



Venerdì 01/12/2017

## La repressione della corruzione e la promozione della trasparenza nella pubblica amministrazione. Un'ipotesi ricostruttiva delle riforme

A cura di: Giuseppe De Luca e Ciro Amato

Abstract. Il legislatore del 2012 ha approvato la legge sulla prevenzione della corruzione, Legge n. 190/12, che prevede importanti modifiche dell'agere pubblico e ha reso il dirigente maggiormente responsabile per i comportamenti di maladministration interni sia dell'organico amministrativo che degli organi politici. Nel 2013 il legislatore ha poi inteso introdurre normative sulla trasparenza dell'attività amministrativa con il Decreto Legislativo n. 33/13, mentre col Decreto Legislativo n. 39/13 ha disciplinato le ipotesi di inconferibilità e incompatibilità nell'attribuzione degli incarichi politici e amministrativi nelle amministrazioni.

L'analisi si è appuntata in particolare sugli aspetti complementari delle importanti riforme amministrative degli ultimi anni rintracciandone il comune denominatore: questo corpus normativo, non omogeneo e ancora da perfezionare comporta infatti il mutamento della prospettiva attraverso cui leggere le norme a garanzia della legalità costituzionale dell'azione amministrativa e le nuove istanze di accountability degli organi politici territoriali.

L'argomento è stato approfondito nel corso dei lavori del seminario "Riforma amministrativa e dirigenza pubblica" tenutosi presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

SOMMARIO: 1. Il contesto internazionale dei controlli nelle pubbliche amministrazioni 2. L'impianto dei controlli anticorruzione ex Legge 190/2012 nel nostro sistema costituzionale 3. La disciplina dei controlli di prevenzione della corruzione pubblica all'interno delle amministrazioni 4. La vigilanza sul conferimento di incarichi nelle amministrazioni 5. La nomina, il ruolo, e le funzioni del responsabile dei nuovi controlli anticorruzione 6. La trasparenza come controllo e come buona amministrazione 7. Il Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza 8. La sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale di parziale illegittimità della legge delega per la riforma della pubblica amministrazione (legge 7 agosto 2015, n. 124): i possibili scenari alla luce del parere n. 83/2017 del Consiglio di Stato 9. Conclusioni

### 1. Il contesto internazionale dei controlli nelle pubbliche amministrazioni

Sintetizzare il profilo della trattazione internazionale dei controlli, permette di costruire il set logico giuridico necessario per fare valutazioni di merito per i controlli di nuova istituzione ex legge 190/2012 in materia di prevenzione e contrasto alla corruzione nelle pubbliche amministrazioni.

Il contesto internazionale dei controlli pubblici interni presenta, oggi, un rinnovato interesse e un nuovo afflato dottrinario e di studio. Molte suggestioni, anche in prospettiva futura, con ogni probabilità proverranno dalle organizzazioni internazionali che attualmente si occupano di quello che (con un lemma anglofono) viene indicato come internal auditing. Le istituzioni che a livello internazionale si occupano di tale tematica sono l'Intosai che è l'International Organization of Supreme Audit Institutions e l'Isca quale istituto delle autorità di controllo, raccolte, al livello internazionale nell'Intosai presso l'Onu.

L'internal auditing consiste nella revisione interna e in una sistematica attività intesa ad esaminare e riferire alla direzione su tutto quanto concerne l'efficacia e l'efficienza dei meccanismi di controllo interno.

Obiettivo dell'internal auditing è la verifica del managerial accounting e cioè la raccolta di tutti gli elementi attinenti alla gestione e funzionali ad informare la direzione sul reale andamento degli affari, così da fornirle un valido strumento per un efficace svolgimento della propria funzione. Essa è anche considerata come verifica globale del funzionamento dei sistemi di controllo.



È una tipica funzione di staff e va anche distinta dalla revisione esterna che riguarda il bilancio, nonché dalle funzioni di ispezione, anche interne.

Le caratteristiche dell'internal auditing sono: l'indipendenza del soggetto che effettua il controllo, l'obiettività delle analisi e dei mezzi di rilevazione, l'assurance services che permette di migliorare la funzione direzionale fornendo anche informazioni nuove, l'essere volta al miglioramento delle prestazioni delle pubbliche amministrazioni in termini di efficacia. Inoltre essa è finalizzata all'assistenza dell'organizzazione, al fine di fornire informazioni contabili ed extracontabili per migliorarne le prestazioni.

L'Intosai riconosce che il controllo sulla Pubblica Amministrazione come esercitato dalle ISC crea trasparenza, rende visibili le possibilità di rischi e costruisce un controllo interno robusto ed efficace per contribuire in modo particolare alla prevenzione della corruzione, in linea con lo spirito della Convenzione delle Nazioni Unite Contro la Corruzione (UNCAC), ed indica una strada politica e amministrativa strategica da considerare e perseguire. In considerazione della internazionalità di tali organismi si consideri che essi non possono che esprimere raccomandazioni, formalizzare prassi ma non possono imporre norme agli Stati, neanche in tale materia.

## 2. L'impianto dei controlli anticorruzione ex legge 190/2012 nel nostro sistema costituzionale

La legge n. 190/12 è innanzitutto esecuzione diretta della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'Onu il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, stipulata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110.

Il riferimento agli obblighi internazionali è decisivo nell'attribuire alla normativa la possibilità di incidere, oltre che a livello statale, anche a quello locale.

Sotto questo profilo, le norme costituzionali in tema di autonomia locale (articoli 5, 97, 114 e 118 Cost.) fungono da "norme veicolo" a cui accedono, volta per volta e secondo le tipologie di controllo, altre norme costituzionali, che rivelano la propria presenza negli interessi sottesi dalle norme che disciplinano un peculiare forma di controllo. Le norme sui controlli, costituiscono, invece, le norme interposte. Potrà essere un interesse contabile, economico, di tutela dei diritti civili o personalissimi della persona, degli obblighi internazionali dello Stato; ciò dipende dal momento storico e dal legislatore.

La legge è inoltre attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche e affini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Costituisce, infine, esercizio della funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione.

Inoltre ai sensi del comma 59 dell'articolo 1 le disposizioni di prevenzione della corruzione sono quasi tutte di diretta attuazione del principio di imparzialità di cui all'articolo 97 della Costituzione; per cui esse sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni.

Relativamente agli enti territoriali si è diffusamente trattata la questione di quale sia l'organo idoneo ad adottare il piano anticorruzione. L'Anac con delibera n. 12/2014 ha considerato la giunta in considerazione della competenza della stessa anche alla luce dello stretto collegamento tra il piano triennale di prevenzione della corruzione e i documenti di programmazione previsti dal Piano nazionale anticorruzione, salvo diversa previsione adottata nell'esercizio del potere di autoregolamentazione dal singolo Ente.

## 3. La disciplina dei controlli di prevenzione della corruzione pubblica all'interno delle amministrazioni

Come evidenziato nel primo paragrafo, il tema è molto sentito a livello dottrinario e politico nei contesti internazionali e sono state stipulate diverse convenzioni.



Il legislatore con il chiaro intento di arginare i dilaganti fenomeni di malcostume e di corruzione all'interno delle pubbliche amministrazioni, anche locali, ha adottato un articolato piuttosto analitico che si fonda essenzialmente su alcuni pilastri:

- l'adozione di misure in via preventiva e di natura amministrativa e non solo penale
- la creazione di un sistema pubblico di prevenzione della corruzione
- l'introduzione di specifiche sanzioni
- la revisione delle regole sull'organizzazione amministrativa interna.

La legge n. 190/12 interviene a disciplinare misure di organizzazione che, per una valutazione realizzata ex ante dal legislatore, si crede possano limitare i fenomeni corruttivi. È stato affermato che: "pur con (...) limiti la legge costituisce il primo tentativo di un approccio globale al tema, che cerca di aggredire i fenomeni di maggiore rilevanza".

La legge n. 190, inoltre, mira altresì ad un'operazione ambiziosa in materia di trasparenza: quella di riscrivere, per intero e in modo organico, sulla base di una delega al Governo, la disciplina della trasparenza attraverso la pubblicazione dei dati sui siti web degli Enti, superando la precedente frammentazione normativa, nonché garantire, con misure anche sanzionatorie, l'effettivo rispetto dei nuovi obblighi di trasparenza, individuando i procedimenti "a trasparenza prioritaria" perché più esposti a rischio di corruzione.

La legge interviene sull'individuazione delle cosiddette aree sensibili: tra queste alcune sono esplicitamente indicate, altre vanno indicate direttamente dall'amministrazione. Tra quelle espressamente contemplate vi sono il conferimento e l'attribuzione di vantaggi economici a soggetti privati, appalti, le concessioni di beni pubblici. Le misure ritenute più idonee sotto il profilo organizzativo sono considerate la rotazione dei vertici dirigenziali, l'individuazione di un piano interno di prevenzione della corruzione, sulla base di linee generali nazionali (che a loro volta danno vita al Piano triennale nazionale sulla corruzione).

All'interno delle amministrazioni il responsabile della prevenzione della corruzione è un dirigente appositamente nominato, mentre nelle autonomie locali il segretario comunale diventa, di norma, il terminale dell'intero sistema. Quindi la ratio legislativa si fonda sul controllo decentrato dell'azione amministrativa mediante la vigilanza attribuita in via originaria al vertice amministrativo. Questa circostanza, come vedremo, non è secondaria, poiché gli istituti del controllo sono e costituiscono sempre il "linguaggio" con il quale l'ente controllante interloquisce con quello controllato. Ed è quanto accade anche in questo caso.

La legge attribuisce in via originaria le funzioni di vigilanza interna al responsabile della corruzione. Inoltre prevede che l'Anac possa sospendere il provvedimento di conferimento di incarico di Responsabile della corruzione a seguito della comunicazione di ufficio del provvedimento di nomina.

La norma afferma che l'Autorità nazionale anticorruzione vigila sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi. La disposizione è applicabile direttamente e senza necessità di ulteriore atto esecutivo, o di rilievo programmatico (come l'intesa in Conferenza unificata), anche da parte degli enti locali.

Dal combinato disposto delle norme si evince che il legislatore sta costituendo un sistema di attenzione e vigilanza fondato sul responsabile interno dell'anticorruzione, sul Dipartimento della Funzione Pubblica e



sull'Anac. A completamento delle sanzioni vi è anche la Corte dei conti per la ricerca e verifica di eventuali casi di responsabilità amministrativa ed erariale in merito.

Il legislatore prevede un set di sanzioni amministrative e disciplinari per i casi di omissione del controllo e di violazione reiterata, sia dei diretti soggetti interessati da una vicenda di corruzione, sia, e questa è davvero una novità, per i soggetti che hanno l'obbligo di vigilare e controllare l'attuazione delle misure preventive anticorruzione. Questi ultimi restano responsabili sotto il profilo disciplinare ed organizzativo nei casi di atto corruttivo commesso all'interno dell'amministrazione locale a cui segua una condanna anche non passata in giudicato. Si costituisce una sorta di responsabilità oggettiva in cui, però, è ammessa la prova di discarico, coincidente col cosiddetto fatto incolpevole: esso è costituito dal fatto che il piano anticorruzione sia stato effettivamente adottato prima del fatto di corruzione, nonché dalla prova di una vigilanza effettiva e dell'adozione di misure idonee rispetto all'ambito organizzativo in cui i fatti si siano svolti.

#### 4. La vigilanza sul conferimento di incarichi nelle amministrazioni

Il responsabile anticorruzione ha tra i suoi compiti quello di vigilare, anche attraverso il piano anticorruzione, sulla corretta attribuzione degli incarichi dirigenziali interni ed esterni a soggetti idonei secondo la nuova normativa.

Il d. lgs. n. 39/2013 prevede una lunga lista di casi di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi amministrativi, anche all'interno degli enti locali. Tali ipotesi vanno ad aggiungersi a quelle già previste per tali enti agli artt. 84 e ss del d.lgs. 267/2000.

Si tratta di ipotesi speciali, pertanto, esse prevalgono su ogni altra ipotesi similee, come noto, sono suscettibili solo di interpretazioni estensive e non analogiche.

Le norme del d. lgs. n. 39 costituiscono diretta applicazione degli articoli 54 e 97 Cost. e prevalgono sulle normative regionali differenti. Il legislatore ha dunque esercitato la sua potestà primaria ex art. 117, comma 2 lett. p) Cost..

La funzione di vigilanza ex art. 15 del decreto viene attribuita esclusivamente al responsabile della corruzione. Il legislatore, infatti, in modo molto esplicito, afferma che la contestazione delle cause di inconferibilità ed incompatibilità debba essere effettuata da questi ultimi. E ciò sia nell'ipotesi di causa precedente e preesistente al conferimento degli incarichi, sia nel caso di sopravvenienza. Il comma 2 chiaramente afferma che tale responsabile comunica all'Autorità nazionale Anticorruzione la violazione delle norme. Le fattispecie di inconferibilità sono legate alla condanna, anche non definitiva, per reati contro la pubblica amministrazione. I casi di incompatibilità, invece, sono prospettati nei casi di palese conflitto di interesse oppure di potenziale confusione tra ruoli e funzioni: è il caso dell'incompatibilità, prevista in modo generalizzato, relativa all'assunzione di un incarico dirigenziale, di vertice e non, nelle amministrazioni territoriali ove il soggetto abbia già avuto precedenti rapporti contrattuali con l'amministrazione conferente oppure abbia rivestito un ruolo negli organi politici di amministrazioni della medesima regione.

L'assenza di una delle cause previste dalla norma è condizione di efficacia dell'atto di conferimento.

Le sanzioni sono essenzialmente le seguenti: la nullità dell'atto d'incarico, la responsabilità amministrativa in capo ai componenti dell'organo che ha conferito l'incarico, il divieto di tre mesi di conferimento di incarichi all'organo che ha adottato l'atto nullo, la decadenza dall'incarico incompatibile e la contestuale risoluzione del relativo contratto decorsi 15 gg. dalla contestazione da parte del responsabile anti corruzione, l'inconferibilità di qualsiasi incarico in caso di accertata dichiarazione mendace circa l'insussistenza di cause d'inconferibilità o incompatibilità degli incarichi.

Per continuare a leggere l'articolo clicca qui.

Avv. Giuseppe De Luca, Dott. Ciro Amato