terzo, la sopravvenuta disciplina ha circoscritto la sfera di operatività della fattispecie concussiva *ex art. 317 c.p.* alla sola condotta di costrizione³⁶.

Ciò, al contempo, rende la condotta di induzione oggetto di una nuova, autonoma e distinta figura di reato, disciplinata dall'art. 319-*quater*, ascrivibile sia al pubblico ufficiale, sia all'incaricato di un pubblico servizio³⁷.

Inoltre, sempre in relazione alla struttura del delitto di concussione, la legge del 2012 ha limitato l'imputabilità dell'art. 317 c.p. al solo pubblico ufficiale, cancellando in tal modo la previsione inserita dalla legge n. 86/1990, che aveva esteso la punibilità per il reato *de quo* all'incaricato di pubblico servizio³⁸, prima di allora considerato dal legislatore non in grado di esercitare sui soggetti privati quel *metus* idoneo ad ingenerare una coazione della volontà necessaria ai fini del perfezionamento di tale fattispecie incriminatrice.

Si tratta di una scelta che, fin da principio, ha destato moltissime perplessità, essendosi opportunamente rilevato come anche l'incaricato di pubblico servizio possa esercitare pressioni costrittive o induttive, tant'è che con la legge n. 69/2015³⁹ il legislatore è ritornato sui suoi passi, modificando l'art. 317 e ripristinando la struttura soggettiva dettata dalla legge n. 86/1990.

³⁶ V. l'esauriente trattazione sul punto che fa Diritto Penale Contemporaneo, negli atti del workshop su "Riformulazione-Frattura del delitto di concussione *ex art. 317 c.p.*", Università degli Studi di Milano-Bicocca, 14 febbraio 2014, organizzato da DIPLAP – Laboratorio Permanente di Diritto Penale, recuperabile su https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1404295952DIPLAP_2014.pdf.

³⁷ Per una maggiore chiarezza delle dinamiche relative all'articolo *de quo*, v. P. BARTOLO, *L'art. 319-quater c.p. e i "nuovi" reati*, in Arch. pen., 2, 2015, specie pp. 14-15.

di "induzione indebita" e "corruzione indotta"

³⁸ Ai sensi dell'art. 357 c.p., agli effetti della legge penale, «sono P.U. coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria ed amministrativa» (comma 1), mentre «agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norma di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della P.A. o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi» (comma 2). Ai sensi dell'art. 358 c.p., sono incaricati di un pubblico servizio «coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio», intendendosi per esso «un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale». In giurisprudenza, si è ritenuto pubblico ufficiale «il professore universitario che lavori presso un'azienda ospedaliera in regime di intramoenia» accusato di violenza sessuale aggravata *ex art. 61 n. 9 c.p.* per aver commesso i fatti con abuso di poteri e violazione dei doveri inerenti alla pubblica funzione da lui rivestita, come medico professore universitario erogante un'attività assistenziale presso un'azienda ospedaliera in base ad una convenzione tra i due enti (così Cassazione penale sez. III, 24/02/2017, n. 36784); mentre «riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio il consulente esterno legato all'ente da un contratto di diritto privato, allorchè svolga un'attività avente rilievo pubblicistico secondo il criterio sostanzialistico e funzionale delineato dagli artt. 357 e 358 c.p.» (Cassazione penale sez. VI, 16/10/2018, n. 52209).

³⁹ Il legislatore del 2015 ha ulteriormente implementato il regime sanzionatorio, completando il percorso iniziato nel 2012, poiché la legge 69/2015 (c.d. ddl "anticorruzione") ha introdotto nuove disposizioni in materia di delitti contro la P.A., di associazione di tipo mafioso e di falso in bilancio. La nuova norma aumenta la pena prevista per il reato di corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter*) e per l'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* c.p.). Da segnalare che il legislatore per quanto riguarda la concussione (art. 317 c.p.) ha deciso di ricomprendere anche l'incaricato di un pubblico servizio, così come, in effetti, era già previsto nella versione precedente alla l. 190/2012. La nuova legge ha introdotto la nuova circostanza attenuante per la "collaborazione processuale" (art. 323-*bis* c.p.), in riferimento ai responsabili di delitti contro la pubblica amministrazione che si adoperino efficacemente per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori e forniscano concreta collaborazione. Nei casi specificamente previsti, potranno contare su una riduzione da 1/3 fino a 2/3 della pena. È stato altresì modificato anche l'art. 165 c.p., condizionando la concessione della sospensione condizionale della pena per i reati di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis* c.p., al risarcimento, alla riparazione del danno e dalle specifiche attività previste nella nuova versione approvata.

La legge, altresì, ha distinto la corruzione propria, relativa al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, dalla corruzione impropria, rimodulando quindi la figura delittuosa, punendo – come già detto – la corruzione tra privati (*ex art. 2635 c.c.*⁴⁰) e introducendo, con l'art 346-*bis* c.p.⁴¹, la nuova fattispecie delittuosa del traffico di influenze illecite.

Da un punto di vista prettamente processuale, la riforma della legge anticorruzione ha inciso sulla disciplina del cd. patteggiamento⁴², poiché, al comma 1-*ter*, ne subordina l'accesso alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato, nonché sulla confisca per l'equivalente *ex art. 322-ter* c.p. (estendendola anche al profitto), in quanto «*nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p. per uno dei delitti previsti dagli artt. 314 a 320, anche se commessi da soggetti indicati dall'art. 322-bis comma 1, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto del reato*». Tuttavia, disciplinando la confisca per l'equivalente⁴³, la seconda parte dell'articolo prevede che, quando non sia possibile procedere alla confisca di questi, essa si estenda sui beni che sono nella disponibilità del reo per un valore corrispondente al prezzo o al profitto⁴⁴.

3. Le misure per la prevenzione della corruzione: a) il *whistleblowing*.

Sul versante della prevenzione, la novità più importante introdotta dall'art. 1, comma 51, della l. 190/2012, è stata l'aggiunta, nel D.Lgs. n. 165/2001⁴⁵ di una nuova disposizione, l'articolo 54-*bis*⁴⁶. La norma introduce, di fatto per la prima volta, la regolamentazione del *whistleblower* (lett. “soffiatore di fischietti”)⁴⁷ nell'ambito della Pubblica Amministrazione,

⁴⁰ Il reato di corruzione tra privati e d'istigazione alla stessa sono previsti e disciplinati dagli 2635 e 2635-*bis* c.c., fattispecie di reato modificate ad opera del D.Lgs. n. 38 del 15/03/2017, entrato in vigore il 14/04/2017.

⁴¹ Fattispecie più di recente ulteriormente modificata dalla l. 3/2019 (cd. Legge spazzacorrotti), che ha abrogato l'art. 346 c.p., disciplinante il millantato credito, unificando la fattispecie in quella del traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis* che, ora, prevede la punizione di chi, con la propria condotta, «fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-*ter* e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-*bis*, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-*bis*, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-*bis*, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi», con pene altresì aggravate «*se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio*».

⁴² Il riferimento è al rito, alternativo al giudizio, dell'applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art. 444 c.p.p.*

⁴³ Si fa notare, a tal punto, che l'istituto era già previsto dalla L. 231/2001, specie all'art. 19.

⁴⁴ Il riferimento appena fatto è stato inserito, come detto, dalla Legge n. 190/2012.

⁴⁵ Il D. Lgs. citato rappresenta il corpus di norme che va sotto il nome di Testo Unico del Pubblico impiego.

⁴⁶ È rilevante la rubrica dell'articolo: “Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti”.

⁴⁷ Sul punto, v. *Linee guida per la predisposizione di procedure in materia di whistleblowing*, dettate da *Transparency International* e consultabili su https://www.transparency.it/wp-content/uploads/2016/10/Transparency_Guida_WHISTLEBLOWING.pdf. Inoltre, v. V. BELSITO, *Il whistleblowing. Tutele e rischi per il soffiatore*, Cacucci, 2013; A. CORRADO, *Il terzo rapporto annuale sul whistleblowing in Italia*, pubblicato nel giugno 2018 e consultabile su https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/News/2018/Rapp.Whistleblowing.28.06.2018_.pdf; R. SCATURRO, *Defining whistleblowing*, in *International Anti-Corruption Academy*, pubblicato nel maggio 2018 e consultabile su https://www.iaca.int/images/Research/Research_paper_05_Ruggero_Scaturro_final.pdf; P. A. PALUMBO,

ossia il lavoratore o il dipendente che, qualora durante l'attività lavorativa assista ad un episodio di corruzione o di rischio potenziale di condotte contrarie alla legge, decide di segnalarlo.

A livello comparatistico, proprio una delle principali leggi anticorruzione statunitensi, il “*Foreign Corrupt Practices Act*”, consente ai cittadini non statunitensi di ottenere ricompense monetarie per la segnalazione di irregolarità⁴⁸.

Oltre al divieto di ritorsioni, la norma dispone che l'identità del segnalante non vada rivelata senza il suo consenso, a meno che la conoscenza della identità del segnalante sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato e la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, proprio sulla segnalazione ricevuta.

Con la suddetta norma, inoltre, si impone alle amministrazioni di individuare una procedura finalizzata a garantire tale tutela e a porre in essere iniziative atte a stimolare le segnalazioni da parte del dipendente pubblico.

Oltre alla richiamata disposizione, deve qui ricordarsi che nel nostro ordinamento segnalare condotte illecite, quindi, avere un comportamento collaborativo, rientra in realtà tra gli obblighi di condotta previsti nel Codice di comportamento dei pubblici dipendenti (d.P.R. 62/2013)⁴⁹, che espressamente impone, infatti, al dipendente pubblico di segnalare al proprio superiore gerarchico o al Responsabile della prevenzione della corruzione eventuali situazioni di illecito nell'amministrazione, di cui sia venuto a conoscenza⁵⁰.

Pur essendo scontato che i primi in grado di intuire o ravvisare eventuali anomalie all'interno di un'impresa, di un ente pubblico o di un'organizzazione *no-profit* sono spesso coloro che vi prestano servizio, tuttavia, indipendentemente dalla gravità o meno del fenomeno riscontrato, molto spesso questi non danno voce ai propri dubbi per pigrizia, ignoranza, egoismo ma, soprattutto, per paura di ritorsioni⁵¹ o per la frustrazione di non vedere un seguito concreto e fattivo alle proprie denunce.

Sebbene si registri meno scetticismo e maggiore “tolleranza” verso quest'istituto⁵², la strada per la piena e compiuta legittimazione del *whistleblower* italiano è ancora lunga.

Per arrivare ad una tale “rivoluzione culturale” è necessario, *in primis*, che la persona a conoscenza della condotta illecita percepisca il vantaggio che dalla critica, dalla segnalazione, dalla denuncia può derivare, sia in termini individuali che collettivi.

Anticorruzione, trasparenza, accesso civico e whistleblowing, Halley, 2018; P. DI SALVO, *Leaks. Whistleblowing e hacking nell'età senza segreti*, Luiss University Press, 2019.

⁴⁸ Una riflessione potrebbe essere quella secondo cui “la misura preventiva va ben oltre la territorialità”.

⁴⁹ V., in tema, la delibera n. 75/2013 dell'Anac, recante “*Linee guida in materia di codici di comportamento delle pubbliche amministrazioni*”, in relazione all'art. 54, comma 5, d.lgs. n. 165/2001.

⁵⁰ A completamento della disamina della disciplina nazionale, in materia di *whistleblowing* vanno ricordate anche le Linee guida adottate dall'A.N.AC. con la determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, con cui l'Autorità ha inteso, da una parte, delineare l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dell'art. 54-bis richiamato e fornire indicazioni in ordine alle misure che le pubbliche amministrazioni devono approntare per tutelare la riservatezza dell'identità dei dipendenti che segnalano condotte illecite; dall'altra, dare conto delle procedure sviluppate da A.N.AC., per la tutela della riservatezza dell'identità sia dei propri dipendenti che dei dipendenti delle altre amministrazioni che trasmettano all'Autorità una segnalazione, con la chiara indicazione che le segnalazioni, al fine di tutelare il segnalante, debbano essere trattate per via informatica con sistemi informatizzati e crittografici.

⁵¹ Il timore potrebbe essere fondato anche sul fatto che si teme, come ritorsione, addirittura il licenziamento.

⁵² La considerazione sottile è che questo istituto è stato accolto da un gelido riscontro da parte proprio di coloro che ne dovevano essere destinatari.

Proprio per comprendere meglio lo stato di applicazione della disciplina, il Consiglio dell'A.N.AC. ha inteso realizzare un monitoraggio sullo "stato dell'arte" del *whistleblowing* nel nostro Paese⁵³.

Tra le condotte segnalate all'A.N.AC una percentuale abbastanza elevata ha riguardato le procedure di appalti: 5% nel 2014, 18,3% nel 2015, 21,1 % nel 2016.

Sulla scorta di questi incoraggianti dati, il legislatore, con l. 179/2017⁵⁴, ha integrato e ampliato l'attuale disciplina prevista dalla legge Severino: da un lato, implementando la norma già vigente per gli impiegati pubblici includendo gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato sotto controllo pubblico; dall'altro, allargando la tutela al settore privato inserendo specifici obblighi a carico delle società nei modelli organizzativi previsti dalla 231.

Il quadro normativo di riferimento è completato dalla nuova disciplina dei codici di comportamento⁵⁵, contenuta nell'art. 54 del testo unico sul pubblico impiego del 2001⁵⁶.

I definitiva, tutti gli interventi sono volti a valorizzare l'importanza del *whistleblower* che deriva non solo dalla sua innegabile efficacia nella lotta alla corruzione, quanto dall'essere

⁵³ Le segnalazioni giunte all'A.N.AC., prese in considerazione ai fini del monitoraggio, riguardano un arco temporale che va dal primo settembre 2014 al 31 maggio 2016. Le segnalazioni ricevute sono state 299, tendenzialmente in netto aumento rispetto al primo anno. Tuttavia, il dato più significativo riguarda la qualità delle segnalazioni, nel senso che sempre di più si tratta di segnalazioni di condotte che pienamente rientrano nell'ambito di applicazione della determinazione. Le segnalazioni possono condurre, infatti, a provvedimenti di ordine dell'Anac o a provvedimenti dell'Ufficio Vigilanza Appalti dell'Autorità. Ancora, possono essere trasmesse alla competente Procura della Repubblica, alla Corte dei Conti o alla Guardia di Finanza. Infine, possono essere trattate dal responsabile della prevenzione della corruzione dell'amministrazione cui appartiene il segnalante o inviate alle amministrazioni competenti per materia. Un dato rilevante riguarda la provenienza geografica dei segnalanti che appartengono, in misura prevalente, ad aree geografiche del Sud del paese. Si tratta quasi sempre di pubblici dipendenti, che sottoscrivono le denunce e tra questi vi sono dirigenti, responsabili della prevenzione della corruzione, militari e appartenenti alla polizia municipale. Si registrano segnalazioni anche da parte di consiglieri comunali.

⁵⁴ Legge 30 novembre 2017, n. 179, recante "*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*", in GU n. 291 del 14-12-2017. In sintesi, le principali novità: si prevede il reintegro nel posto di lavoro in caso di licenziamento e la nullità di ogni atto discriminatorio o ritorsivo, anche per il settore privato. Vi è inversione dell'onere probatorio, nel senso che spetta all'ente dimostrare l'estraneità della misura adottata rispetto alla segnalazione; è vietato rivelare l'identità del *whistleblower*, ma non sono ammesse segnalazioni anonime. Il segreto sul nome, in caso di processo penale, non può comunque protrarsi oltre la chiusura delle indagini preliminari. L'Anac predisporrà linee guida sulle procedure di presentazione e gestione delle segnalazioni promuovendo anche strumenti di crittografia quanto al contenuto della denuncia e alla relativa documentazione per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante; l'Anac, a cui l'interessato o i sindacati comunicano eventuali atti discriminatori, applicherà all'ente (se responsabile) una sanzione pecuniaria amministrativa fino a 30.000 euro. La mancata verifica della segnalazione e l'assenza o l'adozione di procedure discordanti dalle linee guida comportano invece una sanzione fino a 50.000 euro; ogni tutela salta nel caso di condanna del segnalante in sede penale (anche in primo grado) per calunnia, diffamazione o altri reati commessi con la denuncia o quando sia accertata la sua responsabilità civile per dolo o colpa grave; la segnalazione nell'interesse all'integrità delle amministrazioni (pubbliche o private) e alla prevenzione e repressione di illeciti costituisce giusta causa di rivelazione del segreto d'ufficio, professionale, scientifico e di violazione dell'obbligo di fedeltà all'imprenditore; la tutela del denunciante dovrà essere supportata da un'efficace attività di sensibilizzazione, formazione e comunicazione dei diritti e degli obblighi relativi alla divulgazione delle azioni illecite.

⁵⁵ Così R. CANTONE: «*un'opera di ricostruzione etica è, quindi, necessaria alla pari degli interventi di matrice più strettamente economica nelle fasi di crisi di un Paese e lo dico guardando soprattutto all'esperienza italiana di cui mi occuperò nel prosieguo*», ult. cit.

⁵⁶ Con l'articolo citato si stabilisce, tra le varie novità, che il codice è ora emanato con atto del Governo e non più di un singolo ministro; non deve essere più soltanto consegnato al dipendente all'atto dell'assunzione, essendo anche previsto che egli lo sottoscriva. La legge indica, infine, il contenuto minimo del codice, a tal punto una necessità delle pubbliche amministrazioni che esse devono definirlo con procedura partecipata e previo parere dell'organismo indipendente di valutazione.

strumento che richiede il coinvolgimento della società civile e dunque di responsabilizzazione⁵⁷ dei cittadini per migliorare la società.

4. Segue: b) diritto alla trasparenza degli atti della P.A. e accesso civico.

In questo solco, è da rinvenirsi la *ratio* della legge 124/2015⁵⁸, meglio conosciuta come Legge Madia di Riforma della P.A.⁵⁹

Il provvedimento contiene 14 importanti deleghe legislative: dirigenza pubblica, riorganizzazione dell'amministrazione statale centrale e periferica, digitalizzazione della PA, semplificazione dei procedimenti amministrativi, razionalizzazione e controllo delle società partecipate, e, per quel che più interessa la nostra indagine, anticorruzione e trasparenza.

Nella l. 241/90 l'accesso è strumento posto a tutela della posizione del singolo e capace di prevenire fenomeni corruttivi. Invece, nella legge 190/2012 la trasparenza cambia dimensione assiologica perché si trasforma in strumento di monitoraggio dell'attività amministrativa. In altri termini, nel sistema anticorruzione i documenti devono essere conoscibili non tanto per soddisfare l'esigenza del singolo richiedente, quanto per rispondere ad una finalità di controllo sull'operato dell'azione amministrativa.

La trasparenza assurge a principio di rango super primario. Infatti, con la novella dell'art. 97 Cost., secondo comma, si prescrive che i pubblici uffici siano organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione e, si viene ora ad aggiungere, la sua trasparenza⁶⁰.

La trasparenza, quale strumento privilegiato di contrasto alla corruzione⁶¹, viene considerata, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, come ulteriore declinazione

⁵⁷ Si auspica l'apertura, come quella anglosassone, verso la c.d. "empowerment" di comunità.

⁵⁸ La nuova norma ordinamentale reca: "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

⁵⁹ In Gazzetta Ufficiale n. 187 del 13 agosto 2015. In dottrina, v. F. ARMENANTE, *Le nuove frontiere della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti al F.O.I.A., dal "need to know" al "right to know"*, in *Rassegna di studi e ricerche pubblicistiche*, Salerno, 2016, p. 61 ss.

⁶⁰ V., sul punto, il recente studio offerto dalla Camera dei Deputati, *Diritto di accesso e trasparenza della pubblica*

amministrazione, pubblicato il 1° luglio 2019 e consultabile su <https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104167.pdf>; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. Civ.*, 2, 2015, 228 ss.; G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativ@mente*, fascicolo n. 11-12-/2014; A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2016, p. 727 ss.; F. NOTARI, *Le criticità di un primo monitoraggio del FOIA italiano: il ruolo di Anac, Garante privacy e giudici amministrativi*, in *www.federalismi.it*, 18, 26 settembre 2018, p. 2 ss.

⁶¹ V. VARCHETTA, *La trasparenza come strumento di prevenzione della corruzione. Evoluzione normativa e profili giuridici*, in *filodiritto.it*, 13 marzo 2018, secondo il quale proprio grazie alla pressione internazionale, ad una diffusa sensibilità dell'opinione pubblica e in considerazione dei costi economici della corruzione, l'Italia è arrivata, dopo una lunga discussione parlamentare, ad approvare la legge 6 novembre 2012, n. 190 (cosiddetta "Legge Anticorruzione"). Tra gli strumenti fondamentali introdotti dalla legge, come si è visto, vi è la "trasparenza", che nella *ratio legis* applicata del legislatore possiede due finalità di fondo: in primo luogo, garantire il buon andamento dell'amministrazione, che è strettamente legato al diritto dei cittadini di conoscere come l'amministrazione destina le risorse di cui dispone, quali risultati ottiene e con quali costi; in secondo luogo, garantire l'imparzialità della pubblica amministrazione attraverso la messa in risalto dei casi di cattiva amministrazione. La trasparenza assurge quindi ad importante mezzo per sviscerare i fenomeni corruttivi e consentire ai cittadini di esercitare il ruolo di *watchdog* sul corretto e imparziale svolgimento dell'azione amministrativa.

dei principi di buon andamento⁶² e imparzialità⁶³ dell'azione amministrativa a tutela del perseguimento dell'interesse generale e dei privati coinvolti nei procedimenti posti in essere dai pubblici uffici⁶⁴.

La trasparenza assume quindi i contorni di un nuovo diritto di cittadinanza: l'accessibilità totale e gli *open data*⁶⁵ costituiscono la moderna frontiera della democrazia partecipativa in cui i cittadini sono chiamati ad interagire con le istituzioni in maniera consapevole e responsabile.

Da questa angolazione, il nesso tra il *Freedom of Information Act*⁶⁶ e le strategie di contrasto alla corruzione è molto intenso perché si pone come strumento privilegiato per

⁶² Fra tutti, S. PIGNATARO, *Il principio costituzionale del «buon andamento» e la riforma della pubblica amministrazione*, Cacucci, 2012.

⁶³ V., fra tutti, l'interessante contributo di A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, 2018.

⁶⁴ Si fa notare che vi è stata una proposta referendaria ("bocciata" nel dicembre 2016), attraverso la quale il principio di trasparenza doveva essere introdotto nell'art. 118 della Costituzione nella parte in cui si affermava che le funzioni amministrative ivi considerate fossero esercitate "in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo i criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori". Nonostante la mancata approvazione della legge di riforma costituzionale, il diritto alla trasparenza costituisce comunque una declinazione dell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, integrando «l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini della trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione». In linea con le nuove previsioni costituzionali, l'art. 7 della legge delega n. 124 del 2015 introduce principi e criteri direttivi di primaria importanza in tema di «revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza». La lettera f) del primo comma della disposizione contenuta nell'art. 7 sancisce il «riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni». Ogni persona ha diritto di accesso "universale" a tutti gli atti, i documenti e le attività delle pubbliche amministrazioni senza che occorra la dimostrazione di un interesse attuale e concreto per richiedere la conoscibilità della notizia. Il diritto di informare diviene canone fondamentale dell'azione dei pubblici poteri. Chiarezza, comprensibilità e qualità dell'attività amministrativa rappresentano, dunque, il più significativo mezzo di contrasto al perseguimento di interessi personali e di gruppo. Tale disciplina costituisce il superamento del tradizionale diritto di accesso contemplato dalla legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241 del 1990), subordinando il diritto di accesso a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti ed escludendo il diritto di accesso, in relazione all'esigenza di salvaguardare taluni beni ritenuti particolarmente meritevoli di tutela. Diversamente, nel nuovo modello FOIA il diritto alla conoscibilità generalizzata diviene la regola, mentre le ipotesi derogatorie hanno portata limitata e vengono delineate a presidio di «casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati». Il legislatore è chiamato pertanto ad individuare ex ante e in via astratta la demarcazione tra ciò che è conoscibile e ciò che non lo è. Spetterà poi all'amministrazione, dinanzi ad una concreta richiesta di accesso, stabilire se quanto richiesto rientra nelle fattispecie derogatorie definite con legge, risultando centrale l'espletamento di una attività di formazione dettagliata e puntuale nei confronti dei dipendenti pubblici in materia di procedure FOIA.

⁶⁵ Si rinvia, sul tema, agli sbocchi a cui è arrivata l'AGID, consultabili su <https://www.agid.gov.it/it/dati/open-data>.

⁶⁶ V., sul punto, il contributo in lingua inglese C. L. HENRY, *Freedom of Information Act*, Nova Science Pub Inc, 2003, per cui the Freedom of Information Act (FOIA), which can be found in Title 5 of the United States Code, section 552, was enacted in 1966 and provides that any person has the right to request access to federal agency records or information. All agencies of the United States government are required to disclose records upon receiving a written request for them, except for those records that are protected from disclosure by nine exemptions and three exclusions of the FOIA. This right of access is enforceable in court. The federal FOIA does not, however, provide access to records held by state and local government agencies, or by private businesses or individuals. All states have their own statutes governing public access to state and local records. This book serves as a reference guide to familiarize the reader with the specific procedures for making a FOIA request to the Department of Justice. By applying the information that this book provides, the process is neither complicated nor time consuming. The book also includes descriptions of the types of records maintained by different parts of the Department, some of which are available through means other than the FOIA.

scongiurare la violazione delle regole di concorrenza ed evitare che si verifichino accordi illeciti o corruttivi⁶⁷.

Il d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016, diviene dunque sempre più il “decreto trasparenza⁶⁸”.

Stante il profondo impatto innovativo della norma, la stessa A.N.AC. ha ritenuto necessario stilare delle linee guida interne al fine di informare i propri stessi dipendenti e renderli capaci di interpretare e applicare correttamente la novella legislativa al caso concreto⁶⁹.

Tali indicazioni hanno costituito la base per tutte le PP.AA. interessate dal recepimento della nuova normativa⁷⁰.

Così come l'attività ispettiva, preordinata ad acquisire elementi conoscitivi necessari per lo svolgimento delle funzioni di competenza delle pubbliche amministrazioni, si devono prevedere limitazioni all'accesso in tale fase endoprocedimentale, motivate dall'evitare il pregiudizio al regolare svolgimento della stessa: a mero titolo di esempio, le notizie sulla programmazione dell'attività di vigilanza, sulle modalità e i tempi del suo svolgimento, le indagini sull'attività degli uffici, dei singoli dipendenti, o sull'attività di enti pubblici e privati su cui l'amministrazione esercita forme di vigilanza.

⁶⁷ V. M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5/2016, pp. 2-3; D.U. GALLETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?*, in *www.federalismi.it*, 9 maggio 2018, pp. 7-8; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 123 e ss..

⁶⁸ Viene, infatti, specificato che per “accesso documentale” si intende l'accesso disciplinato dal capo V della legge 241/1990; per “accesso civico” l'accesso di cui all'art. 5, comma 1, ai documenti oggetto degli obblighi di pubblicazione; mentre per “accesso generalizzato” si intende l'accesso di cui all'art. 5, comma 2, ai sensi del quale «chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall'art. 5-bis», traducendosi, in estrema sintesi, in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione.

⁶⁹ V., a tal proposito, la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 dell'A.N.AC. sui FOIA e la delibera n. 1310, recante “*Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016*”.

⁷⁰ Un esempio può essere dato dal fatto che ad esempio, è stato stabilito che esulano dall'accesso generalizzato gli atti giudiziari, cioè gli atti processuali o quelli che siano espressione della funzione giurisdizionale, ancorché non immediatamente collegati a provvedimenti che siano espressione dello *ius dicere*, purché intimamente e strumentalmente connessi a questi ultimi. L'accesso e i limiti alla conoscenza degli atti giudiziari sono infatti disciplinati da regole autonome previste dai rispettivi codici di rito, poiché l'interesse pubblico sotteso alla conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento è ritenuto ancor di più strettamente connesso alla sicurezza e all'ordine pubblico e all'esercizio di attività giudiziaria.

⁷¹ Si consideri, al riguardo, la speciale disciplina del segreto istruttorio, ai sensi dell'art. 329 c.p.p.; il divieto di pubblicazione di atti (art. 114 c.p.p.) e il rilascio di copia di atti del procedimento a chiunque vi abbia interesse, previa autorizzazione del pubblico ministero o del giudice che procede (art. 116 c.p.p.). Per i giudizi civili, ad esempio, l'art. 76 disp. att. c.p.c., che stabilisce che le parti e i loro difensori possono esaminare gli atti e i documenti inseriti nel fascicolo d'ufficio e in quelli delle altre parti e ottenere copia dal cancelliere; pertanto l'accesso è consentito solo alle parti e ai loro difensori. Per le procedure concorsuali la legge fallimentare che riconosce al comitato dei creditori e al fallito il diritto di prendere visione di ogni atto contenuto nel fascicolo, mentre per gli altri creditori e i terzi l'accesso è consentito purché gli stessi abbiano un interesse specifico e attuale, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il curatore (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, art. 90).

Gli altri limiti all'accesso generalizzato sono poi desumibili dallo stesso art. 5-*bis* comma 2 del d. lgs. n. 33/2013, laddove si prevede che il diniego tende ad evitare il pregiudizio concreto «alla protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia», oltre che alla libertà e segretezza della corrispondenza, nonché agli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi proprietà intellettuale⁷², diritto d'autore⁷³ e segreti commerciali⁷⁴.

5. Segue: c) il delicato equilibrio tra *privacy* e trasparenza.

Il diritto alla *privacy* nasce negli Stati Uniti come elemento di equilibrio fra riservatezza e informazione⁷⁵.

Non dovrebbe pertanto esser difficile capire perché la protezione dei dati sia stata concepita come un diritto di libertà: negli Stati Uniti è nata come «libertà di farmi i fatti miei, se sono un privato cittadino, senza essere messo in bocca a tutti»⁷⁶, in Europa è nata come «libertà dal potere pubblico da cui ho il diritto di essere rispettato come cittadino e non trattato come un suddito»⁷⁷.

Il diritto alla *privacy*⁷⁸ rappresenta un diritto fondamentale della persona, diretta esplicazione della sua dignità.

Qual è, allora, il ragionevole punto di equilibrio tra *privacy* e trasparenza⁷⁹?

È evidente che la trasparenza delle informazioni chiami in causa anche le persone, sia come dirigenti o collaboratori delle pubbliche amministrazioni – titolari, cioè, di incarichi politici – e dirigenti amministrativi, sia come cittadini, quali indistinti destinatari degli atti e dei provvedimenti.

Tuttavia, non tutte le notizie che riguardano le persone coinvolte sono necessarie a soddisfare il bisogno della collettività di sapere come la macchina burocratica operi, al di là delle categorie di informazioni che devono in ogni caso essere protette poiché concernono

⁷² V., fra tutti, V. CERULLI IRELLI, V. BELLUCCI, *Antitrust e Proprietà Intellettuale*, WK, 2019.

⁷³ V. G. JARACH, A. POJAGHI, *Manuale del diritto d'autore*, Ugo Mursia ed., 2016.

⁷⁴ M. BONA (a cura), *La tutela del know-how. Diritto industriale, del lavoro, penale e responsabilità civile*, Giuffrè, 2012.

⁷⁵ In tema, G. DI STEFANO, C. PONTI, *Privacy UE: il vecchio e il nuovo*, Digital Book, 2013, p. 20 ss.; M. IASELLI, S. GORL (a cura di), *Storia della Privacy*, Lex et Artis, 2015, specie p. 9; F. FABRIS, *Il diritto alla privacy tra passato, presente e futuro*, in *Rivista di scienze della comunicazione - A.I.*, 2, 2019, p. 94 ss., dove, nonostante si tratti di un concetto diffuso, non esiste una uniforme definizione di diritto della *privacy*. La natura poliedrica del concetto di *privacy* risulta ancor più evidente ripercorrendone l'evoluzione storica dalle origini sino agli ultimi interventi legislativi. Da tale analisi emerge come, alla luce del passato e del presente, molti non potranno che essere in futuro gli ulteriori interventi necessari in materia, quantomeno fintanto che non si diffonderà una vera e propria cultura della *privacy*.

⁷⁶ BRANDEIS definisce the “right to be let alone” come “the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men”.

⁷⁷ In particolare, riguardo all'approccio europeo, si pensi alla «libertà di telefonare senza aver paura di essere intercettato» oppure alla «libertà di poter tranquillamente dare le informazioni che mi riguardano per poter comprare in un negozio senza aver paura che quelle informazioni possano essere usate successivamente in maniera impropria contro di me».

⁷⁸ Si ricorda che in Italia vi è, oltre al nuovo GDPR, il D. lgs. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

⁷⁹ V. il contributo di E. BARBA, *Privacy e trasparenza amministrativa: due diritti speculari*, in *Salvis Juribus*, 14 febbraio 2019; F. G. IBBA, *GDPR, il rapporto tra privacy, trasparenza amministrativa e accountability*, in *Agenda Digitale*, 11 settembre 2018; F. DI MATTEO, *Privacy e trasparenza: spunti di riflessione sul bilanciamento*, in *Ratio Iuris*, 5, 2018.

strettamente la dignità degli individui. Tant'è che la legge individua nell'Autorità di controllo nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 13 del d.lgs. 150/2009 e successive modificazioni, quale soggetto cui affidare funzioni consultive, di vigilanza e di controllo⁸⁰.

Diritti fondamentali della persona e trasparenza sono pertanto complementari e, in questa prospettiva, va rigettata qualunque visione puramente oppositiva o antagonista del diritto alla *privacy* nei confronti della trasparenza. Ciò emerge con chiarezza anche dalla lettura del Regolamento generale sulla protezione dei dati 2016/679⁸¹⁸².

L'espressa inclusione della trasparenza amministrativa tra i compiti di interesse pubblico rende quindi pienamente compatibili tutti i trattamenti di dati ad essa connessi, ivi compresa la loro diffusione, allorché prevista dalla legge, a patto, però, che le norme nazionali concilino l'accessibilità ai dati con il rispetto della *privacy* degli interessati.

La nuova disciplina sulla trasparenza, così come modificata dal D.lgs 25 maggio 2016, n. 97⁸³, ha pertanto una portata amplissima: allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, apre le porte ad un'enorme quantità di dati detenuti negli archivi di decine di migliaia di enti.

⁸⁰ Tra queste si segnalano: la collaborazione con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti; l'approvazione del Piano nazionale anticorruzione predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica; l'analisi delle cause e dei fattori della corruzione e individuazione degli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto; la facoltà di esprimere pareri facoltativi agli organi dello Stato e a tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, e successive modificazioni, in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico; l'esercizio della vigilanza e del controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle PP.AA. e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa. La Commissione, inoltre, riferisce al Parlamento, presentando una relazione entro il 31 dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia. Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo, essa esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle PP.AA., e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza.

⁸¹ Sul nuovo c.d. GDPR, v. G. M. RICCIO., G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR e Normativa Privacy Commentario Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 - Decreto di adeguamento D.Lgs. n. 101/2018 - Codice privacy D.Lgs. n. 196/2003*, WK, 2018; P. CECCOLI, B. DE ROSA, A. CARNABUCI, *Privacy e dati personali. Problemi e casi pratici*, Key ed., 2018; R. RAPICAVOLI, *Come applicare il GDPR e il codice privacy negli studi e nelle aziende*, Maggioli, 2018; M. SOFFIENTINI, *Privacy*, WK, 2019; M. MANDICO, *Privacy e GDPR: manuale applicativo con esempi e casistiche settoriali*, Maggioli, 2019; A. CICCIA MESSINA, *La privacy nella pubblica amministrazione. Cosa cambia dopo il GDPR e il D.Lgs. n.101/2018*, Federprivacy, 2019.

⁸² Il nuovo GDPR, al considerando n. 4, prevede che «il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con gli altri diritti fondamentali in ossequio al principio di proporzionalità»; al considerando 154, si prevede poi che l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali è un trattamento considerato di interesse pubblico e che i dati personali, contenuti in documenti conservati da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, dovrebbero poter essere diffusi se la diffusione è prevista dal diritto degli Stati membri, il quale deve «conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali».

⁸³ Recante «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», in G.U. 8 giugno 2016, n. 132.

I principi e la disciplina di protezione dei dati personali⁸⁴ devono essere rispettati anche nell'attività di pubblicazione di dati sul *web* per finalità di trasparenza⁸⁵.

Pertanto, come rappresentato dal Garante della *privacy*⁸⁶, gli enti pubblici sono tenuti a porre in essere la massima attenzione nella selezione dei dati personali da utilizzare, sin dalla fase di redazione degli atti e documenti soggetti a pubblicazione, in particolare quando vengano in considerazione dati sensibili. In proposito, può risultare utile non riportare queste informazioni nel testo dei provvedimenti pubblicati, menzionandole solo negli atti a

⁸⁴ Da intendersi come «*qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale*» (art. 4, comma 1, lett. b, del Codice in materia di protezione dei dati personali - d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, di seguito "Codice").

⁸⁵ Cfr., "Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati", in G. Uff. n. 134 del 12 giugno 2014. Inoltre, la "diffusione" di dati personali da parte dei "soggetti pubblici" è ammessa unicamente quando la stessa è prevista da una specifica norma di legge o di regolamento (art. 19, comma 3). Pertanto, in relazione all'operazione di diffusione, occorre che le pubbliche amministrazioni, prima di mettere a disposizione sui propri siti web istituzionali informazioni, atti e documenti amministrativi contenenti dati personali, verifichino che la normativa in materia di trasparenza preveda tale obbligo (art. 4, comma 1, lett. m, 19, comma 3 e 22, comma 11, del Codice). In conformità ai principi di protezione dei dati, i soggetti pubblici sono tenuti a ridurre al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi ed evitare il relativo trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante dati anonimi o altre modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità (cd. "principio di necessità" di cui all'art. 3, comma 1, del Codice). Pertanto, anche in presenza degli obblighi di pubblicazione di atti o documenti contenuti nel d. lgs. n. 33/2013, i soggetti chiamati a darvi attuazione non possono comunque «rendere [...] intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione» (art. 4, comma 4, del d. lgs. n. 33/2013). È, quindi, consentita la diffusione dei soli dati personali la cui inclusione in atti e documenti da pubblicare sia realmente necessaria e proporzionata alla finalità di trasparenza perseguita nel caso concreto (cd. "principio di pertinenza e non eccedenza" di cui all'art. 11, comma 1, lett. d, del Codice). Di conseguenza, i dati personali che esulano da tale finalità non devono essere inseriti negli atti e nei documenti oggetto di pubblicazione online. In caso contrario, occorre provvedere, comunque, all'oscuramento delle informazioni che risultano eccedenti o non pertinenti. È, invece, sempre vietata la diffusione di dati idonei a rivelare lo "stato di salute" (art. 22, comma 8, del Codice) e "la vita sessuale" (art. 4, comma 6, del d. lgs. n. 33/2013). In particolare, con riferimento ai dati idonei a rivelare lo stato di salute degli interessati, è vietata la pubblicazione di qualsiasi informazione da cui si possa desumere, anche indirettamente, lo stato di malattia o l'esistenza di patologie dei soggetti interessati, compreso qualsiasi riferimento alle condizioni di invalidità, disabilità o handicap fisici e/o psichici (art. 22, comma 8, del Codice). Il procedimento di selezione dei dati personali che possono essere resi conoscibili online deve essere, inoltre, particolarmente accurato nei casi in cui tali informazioni sono idonee a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni o organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale ("dati sensibili"), oppure nel caso di dati idonei a rivelare provvedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, nonché la qualità di imputato o di indagato ("dati giudiziari") (art. 4, comma 1, lett. d ed e, del Codice). I dati sensibili e giudiziari, infatti, sono protetti da un quadro di garanzie particolarmente stringente che prevede la possibilità per i soggetti pubblici di diffondere tali informazioni solo nel caso in cui sia previsto da una espressa disposizione di legge e di trattarle solo nel caso in cui siano in concreto "indispensabili" per il perseguimento di una finalità di rilevante interesse pubblico come quella di trasparenza; ossia quando la stessa non può essere conseguita, caso per caso, mediante l'utilizzo di dati anonimi o di dati personali di natura diversa (art. 4, commi 2 e 4, del d. lgs. n. 33/2013 cit.; artt. 20, 21 e 22, con particolare riferimento ai commi 3, 5 e 11, e art. 68, comma 3, del Codice).

⁸⁶ V. il parere dell'Autorità del 7 febbraio 2013.

disposizione degli uffici, oppure indicare delicate situazioni di disagio personale solo sulla base di espressioni di carattere più generale o, se del caso, di codici numerici⁸⁷.

Effettuata, alla luce delle predette indicazioni, la previa valutazione circa i presupposti e l'indispensabilità della pubblicazione di dati sensibili e giudiziari, devono essere adottate idonee misure e accorgimenti tecnici volti ad evitare «la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca *web* ed il loro riutilizzo»⁸⁸.

In vista del nuovo Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, il Garante per la *privacy* ha organizzato un ciclo di incontri formativi per favorirne la conoscenza e offrire supporto nell'attuazione degli adempimenti previsti per tutti i soggetti (pubblici e privati) che effettuano trattamenti di dati per svolgimento di un compito di interesse pubblico, anche in ragione della necessità di coordinare le normative di riferimento⁸⁹, come anche l'A.N.AC.⁹⁰

Il Garante per la protezione dei dati personali ha già dato particolare risalto alla questione dell'applicazione della riforma del GDPR alle PA, con la pubblicazione di apposite FAQ sul Responsabile della protezione dei dati personali nelle Pubbliche Amministrazioni⁹¹.

6. Le ultime modifiche alla normativa anticorruzione: la legge 9 gennaio 2019, n. 3, c.d. “Legge spazzacorrotti”⁹².

⁸⁷ Cfr. par. 2 del parere.

⁸⁸ Cfr. art. 4, comma 1 e art. 7, del d. lgs. n. 33/2013.

⁸⁹ Tra gli ultimissimi contributi sul tema, vedi R. SANNA, *Dalla trasparenza amministrativa ai dati aperti: opportunità e rischi delle autostrade informatiche*, Giappichelli, 2018; A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, ESI, 2018; R. CANTONE, F. MERLONI, B. COCCAGNA, V. SCAFFA, *Codice dell'anticorruzione e della trasparenza*, Maggioli, 2018.

⁹⁰ L'Anac ha inteso adottare il “Regolamento disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico, all'accesso civico generalizzato ai dati e documenti detenuti dall'A.N.AC. e all'accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge 241/1990”, con l'obiettivo di dotare l'Autorità, a seguito della revisione del d.lgs. 33/2013 operata dal d.lgs. 97/2016, di una disciplina organica e coordinata delle tre tipologie di accesso. L'intervento di regolazione si è reso altresì necessario per recepire nei procedimenti di accesso le disposizioni in materia di tutela dei dati personali a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2016/679 (RGPD) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e, il 19 settembre 2018, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101 che ha adeguato il Codice in materia di protezione dei dati personali – decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 – alle disposizioni del citato Regolamento. Si è ritenuto di non accogliere la richiesta di integrare il Regolamento con una disposizione dedicata al Responsabile della protezione dei dati (RPD, oppure DPO, Data Protection Officer) in quanto indicazioni sul rapporto tra Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) e DPO sono state fornite nell'Aggiornamento 2018 al Piano nazionale anticorruzione. Nell'ambito di tale aggiornamento al PNA, l'A.N.AC., da ultimo, ha chiarito che è sconsigliato che a ricoprire il ruolo di RPD/DPO sia il Responsabile della Prevenzione e della Trasparenza in quanto vi è il rischio che «la sovrapposizione dei due ruoli possa rischiare di limitare l'effettività dello svolgimento delle attività riconducibili alle due diverse funzioni, tenuto conto dei numerosi compiti e responsabilità che la normativa attribuisce sia al RPD che al RPCT». Un'eventuale eccezione può essere prevista, e necessariamente motivata, nel caso di enti di piccole dimensioni «qualora la carenza di personale renda organizzativamente non possibile tenere distinte le due funzioni».

⁹¹ Anche alla luce di tali novità in tema di tutela della *privacy*, questo impianto di misure ha ovviamente bisogno di tempo e soprattutto ha bisogno di uno scatto: così F. ARMENANTE, *Le nuove frontiere della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti al F.O.I.A., dal “need to know” al “right to know”*, cit.

⁹² Si consiglia una sintesi sulla nuova normativa stilata da *Confindustria*, consultabile su https://www.confindustria.it/wcm/connect/ca0a5344-26a3-441d-b7da-afc58cb2b299/Legge+Spazzacorrotti++osservazioni+di+Confindustria.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-ca0a5344-26a3-441d-b7da-afc58cb2b299-mC0wu3b.

In aggiunta al “terremoto” normativo derivante dall’entrata in vigore delle ultime leggi citate – la cui operatività comporterà sicuramente questioni sulla loro corretta interpretazione –, più di recente, il legislatore – particolarmente spedito nell’*iter* parlamentare, con un conseguente scarso dibattito, stressato da tempi di approvazione contingentati e condizionati alla fiducia al Governo – ha finalmente approvato la legge cd. “spazzacorrotti” n. 3/2019⁹³, anticipata da un *battage* “pubblicitario” sulla necessità di adottare misure urgenti (e perciò speciali) al fine di contrastare definitivamente il fenomeno della corruzione.

Molte le novità introdotte, sia di carattere sostanziale che processuale.

Per citarne alcune, seppur in modo molto schematico⁹⁴, val la pena di indicare quelle utili ai fini della presente indagine.

In primo luogo, considerata la compresa forte internazionalizzazione dei fenomeni corruttivi, tra le condizioni di procedibilità è stato abolito l’obbligo della richiesta del Ministro della Giustizia o della denuncia della persona offesa per il perseguimento dei reati di corruzione e gli altri delitti contro la pubblica amministrazione commessi all’estero, con conseguente ampliamento dell’ambito applicativo dei delitti in tema di corruzione internazionale dei pubblici agenti, mediante l’estensione della portata incriminatrice dell’articolo 322-*bis*, primo comma, del codice penale anche ai funzionari “extra-Ue”, ai membri delle assemblee parlamentari internazionali ed ai giudici e funzionari delle corti internazionali⁹⁵.

In secondo luogo, è stato disposto un aggravamento di pena per il reato di corruzione per l’esercizio della funzione (art. 318 c.p.), mentre, con riferimento al reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-*ter* c.p.), è stabilita una pena aggravata nel caso in cui a commetterlo sia un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio che abusi delle sue qualità o dei suoi poteri. Più severa anche la sanzione inflitta a chi commette il delitto di appropriazione indebita (art. 646 c.p.), ora punito con «*la reclusione da due a cinque anni e con la multa da euro 1.000 a euro 3.000*»⁹⁶.

⁹³ La legge recente reca “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*”.

⁹⁴ Per approfondimenti si rimanda alla scheda di sintesi curata dal Servizio Studi della Camera dei deputati, all’indirizzo http://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1130010.pdf?_1549386658138.

⁹⁵ Sulla nuova legge, le prime impressioni sono state scritte da L. TESCAROLI, Procuratore aggiunto della Repubblica presso il Tribunale di Firenze, *La cd. legge spazzacorrotti: analisi e problematiche delle novità sostanziali e processuali della legge n. 3 del 2019*, in *Questione Giustizia*, 9 settembre 2019; V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5, 2019, p. 232 ss.; G. PICCIOTTO, *La legge spazzacorrotti. Commento organico alla L. 9 gennaio 2019, n. 3 (legge anticorruzione)*, ed. Simone, 2019.

⁹⁶ Sull’effettività delle sanzioni accessorie, la legge c.d. “spazzacorrotti” ha poi previsto l’ampliamento dell’ambito applicativo e l’aggravamento delle pene accessorie dell’interdizione dai pubblici uffici e dell’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione; la riduzione della possibilità di mitigare la pena accessoria temporanea in rapporto alla durata della pena principale; l’esclusione di automatismi fra sospensione condizionale della pena o applicazione della pena concordata (c.d. “patteggiamento”) ed esenzione dalle pene accessorie, con introduzione della possibilità di applicare la pena accessoria ai soggetti destinatari di una decisione “patteggiata” e ai beneficiari della pena sospesa; l’aggravamento delle condizioni necessarie perché abbiano a prodursi gli effetti estintivi della riabilitazione sulle sanzioni accessorie dell’interdizione perpetua dai pubblici uffici e del divieto perpetuo di concludere contratti con la pubblica amministrazione; l’inclusione del delitto di peculato (art. 314 c.p.) e di vari delitti relativi ad atti corruttivi (artt. 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, co. 1, 320, 321, 322, 322-*bis* e 346-*bis* c.p.) fra i reati ostativi alla concessione dei benefici di cui all’articolo 4-*bis*, comma 1, della legge sull’ordinamento penitenziario (n. 354 del 1975), oltre all’aggravamento

Entrando nel dettaglio di alcune previsioni, la modifica dell'art. 317-*bis* c.p. estende l'applicazione delle pene accessorie dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e dell'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione⁹⁷⁹⁸ ai casi di condanna per i reati di cui agli articoli 318, 319-*bis*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* e 346-*bis* del codice penale⁹⁹.

Tra le innovazioni più interessanti, vi è la previsione di cui all'art. 323-*ter*, con il quale si introduce una clausola di non punibilità nel caso di volontaria, tempestiva e fattiva collaborazione per i reati previsti dagli articoli 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322-*bis*¹⁰⁰, 353, 353-*bis*, 354 del codice penale¹⁰¹.

Ulteriore aspetto innovativo è rappresentato dall'ampliamento della fattispecie di cui all'art. 346-*bis* c.p., ricomprendendovi la condotta di chi offre o promette il vantaggio al "millantatore" di influenza. Prescindendo la punibilità dall'esistenza o non di reali relazioni di influenza¹⁰², in esso vengono inoltre riassorbite le prescrizioni dell'art. 346 c.p.¹⁰³, che contestualmente viene abrogato.

delle condizioni necessarie per il prodursi degli effetti estintivi della pena e di ogni altro effetto penale di cui all'articolo 47, comma 12, della legge 354/1975.

⁹⁷ Si ricorda che oggi è prevista per i soli reati di cui agli articoli 314, 317, 319 e 319-*ter* del medesimo codice.

⁹⁸ Inoltre, non va dimenticato che questa tipologia di sanzione è prevista anche nel modello 231.

⁹⁹ Per completezza, si sottolinea che la nuova Legge ha introdotto anche il nuovo art. 32-*quater* c.p., il quale contempla i casi in cui alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, con l'effetto di omologarne il catalogo a quello del novellato art. 317-*bis* (seppur limitatamente ai reati contro la pubblica amministrazione e con l'eccezione del peculato, per cui si valorizza la sola ipotesi, più grave, dell'art. 314, co. 1, c.p.). Le pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione si applicano: per un periodo non inferiore a cinque e non superiore a sette anni, nel caso in cui la pena principale non superi i due anni o se ricorra la circostanza attenuante prevista dall'art. 323-*bis*, co. 1, c.p. (particolare tenuità del fatto); in perpetuo, nel caso in cui la pena principale sia invece superiore a tale limite. Quando invece ricorra la circostanza attenuante prevista dall'art. 323-*bis*, co. 2, c.p. (ravvedimento operoso), la condanna importa sanzioni accessorie per una durata compresa tra uno e cinque anni. In attenuazione di questo principio si prevede che, decorso un termine non inferiore a sette anni dalla riabilitazione penale, le pene accessorie perpetue possano dichiararsi estinte allorché il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta. Viene infine prevista l'incapacità temporanea di contrattare con la P.A., come misura interdittiva da applicarsi all'imputato prima della condanna.

¹⁰⁰ La clausola di non punibilità è limitata ai delitti di corruzione e di induzione indebita.

¹⁰¹ A tal proposito, va aggiunto che all'autore del reato è richiesto di attivarsi «prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti, e comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto». Al secondo comma dell'articolo 323-*ter* è previsto che la non punibilità del denunciante sia ulteriormente «subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuare il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma». Onde evitare che possa abusarsi di tale previsione per provocare impunemente la corruzione, nell'ultimo comma si specifica che la causa di non punibilità non si applica quando vi è prova che la denuncia sia stata premeditata rispetto alla commissione del reato denunciato. Siffatta causa escludente non si applica, altresì, in favore dell'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle disposizioni di legge. È stato poi escluso dagli intendimenti del legislatore il proposito di istituire il c.d. "agente provocatore", figura su cui si è scatenato un dibattito mediatico volto a screditare l'utilità.

¹⁰² Le relazioni di influenza possono anche essere solo asserite.

¹⁰³ L'articolo citato disciplina il c.d. "millantato credito", secondo cui: "Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da trecentonove euro a duemilaseccantacinque euro. La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da cinquecentosedici euro a tremilantantotto euro, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare".

La norma prevede, poi, novità in tema di custodia giudiziale dei beni sequestrati, consentendo all'autorità giudiziaria di affidare in custodia agli organi della polizia giudiziaria i beni sottoposti a sequestro nell'ambito dei procedimenti penali di cui agli articoli da 314 a 321 del codice penale e, con la modifica dell'art. 578-*bis* c.p.p., si consente di mantenere l'efficacia della confisca disposta con la sentenza di condanna dai giudici di primo grado¹⁰⁴ nei casi in cui il successivo grado di giudizio si chiuda con una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato per prescrizione o per amnistia.

Sempre sul fronte sostanziale, per i delitti di corruzione tra privati e istigazione alla corruzione tra privati¹⁰⁵ è stabilita la procedibilità d'ufficio, mentre, in tema di prescrizione, con la novella dell'articolo 158, primo comma, del codice penale, il termine di decorrenza della prescrizione in caso di reato continuato è individuato nel giorno in cui cessa la continuazione¹⁰⁶; la riforma dell'articolo 159, secondo comma, sospende inoltre il corso della prescrizione «*dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna*»¹⁰⁷.

Sul piano strettamente processuale, sono state aumentate le possibilità per gli organi inquirenti di avvalersi delle intercettazioni¹⁰⁸.

Infine, sulla falsariga dell'intervento effettuato nei confronti delle persone fisiche, si inaspriscono le sanzioni interdittive nel caso di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, in relazione alla commissione dei delitti di concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione: da un minimo di quattro anni ad un massimo di sette, se il reato è stato commesso da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente; da un minimo di due anni ad un massimo di quattro, se il reato è stato invece commesso da persone gerarchicamente sottoposte alle prime. Qualora però, prima della sentenza di primo grado, l'ente si fosse operosamente ravveduto, la cornice edittale delle sanzioni interdittive verrebbe ricompresa fra tre mesi e due anni.

7. Prevenzione della corruzione e ricadute sulla performance amministrativa.

Quale possibile bilancio, dunque, alla luce della disamina della normativa attualmente vigente? E quali le ricadute in termini di *performance*¹⁰⁹?

L'Italia ha optato per un'apparente soluzione preventiva, favorendo piuttosto un chiaro ritorno a logiche vetero-inquisitorie da applicare attraverso il procedimento penale, destinato a

¹⁰⁴ Ovviamente è per uno dei delitti previsti dagli artt. da 314 a 321 c.p.

¹⁰⁵ Le fattispecie sono disciplinate dagli artt. 2635 e 2635-bis c.c.

¹⁰⁶ Si tratta di un ritorno alla disciplina antecedente la legge n. 251 del 2005, c.d. "ex Cirielli".

¹⁰⁷ Entrambe le ultime disposizioni entreranno in vigore il 1° gennaio 2020.

¹⁰⁸ È questo il c.d. *puntum dolens* della nuova normativa, in quanto, a proposito delle intercettazioni, ne è ora sempre permesso l'utilizzo nei procedimenti per reati contro la P.A. puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, anche nella forma di captatori informatici su dispositivi elettronici portatili (c.d. "trojan"). Si estende, inoltre, la possibilità di effettuare operazioni di polizia sotto copertura al contrasto di alcuni reati contro la pubblica amministrazione – sul modello delle regole in materia di contrasto alla criminalità organizzata, al traffico di stupefacenti e ad una serie di altri gravi delitti – integrando l'elenco di cui all'articolo 9 della legge n. 146 del 2006 con i reati previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis e 452-quaterdecies del codice penale.

¹⁰⁹ V., sul punto, A. CASTALDO, *Migliorare le performance della P.A.*, cit.

ricoprire nuovamente un ruolo centrale nelle dinamiche politiche e sociali, con un ritorno al diritto penale d'autore¹¹⁰ e alla realizzazione del diritto penale del nemico¹¹¹, ossia quella concettualizzazione teorica con cui si fa riferimento ad un binario parallelo e separato del diritto penale.

I due binari, sul piano dei diritti, esibiscono due livelli di garanzia diversa, perché si rivolgono a due categorie differenti di soggetti: il primo vige per il cittadino ordinario; il secondo, invece, è uno strumento da poter utilizzare contro chi, di volta in volta, viene identificato come nemico all'interno di una data società.

Ed è infatti evidente che, almeno in Italia, il regime processuale del “doppio binario”, prima destinato solo ai reati di criminalità organizzata e terrorismo (quelli, cioè, per antonomasia a forte caratterizzazione di pericolosità sociale), è indubbiamente applicabile anche ai processi per la repressione di reati contro la P.A. o, più in generale, ai fenomeni corruttivi, quasi a voler attribuire, a questi, l'etichetta di “reati di maggior allarme sociale”.

La corruzione è un fenomeno culturale e, nonostante si possa dimostrare che ciò dovrebbe suggerire (se non imporre) l'adozione di provvedimenti che lentamente semplifichino la pubblica amministrazione, tuttavia assistiamo ad un processo di inesorabile ipertrofia legislativa, cui si aggiunge un'enorme produzione regolamentare.

Quali le ricadute sulla *performance* della P.A.?

Le risposte possono trovarsi in una nota indagine¹¹², secondo cui una parte consistente del diritto penale amministrativo mira a contrastare il rischio che il funzionario assuma, colposamente o dolosamente, decisioni o condotte orientate alla soddisfazione di un interesse

¹¹⁰ G. MARINUCCI, *Il tipo normativo di autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, in *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*. Atti del convegno di Studi penalistici in ricordo di Alessandro Alberto Calvi, Padova, 2013, 77 ss.. E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in *Il nuovo diritto penale d'autore*, 2, 2017, p. 45 ss.; D. PULITANÒ, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, p. 3; A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioniecirca l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, p. 7; A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, p. 19; S. BONINI, *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, p. 27. L. VIOLANTE, *L'infausto riemergere del tipo di autore*, in *Questione Giustizia*, 1, 2019, p. 101 ss.

¹¹¹ Sulla concezione di diritto penale del nemico, v. F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 10, 2010, p. 526 ss.; F. FAMIGLIETTI, *La sicurezza “ai tempi dell'ISIS”: tra “stato di emergenza”, diritto penale “del nemico” e rivitalizzazione del diritto di polizia in un sistema integrato di azioni e strutture*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2016, p. 3 ss.; U. NAZZARO, *Il diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale*, in *Quaderni dell'Accademia Pontaniana*, 2016. Da ultimo, v. l'interessante contributo, anche in chiave comparatistica, di A. VICHINKESKI TEIXEIRA, *Verso un diritto penale transnazionale del nemico? Un'analisi comparativa del concetto di terrorista nelle leggi antiterrorismo di Italia, Francia e Brasile*, in *Arch. pen.*, 2, 2018, specie p. 2 ss.

¹¹² BATTINI-DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2019, p. 293. Gli autori, a tal proposito, sottolineano che «questa preoccupazione, come noto, ispira ad esempio le norme che impongono procedure di evidenza pubblica per il conferimento di un incarico o per la stipula di un contratto di lavori o forniture; o quelle che prevengono o reprimono la corruzione o i conflitti di interesse; o quelle che contrastano l'assenteismo dei dipendenti pubblici; e così via. Il rispetto di queste norme è poi affidato ad un ben collaudato sistema di controlli — amministrativi e giurisdizionali — e di correlative sanzioni, che, a vario titolo, si ricollegano alle molte forme di responsabilità, le quali, fra loro cumulandosi, accompagnano l'azione del dipendente pubblico: la responsabilità civile, amministrativa, disciplinare, penale».

particolare, proprio o altrui, in luogo dell'interesse collettivo al cui perseguimento quelle decisioni o condotte dovrebbero indirizzarsi.

Molto più trascurata è invece una diversa preoccupazione, relativa al rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali e, in particolare, perdite a proprio carico, connesse proprio a quel collaudato sistema di controlli e sanzioni di cui s'è detto.

Essa si è guadagnata una definizione: l'amministrazione difensiva, definizione mutuata dal fenomeno della medicina difensiva, secondo cui, anticipando un rischio di responsabilità medico- legali, il medico modifica le scelte di cure da prestare (in eccesso o in diminuzione) rispetto a quanto farebbe in assenza di tale rischio.

Analogamente, l'amministrazione difensiva indica appunto una distorsione delle scelte dell'amministratore indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti all'analisi del funzionamento dell'azione dell'amministrazione pubblica italiana¹¹³.

Si registra in proposito una sempre più diffusa sensibilità da parte degli operatori¹¹⁴.

Esistono evidenze sull'amministrazione difensiva anche in altri paesi¹¹⁵.

Nel caso italiano, tuttavia, al di là delle percezioni, esistono evidenze empiriche tali da far ritenere che il fenomeno dell'amministrazione difensiva sia effettivamente rilevante dal punto di vista economico e sociale?

La prima evidenza si riferisce all'esistenza effettiva di un rischio percepito, che costituisce il presupposto stesso dello sviluppo di atteggiamenti di amministrazione difensiva. Ai fini dell'amministrazione difensiva, infatti, non è tanto rilevante il dato oggettivo del rischio di subire perdite o incorrere in responsabilità nell'assumere decisioni difficili, ad esempio a fronte della complessità del quadro normativo, quanto il dato soggettivo del rischio percepito da chi quelle decisioni è chiamato ad adottare. Tale percezione può essere elevata a prescindere dalla correttezza dell'operato degli organi di controllo.

Ebbene, una diretta evidenza della sussistenza di un rischio percepito è la presenza di un florido mercato assicurativo per i rischi legati a giudizi per responsabilità erariale¹¹⁶. Ma, una serie di elementi sia relativi al contesto giuridico sia all'effettiva diffusione di queste polizze¹¹⁷ porta a dubitare che lo strumento assicurativo così come presente oggi sul mercato possa risolvere il problema.

¹¹³ Se ne parlava già molto prima, con L. SALVIA, *Il boom della «burocrazia difensiva» «Troppe riforme, meglio star fermi»*, in *Corriere della Sera*, 19 maggio 2017.

¹¹⁴ Ciò è dimostrato da un'indagine condotta nel 2017 dal Forum PA. Intervistando quasi 1.500 dipendenti pubblici provenienti da tutti i comparti della PA, è stato riscontrato che per la maggioranza degli intervistati il fenomeno dell'amministrazione difensiva è un problema reale e che la sua entità è divenuta gradualmente più rilevante nel corso dell'ultimo quinquennio.

¹¹⁵ Ad esempio, in un recente studio su un'amministrazione pubblica tedesca, Artinger, Artinger e Gigerenzer (2018) riportano che le pratiche difensive sono molto diffuse ad ogni livello gerarchico tra i 950 manager intervistati: in media, circa il 25% delle dieci decisioni più importanti prese nell'anno precedente sono motivate da scelte difensive, complessivamente l'80% dei dirigenti dichiara di aver preso almeno una decisione difensiva e il 17% dichiara che almeno la metà delle decisioni prese era difensiva.

¹¹⁶ In tema, v., fra tutti, P. SANTORO, *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa*, Maggioli, 2011.

¹¹⁷ È interessante il dossier offerto da S. LAZZINI, consultabile su https://www.diritto.it/system/docs/35030/original/Dossier_legittima_polizza.pdf.

La seconda evidenza attiene invece all'esistenza di una correlazione fra la percezione del rischio, da un lato, e la tendenza ad assumere atteggiamenti difensivi da parte degli operatori: correlazione spesso presunta dal legislatore, ad esempio quando ha limitato la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti¹¹⁸ ai soli fatti ed omissioni posti in essere con dolo o colpa grave¹¹⁹.

Nel settore degli appalti di lavori pubblici, ad esempio, gli esempi, sia di cronaca che di studio, sugli effetti dell'amministrazione difensiva abbondano¹²⁰.

La principale causa dell'approccio difensivo della burocrazia risiede nella incertezza e imprevedibilità delle conseguenze del comportamento dei funzionari amministrativi: il rischio patrimoniale rappresentato dalla responsabilità amministrativa risulta essere rilevante nell'indurre comportamenti difensivi quando esso si combina con l'incertezza normativa¹²¹.

Una prima ragione di incertezza riguarda lo stesso confine fra lecito e illecito, fra rispetto e violazione della regola, fra interpretazione consentita e preclusa, fra colpevole violazione di regola applicabile e inosservanza utile o doverosa di regola inapplicabile. Più incerto il confine, maggiore lo spazio e l'incentivo per reazione difensiva: si rimanda la decisione in attesa che il problema venga risolto altrimenti, si chiedono pareri, si assumono decisioni rispettose anche delle regole ritenute inapplicabili, perché un domani qualcuno potrebbe invece decidere di applicarle, benché ciò costituisca una decisione meno ragionevole ed efficace, anche – magari –

¹¹⁸ In tema, v. J. BERCELLI, *La giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale indiretto nella legge n. 24 del 2017*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2017, p. 365 ss.

¹¹⁹ Si fa osservare che la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità della scelta, esplicitando che essa è volta a realizzare «un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa» (C. cost., n. 371/1998). Dunque, la correlazione fra percezione del rischio di responsabilità, da un lato, e rallentamento dell'azione amministrativa giustifica politiche di contenimento della prima.

¹²⁰ Si fa notare che vi sono tre direttrici da tenere presente in questo contesto. In primo luogo, si conferma la sussistenza di un livello significativamente elevato del rischio percepito dai funzionari e dirigenti amministrativi di incorrere in responsabilità, soprattutto di tipo amministrativo e penale, nell'esercizio delle proprie funzioni, come dimostrano non solo interviste e sondaggi, ma anche i dati relativi allo sviluppo del mercato delle polizze assicurative relative alla responsabilità erariale. In secondo luogo, il rischio — sia reale sia percepito — di incorrere in responsabilità cresce in ragione della incertezza e indeterminatezza della disciplina dell'esercizio della funzione amministrativa, come dimostrano, ad esempio, i dati sul numero di segnalazioni per abuso di ufficio nei confronti dei Rup nel settore degli appalti pubblici, in rapporto al numero di segnalazioni riferite ad altre e più precise fattispecie di reato. In terzo luogo, il rischio associato alla responsabilità ovviamente decresce con la riduzione del tasso di discrezionalità delle scelte affidate al funzionario amministrativo, come dimostra il minor numero di segnalazioni per abuso di ufficio per i contratti aggiudicati con criteri automatici riferiti al prezzo. Ma la fuga dalla discrezionalità, a sua volta, si traduce in inefficacia dell'azione amministrativa. Questa è, in parte, un costo certo, che la collettività decide di pagare per evitare una perdita eventuale, connessa al danno erariale.

¹²¹ È bene, a tal punto, rispolverare la nozione di funzione amministrativa connessa alla burocrazia difensiva. V. A. CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in AA. VV. *Le responsabilità pubbliche*, a cura di D. Sorace, Cedam, 1998, p. 239 ss.; ivi anche M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti nei confronti della p.a. tra diritto comune e diritto speciale: le riflessioni di un civilista*, p. 251 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, p. 281 ss.; N. LONGO, *Natura giuridica e orizzonti politico-culturali della responsabilità amministrativa*, in *Riv. C.Conti*, 1, 2001, p. 365 ss.; P. MADDALENA, *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in *Giust. civ.* 2008, 10, p. 483 ss.; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, 2002, passim; D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte al fenomeno dell'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, p. 457 ss.; si vedano anche M. OCCHIENA, *La fuga dall'atipicità della responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Il diritto dell'economia*, 30, 94, 3, 2017, p. 919 ss.

a causa di un *overruling* giurisprudenziale che muta un precedente interpretativo, così come può ravvisarsi comunque l'esistenza di un contrasto.

Sarebbe illusorio contrastare questo effetto eliminando la discrezionalità amministrativa, introducendo automatismi ispirati alla meccanica applicazione di regole che pongano il funzionario al riparo dalle responsabilità: la discrezionalità è l'essenza stessa dell'amministrazione, la ragione per cui essa rimane necessaria, almeno fino all'avvento di raffinatissime intelligenze artificiali, che comunque chiamerebbero in causa la responsabilità di chi le progettasse. Sul punto, si dirà qualcosa nelle conclusioni di queste riflessioni.

La strada è dunque quella di ridurre il disordine normativo, con operazioni accurate di riordino, codificazione e semplificazione normativa¹²². Occorre, inoltre, ripensare attentamente agli effetti di fattispecie di illecito connotate da notevole indeterminatezza e insieme da sanzioni particolarmente afflittive, quantomeno sul piano reputazionale, come l'abuso di ufficio¹²³.

Il timore del funzionario amministrativo nell'assumere una scelta complessa, suscettibile di incidere su interessi particolarmente rilevanti e ad elevato impatto sul piano economico e finanziario, si accresce enormemente a fronte della percezione di un rischio di sanzioni di natura e importo non calcolabile *ex ante* e, almeno in teoria, non proporzionate rispetto alla retribuzione¹²⁴ e al patrimonio di chi è chiamato ad adottarle¹²⁵.

Allo stesso modo, gli agenti pubblici sono preoccupati della possibilità di sostenere processi di responsabilità amministrativa, con analoghe conseguenze in termini di inattività, eccessiva precauzione, preferenza per soluzioni standardizzate invece di decisioni discrezionali e potenziali aumenti inefficienti delle spese¹²⁶.

Ciò posto, deve però osservarsi che il fenomeno dell'amministrazione difensiva è anche il frutto di un difetto di responsabilità e sanzioni ricollegabile all'inefficiente e inefficace esercizio della funzione amministrativa: non è meno illegittima delle condotte illegittime punite con le sanzioni che essa mira ad evitare. Si tratta, però, di una forma di illegittimità meno visibile, più subdola e, per questo, forse più pericolosa: non consiste di atti, decisioni o anche omissioni riferibili a specifici obblighi di agire, ma si avvale invece di più indefinite tecniche dilatorie, di

¹²² V. C. MODI SISMONDI, "Lotta alla burocrazia difensiva: i primi (timidi) passi nel nuovo CAD", in *Agenda Digitale*, 7 marzo 2016.

¹²³ Sul punto, si fa riferimento alla Commissione ministeriale, di cui fanno parte il Prof. Andrea Castaldo ed il Prof. Marco Naddeo, di riformulazione della fattispecie dell'abuso di ufficio *ex art.* 323 c.p.

¹²⁴ Sul punto, si parla di "proporzionalità della sanzione economica", ovvero "il funzionario pubblico dovrebbe vedere la sanzione patrimoniale proporzionata, parametrata al proprio stipendio e non ai mega risarcimenti cui è chiamato a rifondere".

¹²⁵ Sotto questo profilo, sul piano dei rimedi, è bene dirlo, potrebbe essere di qualche ispirazione l'analisi delle soluzioni adottate proprio con riferimento alla medicina difensiva. In effetti, vi sono ampie analogie fra i due fenomeni. Nel settore medico, il costante timore di commettere errori che ingenerano responsabilità civile porta i medici a usare meno discrezionalità nella loro attività, alla ricerca di soluzioni standardizzate che lascino loro pochissime responsabilità, a scapito dell'efficienza delle loro azioni. Inoltre, l'adozione di precauzioni eccessive può peggiorare la qualità dei servizi forniti, inducendo problemi come le liste di attesa più lunghe. Inoltre, il rapporto tra medico e paziente si deteriora, dal momento che i medici sono sempre più attenti ai dettagli tecnici, trascurando la parte del loro lavoro riguardante il contatto umano.

¹²⁶ In termini comparatistici, si può dire che, per limitare i problemi di medicina difensiva che stavano paralizzando il funzionamento del sistema sanitario, negli Stati Uniti, e in particolare in California, è stata da tempo sperimentata con buoni esiti la soluzione di adottare dei massimali noti entro cui l'agente può essere chiamato a rispondere. Questa soluzione è stata introdotta di recente anche in Italia, proprio a proposito della responsabilità amministrativa dei medici, dalla legge n. 24 del 2017, secondo cui la condanna non può superare un tetto rapportato al triplo della retribuzione del medico.

scelte apparenti, di ritardi consentiti dall'ordinamento, di atti formali che celano inerzie sostanziali, etc. Tutto questo rimane sottotraccia, non emerge, comunque non viene registrato dai «*radar*» del più tradizionale diritto amministrativo della legalità¹²⁷.

L'amministrazione difensiva emerge in superficie solo alla fine, quando si tratta di tirare le somme, valutando i risultati conseguiti dall'azione complessiva dell'amministrazione.

Secondo Rizzo¹²⁸, un aspetto rilevante su cui riflettere è quello di applicazione del concetto di *performance* al tema dei contratti pubblici, dovendo necessariamente indagare l'impatto che la regolazione giuridica può avere, in termini di ricadute positive o negative, sulla *performance* contrattuale¹²⁹.

Inoltre, secondo la teoria economica, l'inefficienza in tema di contratti pubblici, nel nostro Paese, dipenderebbe più da incompetenze dell'amministrazione pubblica che dal fattore corruzione, sebbene le possibili cause del risultato inefficiente dei contratti pubblici siano da individuarsi in una pluralità di fattori, anche fra loro alternativi¹³⁰.

Una possibile soluzione alle richiamate problematiche potrebbe darsi valorizzando l'approccio economico, puntando sugli incentivi¹³¹, così come sull'equità della condanna da parte della giustizia contabile, un po' come avvenuto, appunto, nell'ambito di responsabilità da attività amministrativa dei medici.

8. Conclusioni: l'amministrazione "intelligente" potrebbe eliminare gran parte dei problemi? Prospettive di ricerca.

Sembra di poter affermare, senza timore di smentita, che la *performance* negativa della P.A. non sia dovuta a fenomeni corruttivi – tra l'altro contrastati da un aumento degli strumenti di repressione e sanzione o, comunque, non solo da questi –, bensì da una generalizzata impreparazione dei funzionari nel fronteggiare leggi poco chiare, contraddittorie ed intricate. A

¹²⁷ Le lucide e condivisibili considerazioni sono sempre di BATTINI-DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit.

¹²⁸ In questi termini la Prof.ssa Romilda Rizzo, Ordinario di Scienza delle finanze nell'Università di Catania in una relazione al Convegno intitolato "Oltre la crisi. Diritto amministrativo ed economia a confronto". La sintesi dei lavori è stata curata da DAGOSTINO, "Oltre la Crisi. Diritto amministrativo ed economia a confronto", Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Economia e Impresa, Aula Magna, 19-20 novembre 2018, *Il Processo*, 1, 2019, p. 201.

¹²⁹ Essa è valutabile in termini di dispendio di tempo e di costi per addivenire alla completa esecuzione dei medesimi. Sul punto, particolare incidenza avrebbero i c.d. tempi di attraversamento, ossia di passaggio da una procedura all'altra: basti fare attenzione al differente peso che la regolazione avrebbe per la fase di selezione del contraente rispetto a quella di esecuzione del contratto, molto più scarna. Tale scelta normativa sembrerebbe illogica, sia perché proprio la fase dell'esecuzione sarebbe quella per definizione strategica per la valutazione della performance, sia perché le due fasi, di scelta del contraente e di esecuzione del contratto, non potrebbero considerarsi scisse l'una dall'altra, essendo la seconda condizionata dalla prima.

¹³⁰ Si fa riferimento, per esempio, all'insufficiente o erronea programmazione da parte delle stazioni appaltanti, dovuta a una sottostima dei costi dell'appalto; ai comportamenti opportunistici delle imprese (ad esempio, l'invalsa prassi di sottostimare i costi confidando in un recupero dei medesimi attraverso l'apposizione di riserve in corso d'opera), da cui conseguirebbe che non sempre l'impresa in grado di offrire il prezzo più basso sia anche quella più efficiente; alla predisposizione di procedure di selezione del contraente poco competitive; all'impatto negativo della discrezionalità amministrativa sulla *performance* dei contratti allorché tale discrezionalità si manifesti in una minore qualità della decisione amministrativa.

¹³¹ Sul punto, è bene sottolineare che sarebbero tre, in particolare, gli incentivi da valorizzare: uno sui risultati, per superare l'avversione al rischio dei dipendenti pubblici o stimolare il corretto adempimento della legge da parte dei medesimi; un secondo potrebbe essere quello di rafforzare il ruolo della reputazione delle imprese; infine, bisognerebbe puntare sull'innalzamento del livello delle competenze sostanziali della pubblica amministrazione, protese invece ad assicurare il rispetto di adempimenti meramente formali.

ciò si aggiunge un controllo penale sulla funzione amministrativa che è rigido, paralizzando l'esercizio della funzione stessa, in quanto viene a porsi in contrasto con l'efficienza.

Ne è dimostrazione l'aumento del fenomeno dell'amministrazione difensiva, che è capace, come detto, per sua stessa natura, di causare condizioni di illegalità occulta che l'attuale assetto normativo non riesce a fronteggiare efficacemente. Anzi, l'assetto normativo rischia, paradossalmente, di esporre ad un procedimento penale (non tanto ad una condanna, stante le percentuali bassissime registrate a livello nazionale) proprio chi, invece, decida – probabilmente con l'intento di aumentare le *performance* dell'ente presso cui presta servizio – di esercitare la propria discrezionalità.

Ma, di che tipo di discrezionalità¹³² parliamo?

Di un potere decisionale decisamente ampio, che non si limita alla ponderata valutazione degli elementi oggettivi emergenti dall'*iter* amministrativo, ma che presuppone un vero e proprio “giudizio”, in quanto la conoscenza delle norme e la loro interpretazione si basa su dati non più oggettivi, ma opinabili, che esulano quindi dalla semplice valutazione.

È allora il caso di procedere ad un serio, ordinato e coerente riassetto normativo, che parta prima di tutto dal diritto penale: a cominciare dalla modifica del reato di abuso d'ufficio (*ex art.* 323 c.p.) che rimane la norma centrale attorno alla quale ruota il concetto di “conflitto di interessi”, che, a sua volta, è legato al problema – nella logica della cultura della prevenzione – della valutazione del rischio anticorruzione.

E ciò è ancor più necessario nell'epoca – che non interessa solo il nostro Paese – in cui prende sempre più forma una nuova dimensione del dolo nei reati contro la P.A., ossia non più un dolo integrato da “coscienza e volontà”, ma un dolo “qualificato” come obbligo di conoscenza, che ci proietta pericolosamente verso il diritto penale dell’“essere” più che del “fatto”.

E, sicuramente, a discapito della *performance*.

Ed è proprio a queste criticità che intende contribuire a risolvere il Dottorato di ricerca POR, a caratterizzazione industriale, promosso dalla Regione Campania e da essa stanziato, attribuito al Dipartimento di Scienze giuridiche – Scuola di Giurisprudenza (DSG) dell'Università degli Studi di Salerno – ed in coordinamento con il Dipartimento di Scienze Aziendali-*Management & Innovation Systems* (DISA-MIS) del medesimo Ateneo –, focalizzando l'attenzione proprio sul conflitto di interessi nell'ambito del *procurement* sanitario e il suo contrasto con nuove tecnologie e innovazioni. Il Progetto, nel suo sviluppo iniziale e nelle sue ricerche approfondite primigenie, ha messo in luce delle peculiari particolarità, ma soprattutto delle problematicità di carattere pratico-sistematico, che coinvolgono tutta la P.A. nel suo complesso.

In primo luogo, grazie all'apporto e agli studi dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), la quale ha emanato il c.d. “Libro Bianco”¹³³ sul rapporto intercorrente tra Pubblica

¹³² V., fra tutti, L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, p. 1 ss.

¹³³ V. il Libro Bianco AGID del 21 marzo 2018, visibile su <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2018/03/21/lintelligenza-artificiale-al-servizio-del-cittadino-sfide-opportunita>.

Amministrazione e Intelligenza Artificiale (I.A.)¹³⁴, e al supporto normativo, di carattere squisitamente regolamentare, dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione (ANAC), si può affermare che, seppur si volesse partire dal presupposto generale che la Pubblica Amministrazione (P.A.) sia inefficiente, essa stessa avrebbe almeno necessità di essere efficiente in settori particolari, laddove i diritti della persona verrebbero ad avere una rilevanza notevole, come potrebbe essere proprio il settore sanitario. Si parla, a tal punto, anticipando alcune considerazioni della ricerca *in itinere*, della c.d. “settorializzazione degli ambiti di efficienza della P.A.”, grazie alla quale, mutuando il principio di sussidiarietà di natura europea, ed oggi anche interna, per *vicinitas* o *proximitas*, sarebbe meglio garantire ai cittadini, primi interlocutori amministrativi, negli ambiti nei quali ad essi devono essere garantiti diritti e non occasioni, un'efficienza primaria. La ricerca sta paventando addirittura la c.d. “classificazione degli ambiti di efficienza”, catalogandola in primaria e secondaria, le cui variabili dipendono dal tempo, dallo spazio e dai costi¹³⁵.

Questo modo di ragionare, stando alle ricerche che si stanno portando avanti, porta ad una riconsiderazione della proporzione matematica “efficacia: obiettivo = efficienza : razionalizzazione delle risorse”, soprattutto prendendo in considerazione le lungaggini di natura procedimentale e i tempi aggiuntivi per la P.A. Come si fa a raggiungere un obiettivo in maniera efficace senza risorse, presupposto affinché la P.A. possa divenire sempre più efficace e, dunque, competitiva? Nuova considerazione deve avere anche il concetto di “risorse”, in quanto non si tratta solo di quelle materiali o economiche/patrimoniali, ma soprattutto di risorse personali, specie addetti ai lavori, dipendenti pubblici e funzionari amministrativi, che devono costantemente essere formati alla cultura della legalità amministrativa, poiché parlare, oggi, di *deficit* culturale e indicizzare i funzionari come coloro che hanno carenza culturale, è assolutamente errato, poiché è la formazione ad essere presupposto della cultura tecnica e specifica che sempre più viene richiesta.

Tuttavia, la ricerca si pone altresì l'obiettivo di considerare una nuova dimensione del dolo – in ragione di questa specificità della formazione continua –, ossia una sorta di “dolo di posizione”, proprio al fine di evitare la c.d. “funzione amministrativa difensiva”, cui deve necessariamente conseguire un processo di riforma del sistema sanzionatorio, che sia ispirato al principio della “proporzionalità della sanzione”: la quantificazione del danno andrebbe sempre parametrata quantomeno agli stipendi dei funzionari.

¹³⁴ F. D'ERRIGO, A. QUATTRONE, *Intelligenza artificiale per la PA, i migliori esempi di utilizzo al mondo*, in *Agenda Digitale*, 10 aprile 2019, laddove si dice che l'intelligenza artificiale applicata alla P.A. potrebbe risolvere problemi strutturali di inefficienza e efficacia delle procedure amministrative e di interazione col cittadino. L'Italia potrebbe focalizzare in questo campo sforzi, ricerca e investimenti. L'effetto sul recupero di competitività sarebbe doppio; B. FIAMMELLA, *Intelligenza artificiale nella PA, se l'obbligo di trasparenza si scontra col copyright*, in *Agenda Digitale*, 16 settembre 2019, in cui le regole sulla trasparenza amministrativa pubblica possono rendere necessario rivelare l'algoritmo alla base di una decisione assunta dal sistema di AI. Un'operazione che rischia però di danneggiare gli interessi dell'industria del software.

¹³⁵ Un esempio pratico, potrebbe essere rappresentato dalla fruibilità di una tomografia assiale computerizzata (TAC). Se un ospedale ritiene che la TAC non possa essere svolta in quanto malfunzionante, il cittadino-paziente si vedrebbe costretto a raggiungere un altro ospedale affinché l'esame possa essere effettuato, interferendo ciò con i parametri di efficienza della P.A., ma prima ancora del diritto alla salute, davanti al quale la efficienza dovrebbe essere ritenuta di natura primaria. È evidente la peculiarità del settore sanitario, per cui c'è una maggiore necessità di semplificare i processi decisionali e di recuperare una dimensione di urgenza primaria della efficienza amministrativa.

In secondo luogo, la ricerca si sta occupando del delicatissimo aspetto del giudizio e della valutazione, in stretta correlazione con l'ammissibilità – soprattutto nelle procedure valutative della P.A. – della I.A. e degli algoritmi e il potenziale ausilio degli stessi: si vedano, da ultimo, la sentenza della Corte Suprema del Wisconsin in tema di algoritmo sulla recidiva¹³⁶ e sentenza del Consiglio di Stato¹³⁷ sulla nozione e l'applicabilità dell'atto amministrativo informatico in tema di assegnazione e graduatorie docenti),.

È ammissibile l'utilizzo della I.A. nella fase procedurale-valutativa della P.A.? (vedi, appunto, il caso del Consiglio di Stato). È ammissibile anche nella fase del giudizio? (vedi, appunto, il caso del Wisconsin).

¹³⁶ La notizia è commentata da E. CAU, *Chi ha paura di un giudice robot? Non è fantascienza, succede già*, in *www.ilfoglio.it*, 4 febbraio 2018. Una seconda modalità applicativa della intelligenza artificiale alla giustizia è quella c.d. "predittiva", consistente nella capacità di elaborare previsioni mediante un calcolo probabilistico effettuato da algoritmi operanti su base semplicemente statistica o anche – come vedremo più avanti – su base logica. Tale capacità, a seconda della tipologia di dati introdotti nell'elaboratore, può essere utilizzata in funzione di tre diverse finalità. Innanzitutto come strumento di prevenzione della criminalità. Inserendo in un *computer* una serie di dati estrapolati da denunce presentate alla Polizia (ad esempio, relative a rapine o furti verificatisi nelle stesse zone e con modalità analoghe), il sistema è infatti in grado di prevedere luoghi e orari in cui verosimilmente potranno essere commessi altri reati della stessa specie. In secondo luogo, come strumento integrativo dell'attività del giurista per l'interpretazione della legge e l'individuazione degli argomenti a favore della tesi che si intende sostenere. La funzione "predittiva" dell'intelligenza artificiale può infine consistere – ed è questa l'applicazione più rilevante – nella capacità di "prevedere" l'esito di un giudizio. Ma davvero può una macchina prevedere il futuro? Dipende dalla sua capacità di memoria e dalla qualità dei dati che vengono immessi. Al limite – come ipotizzava Pierre Simon Laplace all'inizio del suo famoso saggio filosofico sulle probabilità del 1814 – se noi potessimo disporre di «un'intelligenza che, per un dato istante, conoscesse tutte le forze da cui è animata la natura e che in più fosse abbastanza profonda da sottoporre questi dati all'analisi (...), nulla le parrebbe indeterminato e l'avvenire, come il passato, le si presenterebbe davanti agli occhi». Sappiamo che, per il "principio di indeterminazione" di Heisenberg, per quanto grande possa essere la capacità di memoria di un *computer*, ciò non potrà mai realizzarsi. In realtà, laddove fosse veramente possibile prevedere con un sufficiente grado di approssimazione l'esito di un giudizio, ciò sarebbe di grande ausilio per l'avvocato, poiché gli eviterebbe, in caso di previsione negativa, di compiere scelte errate. Come quella, in ambito civile, di promuovere una lite temeraria o, in sede tributaria, di avviare un contenzioso con l'Agenzia delle Entrate, anziché cercare di definire la controversia mediante una procedura conciliativa o di adesione all'accertamento o, in un procedimento penale, di optare per il rito ordinario anziché per un rito alternativo che consentirebbe l'irrogazione all'imputato di una pena meno grave. La "giustizia predittiva" è stata tuttavia utilizzata, in altri ordinamenti, anche per diverse e alquanto discutibili finalità. In particolare, negli Stati Uniti, per calcolare, per mezzo di un apposito algoritmo denominato *Compas*, la probabilità di recidiva di un imputato, al fine di decidere se rilasciarlo o meno su cauzione. Anche in Italia, è previsto che il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale di applicazione della pena (nei limiti stabiliti dalla legge) debba tener conto della gravità del reato e della capacità a delinquere del colpevole desunta dai criteri indicati dall'art. 133 c.p. In particolare, il fatto che sia possibile prevedere l'orientamento decisionale di un giudice è stato ritenuto, per certi aspetti, positivo nella misura in cui può servire a migliorare il livello di efficienza della giustizia ma, sotto altri, negativo per il rischio di riduzione ad una gestione automatizzata di affermazioni standardizzate.

¹³⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 08 aprile 2019, n. 2270, secondo cui i sistemi di intelligenza artificiale, se utilizzati, devono garantire la trasparenza, *ex ante*, nel momento della loro realizzazione, e devono essere sempre verificabili, *ex post*, nel momento della produzione del risultato. Il ragionamento dei Giudici prende le mosse da una considerazione positiva sulla digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e legata a filo doppio alla semplificazione amministrativa. Infatti, se da un lato il Codice dell'Amministrazione digitale, oggetto peraltro di continue modifiche necessarie per stare al passo con il processo d'informatizzazione, costituisce un approdo decisivo in questa direzione, dall'altro, molteplici sono stati gli interventi del legislatore finalizzati al raggiungimento della semplificazione amministrativa. Vero è che l'uso di sistemi automatizzati, mediante l'utilizzo di una procedura digitale e attraverso un algoritmo, può risultare particolarmente vantaggioso con riferimento a procedure seriali o standardizzate; tuttavia, ciò non può comportare un'elusione degli altri principi cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, specie per quelle procedure che impongono un giudizio discrezionale della PA.

Per alcuni, l'I.A. e i suoi strumenti posso essere utilizzati nella fase della valutazione, ma trovano il loro limite assoluto nella fase del giudizio, il quale deve essere effettuato da un giudice-persona fisica e non da un giudice-robot.

La ricerca, sul punto, intende fare chiarezza, soprattutto sulla c.d. "precedenza logica". La valutazione è presupposto logico del giudizio, dunque, sembrerebbe non applicabile l'I.A. anche a questa fase.

La ricerca, che sta muovendo verso questa direzione, aggiunge che la valutazione amministrativa, laddove potrebbe essere anche ammissibile l'ausilio della I.A., va assolutamente distinta dalla valutazione giudiziale o semplicemente giudizio, nella quale, se si trovasse a dover giudicare su una procedura valutativa che ha utilizzato nuove tecnologie (algoritmi, *software*, robotica, neuroscienze), dovrebbe inevitabilmente operare un "doppio giudizio", in quanto al giudizio sulla procedura valutativa seguita dal funzionario pubblico si aggiungerebbe anche quella relativa alla procedura valutativa intelligente, magari anche attraverso consulenze tecniche o perizie.

In via decisamente conclusiva, a proposito della valutazione giudiziale (o giudizio) deve assolutamente evitarsi il rischio (concreto, come avvenuto nel caso della sentenza della Corte Suprema del Wisconsin), di violare l'uguaglianza formale (art. 3, co. 1, Cost.), presupposto di uno stato di diritto. Se poi, si volesse disquisire di uno "stato di diritto intelligente", ovvero fondato su strumenti di affiancamento dell'I.A. all'uomo, non dovrà mai dimenticarsi che il principio da tutelare *usque ad finem* sarebbe quello di "ragionevolezza", involgendo, questa volta, anche e soprattutto quello di uguaglianza sostanziale di cui al comma 2 dell'art. 3.

A ciò può darsi risposta solo attraverso un dialogo costruttivo tra giuristi e i mondi dell'informatica, dell'economia, dell'ingegneria nell'ottica di conseguire obiettivi di maggiore efficienza ed efficacia della P.A. e non solo, in ottica di raggiungere *optima performance*.