

LA REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE E LA PROMOZIONE DELLA TRASPARENZA NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. UN'IPOTESI RICOSTRUTTIVA DELLE RIFORME.

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'Isc 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)¹, 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

¹ L'Uncac è la convenzione internazionale contro la corruzione, approvata dall'assemblea delle Nazioni Unite nel 2000. L'Italia ha sottoscritto la Convenzione il 9 dicembre 2003. L'importanza e l'attinenza con la pubblica amministrazione e con il public management sono contenuti nell'articolo 1, che recita: "The purposes of this Convention are: (...);

(c) To promote integrity, accountability and proper management of public affairs and public property.

Gli obiettivi della presente convenzione sono: (...);

c) promuovere l'integrità, la rendicontazione e un adeguato sistema di gestione degli affari pubblici e della proprietà pubblica (la traduzione e l'interpretazione è nostra e, pertanto, si è voluto considerare il management quale sistema e non come concetto astratto, ndr). In particolare si occupano del settore pubblico gli articoli 7, 9 e 10.

della persona, degli obblighi internazionali dello Stato²; ciò dipende dal momento storico e dal legislatore.

La legge è inoltre attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini 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. 12/2014³ 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 convenzioni⁴.

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 pilastri⁵:

- 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.

² La legge n. 190/12 sembra proprio poter rientrare anche in questo. Si verifichi l'articolo 1 che afferma che: "1. In attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n.110, la presente legge individua, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione".

³ Pubblicata in www.anticorruzione.it

⁴ Cfr. S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione* in Astrid, *La corruzione amministrativa*, a cura di F. MERLONI e L. VANDELLI, Firenze, Passigli, 2010.

⁵ F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici*, in Atti del Convegno di Firenze, 12/04/2013.

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 rilevanza⁶”.

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 e 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 sorte 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.

⁶ Cfr. F. MERLONI, *Le misure amm.ve di contrasto alla corruzione*, in Astrid 2013, che riporta il testo della relazione tenuta al 59° Convegno di Varenna del 21 settembre 2013.

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 inconfiribilità ed incompatibilità di incarichi amministrativi, anche all'interno degli enti locali⁷. 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 simile e, 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. 15⁸ del decreto viene attribuita esclusivamente al responsabile della corruzione. Il legislatore, infatti, in modo molto esplicito, afferma che la contestazione delle cause di inconfiribilità 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 inconfiribilità 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

⁷ I primi commenti alla norma furono elaborati da F. MERLONI, *Il nuovo regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, G. SIRIANNI, *Inconfiribilità ed inconfiribilità: la necessaria distanza tra cariche politiche e incarichi amministrativi*, B. Ponti, *Il d. lgs. n. 39 del 2013. Vigilanza e sanzioni*, tutti in *Giorn. dir. amm.* n. 8/9/2013.

⁸ Sinteticamente il testo della nuova norma: "1. Il responsabile del piano anticorruzione di ciascuna amministrazione pubblica, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico, di seguito denominato «responsabile», cura, anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi. A tale fine il responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconfiribilità o incompatibilità di cui al presente decreto. 2. Il responsabile segnala i casi di possibile violazione delle disposizioni del presente decreto all'Autorità nazionale anticorruzione, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla legge 20 luglio 2004, n. 215, nonché alla Corte dei conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. 3. Il provvedimento di revoca dell'incarico amministrativo di vertice o dirigenziale conferito al soggetto cui sono state affidate le funzioni di responsabile, comunque motivato, e' comunicato all'Autorità nazionale anticorruzione che, entro trenta giorni, può formulare una richiesta di riesame qualora rilevi che la revoca sia correlata alle attività svolte dal responsabile in materia di prevenzione della corruzione. Decorso tale termine, la revoca diventa efficace.

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.

5. *La nomina, il ruolo, e le funzioni del responsabile dei nuovi controlli anticorruzione*

Il riferimento giuridico per analizzare questo segmento del nostro lavoro è individuato nella legge n. 190 del 2012, articolo 1, comma 7⁹.

Nei paragrafi precedenti si è illustrato l'impianto generale della normativa e messi in evidenza gli aspetti di novità.

In questo paragrafo, invece, esamineremo le problematiche afferenti della nomina del responsabile dei nuovi controlli anticorruzione; inoltre procederemo all'enunciazione del ruolo e delle funzioni.

La scelta del legislatore è stata molto precisa: ha voluto concentrare nelle mani di un unico soggetto la responsabilità della lotta al rischio di corruzione, attribuendogli diverse funzioni tra le quali la predisposizione degli strumenti atti alla difesa dell'amministrazione.

Secondo il disegno del legislatore del 2012, il responsabile della prevenzione, pur con dei compiti specifici, non ha una funzione di gestione né di repressione delle fattispecie corruttive, ma il suo scopo è quello di agire sui modelli comportamentali dei funzionari, prevenendo il sorgere di fenomeni corruttivi attraverso il monitoraggio dell'attività e la pianificazione degli interventi. Il contrasto alla corruzione viene dunque visto, nella pubblica amministrazione, come esercizio di potere che conforma e condiziona i comportamenti amministrativi.

Il legislatore ha scelto la strada del controllo diffuso su tutte le attività, seppure mediante la selezione dei rischi ritenuti più significativi, accentrando le funzioni in un unico soggetto e prevedendo la adozione di alcuni strumenti, tra cui il piano anticorruzione è quello più importante.

Negli enti locali, il legislatore nazionale ha stabilito che, in via ordinaria, la funzione di responsabile spetta al segretario comunale o provinciale; solo con un provvedimento ampiamente motivato giuridicamente e a seguito di valutazioni di opportunità, questo incarico può essere affidato ad una figura diversa dal segretario¹⁰.

La funzione più significativa consiste nell'obbligo di curare e predisporre il Piano triennale di prevenzione della corruzione, previsto dalla norma per tutte le amministrazioni, sulla base del Piano Nazionale anticorruzione approvato da parte della Anac, così come predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica.

Il Piano individua i settori dell'amministrazione in cui è maggiore il rischio di corruzione oltre che le soluzioni organizzative finalizzate a evitare tale rischio. Nel piano sono individuati gli obiettivi di

⁹ Per non appesantire il testo si riporta in nota l'intero comma 7: *“A tal fine, l'organo di indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione”*.

¹⁰ La legge 190 del 2012 prevede la nomina di un unico referente con l'intento di concentrare in un unico soggetto le iniziative e le responsabilità per il funzionamento dell'intero meccanismo della prevenzione della corruzione. Ciò esclude, secondo la circolare n. 1 del 2013 della Funzione pubblica, la possibilità di nominare più di un responsabile nell'ambito della stessa amministrazione, poiché ciò comporterebbe una frammentazione della funzione ed una diluizione della responsabilità e non sarebbe funzionale all'elaborazione della proposta di piano, che viene configurato dalla legge come documento unitario e onnicomprensivo. Ma l'intesa in Conferenza Unificata del 24 Luglio 2013 prevede la possibilità di nominare più referenti, purchè il responsabile resti unico. Per le regioni e le province a statuto differenziato cfr. la Circolare n. 5EL/2013 del 15/10/2013, che prevede ampie deroghe all'impianto normativo di cui in parola.

legalità da raggiungere, gli uffici dell'amministrazione maggiormente a rischio, e i mezzi a disposizione per la prevenzione della corruzione.

Viene previsto un doppio livello di regolamentazione: uno generale, mediante atto primario, in cui si disciplinano i criteri inderogabili; l'altro amministrativo, rappresentato dal piano, che assecondando le linee guida generali del piano nazionale e della legge, descrive nel concreto, per ciascun ente, l'organizzazione della lotta alla corruzione. Con particolare riferimento alle autonomie locali, può dirsi che questo profilo tecnico è una felice scelta perché incarna quella collaborazione che in una materia, secondo noi, a rischio di illegittimità costituzionale, recupera invece un aspetto di condivisione che elimina alla radice il problema. Proprio l'interferenza delle due fonti conferma questa nostra argomentazione, perché la parte primaria legislativa funge da indicatore degli obiettivi e dei risultati, lasciando, poi, alla potestà organizzativa dell'ente gli altri aspetti. Su questo, però, un'ancora maggiore autonomia poteva essere lasciata agli enti. La norma sembra ancora troppo centralista, perché disciplina anche gli aspetti procedurali, in parte. Un percorso condiviso in Conferenza unificata sulle politiche di buona amministrazione finalizzate al contrasto della corruzione, sarebbe stato opportuno per concordare anche l'estensione del potere normativo statale in rapporto all'autonomia normativa dei comuni e delle province.

Il Responsabile propone ogni anno l'aggiornamento del piano triennale, nel quale sono rendicontati i risultati raggiunti fino a quel momento nonché indicate le correzioni possibili e/o necessarie dei piani degli anni precedenti.

Questa modalità ricalca perfettamente tutta la logica tipicamente programmatoria delle amministrazioni centrali e locali, che vede le attività svolgersi un orizzonte temporale pluriennale in cui la prima annualità coincide sempre con quella del programma pluriennale.

Questo richiede che il Responsabile eserciti un continuo monitoraggio dell'attività dell'ente al fine di segnalare e prevenire le problematiche che di volta in volta potrebbero emergere: queste ultime dovranno, poi, trovare soluzione nel Piano per l'anno successivo, con allegate le proposte finalizzate alla prevenzione della corruzione.

Il controllo che svolge il responsabile è continuo e non si riferisce solo al momento della stesura del Piano: il responsabile dovrà, di volta in volta, monitorare l'attività dell'ente prestando maggior attenzione alle attività più esposte al rischio.

Il Responsabile della prevenzione della corruzione è chiamato, inoltre, a progettare modalità utili perché gli incarichi dirigenziali ruotino con continuità, pur salvaguardando il patrimonio delle conoscenze amministrative sedimentatesi nel tempo. Inoltre deve predisporre piani formativi per i dipendenti maggiormente esposti al rischio di corruzione.

Si tratta di due misure preventive particolarmente rilevanti e, tuttavia, di non sempre facile attuazione. Si pensi in particolare alla rotazione degli incarichi dirigenziali o dei responsabili negli Enti pubblici con dotazioni organiche numericamente limitate: in alcuni casi non sarebbe possibile attuare alcuna rotazione a fronte dell'infungibilità di alcune professionalità; in altri, anche se possibile, potrebbe mettere a rischio l'efficienza e la funzionalità di un ente dal momento che lo spostamento di un funzionario da un settore ad un altro potrebbe comportare la perdita della "memoria storica" dei procedimenti dell'ente con conseguenti rallentamenti dell'attività amministrativa. Inoltre, l'adozione a regime di questa misura in un contesto caratterizzato da pochi dipendenti ne impedisce la specializzazione professionale con ricadute negative da un punto di vista funzionale ed organizzativo. Il problema è particolarmente sentito nelle amministrazioni locali di ridotta dimensione. Nell'intesa in Conferenza unificata si prevede che gli enti locali creino le condizioni organizzative perché la rotazione sia effettiva. L'unica indicazione concreta offerta è stata quella per cui la rotazione deve avvenire a fine incarico e sulla base di criteri oggettivi concordati con le organizzazioni sindacali.

Quanto illustrato rappresenta le complessità giuridiche che una normativa seppure tendente a fini diversi da quelli organizzativi reca su quest'ultimo versante.

Un'ulteriore compito affidato al responsabile, da realizzare attraverso il Piano, è l'individuazione del personale che potrà fruire di particolari programmi di formazione e di aggiornamento per la

prevenzione della corruzione. Il tema della formazione è un aspetto centrale nella ratio della normativa anticorruzione, finalizzato alla creazione di quella cultura dell'integrità e dell'eticità dell'azione amministrativa, attraverso la quale si potrà avviare l'effettiva implementazione dello strumentario approntato dalla L. 190/2012. Relativamente alla formazione, la Conferenza unificata ha stabilito che si prediliga il metodo dell'affiancamento e l'utilizzo di personale interno, per valorizzare le professionalità esistenti.

Altro importante profilo della norma è il regime delle responsabilità poste in capo al Responsabile nel caso di inadempimento alle prescrizioni previste: in particolare sono previste tre diverse fattispecie di responsabilità. Una prima forma è quella connessa alla mancata predisposizione del Piano anticorruzione entro la scadenza del termine annuale del 31 gennaio e alla violazione dell'obbligo di procedere alla selezione e alla formazione del personale dipendente, di cui all'art. 1, comma 8 della legge anticorruzione. In questi casi si configura, per espressa previsione normativa, la responsabilità dirigenziale ex art. 21 d.lgs. 165/2001 da cui potrà derivare il mancato rinnovo dell'incarico alla scadenza, la revoca dell'incarico e nei casi più gravi, il licenziamento.

Un secondo tipo di responsabilità è quella che rende il Responsabile anticorruzione responsabile per il comportamento corruttivo di altri¹¹. Infatti, la legge prevede che in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del d. lgs. 165/2001, nonché sul piano disciplinare e su quello contabile del danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione. La disposizione, per il vero, stimola qualche perplessità, poiché non è molto chiaro come questa sanzione sia compatibile col principio della responsabilità amministrativa ed erariale, e quello della responsabilità penale personale, a meno di non volerla interpretare come responsabilità propria per comportamenti omissivi verso la condotta altrui cui egli era tenuto a vigilare con l'adozione del piano.

Al di là della tecnica normativa utilizzata, la ratio normativa assume una categoria di legalità molto oggettivata. Il dubbio, in generale, è che questi scopi potessero essere perseguiti attraverso il piano della corruzione e la penalizzazione dei comportamenti omissivi di vigilanza. Veramente non si sentiva il bisogno di introdurre incertezze normative nell'ordinamento della responsabilità amministrative dei dirigenti, cristallizzando una sanzione che poteva, sul ben più grave piano penale, già essere applicata in assenza della disposizione specifica, anche sul piano penale attraverso il riferimento agli obblighi di tutela e vigilanza rilevanti ex art. 40 co. 2 del codice penale.

Il comma 8 dell'articolo 1 afferma che il Responsabile definisce le procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti destinati ad operare nei settori a rischio. La mancata attivazione di questi procedimenti comporta la responsabilità dirigenziale.

Il comma 9 dello stesso articolo 1 aggiunge che il piano risponde a diverse esigenze tra le quali l'individuazione delle attività rischiose, il controllo delle decisioni idonee a prevenire il rischio di corruzione, la predisposizione di obblighi di informazione nei confronti del responsabile del piano e l'obbligo a vigilare sull'implementazione dello stesso; il monitoraggio del rispetto dei termini procedurali e dei rapporti tra i terzi che ricevono un vantaggio economico da parte della amministrazione e i dipendenti e gli amministratori; infine l'individuazione di ulteriori obblighi (eventuali, ma obbligatori) rispetto a quelli ex lege.

L'individuazione delle attività rischiose è esercitata nell'ambito dei poteri di organizzazione del personale di cui al d. lgs. n. 165/01, articolo 16¹².

¹¹ Ex art. 1, comma 12.

¹² Per semplicità se ne riporta il testo: (...) comma 1 lettera a-bis): *“i dirigenti (ndr) propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4”*.

Al Responsabile sono poi demandate funzioni di controllo delle decisioni che implicano un rischio di corruzione, che solo esemplificativamente sono indicate nel comma 16, e tra le quali vi sono le attribuzioni di vantaggi economici, gli appalti, le concessioni ed autorizzazioni, i concorsi del personale.

Il responsabile deve altresì verificare l'attuazione del piano nonché procedere alla modifica dello stesso in caso di modifiche organizzative. Ciò comporta un elevato obbligo di vigilanza attiva. La norma richiede che anche i mutamenti dell'attività amministrativa siano vigilati e non solo quelli organizzativi.

Le responsabilità connesse agli obblighi di vigilanza in termini di responsabilità disciplinare e contabile per danno all'immagine dell'ente, sono molto gravose e sono (forse) bilanciate da penetranti poteri di verifica organizzativa. Si consideri, infatti, che il Responsabile anticorruzione ha il potere di verificare con il dirigente delle risorse umane l'effettiva attuazione della rotazione degli incarichi di vertice dirigenziale. Risulta quindi autorizzata per legge la condivisione di questa (sola) competenza attribuita formalmente ad altro soggetto.

Fermo restando le già descritte criticità di questo meccanismo per le amministrazioni di più ridotte dimensioni, questa verifica si esprime, secondo la nostra prospettiva, come potere organizzativo a valore conformante. Le esigenze di difesa della buona amministrazione sotto la specie dell'anticorruzione conformano anche la discrezionalità del dirigente alle risorse umane nell'attribuzione degli incarichi dirigenziali, nel senso che la rotazione degli stessi si deve effettivamente esprimere in misure soggettive di cambiamento organizzativo.

La lettera e) del comma 9 dell'articolo 1 della legge 190 è particolarmente significativa, poiché mette in evidenza la funzione di conformare alle esigenze dell'attività anticorruzione anche i rapporti coi terzi che entrino in contatto con l'amministrazione e che in nome e/o per conto di essa svolgano attività professionali e non.

In particolare è richiesta una stretta collaborazione con il Responsabile da parte di soggetti che pur essendo estranei alla pubblica amministrazione hanno tuttavia con la stessa rapporti di lavoro professionali o forniscono alla stessa beni o servizi: difatti il nuovo Codice di comportamento dei pubblici dipendenti¹³ prevede che le pubbliche amministrazioni estendano, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta a tutti i collaboratori o consulenti, qualsiasi sia il contratto, incarico o il titolo, nonché ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, e ai collaboratori di imprese fornitrici di beni o servizi o che realizzano opere in favore dell'amministrazione.

¹³ Adottato con Dpr n. 62/13. In particolare l'articolo 8 prevede che: *“Il dipendente rispetta le misure necessarie alla prevenzione degli illeciti nell'amministrazione. In particolare, il dipendente rispetta le prescrizioni contenute nel piano per la prevenzione della corruzione, presta la sua collaborazione al responsabile della prevenzione della corruzione e, fermo restando l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, segnala al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell'amministrazione di cui sia venuto a conoscenza”*. Tra le funzioni del Responsabile della anticorruzione vi ritroviamo un ruolo centrale nella predisposizione, diffusione e monitoraggio del Codice. Il contenuto va predisposto dal Responsabile Anticorruzione insieme all'Ufficio per i Procedimenti disciplinari. Ai sensi dell'art. 54, comma 5, D. Lgs. n. 165/2001 che dispone le regole generali per l'elaborazione di codici propri, ogni p.a. deve prevedere una partecipazione pubblica. Ne consegue che il Responsabile Anticorruzione dovrà pubblicare sul sito un avviso pubblico contenente i principali contenuti del codice con invito a far pervenire da chiunque sia interessato delle osservazioni entro un termine prestabilito. L'invito ad ogni modo dovrà avere un contenuto ben definito; è logico ipotizzare che i contributi esterni potranno prettamente riguardare il rapporto con il pubblico (un'integrazione dell'art. 12 del Codice generale, DPR n. 62/2013), i divieti di regali o altre utilità (integrazione dell'art. 4 Codice generale) i principi generali (un'integrazione dell'art. 2 Codice generale) o i principi di trasparenza (integrazione dell'art. 9 del Codice generale). E' facile ritenere che su tale fase intervengano chiarimenti nella delibera definitiva della Anac.

A tal fine, le amministrazioni sono tenute ad inserire nei contratti e negli atti d'incarico, apposite disposizioni o clausole di risoluzione o di decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi previsti dal Codice.

La norma, inoltre, in maniera piuttosto scontata, vista la gran mole di precedenti in tal senso, attribuisce al Responsabile l'obbligo di comunicare un referto sull'attuazione del piano all'organo di indirizzo politico. Quest'ultimo può essere sentito, ove ritenuto opportuno dall'organo stesso, oppure nei casi di richiesta del responsabile dell'anticorruzione.

Nella stesura del Codice, il Responsabile anticorruzione dovrà tenere conto delle osservazioni pervenute, dandone conto in una apposita relazione di accompagnamento. Elaborato lo schema definitivo di provvedimento, questo dovrà ricevere parere obbligatorio da parte dell'Oiv¹⁴.

6. La trasparenza come controllo e come buona amministrazione.

Il tema della trasparenza dell'azione amministrativa, ci è noto, è molto più ampio di quello che si rappresenterà qui, perché involge valutazioni sul procedimento amministrativo, sull'accesso amministrativo agli atti, sulla nuova forma di accesso, il cosiddetto accesso civico, sul cosiddetto accesso alle informazioni ambientali, sulla prevenzione della corruzione. Però il tema sollecita alcune ristrette osservazioni ove si voglia considerare, come fa la più avvertita dottrina¹⁵, che la trasparenza dell'azione amministrativa è un tema che tange quella dei controlli anticorruzione.

Il passaggio dell'agere amministrativo dall'adempimento al risultato ha comportato la modifica delle prospettive formalistiche in teoriche sostanziali. Alcuni nodi critici sono rappresentati dalla lotta alla corruzione e dalla trasparenza. Essa, nel recentissimo d. lgs. n. 33/2013 viene vista anche come controllo.

Si evidenzia fin da subito che, qui, la funzione di controllo è quella esterna dei cittadini nell'ambito della dinamica amministrativa e politica e ciò, onestamente fuoriesce dall'usuale perimetro di ricerca. Ma vi sono alcuni aspetti, invece che riguardano proprio il tema dei controlli.

Nell'ambito della più efficace organizzazione del sistema di prevenzione degli episodi di illegalità rientra il raccordo tra le competenze della nuova figura del Responsabile della prevenzione della corruzione e quelle del Responsabile per la trasparenza e l'integrità, figura introdotta dal decreto legislativo n. 150 del 2009 ed ora disciplinata dall'articolo 45, comma 1, del decreto legislativo n. 33 del 2013.

Ai suddetti fini, la soluzione prospettata ex lege è l'unificazione, "di norma", delle funzioni in capo al Responsabile della prevenzione della corruzione.

Laddove l'amministrazione abbia nominato soggetti distinti per le funzioni in materia di trasparenza e per quelle in tema di contrasto alla corruzione, essa, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, dovrà comunque garantire un adeguato coordinamento tra i due soggetti, i cui nominativi andranno pubblicati anche sul sito web istituzionale.

La concentrazione in capo ad un unico dirigente o, comunque, lo stringente raccordo tra le due figure, qualora distinte, si correlano alla previsione dell'articolo 10 del predetto decreto legislativo che, imponendo il necessario collegamento tra il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità e le misure e gli interventi predisposti da ciascuna amministrazione per la prevenzione della

¹⁴ Ricordiamo che a tale organo spetta poi accertare che ai fini della performance e, di conseguenza all'attribuzione di premialità, si tenga conto delle violazioni sanzionate al codice di comportamento. Si presume che anche di questo parere si dovrà tenere conto in sede di approvazione finale del documento.

¹⁵ Su questo punto specifico e sul rapporto tra trasparenza e controlli il testo di P. TANDA, op. cit..

corruzione, prevede che il citato Programma costituisca una specifica sezione del Piano triennale anticorruzione¹⁶.

Il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità rimane, dunque, strumento di programmazione autonomo rispetto al Piano di prevenzione, garantendosi comunque il coordinamento e la coerenza dei rispettivi contenuti, che ogni amministrazione potrà realizzare secondo le proprie peculiarità organizzative e funzionali, nel rispetto del medesimo termine del 31 gennaio per l'adozione dei due atti.

La tendenziale confluenza delle figure e degli strumenti di pianificazione in tema di trasparenza e anticorruzione intende, evidentemente, corrispondere a quell'ineludibile esigenza "di sistema" volta a concentrare in un unico soggetto e in unico atto di programmazione le responsabilità e le iniziative per il funzionamento dell'intero meccanismo di prevenzione all'interno di ciascuna amministrazione, nella considerazione della trasparenza come strumento in chiave dissuasiva dei fenomeni di cattiva gestione, identificabili come presupposti di potenziali episodi di corruzione.

La definizione del Programma e gli eventuali aggiornamenti annuali sono di competenza dell'organo di indirizzo politico-amministrativo, ai sensi dell'articolo 15, comma 2, lettera d), del decreto legislativo n. 150 del 2009, nell'ambito di una forma di regia condivisa con l'Organismo indipendente di valutazione (OIV), tenuto conto del fatto che questo organo ex articolo 14, comma 4, lettera g), del citato decreto legislativo "promuove e attesta l'assolvimento degli obblighi relativi alla trasparenza e all'integrità".

Il Responsabile per la trasparenza e l'integrità è chiamato a svolgere "stabilmente" i compiti di monitoraggio e di vigilanza sull'adempimento degli obblighi di trasparenza previsti dal decreto n. 33 del 2013, secondo modalità rimesse all'autonomia organizzativa delle singole amministrazioni, assicurando la completezza, la chiarezza e l'aggiornamento delle informazioni rese accessibili mediante pubblicazione (ovvero la qualità delle informazioni di cui all'art. 6 del decreto). Al contempo, è chiamato a vigilare sull'attuazione del Programma triennale e a provvedere al suo aggiornamento in relazione agli esiti sia dell'attività di controllo sull'attuazione degli obblighi di trasparenza, sia della verifica degli effetti delle ulteriori misure e iniziative di promozione della trasparenza assunte con lo stesso Programma.

A queste attività sono chiamate a concorrere in primo luogo i responsabili dei singoli uffici, ai quali spetta il compito di partecipare all'individuazione, all'elaborazione e alla pubblicazione delle informazioni sulle quali assicurare la trasparenza nonché all'attuazione delle iniziative di loro competenza previste nel Programma.

¹⁶ Sul punto cfr.: delibera dell'Anac n. 50/ 2013 "*Linee guida per l'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014-2016*", che fornisce le indicazioni per l'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità e per il suo coordinamento con il Piano di prevenzione della corruzione previsto dalla legge n. 190/2012, per il controllo e il monitoraggio sull'elaborazione e sull'attuazione del Programma, con ciò integrando, alla luce delle rilevanti modifiche normative, le delibere ANAC n. 105/2010, "*Linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità*", e n. 2/2012, "*Linee guida per il miglioramento della predisposizione e dell'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità*". La delibera della ANAC n. 50/2013, nelle more dell'adozione del Piano nazionale anticorruzione, che costituisce la base per i singoli Piani triennali di prevenzione della corruzione, e in considerazione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 33/2013 nonché dell'avvenuta adozione dei Piani della performance per il triennio 2013-2015, o di analoghi strumenti di programmazione, aveva fissato il termine per l'adozione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità il 31 gennaio 2014, salvo successive integrazioni al fine di coordinarne i contenuti con quelli del Piano triennale per la prevenzione della corruzione qualora entro quella data non sia stato adottato anche quest'ultimo. Il differimento del termine per l'adozione del Programma risponde a esigenze di semplificazione volte a non creare duplicazioni di adempimenti da parte delle pubbliche amministrazioni e a consentire l'adozione di atti programmatici fra loro coerenti e coordinati. Inoltre, questo differimento tiene anche conto del fatto che ad oggi non è stato ancora adottato il Piano nazionale anticorruzione che costituisce un importante presupposto per la definizione delle misure in materia di trasparenza.

Il Responsabile della trasparenza si pronuncia in ordine alla richiesta di accesso civico e ne controlla e assicura la regolare attuazione, segnalando i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione all'organo di indirizzo politico, all'Oiv, all'Anac, e, nei casi più gravi, all'Ufficio di disciplina, per le eventuali iniziative di competenza. Nel caso in cui il Responsabile non ottemperi alla richiesta, è previsto che il richiedente possa ricorrere al titolare del potere sostitutivo in caso di mancata conclusione dei procedimenti amministrativi di cui all'art. 2, comma 9- bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che dunque assicura la pubblicazione e la trasmissione all'istante dei dati richiesti.

Il Responsabile è specificatamente tenuto a controllare ed assicurare la regolare attuazione dell'accesso civico. Ai fini della migliore tutela dell'esercizio dell'accesso civico, soprattutto nei casi in cui siano assegnate ad un unico dirigente le funzioni di Responsabile della trasparenza e di prevenzione della corruzione, le competenze relative all'accesso civico possono essere delegate dal Responsabile della trasparenza ad altro dipendente, in modo che il potere sostitutivo rimanga comunque in capo al Responsabile stesso.

Con particolare riferimento alle amministrazioni con organizzazione complessa anche per il Responsabile della trasparenza può essere prevista la possibilità, analogamente al Responsabile della prevenzione della corruzione, di avvalersi di referenti per la trasparenza in strutture interne all'amministrazione, anche territoriali, secondo modalità di coordinamento che devono essere comunque indicate nel Programma triennale per la trasparenza e l'integrità.

L'Anac può chiedere conto direttamente al Responsabile per la trasparenza dei risultati della sua attività di vigilanza; si tratta di una richiesta e un riscontro che non prevedono alcuna mediazione da parte dell'amministrazione di appartenenza del Responsabile.

Alla stessa Anac è riconosciuta la possibilità di rivolgersi direttamente all'Oiv per acquisire tutte le ulteriori informazioni sul controllo dell'esatto adempimento degli obblighi di trasparenza, nonché di attivare poteri ispettivi e dispositivi nei riguardi delle pubbliche amministrazioni e di segnalare direttamente all'Ufficio di disciplina le eventuali violazioni imputabili a carico del Responsabile.

La mancata predisposizione del Programma per la trasparenza costituisce comunque per il Responsabile elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale ex articolo 21 del decreto legislativo n. 165 del 2001, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine della amministrazione ed è comunque valutata ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale. Le predette responsabilità non ricorrono se l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile.

7. Il Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza.

Il decreto legislativo attua la delega di cui all'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Nel suo complesso, il decreto-legislativo è finalizzato a rafforzare la trasparenza amministrativa. A questo fine, da un lato, il provvedimento normativo si propone di favorire forme diffuse di controllo da parte dei cittadini, anche adeguandosi a standards internazionali; dall'altro, introduce misure che consentono una più efficace azione di contrasto alle condotte illecite nelle pubbliche amministrazioni.

In particolare, il provvedimento normativo apporta alcune significative modifiche al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, con i seguenti obiettivi: ridefinire l'ambito di applicazione degli obblighi e delle misure in materia di trasparenza; prevedere misure organizzative per la pubblicazione di alcune informazioni e per la concentrazione e la riduzione degli oneri gravanti in capo alle amministrazioni pubbliche; razionalizzare e precisare gli obblighi di pubblicazione;

individuare i soggetti competenti all'irrogazione delle sanzioni per la violazione degli obblighi di trasparenza.

Inoltre, è introdotta una nuova forma di accesso civico ai dati pubblici, equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni è definita Freedom of information act (Foia). Questa nuova forma di accesso prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, può accedere a tutti i dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge. Si tratta, dunque, di un regime di accesso più ampio di quello previsto dalla versione originaria dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 33 del 2013, in quanto consente di accedere non solo ai dati e documenti per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (per i quali permane, comunque, l'obbligo dell'amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente sul sito istituzionale), ma anche ai dati per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazione e che l'amministrazione deve quindi fornire al richiedente. Infine, questa nuova forma di accesso si distingue dalla disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Più precisamente, dal punto di vista soggettivo, la richiesta di accesso non richiede alcuna qualificazione e motivazione, per cui il richiedente non deve dimostrare di essere titolare di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso», così come stabilito invece per l'accesso ai sensi della legge sul procedimento amministrativo. Dal punto di vista oggettivo, invece, i limiti applicabili alla nuova forma di accesso civico (di cui al nuovo articolo 5-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013) sono più ampi e dettagliati rispetto a quelli indicati dall'articolo 24 della legge n. 241 del 1990, consentendo alle amministrazioni di impedire l'accesso nei casi in cui questo possa compromettere alcuni rilevanti interessi pubblici generali.

Il decreto legislativo interviene anche sulla legge 6 novembre 2012, n. 190. Sotto questo profilo, le novelle sono volte a precisare i contenuti e i procedimenti di adozione del Piano nazionale anticorruzione e dei piani triennali per la prevenzione della corruzione, nonché a ridefinire i ruoli, i poteri e le responsabilità dei soggetti interni che intervengono nei relativi processi.

Il legislatore è consapevole che solo l'utilizzo congiunto degli strumenti regolamentari e pianificatori in materia di trasparenza e anticorruzione consenta davvero la piena attuazione delle disposizioni ivi contenute. Diversamente, per converso, potrebbero verificarsi duplicazioni e ripetizioni di adempimenti procedurali scollegati tra loro, determinandosi un inutile appesantimento burocratico, anziché un valore aggiunto.

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*

La Corte Costituzionale, lo scorso 25 novembre, con la sentenza n. 251/2016, ha dichiarato parzialmente incostituzionale la legge delega per la riforma della pubblica amministrazione (legge 7 agosto 2015, n. 124 - cd. Riforma Madia) nella parte in cui aveva previsto solo il “parere”, e non l’“intesa”, con le Regioni per cinque decreti legislativi di attuazione (dirigenza sanitaria, licenziamento disciplinare, società partecipate, dirigenza pubblica, servizi pubblici).

I primi tre decreti legislativi erano già entrati in vigore al momento della sentenza della Consulta, mentre i rimanenti due non sono stati più emanati.

A seguito della pronuncia, pertanto, ci si è interrogati sulla sorte dei decreti legislativi attuativi delle deleghe ritenute illegittime.

Il Consiglio di Stato lo scorso 17 gennaio ha reso il proprio parere al riguardo, rispondendo ad uno specifico quesito posto dal Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione sulle modalità di attuazione della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale.

I decreti legislativi attuativi interessati dalla sentenza, poiché afferenti a materie di competenza anche locale, sono i seguenti:

- decreto legislativo di attuazione della delega di cui all'articolo 11, comma 1, lettera p) della legge 7 agosto 2015, n. 124 in materia di dirigenza sanitaria
- decreto legislativo recante modifiche all'articolo 55- quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera s), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare
- decreto legislativo di attuazione della delega di cui all'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante l'adozione del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica
- decreto legislativo di attuazione della delega di cui all'articolo 11, comma 1, della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di dirigenza pubblica
- decreto legislativo di attuazione della delega di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante l'adozione del testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

Una differenza fondamentale tra i decreti risiede ovviamente nel fatto che alcuni di essi (quelli in tema di dirigenza sanitaria, licenziamento disciplinare, e società a partecipazione pubblica) erano già entrati in vigore alcuni mesi prima della sentenza, mentre gli altri (in tema di dirigenza pubblica e servizi pubblici locali) sono stati approvati dal Consiglio dei Ministri il giorno prima della sentenza, e pertanto, proprio in ragione della pronuncia della Corte, sono stati opportunamente ritirati e non sottoposti alla firma del Capo dello Stato per l'emanazione e la successiva pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Fatta questa distinzione, occorre delineare i potenziali scenari. Sulle possibili alternative di percorso si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato che lo scorso 17 gennaio ha reso il parere sul quesito posto dal Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione sulle modalità di attuazione della sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale.

In particolare, il Ministero della funzione pubblica ha sottoposto al Consiglio di Stato alcune questioni interpretative sull'attuazione di tre decreti emanati sulla base della legge 7 agosto 2015, n. 124, quelli in materia di dirigenza sanitaria, licenziamento disciplinare, e società a partecipazione pubblica.

Nel parere reso lo scorso 17 gennaio il Consiglio di Stato ha inquadrato la sentenza della Consulta tra quelle di tipo manipolativo, un genus all'interno del quale la letteratura giuridica ha spesso inglobato, accomunandole, le sentenze integrative, e le cosiddette sentenze "normative" o "sentenze-legge".

In proposito è corrente l'avviso per cui le sentenze "manipolative" non possono essere creative di nuovo diritto. Precisamente devono pur sempre contenersi nei termini di una composizione "a rime obbligate", limitandosi a trarre dal sistema la norma.

Nel caso di specie, secondo il Consiglio di Stato, si tratterebbe di una sentenza manipolativa del tipo "sostitutivo di procedura". La sentenza, cioè, fornisce già una lettura adeguatrice della legge che, dopo l'intervento della Corte, prevede l'intesa e non il parere ed è, così, da intendersi "riscritta" in conformità al dettato costituzionale.

La delega, così "corretta", non sarebbe pertanto bisognosa di essere riproposta.

Per i decreti legislativi entrati in vigore entro il termine di scadenza della delega (in tema di dirigenza sanitaria, licenziamenti disciplinari e società partecipate), sarebbe stato dunque sufficiente, così come è effettivamente avvenuto, un nuovo passaggio in Conferenza Stato Regioni o in Conferenza Unificata, a seconda dei casi, secondo la normativa vigente (d.lgs. n. 281 del 1997); stesso discorso per i decreti non ancora approntati dal Governo per i quali non erano scaduti i termini della delega, come nel caso del testo unico del pubblico impiego, da emanare in attuazione dell'articolo 17, comma 1, della legge 7 agosto 2015, n. 124.

Per i decreti legislativi ritirati dal Governo e non entrati in vigore entro il termine di scadenza della delega (in tema di riforma della dirigenza pubblica e disciplina dei servizi pubblici locali di interesse generale), parrebbe invece necessario un nuovo disegno di legge, sia pure omologo, per contenuti, a

quello dei suddetti decreti, o una nuova delega che riapra i termini (scaduti) di quella precedente, al fine di ripercorrere nuovamente il necessario iter, questa volta con l'intesa in Conferenza.

Per converso, continuano ad esplicare regolarmente i propri effetti tutti i decreti legislativi attuativi della legge 7 agosto 2015, n. 124, già emanati e non incidenti su materie di competenza regionale: tra quelli di maggior rilievo si rammentano il decreto legislativo recante modifiche e integrazioni al codice dell'amministrazione digitale (in attuazione dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124), il decreto recante norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza dei servizi (art. 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124), il decreto recante norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi (art. 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124), ed infine, per quanto di interesse ai fini del presente contributo, il decreto recante "revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza (art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124).

9. Conclusioni

L'analisi si è appuntata in particolare sulle riforme amministrative degli ultimi anni rintracciandone il comune denominatore: 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, nei limiti sopra descritti degli organi politici. Nel 2013 il legislatore ha poi inteso introdurre normative sulla trasparenza dell'attività amministrativa intesa in senso lato con il Decreto Legislativo n. 33/13, mentre col Decreto Legislativo n. 39/13 ha disciplinato le ipotesi di inconfiribilità e incompatibilità nell'attribuzione degli incarichi politici e amministrativi nelle amministrazioni anche territoriali.

Questo corpus normativo, non omogeneo e ancora da perfezionare comporta il mutamento della prospettiva attraverso cui leggere le norme sulla dirigenza, garante della legalità costituzionale dell'azione amministrativa e dell'accountability degli organi politici territoriali.

Le esigenze della salvaguardia degli equilibri di bilancio pubblico, in considerazione della partecipazione del nostro paese alla sottoscrizione del trattato internazionale denominato Fiscal Compact, la necessità di arginare fenomeni di corruzione e di rendere coerente l'azione amministrativa coi programmi ha prodotto una normativa fortemente sbilanciata sul lato dei controlli su atti e comportamenti, lasciando trasparire il vero obiettivo: rendere l'azione politico-amministrativa negli enti più rispondente a quel concetto di legalità sostanziale che costituisce preconditione dell'azione politica e che rappresenta il contenuto della gestione operativa, per gli organi burocratici.

Legalità sostanziale che si ancora ai valori costituzionali di cui agli articoli 81, 97 della costituzione e che nella trama normativa disegnata dagli articoli 5, 114, 118 della costituzione vede le autonomie locali polo, di espressione, anche giuridica, particolarmente in evidenza.

Una legalità sostanziale aperta alla dimensione dei risultati e, in particolare, di quelli programmati.

Nell'ottica dell'Amministrazione di risultato non basta costruire, per esempio, un'opera in termini di spesa economica, ma è necessario che la spesa risponda alle utilità sociali che sono collegate a questa spesa.

Un'amministrazione che trova il suo tratto essenziale nell'attenzione al risultato è, insomma, un'amministrazione che rinviene i parametri della legittimità in principi piuttosto che in prescrizioni esprimibili in termini di qualità e di quantità con conseguente passaggio da una legalità formale ad una sostanziale.

È mancato tuttavia un tassello: l'autonomia. Di questa si ha urgentemente bisogno.

L'imparzialità dell'esercizio della funzione è assicurata dalla distinzione tra indirizzo, gestione e controllo, ma l'autonomia è anche fatto che riguarda lo status organizzativo della figura dirigenziale e

il criterio di nomina del dirigente spesso non ha garantito la predetta autonomia nella prassi, al di là di ogni altra considerazione pur fatta in dottrina e condivisibile sotto un profilo astratto e teorico.

L'assenza totale di idonei criteri e principi di nomina hanno talora impedito di premiare il merito e il percorso professionale di ciascuno.

Solo il superamento di queste criticità, unitamente ad una reale autonomia dalla politica, consentirà il dispiegarsi di una nuova classe dirigente capace di esprimere al meglio le proprie potenzialità, non solo in termini di controllo di legittimità e contrasto alle pratiche illecite, ma anche e soprattutto di organizzazione manageriale e miglioramento della fase gestionale, nel rispetto, ovviamente delle scelte operate dagli organi di indirizzo politico.