

ANALISI DELLE POLITICHE IN MATERIA DI ANTICORRUZIONE: LUCI E OMBRE*

LUCA DI DONATO**

Sommario

1. La strategia anticorruzione avviata con la l. n. 190/2012 - 2. La nuova disciplina in materia di appalti pubblici - 3. Il principio di trasparenza nell'ottica della prevenzione della corruzione - 4. Conclusioni

Suggerimento di citazione

L. DI DONATO, *Analisi delle politiche in materia di anticorruzione: luci e ombre*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto nell'ambito del ciclo di seminari "Analizzando la XVII legislatura: elementi per un bilancio", svolti nell'aprile 2018 presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa (Istituto Dirpolis, Area di ricerca PARS) e organizzati in collaborazione con le Università di Firenze (Dipartimento di Scienze giuridiche) di Pisa (Dipartimento di Giurisprudenza) e LUISS Guido Carli (Centro di studi sul Parlamento).

** Dottore di ricerca in Diritto e Impresa presso l'Università LUISS Guido Carli.
Contatto: sdc.luca@gmail.com

1. La strategia anticorruzione avviata con la l. n. 190/2012

L'analisi delle politiche pubbliche in materia di anticorruzione, introdotte nella XVII legislatura, prevede di concentrare l'attenzione solo su alcuni interventi legislativi ritenuti particolarmente rilevanti, con l'obiettivo di mettere in luce i rispettivi punti di forza e di debolezza. Ciò al fine di non esaurire il presente contributo in una mera rassegna o elencazione di norme, quanto piuttosto di provare a sviluppare la *ratio* di fondo delle misure adottate, evidenziandone limiti, contraddizioni o paradossi.

Nel periodo di tempo considerato, il legislatore ha cercato di sviluppare la strategia di contrasto ai fenomeni corruttivi sia dal punto di vista repressivo sia da quello preventivo¹. Nella direzione di istituire un sistema organico volto ad affrontare un problema "endemico"² e radicato in tempi assai risalenti³, la l. n. 190/2012, la cd. "legge anti-corruzione", ha introdotto una serie di misure di prevenzione e contrasto, che hanno ricevuto un giudizio generalmente positivo della dottrina⁴, nonché un apprezzamento da parte della Commissione europea⁵, sebbene, come si avrà modo di argomentare nella parte finale, l'elevato

¹ Sulla necessità di una strategia onnicomprensiva in materia di anticorruzione vedi P. SEVERINO, *Lectio Magistralis su "Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione"*, svolta presso l'Università LUISS Guido Carli, il 23 marzo 2016, pp. 1-14, spec. p. 3, la quale ha ricordato che la componente repressiva costituisce uno dei tratti essenziali del contrasto alla corruzione, cui si aggiunge quella preventiva, affinché si possa delineare una strategia integrata per combattere il fenomeno corruttivo.

² Così A. VANNUCCI, *Come combattere la corruzione in Italia?*, in *Quaderni di Sociologia*, 14, 1997, 121-144. Dello stesso Autore vedi A. VANNUCCI, *Un nuovo paradigma contro la corruzione*, in *il Mulino*, n. 3/12, 2012, 2 ss., nel quale rileva il carattere sistemico della corruzione in Italia.

³ Basti ricordare il noto ammonito di Tacito, negli *Annales*, Libro III (27): «*corruptissima republica plurimae leges*».

⁴ R. CANTONE, G. DI FEO, *Il male italiano: Liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, BUR, 2015. Gli Autori hanno individuato nella emanazione della legge n. 190 del 2012 una delle riforme più importanti, in grado di tener conto di tutti gli aspetti della corruzione che vanno dalla prevenzione alla repressione. Vedi anche M. D'ALBERTI, *Lotta alla corruzione e crescita economica*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Giustizia sociale, occupazione e crescita*, Eurilink Edizioni, Roma, 2013, ss. 65, che ha analizzato la l. n. 190/2012 e il complesso di strumenti volti a prevenire e contrastare le pratiche corruttive. Così anche MERLONI, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, in *Astrid Rassegna*, 2013, 4 ss., secondo il quale l'Italia ha fornito una risposta ai fenomeni corruttivi soprattutto dal punto di vista repressivo, che si è rilevata in gran parte insufficiente proprio per le caratteristiche del fenomeno e cioè per il suo carattere sistemico ed oscurità; pertanto, la l. n. 190/2012 ha segnato un importante cambio di passo rispetto alla precedente strategia. Peraltro, ciò è stato osservato dal *Rapporto Greco - Prevenzione della corruzione dei parlamentari, dei giudici e dei pubblici ministeri*, Rapporto di valutazione Italia, Quarto ciclo di valutazione, adottato a Strasburgo, 17-21 ottobre 2016, in cui si riconosce che il nostro ordinamento ha implementato «un pacchetto di misure anticorruzione che segnano un cambiamento di rotta nel suo approccio alla corruzione, ovvero da un approccio punitivo a quello preventivo». Per un'analisi complessiva sul punto, vedi infine M. CLARICH, B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, 59 ss.

⁵ Vedi la Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, COM (2014) 38 final, 1-16.

numero di obblighi imposti alle amministrazioni pubbliche ne ha ostacolato in parte la loro piena applicazione⁶.

Come è noto, la l. n. 190/2012 ha delineato una strategia di prevenzione della corruzione che si basa su due livelli – nazionale e decentrato – che, in parte, è stato modificato da recenti modifiche legislative, tra i quali in particolare il D.Lgs. n. 97/2016⁷ e il D.Lgs. n. 50/2016⁸.

Innanzitutto, il D.Lgs. n. 97/2016, ai sensi dell'art. 41, ha specificato la natura e il ruolo del Piano Nazionale Anticorruzione (di seguito: PNA), che adesso è adottato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito: ANAC)⁹, e costituisce un atto di indirizzo, con il compito di esplicitare i contenuti che dovranno essere poi previsti all'interno dei piani triennali di prevenzione della corruzione (di seguito: PTPC) elaborati dalle singole amministrazioni, le quali sono chiamate, dunque, ad adottare le misure ivi previste¹⁰.

L'individuazione dei rimedi spetta alle amministrazioni, in ragione del fatto che solo esse sono nelle condizioni di conoscere la propria realtà organizzativa, il personale impiegato, il contesto nel quale si trovano ad esercitare le funzioni

⁶ Su tale profilo critico si discuterà nelle conclusioni del presente contributo. Per un primo commento sul punto, vedi B. G. MATTARELLA, *Legge anticorruzione: un'attuazione a regola d'arte per un impianto normativo da perfezionare*, in *Guida al Diritto*, 31, 2013, 10 ss. L'Autore, pur valutando positivamente l'impianto normativo complessivo volto a contrastare la corruzione, ha sottolineato i «limiti che derivano dallo scarso realismo dimostrato, ancora una volta, dal legislatore italiano che sottovaluta i problemi di implementazione della legge».

⁷ 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».

⁸ Recante «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

⁹ Sentiti il Comitato interministeriale istituito con D.P.C.M. del 16 gennaio 2013 e la Conferenza unificata di cui all'art. 8, c. 1 del D. Lgs. n. 281/1997.

¹⁰ In particolare, il PTPC è uno strumento funzionale all'individuazione delle aree a più alto rischio di corruzione, che pertanto devono essere monitorate e per le quali devono essere pianificati interventi volti a disincentivare i fenomeni corruttivi. A fronte del sistema adottato, i piani triennali predisposti da ciascuna amministrazione destinatari della disciplina non possono derogare rispetto alle indicazioni contenute nel PNA. Come è stato efficacemente ricordato da F. MARTINES, *Legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2015, 14 ss., la l. n. 190/2012 ha previsto «una cd. “pianificazione a cascata”, basata su un rapporto di ordinazione gerarchica in senso proprio con la conseguenza che il piano triennale adottato dalle singole amministrazioni non può derogare in alcuna parte al piano nazionale». Vedi anche M. MACCHIA, *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del XVIII Convegno di Copanello 28-29 giugno 2013*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, 125 ss.

assegnate¹¹. In altre parole, il PNA rappresenta una sorta di guida che dovrebbe supportare le pubbliche amministrazioni nell'adozione di concrete ed effettive misure di prevenzione della corruzione e, quindi, senza essere calato dall'alto, pena il rischio di favorire un'attuazione meramente formale o burocratica e rivelarsi così uno strumento inefficace rispetto agli obiettivi prefissati¹².

Al fine di monitorare la effettiva adozione dei piani da parte delle amministrazioni, nonché di controllare la qualità degli stessi, l'art. 1, c. 1 e 2, della l. n. 190/2012, ha attribuito all'ANAC poteri di vigilanza – in aggiunta ad altri poteri e prerogative come si specificherà a breve –¹³, che si manifestano dall'invio di raccomandazioni affinché le misure indicate vengano applicate, fino alla possibilità di comminare sanzioni amministrative nei confronti di quei soggetti resisi responsabili dell'omessa adozione dei piani¹⁴.

¹¹ E. RAGANELLA, *Piani anticorruzione e aggiornamenti*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Carocci Editore, Roma, 2017, 65 ss.

¹² I rischi di un adempimento formale sono espressi da B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, 127 ss. Altre criticità sono formulate in R. CIFARELLI, *La legge anticorruzione e i controlli: verso un "nuovo" controllo di legalità? Primi riflessioni*, in *Diritto.it*, 2017, 2 ss. «Ancora una volta, alla base dell'errore prospettico compiuto dal legislatore, appare un vizio antico, quello cioè di far ricorso, per realizzare un obiettivo, ad una iperregolamentazione puntuale, che provoca inflazione normativa e, con essa, confusione e opacità».

¹³ Sui poteri attribuiti all'ANAC si darà conto nel prossimo paragrafo. Per un primo commento sul punto, vedi C. BENETAZZO, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2018, 4 ss. In particolare, il nuovo Codice degli Appalti attribuisce rilevanti poteri all'ANAC «da quello normativo a quello di intervento diretto nella singola procedura a garanzia della legittimità degli atti, con possibilità di vincolare l'Amministrazione a un certo comportamento e irrogare sanzioni amministrative direttamente al funzionario: poteri che "tutti insieme in un unico soggetto, non si erano mai visti nel nostro ordinamento"».

¹⁴ A tal proposito, vedi ANAC, *Rapporto sullo stato di attuazione e la qualità dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche 2015-2017*, 16 dicembre 2015, 10 ss. L'ANAC ha avviato un esame per valutare sia il livello di attuazione della disciplina vigente in materia di predisposizione e adozione dei piani, sia il livello della qualità dei suddetti piani. Lo studio ha evidenziato che, se da un lato, le amministrazioni, in generale, hanno adottato e pubblicato sul proprio sito istituzionale almeno una delle edizioni del piano, dall'altro, la qualità complessiva risulta ancora parzialmente critica, con particolare riguardo al processo di gestione del rischio, al sistema di monitoraggio, alla programmazione delle misure di prevenzione, al coordinamento tra i piani di prevenzione della corruzione e il piano della *performance*.

2. La nuova disciplina in materia di appalti pubblici

Al fine di superare (o quanto meno) tentare di risolvere i molteplici profili problematici connessi con la disciplina degli appalti pubblici¹⁵ – ampiamente discussi in dottrina sia sotto il profilo dei fattori di rischio-corruzione¹⁶ sia sulla incapacità di garantire procedure efficienti e trasparenti¹⁷, promuovendo il ricorso alle deroghe soprattutto nella realizzazione delle cd. “grandi opere”¹⁸ –il

¹⁵ In via preliminare, si ricorda che gli appalti pubblici «svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 [...] in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficace possibile dei finanziamenti pubblici». Si vedano i considerando n. 3 della direttiva 23/UE/2014, n. 2 della direttiva 24/UE/2014 e n. 4 della direttiva 25/UE/2014.

¹⁶ Per un'analisi complessiva dei fattori di rischio-corruzione collegati alla disciplina degli appalti si rinvia a F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2012, 202 ss.

¹⁷ Come è noto, la disciplina nazionale degli appalti pubblici è caratterizzata da eccesso di regolamentazione, instabilità del quadro normativo di riferimento, disomogeneità, poco chiarezza; da ciò si perviene ad una generale incertezza nella applicazione delle norme, una scarsa intelligibilità delle stesse e un alto tasso di contenzioso. Sul punto vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione dell'Unione sulla Lotta alla Corruzione*, Bruxelles, 2014, 8 ss. «Dall'analisi dei singoli paesi risulta che il settore degli appalti pubblici è particolarmente esposto alla corruzione negli Stati membri, a causa delle insufficienze dei meccanismi di controllo e della gestione del rischio». Vedi anche M. CORRADINI, B. NERI, *L'ANAC nella riforma della disciplina dei contratti pubblici: il recepimento delle direttive appalti*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, 175 ss.

¹⁸ In particolare, ci si riferisce all'introduzione di specifiche deroghe alle previsioni generali contenute nel previgente Codice dei contratti, ai sensi del quale si disponeva che l'affidamento degli appalti sarebbe dovuto avvenire con procedure ad evidenza pubblica. La questione ha riguardato l'introduzione di norme di settore attraverso le ordinanze di protezione di civile, adottate per la realizzazione di singoli contratti – come quelli delle grandi opere o grandi eventi – che hanno previsto appunto delle deroghe alla disciplina, allentando di fatto i vincoli di aperture delle gare. Sull'utilizzo delle ordinanze di protezione civile per derogare dalla disciplina degli appalti, vedi S. AGOSTA, *Ruolo del Presidente della Repubblica e ordinanze contingibili ed urgenti del Governo*, in *Forumcostituzionale.it*, 2011, 4 ss., il quale ha definito le ordinanze come una specie di “carrozzina normativa” su cui si può trovare inopinatamente spazio un po' di tutto e del contrario. Sull'abuso di tale istituto vedi E. ALBANESI, R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri Scostamenti dalla l. N. 225 del 1992)*, in *Giur. cost.*, 3, 2009, 2231 ss., che, secondo gli Autori, ha contribuito ad un ulteriore “erosione” della legislazione parlamentare. Vedi anche L. DUILIO, *L'amministrazione dell'emergenza come “sistema normativo parallelo”*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo Editore, Brescia, 2011, 190 ss., in cui si paventa il pericolo di un “sistema normativo parallelo”, sottratto dal controllo degli organi costituzionali. Così anche C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2009, 317 ss.; Per un'analisi della prassi circa l'utilizzo delle ordinanze di protezione civile, caratterizzato da luci e ombre, vedi A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *Osservatorio sulle fonti 2011*, 1 ss. Per un'analisi statistica delle ordinanze di protezione civile adottate dal 1996 fino al 2009 si può utilmente vedere il rapporto presentato da Lino Duilio, dal titolo «Sulle ordinanze di protezione civile. Il Parlamento di fronte alle procedure, alle strutture e ai poteri dell'amministrazione dell'emergenza», pubblicato in allegato al resoconto della seduta del Comitato per la legislazione del 23 novembre 2010, in particolare p. 88, nel quale si evidenzia che l'uso distorto dell'ordinanza ha creato una «perenne instabilità del tessuto e del sistema di regole in cui

legislatore ha proceduto ad una profonda riscrittura del codice, di cui si esamineranno i punti più rilevanti.

Innanzitutto, la l. n. 11/2016¹⁹ ha previsto delle specifiche deleghe al Governo al fine di dare attuazione alle direttive comunitarie in materia di appalti e contratti pubblici, nonché per il riordino complessivo della disciplina vigente, riconoscendo in capo dell'Esecutivo, ai sensi dell'art. 1, c. 1, la possibilità di scegliere se adottare entro il 18 aprile 2016 il decreto legislativo per il recepimento delle direttive europee ed entro il 31 luglio 2016 il decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente, oppure di adottare, entro il primo termine indicato, un unico decreto.

Inoltre, la delega ha disposto, ai sensi del c. 8, lett. e), che il Governo, entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al co. 1, possa adottare «disposizioni integrative e correttive, nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura di cui all'art. 1».

Nell'esercizio della delega, il Governo ha proceduto con l'ultima opzione indicata, emanando così il D.Lgs. n. 50/2016 recante il nuovo codice degli appalti e, nel rispetto del termine di cui ai sensi del c. 8, della legge di delega, il D.Lgs. n.56/2017, il cd. "Decreto correttivo", composto da 121 articoli, formulati come novelle al Codice, che hanno previsto modifiche di carattere formale e sostanziale²⁰.

operano le gestioni emergenziali con un costante sacrificio del principio di legalità. [Si perviene] ad una logica di continua disponibilità e contrattabilità delle regole».

¹⁹ Recante «Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

²⁰ Il Codice è stato corretto da 181 errori con il Comunicato ANAC 15 luglio 2016, pubblicato nella G.U. 15 luglio 2016, n. 164. In particolare, il Consiglio di Stato, nel parere espresso il 1 aprile 2016 n. 855 aveva evidenziato alcuni profili negativi dal punto di vista del *drafting* legislativo: «il testo del codice risente dei tempi ristretti, e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento, essendo mancata, verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura complessiva dell'articolato». Da un punto di vista di tipo sostanziale, Vedi R. CANTONE, Convegno su: "La regolazione efficiente dei contratti pubblici", Università degli Studi Roma Tre, 20 Novembre 2017, il quale ha osservato che, sebbene nel nuovo Codice sia stato introdotto «l'espresso divieto di affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie, ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali», tuttavia, non sembra impedire un «[...] ritorno alla stagione delle deroghe [...]. Uno dei punti più importanti del Codice era proprio la volontà di creare un sistema che non andasse continuamente rivisto con deroghe ed eccezioni. Invece, noto che i casi si stanno moltiplicando. Penso al terremoto, ma anche ai mondiali di sci di Cortina e ad altre situazioni simili».

Applicando il divieto comunitario del cd. “*golden plating*”²¹ – e cioè la sovra-regolamentazione ingiustificata da parte degli Stati membri in sede di recepimento delle direttive – il legislatore ha inteso semplificare il quadro normativo con un testo di 220 articoli e 25 allegati, abrogando il precedente codice e il regolamento di attuazione ed esecuzione²², introducendo, al contempo, un sistema cd. di “*soft-law*” costituito da linee-guida proposte dall’ANAC, approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, e da altri provvedimenti e strumenti di regolazione flessibile adottati dalla stessa Autorità²³.

Il nuovo Codice degli appalti, il cui procedimento di adozione è stata accolta in maniera favorevole da parte del Presidente dell’Autorità²⁴, ai sensi dell’art. 213, ha riconosciuto all’ANAC un ruolo di primo piano²⁵, assegnando

²¹ Per un approfondimento sul tema del cd. “*golden plating*” vedi E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul goldplating. L’esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum di Quad. cost.*, 2016, 4 ss. Per tale fenomeno si intende l’eventualità che, «nel recepimento delle direttive europee, possono essere introdotte specificazioni o regole aggiuntive (*gold plating*), che possono andare ben al di là delle prescrizioni definite in sede comunitaria, creando differenze nell’impatto di una stessa legislazione nei diversi Stati membri e che possono essere semplificate solo a livello nazionale». Vedi anche N. LUPO, G. PERNICIARO, *Verso una better regulation nella attuazione delle direttive UE?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9, 2013, 829 ss.

²² Rispettivamente il D.Lgs. n. 163/2006 e il d.P.R. n. 207/2010.

²³ In ordine alla vincolatività o meno delle linee-guida e al grado di efficacia di tali provvedimenti, vedi Cons. St., Comm. Spec., parere 1 aprile 2016, n. 855 sullo schema del d.lgs. n. 50/2016, che «ritiene preferibile l’opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione [*id est*: le linee guida] con la natura del soggetto emanante (l’ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un’Autorità amministrativa indipendente, con funzioni di regolazione. Pertanto appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti ad esse assimilati) dell’ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamentari in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione». Sui poteri di regolazione dell’ANAC, in particolare sulle criticità dell’adozione di un quadro di *soft regulation*, vedi V. PERGOLA, *Compiti, funzioni e poteri dell’ANAC alla luce dell’entrata in vigore del D. Lgs. 50/2016*, in *Management locale*, Anno IV, n. 11, 2016. Tale sistema di regole «crea incertezza circa la natura e la reale forza giuridica degli atti emanati dall’Autorità, rende dubbia la collocazione degli stessi nel sistema delle fonti, nonché il regime procedimentale e processuale ad essi applicabile». Per una riflessione a più ampio spettro sulla questione vedi A. PELOSO, *La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1, 2017, 122 ss.

²⁴ Si noti che sulla formazione del nuovo Codice degli appalti è intervenuto a più riprese il Presidente dell’ANAC che, nel corso delle varie audizioni, ha espresso un generale apprezzamento sull’impianto della riforma nonché sullo stesso coinvolgimento dell’ANAC all’interno del processo di approvazione del Codice. A tal riguardo, vedi R. CANTONE, Audizione nell’ambito dell’esame del d.d.l. n. 1678/2014 (delega recepimento direttive appalti e concessioni), presso la Commissione Lavori pubblici, Senato della Repubblica, svolta il 18 febbraio 2015, 2 ss.; R. CANTONE, Audizione presso la Commissione Ambiente, Camera dei deputati, svolta il 15 luglio 2015, 4 ss., in cui ha espresso un giudizio “particolarmente positivo” sul disegno di legge.

²⁵ Come riconosciuto dallo stesso Presidente dell’ANAC, nel corso dell’audizione presso le Commissioni Riunite (VIII Camera e 8a Senato), svolta il 17 marzo 2016, 4 ss., l’ANAC è presente in maniera diffusa in tutto il Codice, «[c]redo che l’acronimo ANAC sia in assoluto quello più utilizzato

a quest'ultima funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, nonché di contrasto e prevenzione di illegalità e corruzione²⁶.

In particolare, l'ANAC ha il compito di vigilare su tutti i contratti pubblici, anche esclusi dal Codice, sull'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie. In merito all'estensione dei suoi poteri, sembra opportuno segnalare che il D.Lgs. n. 50/2016 prevedeva, ai sensi dell'ex-art. 211, c. 2, che nell'esercizio delle proprie funzioni, l'Autorità, qualora avesse ravvisato un sussistente vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara, avrebbe potuto invitare, tramite un atto di raccomandazione, la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi entro il termine di sessanta giorni; in caso di mancato recepimento da parte della stazione appaltante della suddetta raccomandazione, la disciplina prevedeva il pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria prevista²⁷.

Il D.Lgs. n. 56/2017 ha poi previsto l'abrogazione della disposizione in esame²⁸, ritenuta successivamente un "errore materiale" e su cui sono stati sollevati forti richiami²⁹, che hanno spinto il Governo per la reintroduzione della

dal Codice. Grandi sono, al riguardo, le novità. All'ANAC vengono attribuiti potere di controllo, il potere di esprimere pareri, di vigilanza, ma soprattutto di regolazione».

²⁶ A seguito della ridefinizione delle funzioni avvenuta ai sensi dell'art. 19 del D.L. n. 90/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 114/2014, la missione istituzionale dell'ANAC si concentra sui compiti relativi alla garanzia della trasparenza e alla prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. A fronte di ciò, all'ANAC sono state assegnate tutte le funzioni e le prerogative dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), che è stata soppressa mediante decadenza dei relativi organi a decorrere dalla data di entrata in vigore del D.L. n. 90/2014. L'ANAC ha così perso le attribuzioni originarie in materia di misurazione e valutazione della *performance*, che sono state invece assegnate al Dipartimento della funzione pubblica, il quale ha contestualmente ceduto in favore dell'ANAC le competenze in materia di trasparenza e anticorruzione.

²⁷ Per un esame complessivo delle disposizioni correttive e in particolare della raccomandazione vincolante, vedi R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in *www.giustizia.amministrativa.it*, 2017, 20 ss., la quale rileva che pur trattandosi di raccomandazione, quest'ultima prevedeva una sanzione pecuniaria da 250 a 25.000 euro in capo al dirigente responsabile, oltre ad incidere negativamente sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti ai fini della loro qualificazione. Peraltro, l'istituto della raccomandazione così delineato sembrava costituire un inefficace strumento deterrente, in quanto la presunta collusione tra amministrazione e aggiudicatario della gara potrebbero spingere a pagare la sanzione a fronte di appalti che, come è noto, hanno dimensioni ben più rilevanti.

²⁸ L'art. 123 del decreto correttivo, all'art. 1, lett. b), recava l'abrogazione del comma 2 in esame.

²⁹ Il Presidente dell'ANAC ha affermato agli organi di stampa la sua preoccupazione per la vicenda nel suo complesso «non solo per la norma specifica in sé, ma per come è emersa questa scelta, all'insaputa del Parlamento, perché fatta in questo modo diventa un segnale negativo, quasi un atto ostile nei nostri confronti». Le domande poste da Cantone sono tante e riportate dai diversi media: «Chi è stato?, perché lo ha fatto? e perché ha agito così di nascosto?». «Nessuno può pensare che ci siano stati degli abusi - è il ragionamento di Cantone - per la semplice ragione che questa norma non è mai stata utilizzata».

disciplina, seppure con alcune modifiche, all'interno dell'art. 52-ter del D.L. n. 50/2017³⁰, convertito con la l.n. 96/2017, prevedendo che l'ANAC – nel caso in cui ritenga che una stazione appaltante adotti un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice – possa esprimere, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indicare specificatamente i vizi di legittimità rilevati. Nel caso in cui la stazione appaltante, una volta ricevuto il parere, non si conformi secondo il termine temporale assegnato dall'ANAC e comunque non superiore a sessanta giorni, quest'ultima può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, davanti al giudice amministrativo.

Peraltro, se da un lato è da rilevare che viene definitivamente precluso all'ANAC la possibilità di comminare sanzioni, dall'altro il Presidente dell'Autorità ha espresso un giudizio positivo circa l'impegno politico assunto, confermando tuttavia le perplessità per il fatto che la norma non sia stata oggetto di confronto in Parlamento, eludendo qualsiasi forma di controllo³¹ nonché di “discussione”³², manifestando con ciò una spia dell'alterazione degli equilibri tra gli organi costituzionali³³.

Entrando nel merito delle disposizioni del codice, come ricordato all'inizio, il nuovo sistema di regole è intervenuto in maniera sostanziale su tutte le fasi del contratto, apportando una serie di innovazioni di rilievo, in parte riconducibili all'attuazione delle direttive europee e, in parte, al riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Sul versante legato al recepimento delle direttive europee, in primo luogo, si riportano alcune novità, tra cui: l'adeguamento e l'introduzione di nuove

³⁰ Il suddetto D.L. n. 50/2017 reca Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo.

³¹ Il controllo qui inteso rinvia alla definizione di A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, 441, quale «verifica l'attività di un soggetto politico; ne fa valere la responsabilità, istituzionale o diffusa; prende le necessarie misure, dirette o indirette, per riequilibrare gli interessi pubblici eventualmente turbati», che potrebbe manifestarsi non già in una sanzione, bensì anche in fase dibattimentale al fine di rilevare le responsabilità. Per un esame della funzione di controllo parlamentare, vedi N. LUPO, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in *amministrazionein-cammino.luiss.it*, 2008, 4 ss.

³² Il punto è enfatizzato da A. MANZELLA, *Il Parlamento come organo costituzionale di controllo*, in *Nomos*, 1, 2017, 2 ss., secondo il quale il controllo parlamentare così inteso perde i suoi tratti tipici di un modello sanzionatorio, per configurarsi come “influenza” e discussione che ben può diffondersi nel sistema e di cui gli attori al suo interno non possono non tenerne conto.

³³ In generale, sul (difficile) dialogo tra Governo e Parlamento e l'alterazione del sistema delle fonti la dottrina è amplissima, vedi G. T. BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in *La delega legislativa: atti del seminario svoltosi in Roma*, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008, Giuffrè Editore, 2009, 93 ss.; F. MODUGNO, *Ordinamento, Diritto, Stato*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto Pubblico*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, 89 ss., il quale ha analizzato il rapporto tra Parlamento e Governo, rilevando che il secondo ha assunto un ruolo sempre più forte nei processi di produzione normativa, a discapito del primo.

procedure di scelta del contraente, tra le quali la procedura competitiva con negoziazione e il partenariato per l'innovazione (artt. 62 e 65), l'invio del documento di gara unico europeo, ovvero un'autodichiarazione dell'impresa sulla propria situazione finanziaria, sulle proprie capacità e sulla propria idoneità ai fini della partecipazione ad un appalto pubblico (art. 85)³⁴; la preferenza per il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sebbene sia consentita la possibilità di ricorrere al criterio del minor prezzo per i lavori di importo pari o inferiore a due milioni di euro (art. 95)³⁵; la digitalizzazione delle procedure (art. 44)³⁶.

Per quanto concerne il riordino della normativa vigente, si evidenzia per sommi capi: l'introduzione della qualificazione delle stazioni appaltanti così come previsto dall'art. 38 del Codice; l'obbligo, di cui all'art. 50, di prevedere nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato³⁷; l'istituzione

³⁴ In particolare, il documento di gara unico europeo (DGUEE) è disponibile in tutte le lingue dell'Unione europea e si usa per indicare in via preliminare il soddisfacimento delle condizioni prescritte nelle procedure di appalto pubblico nell'UE. Grazie al DGUE gli offerenti non devono più fornire piene prove documentali e ricorrere ai diversi moduli precedentemente in uso negli appalti europei, il che costituisce una notevole semplificazione dell'accesso agli appalti transfrontalieri. A partire da ottobre 2018 il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica.

³⁵ Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'art. 96.

³⁶ Entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della *privacy* per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto.

³⁷ In particolare, la più recente giurisprudenza amministrativa ha ricordato che, sebbene a differenza del passato, la previsione della clausola sociale nei documenti di gara non possa essere prevista a discrezione della Stazione appaltante ma essa ormai trova ingresso in virtù di una norma prescrittiva specifica (ossia l'art. 50 del D. Lgs. n. 50/2016), allo stesso tempo essa «deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro

ai sensi dell'art. 78, di un albo dei componenti delle commissioni aggiudicatrici; la qualificazione degli operatori economici attraverso l'istituzione di un sistema di *rating* di impresa legato a criteri di premialità (art. 83)³⁸; l'obbligo di cui all'art. 105 dell'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo superiore alla soglia e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione³⁹; la progettazione in materia di lavori pubblici che si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici e cioè in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo⁴⁰.

3. Il principio di trasparenza nell'ottica della prevenzione della corruzione

Il D.Lgs. n. 33/2013⁴¹, adottato in attuazione dell'art. 1, c. 35 della l. n. 190/2012⁴², sembra aver ampliato la portata della trasparenza⁴³, la quale ha subito una sorta di «mutazione genetica»⁴⁴, assumendo la natura di diritto per

e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria» (in termini, Cons. St., III, 5 maggio 2017, n. 2078, nonché nn. 1255/2016 e 5598/2015; da ultimo, *ex multis*, Cons. St., III, 8 giugno 2018, n. 3471; cfr. altresì T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, I, 16 ottobre 2017, n. 316; T.A.R. Liguria, II, 21 luglio 2017, n. 640). Peraltro, nella nota illustrativa del bando tipo ANAC n. 1/2017, nel dare atto dell'obbligo posto in capo alle stazioni appaltanti di inserire clausole sociali, relative al riassorbimento del personale impiegato dal precedente aggiudicatario, ha rammentato che, per costante giurisprudenza, da tali clausole non può derivare un obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, dovendosi piuttosto prevedere che le condizioni di lavoro siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto.

³⁸ Di recente, sono state poste in consultazione le linee-guida recanti "Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità", in attuazione dell'art. 83, c. 10, del D. Lgs. n. 50/2016, che demanda il funzionamento del sistema di *rating* d'impresa all'ANAC.

³⁹ In particolare, l'obbligo è indicato nel bando che può prevedere ulteriori casi anche sotto soglia.

⁴⁰ Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo sono definiti i contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali.

⁴¹ Recante «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni».

⁴² Vedi M. CLARICH, *Sulle resistenze all'interno dell'amministrazione si gioca il successo della legge anticorruzione*, in *Guida al Diritto*, 47, 24 novembre 2012, 6 ss.

⁴³ Vedi G. CASARTELLI, A. PAPI ROSSI, *Le misure anticorruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, 12 ss. Per un'analisi della trasparenza quale strumento di prevenzione alla corruzione, vedi anche A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Sicurezza e scienze sociali*, IV, 2, 2016, 19 ss.

⁴⁴ Cfr. in tal senso F. PATRONI GRIFFI, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2014, 6 ss.

chiunque «di avere accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni»⁴⁵.

La *ratio* su cui poggia il D.Lgs. n. 33/2013 rinvia alla più ampia diffusione di dati e documenti al fine di esercitare la c.d. *accountability* amministrativa⁴⁶. Il D.Lgs. n. 33/2013, seguendo la logica della c.d. *total disclosure* – volta a garantire l'accessibilità totale, in parziale contrasto con la c.d. *smart disclosure*⁴⁷ – ha esteso la possibilità di rendere pubblico qualsiasi altro dato o informazione di cui non è previsto un obbligo di pubblicazione, oscurando gli eventuali dati personali presenti.

La disciplina in esame ha suscitato alcune perplessità circa la sua effettiva sostenibilità attuativa, a fronte della «vasta platea di prescrizioni imposte alle pubbliche amministrazioni, che, oltre a determinare costi significativi [...], incidono inevitabilmente sull'effettivo loro adempimento [...]»⁴⁸. Il Governo, infatti, ha scelto di privilegiare la più ampia pubblicità di dati e documenti, il cui carico organizzativo è stato ritenuto limitato dalla Relazione tecnico-finanziaria di accompagnamento allo schema del decreto, ritenendo che il provvedimento abbia imposto degli obblighi per molta parte già previsti dalla normativa vigente⁴⁹.

⁴⁵Così R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 30 marzo 2013, 7 ss.

⁴⁶Vedi A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Edizioni Gruppo Abele, 2012. L'*accountability* può essere intesa in termini di rendicontabilità dell'operato dei funzionari pubblici, che riflette da un lato la disponibilità e la libera circolazione di informazioni sulla loro attività, dall'altro l'efficacia di tutti i meccanismi di controllo (penale, contabile, disciplinare, amministrativo e altri) sui risultati della loro azione.

⁴⁷L'approccio c.d. della *smartdisclosure*, diffuso soprattutto negli Stati Uniti, prevede una informazione saliente, chiara e semplice, in relazione al fatto che l'attenzione dei soggetti è scarsa. La letteratura sulla *smart disclosure* è amplissima, vedi per tutti Cass R. SUNSTEIN, *Simpler: The Future of Government*, Simon & Schuster, 2013, 30 ss. Nel caso dell'ordinamento americano, sotto la presidenza Obama, è stato adottato un approccio di tipo "smart", formulando degli obblighi di informazione basati su un linguaggio chiaro, semplice e saliente in quanto si riconosce che «people have limited time, attention, and resources for seeking out new information, and it is important to ensure that relevant information is salient and easy to find and understand».

⁴⁸P. CANAPARO, *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 1, 2016, 10 ss. In particolare, l'ANCI e l'UPI, nel corso dell'esame dello schema del D.Lgs. n. 33/2013 in sede di Conferenza unificata, hanno manifestato il timore di dover far fronte a un eccesso di obblighi di pubblicazione. In particolare, l'ANCI aveva proposto un emendamento (poi non accolto) volto a eliminare l'art. 12 del D.Lgs. n. 33/2013, con lo scopo di evitare un «ulteriore aggravamento degli obblighi a carico delle PA». Cfr. Conferenza Unificata, *Parere sullo schema di decreto legislativo recante riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche amministrazioni*, Repertorio atti n. 22/cu, 7 febbraio 2013, Allegato B.

⁴⁹M. PIETRANGELO, *La pubblicazione on line delle regole sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni: un obbligo per l'amministrazione, un diritto per "chiunque" (art. 12)*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli Editore, 2013, 167 ss.

Tuttavia, come è emerso nel corso del procedimento di approvazione del D.Lgs. n. 33/2013, non può non rilevarsi che troppi obblighi di pubblicazione rischiano di promuovere una “burocrazia della trasparenza”⁵⁰, alimentando quel circolo vizioso delle amministrazioni, all’interno delle quali per risolvere un problema si tende a valorizzare la fase procedurale a discapito di quella del risultato, nonché rallentare l’intero apparato pubblico, cui peraltro non spettano risorse aggiuntive per esercitare tali nuove funzioni⁵¹.

Il nodo della questione sembra individuarsi nel fatto che l’accesso totale agli atti e agli altri documenti amministrativi non significa necessariamente ottenere un maggiore grado di trasparenza⁵², in quanto si rischia di favorire una «opacità per confusione»⁵³ a causa dell’assenza di qualunque opera di selezione a monte di quelli più idonei a rilevare il buon andamento dell’amministrazione, di cui all’art. 97 Cost. In altri termini, alla crescita abnorme degli obblighi di informazione sembra non corrispondere un incremento reale della trasparenza⁵⁴.

⁵⁰ Vedi G. VESPERINI, *Madia, la “terza generazione” dei diritti alla trasparenza*, in “l’Unità”, 29 maggio 2016, p. 13, in cui si afferma che la stessa pubblica amministrazione sembra costretta a dedicare una parte rilevante del proprio tempo a espletare i compiti di pubblicità previsti dalle norme e ciò potrebbe compromettere il risultato che si intende perseguire: «amministrazioni oberate, infatti, possono essere tentate di scegliere quali informazioni pubblicare, e quali no, e di adempiere pedissequamente le norme, anziché dare comunicazioni chiare ed essenziali ai cittadini». Vedi anche F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in *Astrid Rassegna*, 9, 2015, 8, in cui l’Autore ha sostenuto che «[i]l punto critico di questo sistema è che gli obblighi di trasparenza costituiscono un onere significativo per le amministrazioni».

⁵¹ Il D.Lgs. n. 33/2013 prevede, ai sensi dell’art. 51, la c.d. clausola di invarianza finanziaria, escludendo di fatto l’assegnazione di risorse aggiuntive da destinare allo scopo. Per un’opinione critica sul punto si rinvia a B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., 125. L’Autore ha sottolineato come «pur ponendo prescrizioni la cui attuazione sarà particolarmente gravosa per le amministrazioni, la legge non si preoccupa dei tempi di attuazione (o, quando lo fa, prevede tempi non realistici), cullandosi nell’illusione che le leggi vengano implementate nel momento in cui entrano in vigore; mostra una fiducia nella spontanea attuazione delle varie previsioni, anche in assenza di incentivi e sanzioni, che può far sorridere; non prevede meccanismi sostitutivi, ma solo forme di responsabilità gravose quanto teoriche; per molte norme non prevede discipline transitorie, ponendo problemi interpretativi nell’immediato; immancabilmente, all’art. 2 stabilisce che dalla sua attuazione non possono derivare nuovi oneri finanziari».

⁵² Sul punto, F. MANGANARO, *L’evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/del-/del-principio-di-trasparenza-amministrativa_pross_pubb_nov09.pdf, 3 ss. L’Autore ha affermato che «[l]a pubblicità non coincide con la trasparenza, anche se ne costituisce uno dei possibili elementi».

⁵³ A. SORO, *Intervento al convegno Trasparenza e privacy. Le questioni aperte e l’opportunità di un intervento normativo*, Camera dei deputati, 18 novembre 2014.

⁵⁴ Le relazioni di accompagnamento della disciplina in materia di trasparenza hanno confermato tali criticità. Cfr. l’AIR allegata allo schema del D.Lgs. n. 97/2016, p. 8: «l’efficacia della pubblicazione di dati, documenti e informazioni è stata compromessa dal fatto che alle oggettive difficoltà connesse alla crescita enorme degli obblighi si è aggiunto un atteggiamento negativo delle amministrazioni, poco propense a rendere conto delle proprie attività. Pur in presenza di uno sforzo complessivo di ampliamento della gamma delle informazioni pubblicate sui siti istituzionali, infatti, l’efficacia della trasparenza [...] non è stata soddisfacente». Cfr. la Relazione tecnica sul D.Lgs. n. 97/2016 che ha

Alle esigenze di semplificazione e riduzione degli oneri gravanti in capo alle pubbliche amministrazioni sembra rispondere il D.Lgs. n. 97/2016, già richiamato all'inizio e adottato in attuazione della delega ai sensi dell'art. 7, c. 1 della l. n. 124/2015, il cui fine è quello di sburocratizzare la disciplina in tema di prevenzione della corruzione per ridurre gli adempimenti in capo all'amministrazione e aumentare il livello di trasparenza⁵⁵.

Il D.Lgs. n. 97/2016, seguendo un approccio più "prudente"⁵⁶, ha disposto una complessiva razionalizzazione degli obblighi di pubblicità, allo scopo di pervenire ad una effettiva applicazione del principio di trasparenza che, per essere tale, dovrebbe assicurare il (giusto) bilanciamento tra la quantità delle prescrizioni imposte e la qualità delle informazioni disponibili⁵⁷. In particolare, il decreto ha introdotto alcune modifiche che, per chiarezza di argomentazione, possono essere ricondotte in tre parti.

La prima, in cui la nuova disciplina ha previsto di semplificare gli obblighi di pubblicazione imposti alle amministrazioni: riducendone il numero⁵⁸; eliminando le duplicazioni⁵⁹; conferendo all'ANAC il potere sia di identificare quali informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria in forma integrale possono invece essere pubblicate in forma riassuntiva⁶⁰, sia di "precisare" gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte⁶¹.

La seconda, in cui sono stati introdotti ulteriori obblighi di pubblicazione di atti normativi e generali sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni⁶².

illustrato gli obiettivi del provvedimento (p. 1): «Le modifiche introdotte hanno l'obiettivo di superare, attraverso la precisazione dell'ambito applicativo della disciplina e la semplificazione degli oneri a carico delle pubbliche amministrazioni, alcune oggettive criticità emerse dall'applicazione della normativa».

⁵⁵ Sul punto, vedi M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 75, 2, 2015, 641: «[...] l'aspetto più peculiare è il tentativo di creare una cultura dell'integrità imponendo alle amministrazioni la redazione di piani (che ovviamente devono esibire un assoluto grado di coerenza reciproca) e l'adempimento di centinaia di obblighi di pubblicazione. Per rimediare, il disegno di legge di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (d.d.l. Madia) intenderebbe delegare il governo a intervenire sulla disciplina dell'anticorruzione e della trasparenza al fine di precisare l'ambito di applicazione degli obblighi di legge, nonché di semplificare e ridurre gli oneri gravanti sulle amministrazioni».

⁵⁶ Con riferimento ad un'interpretazione più "prudente" del mandato affidato al legislatore delegato, con cui si perviene ad una sorta di alleggerimento degli obblighi, vedi M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5, 2016, 593 ss.

⁵⁷ P. CANAPARO, *L'anticorruzione e la trasparenza*, cit., 15 ss.

⁵⁸ In particolare, l'art. 10 del D.Lgs. 97/2016 ha previsto l'eliminazione dell'obbligo della predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità.

⁵⁹ Cfr. l'art. 9, c. 1, lett. a)

⁶⁰ Cfr. l'art. 4, c. 1, lett. b), che ha inserito l'art. 1-*bis* all'art. 3 del D.Lgs. n. 33/2013

⁶¹ Cfr. l'art. 4, c. 1, lett. b), che ha inserito l'art. 1-*ter* all'art. 3 del D.Lgs. n. 33/2013

⁶² Cfr. gli artt. 11, 13, 14, 19, 27, 28.

Infine, il D.Lgs. n. 97/2016 ha esteso l'accesso civico⁶³, introducendo il modello statunitense del Freedom and Information Act⁶⁴ e riconoscendo il diritto di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, di accedere non solo ai dati e documenti oggetto di obbligo di pubblicazione, ma anche a "dati ulteriori"⁶⁵ per i quali non esiste una specifica previsione normativa e che l'amministrazione è tenuta a fornire al richiedente⁶⁶, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici (art. 6, primo comma) e privati (art. 6, secondo comma), in aggiunta a quelli previsti dalla normativa vigente⁶⁷.

4. Conclusioni

A seguito dell'analisi del quadro normativo vigente, il legislatore ha davanti a sé la sfida di predisporre un'efficace disciplina in materia di anticorruzione e trasparenza, il cui successo, secondo alcuni, dipenderà dall'accoglimento che essa troverà in tutta l'amministrazione; pertanto, sembra necessario assicurare il bilanciamento tra la necessità di prevenzione e controllo delle pratiche corrottive e il peso degli adempimenti sui soggetti destinatari delle norme.

In primo luogo, in tema di pianificazione, si rileva che i piani di prevenzione della corruzione, sia a livello nazionale sia a livello decentrato, hanno determinato notevoli incombenze di carattere normativo e amministrativo, il cui processo di attuazione rischia di essere meramente burocratico in assenza di un

⁶³Cfr. l'art. 6, c. 1.

⁶⁴ Per un approfondimento, vedi D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 5, 2016, 8. Vedi anche F. DI MASCIO, *L'accesso a dati, documenti e informazioni*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, cit., 112 ss. «Viene così a configurarsi un diritto di accesso civico "generalizzato", tendenzialmente onnicomprensivo, per tutti i documenti e i dati delle pubbliche amministrazioni sono pubblici, patrimonio della collettività. Il legislatore ha ceduto così il potere di definire espressamente per legge i confini tra pubblico e segreto affidando tale potere ai cittadini».

⁶⁵ Secondo le linee-guida dell'ANAC, «ciascuna amministrazione, in ragione delle proprie caratteristiche strutturali e funzionali, individua, anche in coerenza con le finalità del D.Lgs. 150/2009 e della legge 190/2012, i c.d. "dati ulteriori". Essi devono essere indicati all'interno del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità. I dati ulteriori possono anche consistere in elaborazioni di "secondo livello" di dati e informazioni obbligatori, resi più comprensibili per gli interlocutori che non hanno specifiche competenze tecniche (a titolo esemplificativo: dati sulle tipologie di spesa e di entrata, sull'attività ispettiva, sul sistema della responsabilità disciplinare, dati sulle fatture, i mandati e i relativi tempi di pagamento)».

⁶⁶ In tal senso, si amplia anche la platea dei soggetti a cui può essere avanzata la richiesta: l'ufficio relazioni con il pubblico, o altro ufficio espressamente indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione Trasparente", ovvero al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, nel caso in cui l'istanza riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria.

⁶⁷ Cfr. l'art. 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

costante impegno del vertice politico⁶⁸. Peraltro, gli stessi piani, nelle varie edizioni, hanno individuato le più gravi difficoltà proprio nella ingente quantità di dati da pubblicare e aggiornare che, abbinata alle limitate risorse disponibili, rischia di favorire la logica del cd. “adempimento formale”⁶⁹.

Il risultato di ciò è che non solo l'adozione delle misure di prevenzione (piani e obblighi) può avere «una portata ben più limitata di quella effettivamente attesa, ma che questa assuma un'importanza marginale, risolvendosi in un ulteriore appesantimento burocratico»⁷⁰. In altre parole, l'elevato numero di adempimenti imposti dalla strategia di prevenzione della corruzione rischia di promuovere un'applicazione formalistica delle disposizioni, favorendo la c.d. “*cosmetic compliance*”⁷¹, incrementando la burocrazia che è considerata una delle cause della corruzione stessa⁷².

In secondo luogo, strettamente collegato al precedente, analizzando la disciplina della trasparenza, si palesa la volontà del nostro legislatore di garantire la massima “apertura” (*openness*) dell'amministrazione⁷³, fornendo il più alto numero possibile di informazioni – dai *curricula* del personale, le dichiarazioni

⁶⁸ B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia, cit.*, 127.

⁶⁹ Come è noto, nella pubblica amministrazione italiana, i processi decisionali sono ispirati al criterio degli adempimenti formali, piuttosto che basati sulla logica dei risultati. Vedi il Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni (1993), predisposto dal Dipartimento per la Funzione pubblica, sotto l'impulso del Prof. Sabino Cassese.

⁷⁰ Sulla difficoltà di implementare l'insieme delle previsioni normative in materia di anticorruzione – definito come «particolarmente complesso e impegnativo» – si è espressa a più riprese l'ANAC, la quale ha affermato che un tale aggravio di obblighi e oneri a carico delle amministrazioni rischia di determinare una eccessiva burocratizzazione, determinando risultati insoddisfacenti, nonché «all'incentivazione degli stessi fenomeni corruttivi che si intendeva contrastare». Vedi ANAC, *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge 190/2012*, 27 dicembre 2013, DOC. XXVII, n. 8. Cfr. anche l'Allegato 3 alla delibera Anac 12 dicembre 2013, n. 77 in cui, tra le criticità riscontrate, si evidenzia l'abnorme estensione del numero degli oneri procedurali e organizzativi in capo alle amministrazioni e le necessità di una loro semplificazione.

⁷¹ Così G. M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Rivista Aic*, 2, 2015, 7 ss.

⁷² In particolare vedi la tesi esposta da S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *www.federalismi.it*, 2016, in cui l'Autore precisa che: «nelle pieghe di una legislazione amministrativa caotica, oggi si insinuano i processi corruttivi: “per promuovere la legalità e combattere la corruzione si innesca una spirale di adempimenti burocratici che aumentano le occasioni di corruzione”. Ed infatti la quantità e la scarsa qualità delle regole rappresenta l'Humus della corruzione, nondimeno essa trae ulteriore linfa in un improprio sistema di rapporti tra politica e amministrazione che porta ad un ingerirsi della politica nella gestione amministrativa, ad un prevalere a mortificazione dell'autonomia dell'amministrazione». Per uno studio più ampio sul rapporto tra cattiva regolazione e corruzione, vedi M. D'ALBERTI, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2017.

⁷³ Cfr. A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3-4, 2013, 726 ss.

dei redditi, la comunicazione sulla situazione patrimoniale e i relativi cambiamenti, gli importi di viaggi di servizio e missioni, fino ai livelli di benessere organizzativo⁷⁴ e altri – per la grande parte già disponibili in rete o di cui è possibile chiedere (senza un interesse motivato) l'accesso alla struttura responsabile⁷⁵.

Sebbene l'intento sia quello di rendere più penetrante il potere di controllo dei cittadini sul corretto esercizio dei pubblici poteri⁷⁶, al fine di «alimentare il rapporto di fiducia intercorrente tra la collettività e le pubbliche amministrazioni»⁷⁷, sembrano tuttavia rimanere escluse dalla conoscibilità dei cittadini alcune informazioni rilevanti⁷⁸.

Ad esempio, quelle relative ai servizi erogati e ai rispettivi costi a cui sono collegate le valutazioni sulla *performance*⁷⁹. Pertanto, sembra palesarsi il rischio di raggiungere una trasparenza solo di tipo formale e cioè inefficace nel rendere visibile «il modo di formazione dell'interesse pubblico»⁸⁰. A fronte di ciò, il recente intervento del legislatore sembra andare nella direzione di una complessiva semplificazione degli oneri gravanti sulle amministrazioni, i cui effetti potranno essere valutati nell'arco di un tempo più lungo⁸¹.

Infine, sotto altro profilo, si rileva che, se da un lato, il legislatore ha fornito quante più informazioni possibili ai destinatari, presupponendo che ciò consenta di aumentare la trasparenza e favorire il controllo diffuso, dall'altro tale politica, se non ben calibrata, rischia di ottenere risultati modesti in termini di

⁷⁴ L'art. 19 del D.Lgs. 97/2016 ha abrogato l'art. 20, c. 3, del D.Lgs. n. 33/2013 che recava l'obbligo di dare conto dei livelli di benessere organizzativo all'interno dell'amministrazione.

⁷⁵ Questo approccio è ben sintetizzato in B. PONTI, *Open Data and Transparency: A Paradigm Shift*, in *Open Data e riuso dei dati pubblici/Open Data and Re-use of Public Sector Information*, in *Informativa e diritto*, D. TISCORNIA (a cura di), 1-2, 2011, p. 307: «once the notion of administrativetransparency is associated to a widespread capacity of acquiring information for the purpose of abroad democratic control on public power (especially the administrative ones)».

⁷⁶ Su questo punto vedi, F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di) *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, cit., 18 ss.

⁷⁷ Così è riportato nella relazione illustrativa al D.Lgs. n. 33/2013.

⁷⁸ Cons. Stato, parere n. 343/2016, p. 40. In particolare, il perseguimento della trasparenza è avvenuto attraverso la moltiplicazione di oneri non sempre necessari che, di fatto, sembrano determinare «risultati poco rilevanti per la tutela di questo valore fondamentale, ma con importanti effetti collaterali negativi». Critiche sull'elevato numero di obblighi in materia di trasparenza, vedi A. CORRADO, *La trasparenza attraverso gli obblighi di pubblicazione*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, cit., 81 ss.

⁷⁹ A. BONOMO, *Gli obblighi di pubblicazione concernenti l'attività delle pubbliche amministrazioni (artt. 23-27, 31, 49 comma 1)*, in Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 216.

⁸⁰ Cons. Stato, parere 24 febbraio 2016, n. 343, p. 38.

⁸¹ Ad esempio l'art. 10 del D.Lgs. n. 97/2016 ha abrogato la previsione dell'obbligo di redigere il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità.

«conoscenza e comprensione»⁸². A tal riguardo, i risultati delle cd. “scienze comportamentali”⁸³ hanno dimostrato che gli utenti finali hanno delle limitate capacità cognitive, che impediscono di elaborare una grande mole di informazioni; pertanto, il pericolo è quello di generare confusione e il noto fenomeno del sovraccarico (il c.d. “*information overload*”)⁸⁴. Tali studi, supportati da esperimenti, hanno rilevato che, a una maggiore quantità di informazioni, può corrispondere appunto un sovraccarico, ossia l’incapacità da parte dei destinatari di impiegare il tempo e le competenze necessari per l’elaborazione delle (troppe) informazioni disponibili; con ciò ottenendo il risultato opposto rispetto all’obiettivo prefissato.

Pertanto, la prossima sfida per il legislatore sembra essere quella di calibrare la disponibilità di dati e documenti, da presentare a una platea differenziata di soggetti, al fine di fornire una informazione personalizzata, semplificata e di più elevata qualità, la quale potrebbe rappresentare una misura di anticorruzione⁸⁵.

⁸²Così G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. VI, Giuffrè Editore, Milano 2006, 5945-55. Sullo stesso punto, vedi M. BOMBARDELLI, *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano 2008, 399 ss. La complicazione e la poca visibilità dei flussi-documentali rischiano di tradursi sia in una maggiore difficoltà nell’esercizio della partecipazione, sia in una scarsa conoscibilità e in una scarsa comprensibilità delle reali dinamiche della stessa.

⁸³Le cd. scienze comportamentali, che includono la neuroscienza, la neuro-economia, l’economia cognitiva e altre hanno dimostrato, sulla base di esperimenti, la natura irrealistica della tendenza alla massimizzazione dell’utilità individuale. Sul nome da attribuire alla disciplina o al settore il dibattito è alquanto intenso, vedi sul punto A. L. SIBONY, A. ALEMANNINO, *The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective*, in A. ALEMANNINO - A. L. SIBONY (eds.), *Nudging and the Law. What can EU Learn from Behavioural Sciences?*, Hart Publishing, Oxford, 2014, 8 ss.

⁸⁴Sul punto vedi H. A. SIMON, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, No. 1, 1955, 99 ss.

⁸⁵Così M. S. WINTER, P. TESTA, M. M. FREDRICKSON, *Using Field Experiments to Understand Information as an Antidote to Corruption*, in D. SERRA-L. WANTCHEKON (eds.), *New Advances in Experimental Research on Corruption*, Emerald, Bingley 2012, 217 ss.