
Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia

Filippo Colapinto¹

1. I profili costituzionali dell'etica pubblica

Con l'espressione "etica pubblica" si intende l'agire da parte di ogni pubblico agente, nell'esercizio delle funzioni che gli sono affidate, con disciplina ed onore, con imparzialità nei confronti del pubblico e attraverso una azione che nel suo complesso si ponga al servizio esclusivo della Nazione, cioè della collettività medesima.

La Costituzione non contiene alcun espresso riferimento alla corruzione ma disciplina in positivo principi e valori che devono ispirare l'azione dei pubblici dipendenti, forgiare il loro rapporto di lavoro, anche privatizzato, e rappresentano i pilastri dell'etica pubblica e un primo fondamentale argine contro qualsiasi degenerazione corruttiva².

1 Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Professore a contratto di Giustizia costituzionale Università Lum Jean Monnet – Casamassima (BA).
E-mail: filippo@studiolegalecolapinto.it

2 Sull'etica pubblica, cfr. S. CASSESE, *L'etica pubblica*, in GDA, 2003, 1097; B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna,

La discriminazione connessa alla corruzione compromette la coesione sociale, che trova fondamento nel principio di solidarietà, ove assumono rilevanza i doveri verso i consociati in ragione di un legame che il richiamato principio di solidarietà pone tra i cittadini³.

Il cittadino corruttore non solo non adempie al dovere di solidarietà, ma viola la fedeltà alla Repubblica, che richiede ai cittadini l'osservanza della Costituzione e delle leggi, ma anche la fedeltà che si specifica nell'osservanza dei doveri (art. 2 e art. 54, comma 1, Cost.)⁴. Ancor più il funzionario pubblico corrotto tradisce il dovere di fedeltà qualificata dalla disciplina ed onore che gli è richiesta (art. 54, comma 2, Cost.)⁵.

2007.

- 3 R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI - R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, 147-161; Id., relazione al convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato - Roma, 14 maggio 2014, 36 e ss; Id., *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa*, prefazione a J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici, Per la Francia del domani*, Napoli, 2011, XI-XXV; Id., relazione al convegno *Corruzione e crisi sistemica*, Università degli Studi di Torino, 18 maggio 2015; R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *L'exemple italien: l'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation*, in C. FORTIER (diretto da) *Le Statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Parigi, 2014, 177-188; Id., *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 309-336.
- 4 Cfr. A. DI GIOVINE, *Art. 2*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale, le riforme possibili*, Milano, 1998, 9-12; A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; G. PECES BARBA MARTINEZ, voce *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, 139-158.
- 5 G. M. RACCA, *La corruzione come violazione dei diritti fondamentali dell'individuo e del principio di solidarietà*, relazione all'incontro del San Martino, *Corruzione, Istituzioni della democrazia e organizzazioni pubbliche*, Perugia, 21 novembre

Nella prospettiva costituzionale repubblicana, quindi, l'ordinamento giuridico non può disinteressarsi, né imporre un'etica pubblica, ma ha il compito di promuoverla, assumendola come un valore essenziale sociale e costituzionale di responsabilità personale, integrato nel sistema dei valori costituzionali, e conferendo ad essa la forma, variamente atteggiata, del dovere civico.

La definizione dell'etica pubblica (o etica nel servizio pubblico) come l'insieme dei principi e delle norme di comportamento corretto in seno all'amministrazione pubblica, si traduce nei più pregnanti principi e nelle più precise formule che si trovano in Costituzione, la quale riconosce espressamente quel particolare ordinamento di settore⁶ - rispetto all'ordinamento generale che vi rinvia - denominato amministrazione pubblica; tale riconoscimento è posto nelle sue norme e, tra queste, in quelle che riguardano la struttura (artt.

2014; G. ZAGERBELSKY, Intervento al convegno *Corruzione e crisi sistemica*, Università di Torino, 18 maggio 2015; B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, op. cit., 131 e ss.; A. DI GIOVINE, Art. 54, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale, le riforme possibili*, op. cit., 234-236; L. VENTURA, *Commento all'art. 54*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, op. cit.; R. BIN-S. BARTOLE, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008; V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 89 e ss.; G. M. RACCA, *Disciplina e onore nell'attuazione dei codici di comportamento*, in R. CAVALLO PERIN - F. MERLONI (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, op. cit., 250-265; R. CAVALLO PERIN, relazione al convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato - Roma, 14 maggio 2014, op. cit., 42.

- 6 M. S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in Atti del XN Congresso Internazionale di Sociologia, Roma, 1950, 455; Id., *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in AA.VV., *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, a cura di S. AMOROSINO, Milano, 1991, XX; Id., *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sportivo*, 1949, 1, 10; Id., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 671.

114, 95 e 97 Cost.) dell'amministrazione pubblica ovvero lo *status* di pubblici funzionari, per i quali - non casualmente - è data rilevanza al giuramento come fonte specifica di doveri e obblighi ulteriori (art. 54, comma 2 ult. pt., Cost.)⁷.

L'intima correlazione tra etica pubblica e rapporto di pubblico impiego quale indispensabile presupposto per contrastare la corruzione era ben presente al legislatore sin dal Codice Zanardelli, il cui art. 171 muoveva dal presupposto che solo in quanto si esercita una pubblica funzione ci si può rendere responsabili di episodi corruttivi e per questo, con una formulazione che rimarrà sostanzialmente identica nell'art. 318 del Codice Rocco, puniva con la «reclusione sino ad un anno, con la interdizione temporanea dai pubblici uffici e con la multa da lire cinquanta a tremila» il pubblico ufficiale che «per un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per altri, in denaro o in altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta o ne accetta la promessa»⁸.

Allo stesso tempo, tale riconoscimento pone le condizioni in presenza delle quali l'ordinamento di rinvio intende accogliere le regole altrimenti date come integrative della propria disciplina giuridica⁹, l'inosservanza delle quali determina l'invalidità giuridica degli atti dell'organizzazione riconosciuta, a cui segue la previsione di ipotesi di responsabilità penale o disciplinare dei componenti l'organizzazione

7 S. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 486 e ss.; L. VENTURA, *Commento all'art. 54*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1994, 112 e ss.

8 Sull'inadeguatezza del ricorso al solo sistema repressivo nella lotta alla corruzione, cfr. B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *GDA*, II, 2013, 123, secondo cui «la lotta alla corruzione si è svolta principalmente sul piano della repressione penale. Esiste, tuttavia, anche nel linguaggio giuridico, un'accezione più ampia del termine, che è connessa alla prevenzione del malcostume politico e amministrativo, da operare con gli strumenti propri del diritto costituzionale e del diritto amministrativo».

9 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, 94 e ss.

stessa (che hanno causato la relativa violazione) ovvero di ipotesi di risarcimento del danno da questa causato a terzi soggetti.

Punto nevralgico del programma di promozione dell'etica pubblica è rappresentato, come già anticipato, dall'art. 54 della Costituzione¹⁰ che prescrive, nel primo comma, un generale dovere di fedeltà dei cittadini alla Repubblica attraverso l'osservanza della Costituzione e delle leggi; nel secondo comma, richiede, nello specifico, a coloro ai quali vengono affidate funzioni pubbliche il dovere di adempierle con «disciplina» e con «onore» e di prestare giuramento nei casi previsti dalla legge¹¹.

Nel lessico comune, le parole “fede” e “fiducia” postulano la regola *pacta sunt servanda*, mentre nel linguaggio del diritto pubblico la fedeltà è stata ricondotta al “dovere che il suddito ha nei confronti del sovrano, correlato alla protezione ricevuta”¹², come la posizione di natura morale e politica, il cui substrato soggettivo è riconducibile al concetto

10 Nel primo comma, la disposizione prescrive un generale dovere di fedeltà dei cittadini alla Repubblica attraverso l'osservanza della Costituzione e delle leggi; nel secondo comma richiede, nello specifico, a coloro ai quali vengono affidate funzioni pubbliche il dovere di adempierle con «disciplina» e con «onore» e di prestare giuramento nei casi previsti dalla legge. Se la prima - sulla fedeltà alla Repubblica - esprime una tipica norma che completa la definizione dello status di cittadino con l'individuazione di una posizione soggettiva, la seconda - sugli obblighi aggiuntivi d'onore e disciplina - si riferisce, si è detto, al diverso status di funzionario pubblico, senza precisare se questi è caratterizzato da un rapporto di servizio onorario o professionale.

11 Se la prima - sulla fedeltà alla Repubblica - esprime una tipica norma che completa la definizione dello *status* di cittadino con l'individuazione di una posizione soggettiva, la seconda - sugli obblighi aggiuntivi d'onore e disciplina - si riferisce, si è detto, al diverso *status* di funzionario pubblico, senza precisare se questi è caratterizzato da un rapporto di servizio onorario o professionale.

12 H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1954, 240.

di onore¹³. Viceversa, doveri o obblighi particolari si affermano per i soli cittadini che adempiono funzioni pubbliche.

Nella lettura dottrinale prevalente¹⁴, il dovere di disciplina e onorabilità si traduce in una sorta di monito generale riassuntivo di quei doveri che avrebbero dovuto trovare in altre norme, costituzionali e ordinarie, la propria fonte e il proprio limite.

Per la ricostruzione dei concetti di «disciplina» e «onore» si è, poi, sempre optato per le soluzioni tradizionali: il dovere, quando riferito ai pubblici funzionari, non farebbe altro che confermare la responsabilità disciplinare e il dovere di fedeltà all'amministrazione.

Si pone perciò anzitutto il problema di rafforzare *status* e capacità operativa del personale professionale nel suo complesso, e particolarmente dei dirigenti, chiamati a nuovi e rilevanti compiti (a fronte della situazione precedente nella quale essi operavano, diciamo così, all'ombra della politica); e, allo stesso tempo, di stabilire regole e prassi nuove per consentire alla politica di svolgere il suo ruolo di programmazione e di indirizzo, senza improprie ingerenze sull'amministrazione, ma munita di strumenti che consentano di far fronte alla propria responsabilità.

Il dilagare di fenomeni corruttivi e di malamministrazione ha reso cogente una lettura più decisa dell'art. 54 Cost., affinché questa non si limitasse ad un generico e formalistico ossequio delle leggi, ma fosse legata all'esigenza che la condotta di chi è chiamato a rivestire incarichi pubblici si ispiri a regole di decoro degne della fiducia che in essi viene riposta.

13 L'"onore" richiama un vincolo particolarmente qualificato di "devozione" nei confronti della Repubblica, in nome del quale le funzioni pubbliche sono esercitate e che offre fondamento ai molteplici doveri o obblighi definiti ogni qualvolta dall'ordinamento. Cfr., G LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1977.

14 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1967, 507 e ss.

Sul punto, si ricordi che i fenomeni di *maladministration* (segnatamente nello Stato democratico dove l'amministrazione per definizione è funzione servente la collettività) come fenomeni di cattivo e distorto servizio reso dall'amministrazione al pubblico, si evidenziano nella massima patologia data dai fatti di corruzione e di malversazione (che hanno rilievo penale); ma non si esauriscono in essi e involgono una serie di altri fenomeni di cattiva amministrazione (come, ad esempio, ritardi nell'espletamento delle pratiche, scarsa attenzione alle domande dei cittadini, mancato rispetto degli orari di lavoro), attinenti, per la gran parte, all'esigenza di buon andamento dell'amministrazione nel suo complesso e alla correttezza dei rapporti tra amministrazione e cittadini, esigenza fondamentale di funzionamento dello Stato democratico¹⁵.

Il dovere di disciplina e onore, così configurato, è indirizzato, inoltre, anche al legislatore, come principio direttivo nella declinazione del rapporto che lega cittadino e ufficio, non solo limitatamente all'esercizio delle funzioni ma anche ad aspetti legati all'accesso agli uffici che deve essere volto a selezionare i capaci e gli onesti, nella condotta personale.

Gli obblighi del dipendente sono stati ricondotti a quelli di legalità, fedeltà, diligenza, rettitudine e obbedienza¹⁶, sui quali ultimi pare d'interesse ricordare che la diligenza, unitamente alla prudenza e alla perizia fondano la defini-

15 Occorre sottolineare, su questo punto, che nello Stato democratico il cittadino è presente nella cosa pubblica non solo attraverso la partecipazione alla vita politica e attraverso il meccanismo della rappresentanza, ma anche (e soprattutto) attraverso una sua attiva presenza nell'ambito dell'amministrazione (che attiene alla vita quotidiana, ai problemi di ogni giorno). La c.d. demarchia (Benvenuti) rappresenta una forma più compiuta di democrazia, che investe appunto, al di là della politica, il funzionamento dell'amministrazione.

16 A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 268 e ss.

zione della colpa del dipendente o funzionario chiamato a rispondere della responsabilità amministrativa verso l'ente di appartenenza o di quella civile verso terzi (ex art. 28 Cost., con cui si è voluto superare i concetti di immunità e privilegio propri dello Stato e dei suoi rappresentanti mediante l'affermazione della diretta responsabilità dei funzionari dello Stato e degli altri enti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti, ispirata al concetto di funzione, cioè di attività svolta nell'interesse dei cittadini¹⁷).

Sono proprio gli enunciati costituzionali di principio sulla "disciplina e onore" e sulla conseguente responsabilità diretta di funzionari e dipendenti pubblici a consentire quella che è stata ritenuta un'indeterminatezza *ex ante* o atipicità *ex lege* nella definizione degli illeciti e in certo qual modo delle stesse sanzioni disciplinari che ne conseguono.

Così i comportamenti in violazione dei doveri d'ufficio, le mancanze al dovere generale di tenere in sé una condotta corretta, decorosa, lodevole, da cui deriva la rilevanza della "condotta privata" del funzionario che lede la fiducia dei cittadini o il decoro della pubblica amministrazione¹⁸.

A ben vedere è proprio lo statuto costituzionale del funzionario e dipendente pubblico a rendere tale conclusione inevitabile, a cominciare dal dovere imparziale (art. 97 Cost.¹⁹) del pubblico impiegato di porsi al servizio escluso

17 B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà: etica, politica e amministrazione*, Bologna, 2007.

18 S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., 95.

19 L'art. 97 Cost. stabilisce il precetto secondo il quale i pubblici uffici devono essere organizzati in modo tale da garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Per tutti, si veda G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, Torino, 2001; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006.

sivo dei cittadini amministrati (art. 98 Cost.²⁰), secondo un comportamento che rifletta “disciplina e onore” (artt. 54 e 98 Cost.), la violazione dei quali determina una diretta responsabilità degli stessi funzionari e dipendenti pubblici, *id est* fonda il diritto degli amministrati ad agire.

La Costituzione, dunque, persegue l’etica pubblica sotto il profilo soggettivo, orientando la condotta degli agenti e, dal punto di vista organizzativo, ancorandola al principio della responsabilità, nella prospettiva democratica di un ordinamento nel quale i cittadini vengono selezionati in base al merito²¹ per governare ed amministrare la cosa pubblica.

Non si può, invece, dire che il legislatore post-costituzionale abbia sempre mostrato la stessa consapevolezza del legame che intercorre tra disciplina del pubblico impiego e contrasto alla corruzione, come dimostrano gli episodici interventi normativi che si sono succeduti fino all’approvazione del d.lgs. n. 231/2001²², che pure ha il pregio di affrontare il tema del contrasto alla corruzione in una dimensione che trascende la responsabilità del singolo individuo per riguardare anche la responsabilità dei soggetti collettivi.

20 L’art. 98 Cost., sancendo il dovere dei pubblici impiegati di agire nell’esclusivo interesse della Nazione, mira a far sì che la condotta dei funzionari pubblici elettivi o di carriera sia ispirata alla tutela degli interessi generali e non alla tutela di interessi di parte. Si veda B.G. MATTARELLA, *I doveri di comportamento*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010.

21 Cfr. G. SIRIANNI, *I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, op. cit. - Antella, 2010.

22 Sul quale cfr. per tutti P. SEVERINO, *La responsabilità degli enti per fatti di corruzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, 157 e ss.

2 La nascita del sistema di prevenzione della corruzione e quadro normativo di riferimento

Il tema della corruzione negli ultimi anni si è imposto sempre più a livello internazionale atteso che costituisce fenomeno di portata talmente ampia a causa della gravità degli effetti che determina sia sul tessuto sociale che sulla competitività del sistema economico nel suo complesso.

Al fine specifico di individuare e approntare efficaci strumenti di contrasto, quale premessa necessaria per un ordinato sviluppo democratico e socio-economico degli Stati, si è fatta strada in ambito internazionale l'idea di adottare strumenti di comune riferimento e di efficace contrasto al fenomeno della corruzione.

In tal senso, occorre considerare il particolare interesse che dapprima l'OCSE e successivamente l'Unione europea hanno riservato alla materia, attraverso l'adozione di specifiche convenzioni e l'istituzione di meccanismi di contrasto al fenomeno.

La centralizzazione della componente amministrativa-preventiva, attraverso un approccio basato sul rischio ("risk-based approach"), prima che sugli strumenti repressivi ("police patrol"), ha preso le mosse dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione²³, dalla Convenzione

23 Adottata dall'Assemblea generale dell'O.N.U. con la risoluzione n. 58/4, sottoscritta dall'Italia il 9 dicembre 2003 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116. All'art. 5 si richiede che gli Stati aderenti elaborino, applichino e perseguano, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, "politiche di prevenzione della corruzione efficaci e coordinate". Secondo la citata Convenzione: "*corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish. This evil phenomenon is found in all countries – big and small, rich and poor – but it is in the developing world that its effects are most destructive. Corruption hurts the*

penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione²⁴ e dalla Convenzione civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione²⁵ le quali, infatti, vincolano l'Italia all'adozione di un sistema di prevenzione delle condotte corruttive, anche tramite la costituzione di apposite autorità indipendenti.

Anche le ultime direttive europee in materia di appalti²⁶ contemplano specifiche disposizioni in chiave spiccatamente preventiva, seguendo il percorso tracciato sia in ambito comunitario²⁷ che in ambito OCSE²⁸.

Premesso ciò, si deve rilevare come non esista a livello internazionale una definizione unitaria di corruzione. Il concetto viene, infatti, ricondotto a tre grandi definizioni: il mercimonio della funzione pubblica, l'abuso di potere per

poor disproportionately by diverting funds intended for development, undermining a Government's ability to provide basic services, feeding inequality and injustice and discouraging foreign aid and investment. Corruption is a key element in economic under performance and a major obstacle to poverty alleviation and development. Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, develop and implement or maintain effective, coordinated anticorruption policies that promote the participation of society and reflect the principles of the rule of law, proper management of public affairs and public property, integrity, transparency and accountability".

24 Criminal Law Convention on Corruption del 27 gennaio 1999, ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110.

25 Civil Law Convention on Corruption del 4 novembre 1999, ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 112.

26 Direttiva UE del Parlamento e del Consiglio del 26 febbraio 2014 n. 23 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; direttiva UE del Parlamento e del Consiglio del 26 febbraio 2014 n. 24 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; direttiva UE del Parlamento e del Consiglio del 26 febbraio 2014 n. 25 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

27 Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio UE del 22 luglio 2003 sulla lotta alla corruzione nel settore privato.

28 Convenzione OCSE del 26 maggio 1997 sulla lotta alla corruzione dei funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea.

vantaggio privato e la dazione di denaro o altra utilità per influenzare l'esercizio dei doveri di ufficio.

Queste definizioni richiamano la corruzione nel settore pubblico che ha nel pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio il lato passivo del negozio corruttivo.

A questa nozione per così dire tradizionale di corruzione si è affiancata la nozione di corruzione nel settore privato, grazie all'imporsi di importanti convenzioni che richiedono agli Stati firmatari la punizione anche delle forme di corruzione nel settore privato.

Il potenziale di tale ultima forma di corruzione è ormai importante quanto il suo corrispondente in ambito pubblico atteso che la divisione tra il settore pubblico e quello privato tende ormai ad avere contorni sempre più sfumati (privatizzazioni, partecipazioni statali, partenariati pubblico-privato).

Tra le esperienze statali maturate in materia, quella italiana è presa a riferimento, anzitutto, per il ruolo che nel sistema ha progressivamente assunto l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), e, in secondo luogo, anche per la particolare incisività del fenomeno corruttivo sul territorio italiano.

Il sistema nazionale attuale rappresenta l'esito di un percorso normativo che merita di essere meglio compreso se analizzato insieme al contesto storico nel quale è maturato.

Si tratta, infatti, di un percorso normativo che ha perso parte del suo rigore iniziale, ma che non per questo non merita di essere meglio compreso.

Il "sistema" originario era il frutto di una precisa scelta di politica legislativa, finalizzata principalmente alla repressione del fenomeno piuttosto che alla sua prevenzione²⁹.

²⁹ Ci si riferisce all'art. 1, legge 16 gennaio 2003, n. 3 istitutiva dell'Alto Commissario per la prevenzione della corruzione (poi soppresso con l'art. 68, comma 6 bis del d.lgs. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con mod. nella legge 6

Esso si è poi sviluppato, consolidato e potenziato in maniera significativa attraverso successive modifiche normative che sono il frutto, più che di scelte meditate, di specifiche “emergenze” cui il legislatore ha risposto, soprattutto affidando nuovi compiti all’Autorità Nazionale Anticorruzione, che del nuovo e attuale sistema è diventato il fulcro.

In questo modo, a partire da fine anno 2012, nel sistema amministrativo si è radicata una nuova funzione di prevenzione e contrasto amministrativo della corruzione, la quale si è affiancata all’originario approccio repressivo che aveva caratterizzato il sistema italiano.

L’affermarsi di questo nuovo sistema preventivo (*recte*: di questa nuova funzione amministrativa di “prevenzione” della corruzione) è stato corroborato dagli esiti di numerosi dati ed indicatori statistici, i quali hanno dimostrato l’effetto meramente temporaneo e insoddisfacente del solo approccio “repressivo”.

La struttura fondamentale del sistema italiano discende dalla legge n. 190 del 2012, la c.d. legge “Severino”³⁰ - approvata in una fase particolarmente critica della vita politica ed economica italiana, caratterizzata dall’acuirsi della crisi - contrastata dall’adozione di specifiche misure governative “emergenziali”, al fine di rilanciare l’economia, non solo in ambito domestico ma anche in contesto comunitario ed internazionale.

La legge “Severino” ha determinato l’inizio di un processo di trasformazione dell’approccio al fenomeno corruttivo. Più esattamente, nella consapevolezza che la mera

agosto 2008, n. 133) e all’art. 13 d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 che ha attribuito funzioni in materia di corruzione alla Commissione indipendente per la valutazione, l’integrità e la trasparenza (ex Civit, oggi ANAC).

30 Rubricata “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”.

repressione penale di singoli episodi corruttivi non sarebbe stata sufficiente a contrastare le devianze degli apparati pubblici e ad eliminare quel contesto ambientale e sociale favorevole all'espansione della corruzione, il legislatore ha capovolto l'impostazione tradizionale, considerando centrale il momento della prevenzione.

Operando sul piano della prevenzione, il legislatore ha, dunque, dato valore a circostanze che - a prescindere dalla rilevanza penale - sono comunque idonee ad evidenziare qualsiasi malfunzionamento dell'amministrazione causato dall'uso a fini privati delle funzioni pubbliche³¹.

Il nuovo approccio è chiaramente finalizzato ad adottare misure sistematiche tese a riportare l'esercizio dei poteri pubblici nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione nonché di servizio esclusivo alla Nazione di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione.

La nuova stagione di contrasto alla corruzione inaugurata dalla legge n. 190 del 2012 - la quale delinea l'impianto complessivo ed introduce, in particolare, i piani anticorruzione - è successivamente proseguita con una serie di ulteriori interventi normativi che hanno contribuito ad affinare il sistema e gli strumenti di contrasto alla corruzione: d.lgs. n. 33 del 2013 in materia di trasparenza amministrativa³², d.lgs. n. 39 del 2013 in materia di incompatibilità ed inconfiribilità, nonché il d.P.R. n. 62 del 2013 che ha introdotto il regola-

31 Circolare n. 1 del 25 gennaio 2013 del Dipartimento della Funzione Pubblica.

32 D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, c.d. Testo Unico Trasparenza di "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", in attuazione della delega di cui all'articolo 1, comma 35, della legge n. 190/2012, il quale, in attuazione della legge n. 190/2012, ha determinato un rafforzamento dello strumento della trasparenza quale misura fondamentale per la prevenzione della corruzione, mediante il riordino in un unico corpo normativo di numerose disposizioni. Per quanto qui rileva, la citata disposizione ha introdotto nel nostro ordinamento lo strumento dell'accesso civico.

mento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

All'interno di questo quadro si inserisce un provvedimento non di minore importanza, anzi centrale nel nuovo impianto: il (primo) Piano nazionale anticorruzione, che contiene elementi essenziali del complessivo disegno di prevenzione della corruzione.

L'insieme di questi provvedimenti costituiscono la pietra miliare di quell'edificio denominato *ethics infrastructure*, rappresentato dal complesso delle istituzioni, dei meccanismi e dei sistemi finalizzati a promuovere l'integrità e a prevenire la corruzione nelle amministrazioni pubbliche.

Tutti gli sviluppi normativi successivi non sono meno importanti nel delineare i tratti distintivi dell'attuale "modello" italiano di sistema anticorruzione.

Il primo è costituito dal d.l. 24 giugno 2014 n. 90³³, la cui genesi si ricollega essenzialmente ad alcune indagini per fatti corruttivi, amplificate anche dai media internazionali, e riferite ad alcune opere pubbliche di valore strategico per lo Stato³⁴.

Il Governo italiano - prima, e il Parlamento poi - non ha ritenuto di puntare, come tante volte era avvenuto in passato a seguito dell'irrompere di fatti emergenziali, sul potenziamento dell'impianto repressivo penale, ma di provare ad innestare, nel complesso sistema nazionale, una novità capace di incidere sul più lungo periodo, attraverso il rafforzamento dell'impianto preventivo anticorruzione.

33 D.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 114 recante "misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari". Per quanto qui di interesse, l'art. 32 ha introdotto strumenti avanzati ed innovativi sul fronte della corruzione nel settore dei contratti pubblici.

34 In particolare, quelle di Expo del 2015 e del Mose di Venezia del 2014.

Tale decreto, *in primis*, ha disposto l'abolizione dell'Autorità per i contratti pubblici (AVCP), trasferendo le relative funzioni e personale all'Autorità Nazionale Anticorruzione, la quale vede, quindi, aumentare le competenze e poteri.

Inoltre, tra le numerose e importanti novità introdotte dal decreto, la prima concerne una misura che chiama l'ANAC (o meglio, il suo organo monocratico, cioè il suo presidente, del quale si vanno progressivamente rafforzando i poteri monocratici autonomi) a svolgere una funzione di vigilanza e garanzia di trasparenza, definita "vigilanza collaborativa", a garanzia della corretta realizzazione e del corretto svolgimento di Expo 2015. Altra novità, forse la più importante, concerne la possibilità riconosciuta al presidente di proporre al prefetto competente l'applicazione di misure straordinarie che, in proporzione alla gravità degli illeciti e al grado di ingerenza dei fatti corruttivi, vanno dall'estromissione del soggetto coinvolto nell'illecito dalla governance societaria o, nei casi più lievi, alla designazione ad hoc di esperti con compiti di affiancamento dell'impresa coinvolta, fino ad arrivare, nei casi più gravi, al c.d. "commissariamento" dell'appalto in questione (art. 32).

La seconda novità è rappresentata dal d.lgs. n. 97³⁵ del 2016 finalizzato alla revisione e semplificazione delle dispo-

35 D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 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'art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", è il primo degli undici decreti attuativi della delega di cui all'art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. Riforma Madia), contenente una serie di deleghe volte ad attuare una riforma della Pubblica Amministrazione. Esso è intervenuto sul sistema della corruzione sotto diversi profili, fra i quali la trasparenza amministrativa - mediante l'estensione dell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo, l'introduzione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato, la specificazione di alcuni aspetti della disciplina relativa agli obblighi di pubblicazione - la predisposizione dei Piani anticorruzione - mediante

sizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo sia della legge n. 190 del 2012 che del d.lgs. n. 33 del 2013.

La terza novità è costituita dal nuovo Codice dei contratti pubblici, introdotto con il d.lgs. n. 50 del 2016, con il quale è stata data attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, e modificato dal «correttivo» approvato con d.lgs. n. 56 del 2017.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici disegna un sistema di attuazione delle disposizioni in esso contenute che supera il regolamento di esecuzione e attuazione in favore di un sistema basato sulla c.d. *soft-regulation*³⁶.

3 Il fenomeno corruttivo in Italia

Il fenomeno corruttivo in Italia ha storicamente presentato una estensione ed un radicamento superiore rispetto a quello di altri Stati occidentali con pari livelli di sviluppo, a causa di fattori di natura istituzionale, politica, economica e sociale.

Va, anzitutto, considerato che sono mancati per lungo tempo efficaci meccanismi di rendicontabilità (la c.d. *accountability*, nel sistema anglosassone) nell'esercizio del potere pubblico. A titolo esemplificativo, si segnalano il frequente ricorso a forme di controllo reciproco tra amministratori politici e di carriera nonché la perdurante natura formalistica dei controlli stessi³⁷.

l'attribuzione all'Autorità Nazionale Anticorruzione (c.d. ANAC) il compito di adottare il Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.) - e, infine, la previsione di specifiche ipotesi di responsabilità dirigenziale nei casi in cui siano violate le norme sulla trasparenza.

36 Sul punto, più diffusamente si veda par. 6.

37 Comitato di Studio sulla prevenzione della corruzione, Rapporto al Presidente della Camera, 23 ottobre 1996.

Inoltre, l'esercizio dei pubblici poteri è stato da sempre caratterizzato da un alto grado di discrezionalità. Come è noto, proprio siffatta discrezionalità si pone spesso quale fattore incentivante gli atti di cattiva amministrazione, se solo si considera che le probabilità che si incorra in fenomeni corruttivi aumentano in proporzione al *quantum* di libertà decisoria che è lasciato al potere pubblico.

Si aggiunga, poi, che le decisioni politiche sono più volte intervenute nella organizzazione delle attività economiche e sociali, dirigendo - tra gli altri - gli investimenti, la spesa pubblica e l'esercizio del potere amministrativo discrezionale.

Non va, peraltro, sottaciuto che anche la quantità e la scarsa qualità delle regole che hanno a lungo governato l'attività della pubblica amministrazione hanno giocato un ruolo determinante nel proliferare della corruzione. Infatti, le stesse - determinando numerosi vincoli burocratici, incertezze applicative e prassi discordanti - hanno seriamente contribuito a minare lo stesso principio di legalità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione nonché a porsi in contrasto con le stesse indicazioni della CEDU³⁸ in materia di certezza del diritto.

Con riferimento, poi, al piano sociale, è stato riscontrato un basso grado di avversione etica della popolazione italiana nei confronti della corruzione. È come se, in buona sostanza, i cittadini - a causa di una serie di ragioni, tra le quali la scarsa fiducia nella imparzialità delle istituzioni pubbliche³⁹ e la debolezza del senso dello Stato e dello spirito di corpo dei

38 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

39 A. VANNUCCI, R. CUBEDDU, *Lo spettro della competitività*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006.

funzionari pubblici⁴⁰ - abbiano finito per avallare la presenza delle più svariate forme corruttive, ritenendole quasi parte integrante e caratterizzante del sistema.

Ne è conseguito che le classifiche internazionali hanno spesso collocato l'Italia in posizioni poco incoraggianti. Basti considerare che da una indagine condotta dal Transparency International⁴¹ alla fine del 2010 e riportata sulla stampa internazionale, l'Italia risultava tra le ultime in classifica, nell'ambito di una serie di Stati esaminati, in relazione alla percezione della corruzione nella pubblica amministrazione.

Questa tendenza veniva confermata anche dal successivo rapporto "Corruption" di Eurobarometro⁴² del febbraio 2012, il quale evidenziava come l'87% dei cittadini italiani - in crescita del 4% rispetto a soli due anni prima - considerasse la corruzione un problema serio.

Già, peraltro, nel 2008 lo stesso rapporto del Group of States Against Corruption (c.d. G.R.E.C.O.)⁴³ aveva testualmente dichiarato che in Italia "la corruzione è profondamente radicata in diverse aree della pubblica amministrazione, nella società civile, come nel settore privato. Il pagamento delle tangenti sembra pratica comune per ottenere licenze e permessi, contratti pubblici, finanziamenti, per superare gli esami universitari [...]. La corruzione in Italia è un feno-

40 A. PIZZORNO, *La corruzione nel sistema politico*, in D. DELLA PORTA, *Lo scambio occulto*, Il Mulino, Bologna, 1992.

41 Transparency International, ONG internazionale fondata dalla Germania nel 1993 e da anni in prima linea nella lotta alla corruzione (www.transparency.org).

42 Rapporto prodotto dalla Commissione europea a seguito di una indagine condotta attraverso interviste a 26.856 cittadini della Unione Europea.

43 Organo anticorruzione nato in seno al Consiglio d'Europa nel 1999. Cfr. "Evaluation Report on Italy", Council of Europe, Strasbourg, GRECO Eval I/II Rep (2008), July 2.

meno pervasivo e sistemico che influenza la società nel suo complesso”⁴⁴.

Di qui la necessità di adottare con urgenza strumenti volti non solo a reprimere, ma ancor prima a prevenire con mezzi adeguati il fenomeno della corruzione nelle nostre pubbliche amministrazioni.

4 L’oggetto del nuovo sistema di anticorruzione

Nel nostro ordinamento la corruzione assume, come noto, i caratteri di “fenomeno politico-amministrativo sistemico”⁴⁵ in quanto tale capace di compromettere l’imparzialità e il buon andamento delle amministrazioni pubbliche e la loro stessa legittimazione.

44 Si consideri che il nuovo rapporto di valutazione riguardante l’Italia in tema di “*Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors*” pubblicato in data 19 gennaio 2017 riconosce gli sforzi compiuti negli ultimi anni dal nostro Paese sul fronte delle misure preventive e punitive dei fenomeni corruttivi nel settore pubblico. Il rapporto mette tuttavia in luce anche le persistenti debolezze del nostro sistema. A tal riguardo, il rapporto precisa che sarebbe necessario affiancare all’attività giuridica anche un mutamento culturale: “*as GRECO has already stressed in its previous evaluation reports on Italy, combating corruption has to become a matter of culture and not only rules; this requires a long term approach, continuing education throughout all sectors of society as an indispensable component of the anticorruption strategy and sustained political commitment*”.

45 Così nel noto discorso di apertura dell’anno giudiziario 2013, Corte dei conti, 5 febbraio 2013, ove si richiese una risposta “articolata ed anch’essa sistemica”. PCM, Dipartimento della funzione pubblica, Piano Nazionale Anticorruzione, 11 settembre 2013. A. VON BOGDANDY - M. IOANNIDIS, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, 2014, 59-96 e A. VON BOGDANDY - M. IOANNIDIS, *Il deficit sistemico nell’Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 593 e ss.; A. ROMANO, *Introduzione al convegno Corruzione e crisi sistemica*, Università degli Studi di Torino, 18 maggio 2015; B. G. MATTARELLA - M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

La corruzione⁴⁶ è stata definita come “abuso di un potere per il perseguimento d’interessi privati”⁴⁷ e include ogni deviazione dal comportamento corretto che comporti *maladministration*⁴⁸.

46 Cfr. M. CLARICH - B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B. G. MATTARELLA - M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione, op. cit.*, 61 ove si afferma che “alla luce (...) della legge n. 190/2012, si può dire che esiste una nozione amministrativistica di corruzione, diversa da quella penalistica. È una nozione certamente più ampia, che rinvia non solo a condotte penalmente rilevanti, ma anche a condotte che sono fonte di responsabilità di altro tipo o non espongono ad alcuna sanzione, ma possono generare situazioni di illegittimità e sono comunque sgradite all’ordinamento giuridico”.

47 La Convenzione di diritto civile sulla corruzione del Consiglio d’Europa (Strasburgo 4 novembre 1999, European Treaty Series n. 174) considera “corruzione” il “sollecitare, offrire, dare o accettare, direttamente o indirettamente, una somma di danaro o altro vantaggio indebito o la promessa di tale vantaggio indebito, che distorce il corretto adempimento di una funzione/compito o comportamento richiesto dal beneficiario dell’illecito pagamento, del vantaggio non dovuto o della promessa di un tale vantaggio”. La definizione è ripresa dal Piano Nazionale Anticorruzione approvato in data 11 settembre 2013 dall’Autorità nazionale anticorruzione su proposta del Dipartimento della funzione pubblica, ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. b) della legge n. 190/2012. Comitato economico e sociale europeo, *Lotta alla corruzione nell’UE: rispondere alle preoccupazioni delle imprese e della società civile*, pubblicato in G.U.U.E. del 15 gennaio 2016, C 13/63.

48 Cfr. ANAC, *Determinazione 28 ottobre 2015, n. 12, Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, ove “si conferma la definizione del fenomeno contenuta nel PNA, non solo più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, ma coincidente con la “maladministration”, intesa come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell’interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell’interesse pubblico e pregiudicano l’affidamento dei cittadini nell’imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse”. Cfr. S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, V, 243; S. A. FREGO LUPPI, *L’obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. Amm.*, 2013, 671

Il fenomeno corruttivo può essere favorito anche da quella che è stata definita come “corruzione delle regole”, ove un’eccessiva o incoerente disciplina favorisce l’abuso o lo sviamento rispetto al perseguimento dell’interesse generale⁴⁹.

Il descritto substrato normativo è orientato a regolare un “sistema” di contrasto alla corruzione assolutamente innovativo per l’ampiezza del suo campo d’azione e per le relative strategie adottate.

Il nuovo disegno, infatti, delinea anche una nozione di corruzione amministrativa più ampia di quella che il codice penale prevede. Si tratta di una tesi di cui sembra potersi trovare riscontro effettivo negli stessi provvedimenti che hanno dato prima attuazione alla legge n. 190 del 2012 in cui si prevede che si verifica corruzione a fronte di “situazioni rilevanti più ampie di quella penalistica”, le quali comprendono “non solo l’intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione”, ma anche le situazioni in cui “a prescindere dalla rilevanza penale venga in evidenza un malfunzionamento dell’amministrazione a causa dell’uso a fini privati delle funzioni attribuite”.

Per questa ragione, non è irragionevole affermare che il nuovo disegno delinea, in realtà, una nozione di corruzione amministrativa riconducibile alla c.d. *maladministration*.

49 S. ROSE-ACKERMAN, *International Actors and the Promises and Pitfalls of Anti-Corruption Reform*, in *Pennsylvania Journal of International Law*, 2013, 449. G. M. RACCA - R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2014, www.ius-publicum.com e in G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 23-48. Cfr. *International Council on Human Rights Policy, Corruption and Human Rights: Making the connection*, 2009, 3 e s. Cfr., da ultimo, EUI *European University Institute, European judicial cooperation and fundamental rights: some practical guidelines*, Firenze, 2014.

Sulla base di una lettura più attenta, però, il nuovo disegno non enuclea affatto una nuova nozione di corruzione, perché il suo significato resta saldamente circoscritto alla definizione penalistica di scambio fra atti, nel caso di cui all'art. 319 c.p., o fra funzioni, nel caso di cui all'art. 318 c.p., con una utilità.

Ciò che cambia, significativamente, è l'approccio al fenomeno corruttivo, perché prima il campo di intervento era limitato strettamente alla repressione - e, quindi alla mera sanzione - di specifiche condotte individuali; ora, invece, si amplia il raggio di azione finalizzandolo a questioni preliminari, aspetti organizzativi, regolazione e procedimentalizzazione di specifiche attività.

Questo "ampliamento" altro non è che il risultato logicamente deducibile dal mutamento di prospettiva adottato dal legislatore, il quale decide di prestare maggiore attenzione a situazioni nelle quali il rischio di corruzione è solo potenziale, il conflitto di interessi è "apparente", con scelte che talvolta prescindono completamente dalle condotte individuali.

Concludendo, il nuovo sistema, proprio perché informato alla prevenzione del fenomeno piuttosto che alla semplice sanzione/repressione, mira ad intervenire sul rischio potenziale e non guarda (solo) a quanto accaduto.

L'attenzione, dunque, si sposta dalla patologia dell'illecito alla presenza di un rischio, dall'azione all'organizzazione, attraverso un complesso disegno fatto di misure specifiche e regolazioni settoriali, tenute insieme da due collanti: uno organizzativo, che ha come perno l'Autorità Nazionale Anticorruzione; l'altro, procedurale e programmatico, che si sviluppa coerentemente al piano nazionale anticorruzione.

3.1 L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) si colloca nel quadro generale delle autorità amministrative indipendenti, cioè quei soggetti o enti pubblici, istituiti con legge, che esercitano in prevalenza funzioni amministrative in ambiti considerati sensibili o di alto contenuto tecnico (concorrenza, privacy, comunicazioni ecc.), tali da esigere una peculiare posizione di autonomia e di indipendenza nei confronti del Governo, allo scopo di garantire una maggiore imparzialità (cd. neutralità) rispetto agli interessi coinvolti.

Sul finire del secolo scorso ci fu un dibattito molto ampio su tali autorità, che torna oggi ad essere di grande attualità proprio alla luce della nascita e del consolidamento dei poteri di ANAC, la quale, nel volgere di pochi anni, ha accentrato su di sé competenze tali da renderla un vero e proprio architrave del sistema di prevenzione della corruzione.

Ab origine, c'era la Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche (CIVIT), autorità indipendente istituita con d.lgs. n. 150 del 2009, alla quale erano attribuite funzioni di controllo gestionale sull'efficienza e sull'efficacia dell'uso delle risorse pubbliche nonché di monitoraggio della qualità dei servizi pubblici.

A causa della scarsità delle risorse attribuitele, con legge n. 125 del 2013 CIVIT assunse l'attuale denominazione di Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Tuttavia, l'effettiva nascita di ANAC si ha con il d.l. n. 90 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 114 del 2014, che, sopprimendo l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), ha affidato le relative funzioni ad ANAC, con notevole incremento delle proprie competenze e funzioni.

Risultavano, così, riuniti in un'unica autorità i poteri in materia di anticorruzione e i poteri di indirizzo, controllo e vigilanza sui contratti pubblici, acquisendo, altresì, poteri di natura sanzionatoria.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha, infine, notevolmente ampliato i poteri di ANAC, oggi vera e propria autorità "atipica" nel panorama delle autorità amministrative indipendenti⁵⁰.

In particolare, l'art. 213 del d.lgs. n. 50 del 2016 attribuisce, infatti, ad ANAC la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, anche al fine di prevenire illegalità e corruzione, prevedendo, tra l'altro, che essa: vigili sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, anche al fine di garantirne l'economicità dell'esecuzione (in modo che non ne derivi pregiudizio per l'erario); vigili sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici ed eserciti i correlati poteri sanzionatori; vigili sull'affidamento dei contratti attraverso procedure diverse da quelle ordinarie; svolga attività di vigilanza collaborativa previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti, al fine di supportare le medesime nella gestione della procedura di gara.

Inoltre, ai sensi dell'art. 213, comma 5, l'Autorità, nell'ambito dello svolgimento della propria attività di vigilanza, può disporre ispezioni, anche su richiesta di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi eventualmente della collaborazione di altri organi dello Stato nonché dell'ausilio della Guardia di Finanza.

50 N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016, fasc. 6, 11, sottolinea i tratti di «atipicità» di ANAC, evidenziando «la tendenza a privilegiare un'ottica burocratica di prevenzione della corruzione che può danneggiare la concorrenza [...] la tendenza ad occupare lo spazio della discrezionalità delle stazioni appaltanti e ad invadere il campo proprio dell'autorità giudiziaria».

Collegata direttamente alla funzione di vigilanza è la funzione di tenuta di elenchi ed alibi di soggetti che operano nel settore dei contratti pubblici: in particolare, l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici e l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti in house.

Nell'ambito delle attività di gestione del contenzioso, anche il potere di c.d. "precontenzioso" di ANAC è stato potenziato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale, all'art. 211, ha previsto che il parere di precontenzioso assuma portata vincolante per le parti che vi abbiano aderito.

Infine, merita segnalazione il comma 13 dell'art. 213 del Codice dei contratti pubblici, il quale ha riformato il potere sanzionatorio di ANAC: in particolare, è stato previsto il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa.

3.2 Il piano di prevenzione della corruzione (PPC)

Il secondo perno su cui poggia il sistema anticorruzione italiano è rappresentato dal Piano di prevenzione della corruzione (PPC), il quale si articola su due livelli.

Il primo livello è costituito dal Piano nazionale, adottato ora da ANAC con un procedimento aperto alla partecipazione, di validità triennale, sottoposto ad aggiornamenti annuali, attraverso cui l'Autorità, per l'appunto, fornisce a tutte le pubbliche amministrazioni tenute ad adottarlo a livello "decentrato" le indicazioni di carattere generale.

Il Piano deve necessariamente contenere un nucleo comune, il quale è dato da: identificazione del rischio; analisi del (livello di) rischio e sua valutazione; contenimento del rischio con misure (presuntivamente) adeguate.

Il secondo livello è quello c.d. "locale": ciascuna amministrazione è obbligata, a pena di sanzione amministrativa che grava sui loro vertici, a predisporre un piano che sviluppi la propria azione di "gestione del rischio" corruzione, adattando e traducendo, sostanzialmente, le indicazioni di carattere generale del Piano nazionale in previsioni dettagliate e vincolanti.

Snodo indispensabile di questo meccanismo è l'individuazione del responsabile della prevenzione della corruzione (RPC). Tale figura deve essere presente in ogni amministrazione ed è, di norma, un dirigente che - in qualità di responsabile della redazione e dell'applicazione del Piano - dovrà, in presenza di episodi corruttivi, dimostrare di aver adottato le misure necessarie alla prevenzione nonché al contenimento del rischio.

Questa articolazione risponde alla necessità di conciliare l'esigenza di garantire una coerenza complessiva del sistema a livello nazionale e di lasciare autonomia alle singole amministrazioni per l'efficacia e l'efficienza delle soluzioni.

4 Potere di vigilanza di ANAC in materia di contratti pubblici

Nel delineato quadro del sistema italiano di prevenzione della corruzione, ad ANAC viene assegnata anche la funzione di vigilanza sui contratti pubblici.

Come noto, il fenomeno corruttivo è risultato particolarmente diffuso nel settore dei contratti pubblici e ne ha

pervaso ogni fase⁵¹, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione.

La gravità del fenomeno unitamente alle sollecitazioni internazionali⁵² ha indotto il legislatore alla soppressione della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ed all'attribuzione delle relative funzioni ad una nuova Autorità, definita di anticorruzione, dando evidenza semantica alla riconosciuta sistematicità del fenomeno.

Si tratta di una precisa scelta di politica legislativa, volta non solo a concentrare in un'unica autorità amministrativa indipendente le materie dell'anticorruzione e degli appalti, ma anche ad affidarle funzioni e compiti in materia di vigilanza e regolazione in materia di contratti. Tutto questo produce una serie di effetti tanto sul sistema dei contratti che su quello dell'anticorruzione.

Il primo effetto consiste nel fatto che un sistema più adeguato di controlli permette alle stazioni appaltanti maggiori margini di discrezionalità. Questo perché il nuovo Codice delinea un sistema totalmente differente da quello

51 Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012. Commissione UE, *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione. Allegato sull'Italia*, 3 febbraio 2014; Commissione UE, *La lotta contro la corruzione nell'UE*, 6 giugno 2011, COM(2011) 308 final, 12 e 13; PricewaterhouseCoopers, *Report per la Commissione EU Identifying and reducing corruption in Public Procurement in the EU*, 30 giugno 2013.

52 Cfr. G. ABBATINO - N. PARISI, *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in R. CANTONE - F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Padova, 2015, 152; F. MANGANARO, *Perspectives on fighting corruption in public contracts in Italy*, in G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing corruption concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 53 e ss.; B. G. MATTARELLA, *The Italian efforts on anti-corruption*, *ibid.*, 61 e ss.

precedente, basato su una pluralità di automatismi finalizzata alla riduzione della corruzione nei contratti pubblici.

Posto che l'idea per la quale eliminare la corruzione eliminando la discrezionalità non ha prodotto, nel tempo, risultati quantomeno appaganti, si è avuto un passaggio da soluzioni vincolate e meccaniche (come l'offerta al minor prezzo) a soluzioni che consentono maggiori spazi di valutazione (come l'offerta economicamente più vantaggiosa).

Tuttavia, un tale ampliamento di margini di manovra richiede necessariamente di essere sottoposto ad un controllo tale da permettere, in futuro, un miglioramento qualitativo sia sul versante delle forniture e dei servizi che su quello della stessa capacità dell'amministrazione.

Questo effetto si persegue, in primo luogo, prevedendo che solo in presenza di specifiche condizioni sia possibile per un ente svolgere autonomamente la funzione di stazione appaltante; diversamente, le amministrazioni dovranno far ricorso ad altre stazioni appaltanti e/o a "centrali di committenza" adeguatamente qualificate. L'idea alla base è quella per cui ad un minor numero di stazioni appaltanti corrisponde una maggiore professionalità, la costruzione di regole di condotta mirate ed adeguate, ma anche una migliore capacità di vigilanza da parte di ANAC.

Il secondo effetto è la crescente attenzione alla prevenzione della corruzione nella disciplina dei contratti pubblici; tale effetto risulta in modo evidente nel Codice dei contratti, all'interno del quale ci sono numerose previsioni normative al riguardo, tra le quali si deve segnalare l'art. 42, dedicato al conflitto di interessi, che impone alle stazioni appaltanti l'adozione di misure "adeguate per (...) prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni".

Sempre nella stessa logica si muovono sia le regole rivolte a disciplinare la qualificazione e l'affidabilità delle imprese, con lo scopo di "proteggere" l'amministrazione e lo stesso buon andamento delle dinamiche contrattuali, escludendo dai rapporti contrattuali con le amministrazioni pubbliche imprese "a rischio" (perché legati a vicende di corruzione, riciclaggio, infiltrazione mafiosa, etc.), sia le regole che introducono dinamiche più trasparenti di rapporto con gli interessi coinvolti nel processo decisionale.

Il terzo effetto discende dalla "integrazione" tra il campo dei contratti e quelli dell'anticorruzione e della trasparenza delle funzioni di ANAC.

Questa concentrazione di funzioni diviene, innanzitutto, concentrazione di capacità conoscitiva, in quanto attraverso la banca dati in materia di contratti diviene possibile giungere ad una conoscenza delle "anormalità" e, quindi, a comprendere e prevenire possibili situazioni di rischio.

In definitiva, l'intera strategia di recepimento delle regole europee in materia di contratti pubblici si colloca in un disegno complessivo nel quale il Codice dei contratti si conforma alle esigenze dell'anticorruzione e l'Autorità diviene sempre più uno strumento a garanzia della legalità.

5 Le linee guida ANAC nel sistema delle fonti del diritto: tra soft law e hard law

Si è già parzialmente anticipato che il nuovo Codice dei contratti pubblici ha ampliato notevolmente le attribuzioni di spettanza di ANAC, all'interno delle quali particolarmente rilevanti appaiono le competenze c.d. "normative" ad essa conferite.

In particolar modo, l'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, nell'individuazione degli strumenti di

regolazione di cui dispone l'Autorità, stabilisce che "Anac, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche".

La fonte potrebbe, di fatto, costituire il portale attraverso il quale il legislatore ha consentito l'ingresso di un "sotto-sistema originale di norme secondarie incentrato sulle linee guida"⁵³ salutato positivamente dalla dottrina quale espressione della scelta compiuta dal legislatore delegato di "non prevedere un unico regolamento generale, ma di optare per un sistema attuativo più snello e flessibile (che) si rivela, in linea di massima, innovativo e idoneo a risolvere alcuni problemi della disciplina precedente"⁵⁴.

La disposizione si sofferma sugli aspetti procedurali, prevedendo l'obbligo di trasmissione degli atti alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, se ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti.

Per dissipare eventuali dubbi, essa sancisce espressamente l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti da ANAC, innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa ed impone all'Autorità la dotazione nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione,

53 M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 436.

54 R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 5, 506.

di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale⁵⁵, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge delega e dal Codice dei contratti pubblici.

Una indubbia importanza assumono i bandi-tipo, in considerazione della loro parziale vincolatività espressa dall'art. 71 del Codice dei contratti pubblici⁵⁶, ma un interesse maggiore suscitano le linee guida, le quali sembrano assumere un ruolo centrale nella nuova disciplina dei contratti pubblici.

Le linee guida non costituiscono una novità in ambito amministrativo, in quanto anche in altre disposizioni normative si fa riferimento all'adozione di modelli e schemi da parte di un'autorità centrale, come ad esempio nel d.lgs. n. 33 del 2013 in tema di trasparenza, ma mai in termini così ampi e generali come avviene nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in cui un riferimento esplicito alle linee guida di ANAC si rinviene in più previsioni, tra cui gli artt. 36, 80, 83, 84, 110, 177, 197; mentre, altre disposizioni (artt. 31 e 38) più genericamente affidano ad atti di ANAC l'emanazione della disciplina attuativa, che in concreto avverrà per lo più mediante linee guida.

55 Tuttavia, come opportunamente rilevato da R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice*, op. cit., 3, le modalità di pubblicazione delle stesse pongono effettivamente un "problema pratico che deriva dalla soluzione dogmatica sulla natura giuridica: le LG ANAC vengono pubblicate sul sito ANAC e poi, solo dopo, in GURI. Da quando diventano giuridicamente conoscibili, da quando diventano vincolanti? Si applica o no la *vacatio legis* di 15 giorni?".

56 La norma dispone che "al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'Anac di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi. [...] Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo".

L'art. 217, comma 1, lett. u) del Codice dei contratti pubblici ha disposto l'abrogazione del regolamento di esecuzione, di cui al d.P.R n. 207 del 2010, a partire dalla data di entrata in vigore dei nuovi atti attuativi, la cui predisposizione è in larga misura demandata proprio all'emanazione di atti di indirizzo e di linee guida di carattere generale.

Il Consiglio di Stato, con parere n. 1767 del 2 agosto 2016, ha classificato tre tipologie di atti attuativi del Codice dei contratti pubblici: a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta di ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; b) quelli adottati con delibera di ANAC a carattere vincolante *erga omnes* (le linee guida vincolanti); c) quelli adottati con delibera di ANAC a carattere non vincolante (linee guida non vincolanti).

Il Consiglio di Stato, con il citato parere, specifica che *“i decreti ministeriali devono qualificarsi quali atti sostanzialmente normativi, dotati dei caratteri della generalità, astrattezza e innovatività, soggetti allo statuto proprio dei regolamenti ministeriali”*. Essi devono, quindi, osservare le regole procedurali previste all'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988, trattandosi di atti con contenuto normativo regolamentare aventi la forma del decreto ministeriale conformemente allo schema delineato dalla norma generale in tema di potere regolamentare dell'organo esecutivo.

Con riguardo alle linee guida non vincolanti, precisa, invece, che le linee guida non vincolanti sono atti amministrativi generali⁵⁷, che perseguono lo scopo di fornire indirizzi

57 A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, Cedam, 1957, 452, afferma che gli atti amministrativi generali «non sono mai atti normativi», in quanto «l'astrattezza inerisce al concetto di norma». Affinché sia determinata la normatività di un atto non è, quindi, sufficiente che tale atto si rivolga ad una generalità di soggetti non individuati né individuabili

e istruzioni operative alle stazioni appaltanti, con consequenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo, ovvero la legge n. 241 del 1990.

Maggiori problemi pone l'inquadramento sistematico delle linee guida vincolanti ma non approvate con decreto ministeriale. Il Consiglio di Stato ascrive le linee guida vincolanti agli atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle autorità amministrative indipendenti, in quanto esse *"non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare"*.

Tra i vantaggi che questa qualificazione comporterebbe v'è quello che *"la natura non regolamentare delle linee guida adottate direttamente da ANAC consente, inoltre, che la fase di attuazione delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che rinviano a esse non incontri i limiti che il sesto comma dell'art. 117 Cost.⁵⁸ pone all'esercizio del potere regolamentare statale"*.

Sempre ad avviso del Consiglio di Stato tale soluzione *"può essere giustificata solo a patto di inquadrarla nella soft law, riconoscendo alle linee guida natura amministrativa, altrimenti si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative, che presidia la hard law"*. Non si tratta di una soluzione

a priori singolarmente, requisito che può appartenere anche agli atti amministrativi, essendo necessario anche il requisito dell'astrattezza. Venendo alla differenza tra atti amministrativi generali e regolamenti, soltanto questi ultimi pongono in essere una disciplina astratta, mentre gli atti amministrativi generali sono adottati per disciplinare situazioni concrete e per soddisfare specifiche esigenze pubbliche. Sulla distinzione tra atti amministrativi generali e regolamenti, si veda anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996.

58 L'art. 117, comma 6, Cost., prevede che la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. In particolare, nelle materie di cui al secondo comma dell'art. 117 Cost. che interferiscono con materie regionali, non sarebbe consentita l'adozione di norme regolamentari statuali.

innovativa del Consiglio di Stato il quale, già in precedenti pareri⁵⁹, ha avuto modo di precisare che *“la soft law può riguardare gli spazi di contorno della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto”*.

Tuttavia, questo richiamo alla *soft law* non sembra del tutto convincente rispetto alla natura delle linee guida vincolanti di ANAC, nonostante la dicitura *“strumenti di regolazione flessibile”* adoperata dal Codice dei contratti pubblici.

L'espressione *soft law*, infatti, nasce per descrivere quel complesso di disposizioni giuridiche, di natura spesso consuetudinaria, nate nell'ambito della *lex mercatoria* o del diritto internazionale, volte a regolare commerci, transazioni e scambi in modo rapido, flessibile e non vincolante. In pratica, la *soft law* disciplina una serie di rapporti non in virtù di una normazione cogente, bensì di una spontanea e volontaria adesione ai precetti della stessa da parte dei suoi destinatari.

Infatti, il ricorso alla *soft law* da parte delle autorità amministrative indipendenti è finora avvenuto ai soli fini di una *moral suasion* o *dissuasion*, tutti *“caratterizzati da un elevato grado di informalità che si collocano al di fuori del sistema delle fonti normative tipizzate”*, e che, pertanto, *“ovviamente non creano regole vincolanti per gli operatori economici”*⁶⁰.

Al contrario, però, le linee guida di ANAC sono pensate e previste per sostituire disposizioni di indubbia natura regolamentare, come quelle del d.P.R. n. 207 del 2010, il regolamento di esecuzione del precedente Codice dei contratti pubblici, la cui abrogazione è stata demandata dall'art. 217

59 Consiglio di Stato, Sez. VI, parere n. 1584/2015.

60 S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti, procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, 2011, n. 4, 5.

del d.lgs. n. 50 del 2016 proprio all'entrata in vigore delle linee guida di ANAC.

Alla luce di siffatta considerazione, appare condivisibile la tesi secondo la quale "se è vero che gli operatori economici e (probabilmente) anche le amministrazioni pubbliche pretendono una regolazione più snella e veloce (rispetto ai tempi e alle modalità di approvazione dei regolamenti), è anche vero che tali esigenze, per quanto meritevoli di considerazione e di soddisfazione, non possono prevalere sugli interessi a una regolazione seria, strutturata, controllata, ma, soprattutto, affidata ad autorità che se ne assumano (potendolo fare) la responsabilità politica"⁶¹.

L'incerta natura giuridica delle linee guida vincolanti (non approvate con decreto ministeriale) nel sistema delle fonti si riflette sul regime di tutela giurisdizionale dei cittadini e delle imprese, oltre che sul comportamento delle stazioni appaltanti.

Queste ultime sono certamente tenute a conformarsi alle linee guida formulate dall'Autorità nei propri atti di regolazione, sempreché il precetto emerga in modo chiaro e comprensibile. L'eventuale difformità degli atti adottati dalle stazioni appaltanti comporterà certamente la loro illegittimità, potendosi discutere unicamente se essa è inquadrabile nel vizio di violazione di legge o eccesso di potere.

Nel caso in cui gli atti siano, invece, conformi alle linee guida, i soggetti che intendano contestarli dovranno impugnare in sede giurisdizionale non solo questi ultimi ma anche le linee guida, secondo lo schema della doppia impugnazione dell'atto applicativo e di quello (amministrativo generale) presupposto, a pena di inammissibilità del ricorso. A diversa conclusione deve invece giungersi laddove si ritenga che il

61 C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, 2016, 7.

precetto contenuto nelle linee guida abbia sostanza di regolamento, in ragione del potere di disapplicazione previsto in caso di contrasto di questo con la legge primaria⁶².

Al contrario di quanto rilevato per le linee guida vincolanti, in caso di linee guida non vincolanti nessun obbligo di conformazione è configurabile nei confronti delle stazioni appaltanti.

Tuttavia, in linea con i principi generali di diritto amministrativo in materia di circolari, cui questa fonte di produzione è assimilabile sotto questo profilo, le stazioni appaltanti saranno soggette ad un onere di motivazione puntuale circa le ragioni che hanno, invece, condotto nel singolo caso ad una soluzione diversa rispetto a quella prevista in generale, diversamente da quanto loro imposto nel caso contrario. Da questa angolazione si profila, quindi, un ambito ulteriore di sindacato giurisdizionale rispetto alle determinazioni adottate dalle stazioni appaltanti in sede di giudizio di impugnazione contro gli atti di una procedura di affidamento.

Questa eventualità pone in evidenza i rischi che, a dispetto del loro carattere di raccomandazioni, una eccessiva produzione di linee guida non vincolanti possa comportare, in termini di iper-regolamentazione di dettaglio, con l'inevitabile corollario di un appesantimento dell'azione amministrativa. Ciò che il legislatore ha inteso superare con il nuovo strumento regolatorio e l'eliminazione del regolamento generale di esecuzione del Codice⁶³.

62 Cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 febbraio 2016, n. 475.

63 Sotto questo profilo si rivela allora fondamentale l'impiego effettivo degli strumenti della *better regulation* suggeriti dal Consiglio di Stato in sede di parere allo schema di d.lgs. (parere 1° aprile 2016, n. 855), ed in particolare della valutazione di impatto della regolamentazione.

Recebido em 13/05/2019.

Aprovado em 13/05/2019.

Filippo Colapinto

E-mail: filippo@studiolegalecolapinto.it