

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

2

2019 · ANNO XL
aprile/giugno

QUARANT'ANNI DI AUTONOMIA
IN SPAGNA

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini
COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda

Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitaresse Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tommaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini
Josephine van Zeben

COMITATO DI REDAZIONE

Marina Caporale
Marzia De Donno
Giulia Massari
Anna Margherita Russo

REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 - 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron
Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it
EDITORE

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
tel. 0541.628111 – fax 0541.624887
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628242
Sito web: www.periodicimaggioli.it
E-mail: abbonamenti@maggioli.it

Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008
Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale,
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore
STAMPA

Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)
Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione
Pubblicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824
Direttore responsabile: Stefano Aurighi



Condizioni di abbonamento
La quota di abbonamento
alla Rivista per il 2019
è di € 136,00 da versare
sul c.c. postale n. 31666589
intestato a Maggioli s.p.a.
– Periodici, Via del Carpino, 8
– 47822 Santarcangelo
di Romagna (RN).
La Rivista è disponibile
nelle migliori librerie.
Il prezzo di vendita per singoli
numeri è di € 35,00.

Il prezzo per ciascun fascicolo
arretrato è di € 39,00.
I prezzi suindicati si intendono
Iva inclusa.

L'abbonamento decorre
dal 1° gennaio
con diritto al ricevimento
dei fascicoli arretrati ed avrà
validità per un anno.
La Casa Editrice comunque,
al fine di garantire la continuità
del servizio, in mancanza
di esplicita revoca,
da comunicarsi in forma scritta
entro il trimestre seguente
alla scadenza dell'abbonamento,
si riserva di inviare il periodico
anche per il periodo successivo.

La disdetta non è comunque
valida se l'abbonato non è
in regola con i pagamenti.
Il rifiuto o la restituzione
dei fascicoli della Rivista
non costituiscono disdetta
dell'abbonamento a nessun
effetto.
I fascicoli non pervenuti possono
essere richiesti dall'abbonato non
oltre 20 giorni dopo la ricezione
del numero successivo.



INDICE

EDITORIALE

- 285 2018: un anniversario importante per celebrare ma anche per ripensare le autonomie. Un confronto tra Italia e Spagna
Gianluca Gardini

SAGGI E ARTICOLI

- 299 Lo Stato delle Autonomie: un bilancio fra luci ed ombre
Brunetta Baldi
- 329 Aniversario de la Constitución Española y de la Carta Europea de la Autonomía Local: los gobiernos locales en España
Alfredo Galán Galán
- 367 Reflexiones para una reforma de la administración local en España
Luis Cosculluela Montaner
- 399 Reforma constitucional y modelo territorial. Preferencias ciudadanas y propuestas partidistas entre el 40 aniversario de la Constitución española y las elecciones de 2019
Fabio García Lupato
- 439 Federalismo y descentralización en América Latina. Un análisis comparativo sobre las políticas de salud y educación en Argentina y Brasil
Cristian Altavilla
- 463 Le “Città intelligenti” alla luce del principio di sussidiarietà
Graziana Urbano
- 485 Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale
Vinicio Brigante

NOTE E COMMENTI

- 525 Il luogo adatto dove bilanciare. Il “posizionamento” del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali *vs* il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019
Benedetto Ponti

OSSERVATORIO REGIONALE

- 549 Le elezioni regionali del 2019 in Sardegna
Stefano Rombi, Fulvio Venturino
- 571 Table of contents and abstracts
- 577 Notizie sugli autori

Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale*

Vinicio Brigante

Il saggio si propone l'obiettivo di dar conto della spiccata polisemia che caratterizza la nozione di corruzione, con specifico riguardo alle varie fasi dell'affidamento di commesse pubbliche. La necessità di operare una differenziazione del manifestarsi della corruzione si rende doverosa per svolgere una valutazione dell'impatto effettivo, attraverso determinati flussi di dati, dei fenomeni di distrazione del potere pubblico. Inoltre, si rileva l'opportunità di analizzare le possibili derive corruttive che si annidano in relazione alle modalità di esecuzione di opere e lavori pubblici alternativi all'appalto, quali forme di partenariato pubblico-privato. Infine, l'analisi si concentra sulla dimensione territoriale della corruzione, tema riemerso in concomitanza alla promulgazione della legge della Regione Sicilia n. 3 del 2018, che ha modificato le competenze dell'esistente Commissione parlamentare d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia, sollevando problemi di coordinamento con le funzioni dell'ANAC, peraltro non risolti adeguatamente da alcuna disposizione di legge.

1. Introduzione e premesse metodologiche

La presente indagine si propone l'obiettivo di fornire spunti e indicazioni utili alla definizione dei confini della nozione di corruzione, non nella sua accezione omnicomprensiva – obiettivo irrealizzabile in un lavo-

* L'autore intende ringraziare sentitamente il professor Ferdinando Pinto e il professor Marco Calabrò per i commenti, le correzioni, le preziose indicazioni di metodo e di ricerca rispetto a una versione precedente di questo scritto.

ro così sintetico – ma limitatamente alle diverse sfumature che la stessa assume nelle diverse fasi relative all'affidamento dei contratti pubblici, proposito che corrisponde a fornire un contributo al tema della c.d. “corruzione amministrativa”.

Tale incertezza definitoria¹ può comportare due tipi di rischi differenti; da un lato l'equivoco di sovrapporre corruzione e cattiva amministrazione², due problemi estremamente dissimili che angustiano l'apparato pubblico (su tale equivoco si v. nota *infra* 34) e – con riferimento al tema esaminato dei contratti pubblici – il rischio di non distinguere la diversa matrice corruttiva (e di conseguenza la relativa soluzione) che si annida nelle diverse fasi della gara.

Il tema della corruzione nei contratti pubblici, pur se sottoposto a permanente e diligente analisi da parte degli studiosi, palesa delle perenni aree grigie, dalle quali non ci si riesce ad affrancare; dalla mutevolezza stessa del concetto di corruzione, che si presenta in modo diverso in base alla prospettiva prescelta dall'interprete, all'incertezza sui dati e sull'impatto effettivo del fenomeno in termini di costi sociali, fino al gra-

(1) N. PARISI, *Alle origini della scelta del tema: la rilevanza dell'azione di contrasto alla corruzione nell'ambito della ricerca interdepartimentale 'Crisi dell'Eurocentrismo e futuro dell'umanesimo europeo'*, in N. PARISI, G.L. POTESTÀ, D. RINOLDI (a cura di), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 28, «a tacer di altre, si segnala in particolare la questione definitoria (non soltanto ai fini del rispetto del principio di stretta legalità dell'azione penale), che deve tenere conto di molte diverse – da Stato a Stato, ma anche all'interno di ciascun ordinamento nazionale – qualificazioni della condotta di corruzione»; analogamente si v. Id., *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *federalismi.it*, 2019. Per una ricognizione della letteratura straniera sul tema, ci si limita ai due contributi che hanno influenzato tale indagine, cfr. T. SØREIDE, *Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures*, in *Report - Chr. Michelsen Institute*, 2002 e con specifico riferimento al tema della ricerca di indici affidabili per la misurazione del fenomeno, J. FERWERDA, I. DELEANU, B. UNGER, *Corruption in public procurement: finding the right indicators*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2, 2017, pp. 245-267, secondo i quali «a large fraction of the literature using risk indicators to predict some form of criminal misconduct is plagued with econometric shortcomings, which ultimately limit them in their ability to predict risk correctly»; per una lista delle concezioni adottate, anche a livello regionale, nelle quali si forniscono contributi a una delimitazione della nozione, cfr. WP *Anti-corruption policies revisited*, in www.againstcorruption.eu.

(2) In senso parzialmente difforme da questa impostazione, cfr. M. RAMAJOLI, M. DELSIGNORE, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 61, la corruzione ha un perimetro più esteso di quello ricavabile dalla nozione penalistica e «sia riconducibile a ogni forma di abuso di funzioni pubbliche a vantaggio di interessi privati (*maladministration*)».

do tangibile di distorsione del libero mercato, legato in maniera diretta o mediata agli eventi corruttivi³.

Tale perenne e insuperata imperscrutabilità dei fenomeni corruttivi rende, se non impossibile, quantomeno particolarmente problematica la maturazione di un'approfondita padronanza del tema indagato⁴.

D'altronde, «intorno alla nozione di corruzione gravitano, con traiettorie variabili, categorie che rimandano a moduli di comportamento illecito tra loro assai dissimili, e la cui natura non sempre appare immediatamente riferibile ad una medesima matrice teorica»⁵.

La corruzione, per come emerge e può essere declinata nelle more dell'affidamento dei contratti pubblici assume aspetti multiformi che oscillano dalla distrazione patologica del potere conferito (in termini di pressione sul soggetto aggiudicatore) o in accordi che aggirano del tutto il soggetto pubblico (in relazione al vasto tema degli accordi anticoncorrenziali)⁶.

In un panorama così eterogeneo, in mancanza di un riferimento di diritto positivo, si può far discendere la corruzione amministrativa da una debole cultura della concorrenza, considerazione che ricomprende tutte le ipotesi e aggira la difformità che caratterizza le singole condotte⁷.

(3) Cfr. A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2017, pp. 582-583, il tema del contrasto alla corruzione nei contratti pubblici assume portata nodale poiché «incrocia le due grandi questioni che riguardano il sistema amministrativo nel suo complesso, e cioè la semplificazione normativa e il rilancio dell'autorevolezza e dell'indipendenza dell'amministrazione. Senza la prima non può esservi un significativo incremento della certezza ed una amministrazione di qualità: senza il secondo l'amministrazione non riuscirà ad essere un fattore di competitività del Paese, capace di assumersi la responsabilità di scelte significative e sarà destinata a delegare tali scelte alla legge o al giudice».

(4) Sul tema della, con particolare riferimento ai contratti pubblici, si v. le seguenti raccomandazioni, OCSE, *Raccomandazioni del Consiglio sull'integrità pubblica*, in www.oecd.org/gov, 2019; OECD, *Strategic approach to combating corruption and promoting integrity*, 2018.

(5) S. BELLIGNI, *Corruzione e scienza politica*, in *Teoria politica*, 1, 1987, pp. 66-81.

(6) Sul tema, cfr. M. D'ALBERTI, *Corruzione*, in *Treccani. Enciclopedia Italiana*, IX Appendice, 2015, «la gara, in sé del tutto regolare, può essere distorta a causa di un coordinamento preventivo tra le imprese partecipanti, che può dar luogo a turbativa d'asta, censurabile in sede penale, o a violazioni della normativa antitrust: vicende connesse a scambi di favori tra operatori economici e, dunque, a corruttela».

(7) OCSE, *Global Forum on Competition, Fighting corruption and promoting competition*, 2014, p. 4; F. GIAVAZZI, *Alla radice della corruzione: l'assenza di concorrenza*, in *Treccani*, Atlante,

Al quadro generale, pretorio e dottrinale, di riferimento si aggiungano i numerosi spunti di riflessione forniti dalla relazione annuale predisposta dall'ANAC e discussa in Senato, il 6 giugno 2019⁸, soprattutto in tema di elaborazione di indicatori per il rilevamento di potenziali rischi di matrice corruttiva nel ciclo dei contratti pubblici e di analisi della spesa pubblica per beni e servizi in ambito regionale, che saranno analizzati nel prosieguo.

Ulteriore fattore di complicazione, quantomeno a livello di coordinamento organizzativo e interistituzionale, è rappresentato dall'istituzione di un apposito soggetto preposto alla vigilanza, a livello regionale (Sicilia), che impone alcune riflessioni autonome (cfr. paragrafo 5).

Il fenomeno analizzato in questa sede costituisce una *nouvelle ligne de recherche* della dottrina amministrativa italiana ed europea dell'ultimo trentennio⁹; la corruzione non rappresentava un filone di ricer-

2016, «è opinione diffusa che la corruzione falsi il mercato, cioè sia un ostacolo all'attività economica. Spesso, sulla base di questa premessa si cercano di stimare i «costi della corruzione», cioè di quanto potrebbe aumentare il reddito del Paese se la corruzione venisse eliminata. È probabilmente vero il contrario. La causalità non va dalla corruzione al mercato, ma in senso opposto. Cioè sono mercati privi di concorrenza a creare il terreno fertile sul quale si sviluppa la corruzione».

(8) La versione integrale della relazione è consultabile sul sito www.anticorruzione.it.

(9) In tal senso, si v. P. PIRAS, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Dir. econ.*, 1, 2015, p. 35, «a partire dagli anni Novanta, il mutato rapporto cittadino amministrazione, l'attenzione alla qualità dei servizi da quest'ultima erogati, le esigenze di contenimento dei costi e la crescente consapevolezza della farraginosità delle procedure amministrative hanno, via via, disvelato l'incidenza crescente dei fenomeni corruttivi su organizzazione e attività»; F. PATRONI GRIFFI, *Presentazioni*, in F. MONTEDURO, S. BRUNELLI, A. BURATTI (a cura di), *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Napoli, Formez, 2013, p. 7, «Etica, integrità, lotta alla corruzione. Sono questioni entrate a far parte in modo rilevante dell'agenda politica e amministrativa del nostro Paese»; L. GIAMPAOLINO, *La lotta alla corruzione: da un ordinamento sezionale per i lavori e, poi, per i contratti pubblici, ad un sistema da alcuni definito "extra ordinem"*, in www.giustamm.it, 2017, p. 1, «già, allorché alla fine degli anni '80, si procedette alla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, che sfociò poi nella legge n. 85 del 1990, fu rilevato che il mondo del diritto amministrativo e della pubblica amministrazione in generale era rimasto del tutto assente nel dibattito che riguardava proprio i reati contro la pubblica amministrazione. Fu osservato che non si rinvenivano studi o scritti o comunque approfonditi interventi di cultura nel diritto amministrativo in questa problematica dei reati contro la pubblica amministrazione che pur presentava, per la sua intima natura, tanti aspetti ed argomenti di competenza propria del diritto amministrativo o, comunque attinenti agli studi dell'azione della pubblica amministrazione». Un'interessante disamina è stata svolta in relazione alla corruzione in relazione alle grandi infrastrutture come dimostrato dall'analisi di G. LOCATELLI, G. MARIANI, T. SAINATI, M. GRECO, *Corruption in public projects*

ca caratterizzante – o, detto in altri termini, un tema istituzionale – per l'«orizzonte culturale delle scienze amministrative»¹⁰, ammesso che sia possibile individuare l'intero plesso delle questioni sensibili e di interesse per una branca del diritto così mutevole e dinamica come il diritto amministrativo¹¹.

La corruzione in Italia palesa i sintomi di un paziente lungodegente, dimenticato su una barella per mesi e i cui dati sulla cartella clinica sono alterati a regola d'arte – e al momento più opportuno – per palesare lacune politiche o, al contrario, per glorificare la predisposizione di miracolose, quanto sedicenti, misure di contrasto¹².

and megaprojects: there is an elephant in the room!, in *International Journal of Project Management*, vol. 35, n. 3, 2017, p. 257, «*corruption affects project and megaprojects performance leading to the delivery of works with limited social benefit, poor economic returns and over-cost and building poor quality infrastructure in the wrong place. Corruption affects the quality of the project starting from the project preparation and it continues during its implementation with major acts of corruption*»; in senso conforme, si v. J. WELLS, *Corruption and collusion in construction: a view from the industry*, in T. SØREIDE, W. ALED (a cura di), *Corruption, Grabbing and Development*, Cheltenham, Edward Elgar Publ., 2014, pp. 23-24.

(10) La definizione è di S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. soc.*, 1992, p. 223.

(11) In base a uno studio statunitense condotto sulla base dello sviluppo degli studi sulla corruzione, ma pienamente mutuabile per il contesto europeo e italiano, S.B. WERNER, *New directions in the study of corruption*, in *Public administration review*, 2, 1983, p. 146, «*During the 1960s, the ethos of public administration was affected by the advent of policy analysis and by the developmental and structural-functional approaches in political science. These approaches were responsible, as will be demonstrated, for the existing gap between corruption in American social institutions and scientific knowledge about the various causes of, and remedies for, corruption*».

(12) In senso conforme, si v. G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2018, pp. 374-375, «*la lotta alla corruzione pare, in effetti, essere divenuta una lotta alla percezione della corruzione, cosicché, invece della ricerca di strumenti anche penalistici efficienti e proporzionati, vi è in atto una sistematica proposta di strumenti simbolici, in parte già adottati, che preoccupano non solo in punto di tenuta dei principi liberali ma anche per i prevedibili risultati fallimentari nello stesso contrasto alla corruzione. La lotta alla corruzione percepita è fatta di invective e di slogan, talvolta di prediche, e, per quel che qui più interessa e preoccupa, della affermata necessità della previsione di pene e altri strumenti penalistici draconiani volti a comunicare più che a prevenire. Si evoca, in particolare, un vero e proprio stato di corruzione, ovvero stato di emergenza, per ottenere l'adozione di leggi eccezionali anche penali, comunque inammissibili, ma i cui esiti possono essere persino controproducenti giacché tra le cause della corruzione può annoverarsi proprio l'eccesso di burocrazia anticorruzione. Significativa d'altra parte la disincantata constatazione che cento milioni di atti di controllo non hanno impedito la perpetrazione di un solo reato, perché la corruzio-*

L'indagine genera da una considerazione che si ritiene di poter condividere, in forza della quale «la nozione di corruzione non è unica e va al di là di quella contenuta nel codice penale»¹³.

ne e la concussione si nascondono dietro le pratiche formalmente ineccepibili»; M. JOHNSTON, *The political consequences of corruption: a reassessment*, in *Comparative politics*, 4, 1986, p. 466, «*corruption and public perception that an action is corrupt are not necessarily the same thing. We can also consider one without the other. Nor can we rely solely on opinions or perceptions: popular conceptions of 'right' and 'wrong' are ambiguous. As a result, those investigations that ask people to judge corruption discover few clear divisions between right and wrong, rather they discover a spectrum of judgments, a high number of unstable categories based on subtle and false perceptions.*».

(13) La frase è stata pronunciata dal Presidente dell'ANAC, Raffaele Cantone, durante la presentazione dell'insegnamento "Diritto della prevenzione della corruzione e della trasparenza nella pubblica amministrazione", presso l'Aula Pessina del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", l'11 dicembre 2017, di cui lo stesso Presidente Cantone è titolare. Tale posizione è confermata da un passaggio della relazione svolta in Parlamento dallo stesso Presidente dell'Autorità, il 6 giugno 2019, il cui testo è rinvenibile in www.anticorruzione.it, 2019, 2, «nella crescente consapevolezza che la corruzione non è solo la violazione di disposizioni del codice penale ma è una dimensione più generale che coinvolge la *mala gestio*, la cattiva amministrazione, il cattivo governo». In senso conforme a tale rilievo, si v. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, p. 123, «esiste, tuttavia, anche nel linguaggio giuridico un'accezione più ampia del termine, che è connessa alla prevenzione del malcostume politico e amministrativo, da operare con gli strumenti propri del diritto costituzionale e amministrativo»; F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 3, 2015, p. 484, «la nozione di corruzione che il legislatore, anche sulla scorta delle indicazioni internazionali, ha di mira, è più estesa rispetto a quella disciplinata dal diritto penale, risolvendosi in sostanza nel fenomeno del tradimento della cosa pubblica e dell'uso dei poteri per ottenere vantaggi privati»; F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 180, la nozione di corruzione è particolarmente ampia ed è assimilabile a quella di *trading in influence* contenuta nel Trattato di Strascburgo del 1999 e nella Convenzione di Merida del 2003, «in quest'ottica lo scambio corruttivo si manifesta attraverso una serie di reati (dazione o sollecitazione di tangenti, riciclaggio, traffico di influenze, peculato, malversazione, abuso di poteri, illecito arricchimento)»; S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2014, p. 28, la prima parte del PNA, dedicata alle strategie di prevenzione, sottolinea che le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica, ma «anche questo tentativo di ampliamento dei comportamenti corruttivi al di là della sfera penalistica risulta inefficace perché la descrittiva ora riportata nulla aggiunge alla fattispecie del reato di corruzione di cui all'art. 318 cod. pen.». D'altronde, se si accogliesse tale impostazione, si negherebbe – in maniera implicita – autonomia scientifica ad un'opera che rappresenta un punto cardinale di insuperato pregio per il tema in questione, da un punto di vista metodologico e contenutistico, nel cui titolo, il sostantivo "corruzione" è accompagnato dall'aggettivo "amministrativa" e il riferimento è a F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli Editore, 2010. Sul tema, si ritengono condivisibili le considerazioni di E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 3, 2017, p. 447, la corruzione si può configurare attraverso condotte che, senza integrare un reato, costituiscono «deviazioni da *standard* (anzitutto legali) di comportamento, un abuso di

A supporto di tale impostazione, anche la disciplina codicistica del reato di corruzione appare frammentaria e lascia intenzionalmente traparire «il germe di disgregazione»¹⁴ che informa i fenomeni corruttivi. L'abbandono della nozione codicistica della corruzione rappresenta uno snodo fondamentale; l'approdo a una dimensione più ampia del fenomeno comporta l'incognita di un'estensione eccessiva del concetto, con il relativo rischio di inglobare all'interno dell'istituto della corruzione – che, seppur amministrativa, rappresenta una situazione patologica, come tale da arginare – una serie di temi di difficile collocazione sistematica, come il tema della regolazione del *lobbying*¹⁵. La permeabilità, che talvolta si tramuta in passività, delle amministrazioni rispetto alle pressioni dei gruppi di interesse, in assenza di specifica regolazione da parte del legislatore, che ne legittimerebbe il corso, può facilmente confluire in fenomeni di sviamento patologico della decisione amministrativa, dovuto a fattori esterni.

Con l'ampliamento incontrollato della nozione di corruzione, al netto dell'eventuale aggiunta dell'aggettivo caratterizzante, si corre il rischio di equiparare situazioni estremamente diverse, che, come tali, devono essere tenute distinte nel momento valutativo da parte dell'ordinamento, anche in relazione alle contromisure da adottare. In altri termini, l'e-

potere da cui derivano vantaggi personali, la violazione dell'interesse comune per ottenere vantaggi personali, lo scostamento tra condotte e giudizio dell'opinione pubblica, la valutazione dei mass media: *standard* legali, cura dell'interesse pubblico, scandalo pubblico, sono alcune delle coordinate entro le quali si inseriscono le numerose definizioni del fenomeno della corruzione, la cui estensione è dunque sensibilmente variabile in ragione del criterio scelto, dalla sensibilità sociale delle diverse condotte, del perimetro normativo di attenzione dei diversi comportamenti devianti». Infine, si rinvia alla recente analisi di R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci Lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018 (spec. capitolo 1).

(14) In tal senso, si v. R. VENDITTI, (*Delitti di*) *corruzione*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1962.

(15) Il tema non può essere approfondito in questa sede, ma si rinvia al recente lavoro di E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2017, pp. 371-411; si v. il fascicolo 3-4, 2018 di *questa Rivista* (numero monografico *Il cantiere delle lobbies*) per una raccolta di studi sul tema. A tal proposito si segnala l'intervenuta adozione di un apposito regolamento approvato dall'ANAC in via definitiva il 6 marzo 2019 («Regolamento disciplinante i rapporti fra ANAC e i portatori di interessi particolari presso l'Autorità nazionale anticorruzione e istituzione dell'Agenda pubblica degli incontri») che persegue l'obiettivo di rilevare e rendere pubbliche le interazioni con i portatori di interessi che potrebbero influenzare le attività e i procedimenti di esercizio, attuale o futuro, delle funzioni istituzionali attribuite all'Autorità dalla normativa vigente.

stensione concettuale potrebbe condurre a un sistema basato sul sospetto sistematico e all'errata convinzione di poter affidare alle aule di giustizia la ricerca di una soluzione ottimale al problema¹⁶.

Con specifico riferimento al tema dei contratti pubblici, la corruzione (amministrativa) si sovrappone al tradimento del valore della concorrenza, unico fattore leso in maniera trasversale dalle molteplici fattispecie che possono emergere.

La componente amministrativa del fenomeno si riflette in una serie di condotte che, seppur non soggette ad alcuna sanzione diretta, sono indesiderate (*unwelcome*, per utilizzare la ricostruzione particolarmente rappresentativa di autorevole dottrina¹⁷) dall'ordinamento.

Il saggio si propone di fissare le coordinate minime per fornire un contributo allo studio della declinazione di corruzione, più appropriata rispetto al complesso tema dei contratti pubblici e delle relative modalità di misurazione e quantificazione, in termini di distorsione della libera concorrenza.

In premessa, appare opportuno disattendere le teorie che rintracciano nella corruzione un possibile incentivo all'efficienza, attraverso la conservazione di un livello ottimale di corruzione (*optimal amount of corruption*), individuato in base a un calcolo effettuato tra i costi determinati dalla corruzione e i costi della lotta contro la stessa, per determinare un'utilità della voce di spesa pubblica dedicata al tema in esame¹⁸. Analogamente, la distorsione di matrice corruttiva nell'affidamento dei servizi pubblici non può essere annoverata tra le imperfezioni del mer-

(16) Il tema del sospetto è stato ampiamente trattato in relazione ai numerosi interventi legislativi in tema di trasparenza, tra cui M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *questa Rivista*, 3-4, 2013, pp. 657-690 e D.U. GALETTA, *Trasparenza e contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?*, in *Dir. soc.*, 1, 2017, pp. 43-68.

(17) Il termine è stato utilizzato da A. POLICE, *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Dir. econ.*, 2, 2015, p. 190, «*In administrative law, in fact, has been elaborated a notion of corruption broader than criminal law that refers to conduct that is source of liability or otherwise not exposed to any sanctions, but they are unwelcome to the legal system.*».

(18) Sul tema, si v. R. KLITGAARD, *Controlling corruption*, Berkeley, University of California Press, 1988; J.S. NYE, *Corruption and political development: a cost-benefit analysis*, in *The American Political Science Review*, 2, 1967, p. 416.

cato non dannose, che conducono alla teoria economica della concorrenza efficace, o *workable competition*¹⁹.

Secondo un'interessante analisi – condotta in via meramente empirica, quindi priva di riscontri controfattuali – sarebbe opportuno creare un regime di corruzione organizzato, che risulterebbe meno dannoso per l'economia, proprio perché prevedibile²⁰. In tal modo, la corruzione muterebbe veste, trasformandosi in un vero e proprio onere fiscale da ottemperare per le imprese, che come tale – dal punto di vista del corrotto, e quindi dell'impresa – può essere preventivamente pianificato nel bilancio di spesa.

In relazione a una prospettiva di ricerca diversa – sul tema degli arbitrati sugli investimenti internazionali – si registra un dualismo tra due teorie, incompatibili tra loro, rispetto al tema della corruzione, che, operati i dovuti accorgimenti rispetto alla specificità del campo di ricerca nel quale è stato sviluppato, può essere adottato nel diritto amministrativo. Secondo una prima impostazione, il c.d. *eyes shut approach*²¹, sarebbe

(19) In base a tale teoria, elaborata da J.M. CLARK, *Toward a concept of workable competition*, in *The American Economic Review*, 2, 1940, l'eventuale presenza di imperfezioni del mercato non è sempre dannosa, e il verificarsi di una perdita di indipendenza di un operatore non necessariamente influisce negativamente sul funzionamento del mercato; tale teoria è richiamata da A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, pp. 2-5. In senso critico sul tema della *workable competition*, si v. S.H. SONSICK, *A critique of concepts of workable competition*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 3, 1958, pp. 380-423, mentre per un approccio differenziato sul tema, si v. J.W. MARKHAM, *An alternative approach to the concept of workable competition*, in *The American economic review*, 3, 1950, pp. 349-361; recentemente, in relazione a un tema che merita autonomo approfondimento, si segnalano le considerazioni di G. ZARRA, *Corruption in international investment arbitration: in defence of the "zero tolerance" approach*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2017, p. 1039, «there is unanimity among scholars on the necessity to fight corruption, considered to be more odious than theft, as one of the most heinous crimes of global proportion and something which crushes the potential benefits of free market forces, as well as raising serious moral and political concerns, undermining good governance and economic development and distort(ing) international competitive condition».

(20) In tal senso, cfr. A. SHLEIFER, R.W. VISHNY, *Corruption*, in *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1993, p. 599, «an organized corruption regime may be more extractive in asking for more bribes, but at the same time may be less harmful because it is more predictable. An organization with discretionary power concentrated at the top may not vary agreed upon deals, which lessens the level of uncertainty in gaining favorable treatments in exchange for bribery».

(21) Sul tema, si rinvia all'analisi di K. BENZ, *Proving bribery, fraud and money laundering in International Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 138-139.

opportuno approdare a un approccio più permissivo, coerentemente con la carenza di dati attendibili e la conseguente impossibilità di applicare il principio di condannare oltre ogni ragionevole dubbio, elemento che, tuttavia, costituisce il punto debole di tale teoria. Tale impostazione deve esser disattesa, in coerenza con la polisemia della nozione di corruzione e il relativo allargamento della componente amministrativa del fenomeno, che rende il richiamo al principio di cui all'articolo 27 della Costituzione parzialmente inappropriato, poiché non ci si riferisce (o quantomeno, non solo) alla commissione di un reato.

Per differente ricostruzione, accolta in questa sede – il c.d. *zero tolerance approach*²² – ogni comportamento che configuri uno sviamento di tipo corruttivo dell'interesse pubblico deve essere condannato dall'ordinamento, attraverso le misure più proporzionate alla condotta²³.

Quest'ultima teoria deve essere accolta molto di là delle statistiche e degli studi di settore, poiché la corruzione che si annida nell'intera filiera della decisione pubblica mina l'eguaglianza tra i portatori dell'offerta, tradisce il mercato, inteso quale fitta di rete di rapporti tra diversi soggetti e non nell'accezione di singole «relazioni faccia a faccia, l'io-tu di Martin Buber»²⁴.

In altri termini, è maturata una solida e inscalfibile consapevolezza, in base alla quale la corruzione altera, in maniera svantaggiosa per l'intero sistema economico, il funzionamento del libero mercato, che deve pertanto essere affrancato «dalle degenerazioni clientelari della politica

(22) *Ex multis*, si v. I. KERUSAUSKAITE, *Anticorruption in International development*, New York, Routedge, 2017, pp. 70-94.

(23) Seppur in una prospettiva puramente penalistica, restano pienamente valide le considerazioni di A. GUARINO, *I limiti della corruzione*, in *Dialectica*, 1971, pp. 162-163.

(24) G. CORSO, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 4, richiama il celebre saggio di M. BUBER, *L'io e il tu* (trad. it.), Pavia, Bonomi, 1991; per M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 77, la corruzione è un fattore di limitazione e alterazione patologica del principio di concorrenza, «se la disciplina degli appalti pubblici e la prassi delle stazioni appaltanti consentono in modo sistematico distorsioni, il risultato finale è quello di indebolire le imprese e in ultima analisi la capacità competitiva del sistema economico».

e dai possibili abusi di una burocrazia infedele»²⁵, per salvaguardare il principio della libera concorrenza da manipolazioni patologiche.

2. Tentativi volti alla ricerca di una declinazione adeguata del concetto di corruzione nell'affidamento di commesse pubbliche

La ricerca non si pone l'obiettivo – peraltro ontologicamente irraggiungibile per ciò che si dirà – di fornire una definizione esaustiva di corruzione, ma propone di declinare la stessa in relazione alle negoziazioni pubbliche ed eventualmente graduarla per ogni singola fase che caratterizza il rapporto tra stazione appaltante e soggetto privato²⁶.

Come accennato in precedenza, nelle diverse fasi di gara la corruzione assume fisionomie mutevoli, caratterizzate da una componente comune – che potrebbe rappresentare, se non la matrice di futuri disegni di legge, quantomeno indice rivelatore di distorsione del mercato – ossia il tradimento della concorrenza²⁷.

Sul tema indagato, si registrano studi accurati e pregevoli analisi, che analizzano la corruzione dal punto di vista della natura del fenomeno²⁸ o, in

(25) F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 25.

(26) Cfr. E.E. COCCIOLIO, *Corruzione, etica amministrativa e "autoregolazione regolata" dei pubblici poteri*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 6-7, 2005, p. 174, «le diverse prospettive di analisi e l'utilizzo del vocabolo corruzione in contesti differenti hanno spinto a mettere in dubbio la stessa possibilità di una definizione universale di corruzione. Il dibattito vede contrapporsi i relativisti che pongono l'enfasi sugli aspetti micro-culturali e quanti, invece, propugnano per un modello etico ancorato ai diritti fondamentali».

(27) La prospettiva non è recente, come dimostrato da C. BLISS, R. DI TELLA, *Does competition kill corruption?*, in *The Journal of Political Economy*, 5, 1997, p. 1001, secondo cui «an approach to corruption control based on economics suggests that increasing competition may be a way to reduce the returns from corrupt activities. The presumption is that no bribes can occur in markets in which perfect competition prevails, when there are no excess profits from which to pay the bribes»; per una puntuale analisi sul tema, da un punto di vista economico, cfr. A. LAMBERT-MOGILANSKI, *Corruption and competition in procurement auctions*, in *Journal of Economics*, 2005, pp. 3-15.

(28) S. CASSESE, *"Maladministration" e rimedi*, in *Foro it.*, V, 1992, p. 243, la corruzione può essere declinata «nell'indifferenza all'efficienza, nella resistenza al cambiamento»; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 384, «esiste un altro tipo di corruzione che riguarda profili oggettivi: è la degenerazione del sistema istituzionale e amministrativo in sé; in altri termini la corruzione intesa come disfacimento delle regole»; D.J. GOULD, J.A.

alternativa, in base agli effetti negativi generati dalla stessa sulla coesione sociale²⁹ e sulla libera concorrenza, prospettiva prescelta in questa sede, in quanto intrinsecamente legata all'esternalizzazione dei servizi pubblici. A fronte di una generalizzata indefinitezza della nozione in esame, un'analisi condotta in conformità a specifici parametri economici, ha definito la corruzione «un calcolo criminale razionale, ossia un reato di opportunità»³⁰. Tale impostazione, per quanto patrocinatoria di dati, se non pienamente affidabili, quantomeno verosimili, non può essere applicata al tema dei contratti pubblici, nei quali la corruzione rimane pulviscolare e come tale imponderabile e impercettibile, poiché si sviluppa, in maniera non preventivabile e tracciabile, nei due rapporti di agenzia³¹, nei quali entrambi i soggetti sono interessati a celare l'accordo illecito³².

AMARO-REYES, *The Effects of Corruption on Administrative Performance: Illustrations from Developing Countries*, Washington DC, World Bank Publications, 1983, p. 2, «no single commonly accepted definition of corruption exists».

(29) In tal senso, si v. G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, pp. 346-375, «la discriminazione connessa alla corruzione compromette la coesione sociale, che trova fondamento nel principio di solidarietà, ove assumono rilevanza i doveri verso i consociati in ragione di un legame che il richiamato principio di solidarietà pone tra i cittadini»; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in *Ius Publicum*, 2014; F. PATRONI GRIFFI, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in *federalismi.it*, 14, 2014, p. 3, «ogni disuguaglianza è un attentato alla coesione sociale e ha una forza disaggregante, e in ultima analisi disgregante, di una comunità. Non esiste una politica del settore pubblico, ma una serie di azioni convergenti verso l'efficienza del sistema amministrativo e la sua sottrazione a fenomeni di *maladministration* e di corruzione».

(30) M. JOHNSTON, *The definitions debate: old conflicts in new gives*, in A.K. JAIN (a cura di), *The political economy of corruption*, New York, Routledge, 2001, p. 19.

(31) M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., p. 83, il riferimento è al rapporto tra l'amministratore e il fornitore, e alla relazione interna, tra la stazione appaltante e il soggetto in concreto preposto alla gestione della procedura di gara; sul tema si v. M. RICCHI, *Finanza di progetto nelle Regioni del Mezzogiorno. Competenze, strategie e strumenti di regolazione per attivare efficienti operazioni di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. giur. Mezz.*, 4, 2012, pp. 855-918.

(32) Cfr. F. MANGANARO, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2014, pp. 6-8 «la corruzione è il reato degli infedeli, cioè il tradimento della funzione pubblica da parte di chi dovrebbe garantirla. È un fenomeno multiforme di difficile identificazione, poiché corruttore e corrotto, avendo entrambi dei vantaggi, non denunciano il patto criminoso»; S. RODOTÀ, *Elogio del moralismo*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 32 citato da P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb. e app.*, 2, 2015, p. 130, «la corruzione è la morte della moralità pubblica».

L'analisi secondo cui la corruzione aumenta in maniera proporzionale rispetto alle funzioni amministrative attribuite appare pienamente condivisibile, poiché la stessa si pone quale ineliminabile conseguenza dello sviluppo³³. La nozione indagata ha assunto connotazioni differenti nel corso degli anni, poiché sono state ricomprese nell'ampia e eterogenea categoria dei comportamenti corruttivi, eventi e fattispecie rispetto alle quali risulta difficile rinvenire un minimo comune denominatore.

Per tali ragioni, è opportuno operare una distinzione tra la corruzione sistemica e l'attuale conformazione della fattispecie, che si assesta su un rinnovato piano individuale³⁴. Tuttavia, su tale aspetto, si registra un'autorevole e qualificata posizione difforme, secondo la quale, il conferimento delle funzioni di cui era titolare la soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, alla Autorità nazionale anticorruzione, avvenuta con la legge 11 agosto 2014, n. 114, avrebbe accordato «evidenza semantica alla riconosciuta sistematicità del fenomeno»³⁵.

(33) B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 16, «lo sviluppo economico e l'evoluzione dei sistemi di governo portano con sé il rischio di maggiore corruzione».

(34) In tal senso si v. F. PINTO, *Il mito della corruzione. La realtà della malamministrazione*, Roma, Aracne, pp. 12-25, «Nel mondo moderno, sempre più spesso, si ripetono parole e slogan senza comprenderne il senso. L'analisi di un fenomeno complesso come la corruzione non sfugge a questa cattiva consuetudine. Per poter uscire dal conformismo, deleterio e pericoloso, che ne deriva, occorre sfatare qualche facile mito e dire qualche verità nascosta. La cattiva amministrazione ha cause complesse, la corruzione è solo una componente che bisogna combattere attraverso una maturità finalmente compiuta degli apparati di governo. Si tratta di trovare ricette non semplici nel mondo degli attuali mezzi di comunicazione, in cui la convinzione più sbagliata, ma più immediatamente percepibile è quella che più rapidamente si diffonde»; Id., *La corruzione, Caporetto e "la sindrome del generale Cadorna"*, in www.lexitalia.it, 2017; in via deduttiva, si può pervenire alle stesse conclusioni, sulla base delle argomentazioni di A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 291 «le regole della corruzione si adattano plasticamente al cambiamento delle regole formali, che così incidono solo superficialmente sulla realtà del fenomeno. Se c'è l'aspettativa diffusa, la convinzione radicata che nel sistema appalti il ricorso alla corruzione sia modello di condotta generalizzato e vincente, allora queste regole – e non le norme di diritto amministrativo e penale – diventano la reale bussola cognitiva che indirizza inesorabilmente le scelte di tutti i soggetti coinvolti verso l'esito atteso e desiderato: la spartizione della rendita attraverso lo scambio corrotto».

(35) G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici*, cit., p. 349. Sul tema, in senso ampio, si v. D.F. THOMPSON, *Ethics in congress: from individual to institutional corruption*, Washington DC, The Brookings Institutions, 1995.

Un primo elemento di complessità è rappresentato dall'accertata frammentarietà del concetto di corruzione, nozione multilivello che oscilla, costantemente e senza possibilità di tracciarne il percorso, «tra dimensione legale, etica ed economica»³⁶.

Un ulteriore elemento che complica la ricerca di una nozione unitaria è lo scorrere del tempo; la percezione della corruzione muta in relazione al contesto territoriale, ma anche in base al periodo storico considerato³⁷. A tal proposito, due accademici hanno condotto la medesima analisi, in tema di ricerca della definizione di corruzione, a distanza di circa trent'anni dalla prima, avente le stesse finalità e lo stesso oggetto, per rilevare difformità e convergenze³⁸. Se da un lato, si rileva una crescente tensione e sensibilità legislativa verso la tematica in esame, dall'altro si registra una costante inadeguatezza delle misure adottate, che hanno oscillato costantemente tra i poli della prevenzione e della repressione, con approcci miopi e limitati, senza alcuna logica fondata su equilibri di lungo periodo³⁹.

(36) G. FIDONE, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Riv. giur. Mezz.*, 3, 2016, p. 753; in senso conforme, cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. MELIS (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, CUEN, 1999, p. 183.

(37) Cfr. V. MUSACCHIO, *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta amministrativa*, 1-2, 2012, p. 306, si pensi al clima di sfiducia generalizzato che aveva condotto alla promulgazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la c.d. legge Merloni e al relativo impatto che lo strutturato impianto di corruttela emerso aveva avuto sull'assetto organizzativo – con l'istituzione della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici – e sulle modalità di affidamento di commesse pubbliche.

(38) I due saggi, redatti da G.E. CAIDEN, N.J. CAIDEN SONO *Administrative corruption*, in *Public administration review*, 1977, pp. 301-309 e *Administrative Corruption (1977). Revisited*, in *Philippine Journal of Public Administration*, 1994, pp. 1-16.

(39) Sul punto, si ritengono condivisibili le considerazioni svolte da F. ROTA, *La gestione del rischio nel contrasto alla corruzione: interventi specifici e qualità dell'amministrazione*, in *P.A. Persona amministrazione*, 1, 2018, p. 286, «l'efficienza di un sistema nei confronti del rischio è connessa all'individuazione di un giusto equilibrio tra misure preventive e misure successive previste per fronteggiarlo, tra gestione del rischio ed emergenza. Senza voler guardare ad altro, sembrano evidenti gli effetti che un eccessivo ricorso all'emergenza può comportare in termini di conculcazione di diritti e, allo stesso tempo, sembrano evidenti i costi di un ricorso eccessivo alla prevenzione»; sull'impatto dell'approccio preventivo, da ultimo, si v. R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Rivista delle società*, 1, 2018, pp. 233-253.

Le diverse teorie sulla nozione stessa di corruzione sono sintetizzate in tre modelli autonomi ma collegati, che rinvergono i rispettivi centri gravitazionali nella legalità, negli interessi sensibili e nell'opinione pubblica⁴⁰.

La ricostruzione che rinviene l'angolo visuale ottimale nella legalità appare preferibile, anche se tale teoria, nel suo sviluppo embrionale, si fondava su un modello basato sulla violazione di una norma di comportamento o di uno *standard* formale⁴¹; tale equiparazione deve essere sottoposta a revisione critica, poiché sono accomunate due fattispecie aventi un grado di precettività diverso.

La polisemia diventa ancora più percepibile allorché si provi a fornire una definizione di corruzione per l'affidamento di contratti pubblici, poiché si crea una saldatura tra gli interessi del polo politico e del polo economico⁴², tale da non far trasparire né la condotta, né le relative modalità e prassi applicative.

In altri termini, nel settore dei contratti pubblici, la corruzione complessa, che coincide con la componente politica del fenomeno, e la corruzione semplice, che riguarda invece il tema delle decisioni amministra-

(40) Sul tema si v. M. JOHNSTON, A.J. HEIDENHEIMER, *Political corruption. Concepts and context*, New York, Routledge, 2017; in senso critico, si v. O. KURER, *Corruption: an alternative approach to its definition and measurement*, in *Political studies*, n. 1, 2005, pp. 222-239, secondo cui l'impostazione fornita da Heidenheimer, che ha condizionato in modo decisivo lo sviluppo degli studi sulla corruzione, appare inattuale, ed è necessario individuare quale centro gravitazionale dell'analisi la nozione di imparzialità. Per differente ricostruzione, si v. E. GARZÓN VALDÉS, *Acerca de la tesis de la separación entre Moral y Política*, in *Derecho, ética y política*, 1993, p. 26, che utilizza una triplice prospettiva fondata su modernità, sistema normativo rilevante e moralità. L'intera costruzione dogmatica parte dalla suddivisione operata tra il sistema normativo rilevante, costituito dall'intero plesso di disposizioni vigenti, e il sistema normativo giustificante, gerarchicamente superiore, poiché dotato della capacità di autolegittimazione, certificata dalla presenza di regole etiche e morali. Questa ricostruzione, per quanto condivisibile, non può essere oggetto di trattazione in relazione ai contratti pubblici, poiché sono sottoposte a valutazione critica condotte contrarie alla sola etica, ossia una corruzione della quale non possono occuparsi i pubblici poteri. Una sintesi ottimale è operata da Y. MENY, *La corruption de la République*, Parigi, Fayard, 1992, p. 305, secondo cui la corruzione costituisce violazione di norme etiche protette giuridicamente.

(41) F. CAZZOLLA, *Della corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 11-15.

(42) E.U. SAVONA, L. MEZZANOTTE, *La corruzione in Europa*, Roma, Carocci Editore, 1998, p. 29, «la corruzione nel settore degli appalti è uno degli indicatori fondamentali per capire quanto un sistema politico-economico sia afflitto da corruzione».

tive *strictu sensu* intesa, tendono a sovrapporsi e a smarrire la propria autonomia⁴³.

Un'autorevole analisi fenomenologica della corruzione ha prospettato un modello di corruzione che ruota intorno al concetto di discrezionalità amministrativa – per l'ottenimento di una concessione, l'aggiudicazione di un contratto o del ruolo di *partner* nell'ambito di una modalità alternativa di esecuzione delle opere pubbliche – che deve essere privilegiato in questa trattazione, con opportuni accorgimenti da operare in relazione al momento diacronico della gara in cui ci si trova.

Tale considerazione rappresenta un passaggio logico di notevole rilievo per la trattazione, poiché ci si riferisce alla ricerca continua della c.d. "buona discrezionalità"⁴⁴, in perenne antitesi con «decisioni assunte attraverso percorsi tortuosi e accidentati in cui le soluzioni scaturiscono da progressivi aggiustamenti tra le parti»⁴⁵ e può essere precisato mediante il richiamo a autorevoli posizioni dottrinarie.

Le pubbliche amministrazioni, se private del margine di scelta connesso allo svolgimento dei loro compiti, rischiano di diventare «cittadelle assediate, dove non c'è più discrezionalità, i burocrati sono preoccupati o addirittura spaventati, preferiscono non decidere, resta ben poco dell'arte dell'amministrare»⁴⁶.

La corruzione risulta essere particolarmente diffusa in ogni fase del *public procurement cycle*, dalla definizione dei fabbisogni fino al termi-

(43) *Ivi*, p. 28, corruzione complessa e corruzione semplice compongono idealmente una piramide, «tutte e due le parti – quella privata e quella pubblica – avevano un interesse convergente verso la definizione di transazioni illecite. Nessuno ci rimetteva, soprattutto quando il rapporto diventava organico e comunque non occasionale».

(44) B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 616.

(45) La citazione è di L. BOBBIO, *La democrazia non abita a Gordio: studio sui processi decisionali politico amministrativi*, Milano, Franco Angeli, 1996, p. 11.

(46) Estratto di un'intervista a S. CASSESE, pubblicata su *Il Corriere della Sera*, il 30 ottobre 2017 e, in senso conforme, cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 1128-1137, «l'ordinamento nazionale limita la discrezionalità dell'amministrazione, considerata una fonte di possibile arbitrio, con una serie di precetti puntuali che tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione spesso producono l'effetto paradossale di rendere più incerta la disciplina positiva, secondo un approccio che è gradito allo stesso apparato burocratico che preferisce fuggire dall'assunzione di responsabilità».

ne dell'esecuzione⁴⁷; per le difficoltà definitorie summenzionate, si opta per una trattazione disgiunta della declinazione del fenomeno nella fase pubblicistica e in quella privatistica, per una mappatura ottimale delle aree più esposte e permeabili ai fenomeni di *maladministration*⁴⁸, di cui la corruzione rappresenta una componente, e non necessariamente la più significativa⁴⁹.

Le ragioni dell'affluenza dei rischi di corruzione nella filiera delle aggiudicazioni di opere pubbliche risiede nelle ingenti somme di denaro implicate, a vario titolo, nello svolgimento di suddette procedure⁵⁰, che esercitano una *vis* attrattiva notevole, con il rischio di drenare dal sistema economico pubblico risorse di rilevante entità.

2.1 Corruzione nella fase pubblicistica: la distrazione patologica della discrezionalità

In premessa, appare pienamente condivisibile il rilievo secondo il quale i fenomeni collusivi e corruttivi sono stati favoriti dalla separazione dell'operazione economico-contrattuale in due parti, che si riflette nelle differenti giurisdizioni poste a presidio delle distinte fasi, divisione che non assicurato legalità e immunità all'intero sistema⁵¹.

(47) G.M. RACCA, S. PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. SCOMPARI (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 112.

(48) Sul tema, cfr. K.C. WHEARE, *Maladministration and its remedies*, London, The Hamlyn Trust, 1973, p. 2, «*the whole subject of the prevention and cure of maladministration by government officials embraces and involves consideration of a far wider field than that of remedies designed to put right an act of maladministration after it has occurred. It opens up the great questions of how a civil service should be recruited, trained, and organised so that it can be capable of providing good administration and thereby avoiding maladministration*», nel quale si evince che il tema della *maladministration* è causato da fattori differenti ed estranei a quelli di matrice tipicamente corruttiva; E. CHITI, *Mismanagement by European agencies: concerns, institutional responses, and lessons*, in J.B. AUBY, E. BREEN, T. PERRAUD (a cura di), *Corruption and conflict of interests. A comparative law approach*, Cheltenham, Edward Elgar Publ., 2014, pp. 253-258.

(49) Sull'errata impostazione che predilige una sovrapposizione concettuale tra corruzione e cattiva amministrazione, si rinvia nuovamente al lavoro di F. PINTO, *Il mito*, cit., pp. 35-62.

(50) In base ai dati forniti dal Ministero dell'economia e delle finanze, *Documento di economia e finanza*, 10 aprile 2016, 20, il valore totale degli appalti pubblici assegnati nel 2016 corrisponde all'8,1% del Pil nazionale.

(51) Per un approfondimento più ampio, si v. A. POLICE, *La tutela giurisdizionale*, in C. FRANCHINI

Originariamente – e la legislazione italiana post-Tangentopoli lo dimostra in maniera chiara – era profondamente radicata la convinzione che i fenomeni corruttivi si annidassero maggiormente nella fase della predisposizione dei bandi e dell'aggiudicazione. Come dimostrato dai rilievi operati dalla soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ogni singolo momento della procedura ad evidenza pubblica è permeabile a pressioni di tipo corruttivo, con l'esclusione dell'esistenza di aree o momenti procedurali sensibilmente più esposti rispetto ad altri.

Nella fase embrionale, ossia quella della programmazione dell'intervento pubblico e dell'individuazione dei fabbisogni, la corruzione si manifesta attraverso la redazione di bandi su misura, predisposti appositamente per una determinata impresa o, più a monte, attraverso l'approvazione di progetti sovradimensionati, sopravvalutati o inutili⁵²; questa fase, anche in termini di obblighi di trasparenza, appare trascurata dal legislatore⁵³.

Nella prima fattispecie si apprezza il paradigma classico dello sviamento, in senso patologico-corruttivo, del potere discrezionale conferito alla stazione appaltante⁵⁴; il grado di coercibilità operata dal corruttore e la relativa connivenza dell'ente aggiudicatore rileva solo in sede di predisposizione delle sanzioni. La frammentazione, o polverizzazione, della domanda pubblica in capo a una platea sproporzionata di soggetti ag-

(a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 749-753; F. SATTA, *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, pp. 1643-1650.

(52) N. STANSBURY, *Exposing the foundations of corruption in construction*, in *Transparency International. Global corruption report*, 2015, p. 36.

(53) Sul tema, si v. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2015, p. 327, «una stazione appaltante, al momento della redazione della *lex specialis* di gara e dei documenti tecnici, che delineano il contratto di cui ha bisogno, potrebbe richiedere prestazioni, caratteristiche, requisiti che, seppur in apparenza pensati per una gara pubblica, in realtà sono predisposti ad hoc per una o più imprese pre-individuate le quali divengono le uniche concretamente candidate ad aggiudicarsi il contratto».

(54) In tal senso, può essere utile richiamare la prospettiva adottata dalle scienze sociali che configura la corruzione come «*abuse of entrusted power for private gain*», come si rileva dalla definizione fornita da J. POPE, *Confronting corruption: The elements of a national integrity System*, Berlino-Londra, Transparency International Source Book, 2000, p. 34.

gravava tale circostanza, alla quale si è posto, in parte, rimedio con le norme in materia di aggregazione della domanda e di centralizzazione delle committenze⁵⁵, in un'ottica tesa alla razionalizzazione della spesa pubblica.

Nella seconda fattispecie, la stazione appaltante potrebbe ricoprire un ruolo meramente passivo, in quanto la decisione amministrativa (*rectius* aggiudicazione) risulterebbe essere la mera esecuzione di una specifica volontà politica; nel caso in cui, al contrario, la stazione appaltante fosse connivente, si configurerebbe un'identità di interessi tra il polo politico, la componente amministrativa e il settore privato.

In tale fase, la corruzione si può configurare attraverso la trasmissione di notizie rilevanti al soggetto privato da parte della stazione appaltante; tale flusso di informazioni assume una portata nodale per il tema in esame, poiché, a causa dei lunghi intervalli temporali tra le controprestazioni, l'impresa può adeguare l'offerta alle richieste del bando, vanificando il valore della concorrenza, che una regolare gara pubblica è tenuta a preservare.

Alternativamente, le imperfezioni e gli errori presenti nella programmazione per la definizione della domanda pubblica complessiva possono causare situazioni di emergenza che diventano di per sé terreno fertile per i fenomeni corruttivi, anche a causa dell'interpretazione estensiva della nozione stessa di emergenza nell'ordinamento italiano, in relazione allo sviluppo infrastrutturale⁵⁶.

(55) Sul tema, cfr. L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, pp. 443-451; G. FIDONE, F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro. amm.*, 11, 2014, pp. 2995-3029; M. MACCHIA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2017, pp. 50-59.

(56) D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 66-73, «il diffondersi della cultura dell'emergenza accompagna il ricorso a una vasta tipologia di provvedimenti eccezionali e di disposizioni in deroga alla normativa vigente, dovuti al sopravvenire di condizioni dichiaratamente straordinarie o imprevedibili. Peraltro, la stessa nozione di emergenza in Italia ha subito nel corso del tempo un significativo «stiramento del concetto». Il ricorrere di presunte condizioni di emergenza è stato invocato con successo, ad esempio, per i lavori dei mondiali di calcio di Italia '90 e per altri eventi certamente non imprevedibili». A ciò, si aggiunga il ricorso indiscriminato a normative speciali e a regimi derogatori, tra i quali, il caso delle opere appaltate per l'EXPO 2015 appare emblematico, per la realizzazione delle quali le ordinanze del Presidente del Consiglio

In riferimento alla redazione del bando di gara, si rileva che lo stesso può costituire un formidabile strumento per avvantaggiare lo sviluppo dei processi corruttivi, attraverso due modalità alternative e contrapposte. Il bando può essere redatto in maniera così dettagliata, tale da avvantaggiare un'impresa prestabilita o, al contrario, in maniera così generica da accrescere il grado di discrezionalità nella fase di selezione delle offerte, con criteri di valutazione e selezione poco chiari⁵⁷.

Un'altra modalità classica consiste nella previsione di soglie di sbarramento particolarmente stringenti o condizioni penalizzanti per i concorrenti esterni all'accordo corruttivo, tali da scoraggiare o rendere non conveniente la partecipazione ad imprese esterne.

La fase dell'aggiudicazione ha sempre rappresentato il momento procedimentale più esposto e più permeabile al proliferare di fenomeni di corruzione e proprio per tali ragioni è soggetta agli obblighi più stringenti di pubblicità e trasparenza e ad una tutela giurisdizionale legata al controllo incrociato tra concorrenti.

La iper-regolamentazione della fase dell'aggiudicazione, assoggettata a vincoli stringenti di trasparenza e pubblicità, non ha limitato il proliferare dei fenomeni corruttivi, ma ha provocato una migrazione degli stessi verso altre fasi – soggette a controlli più deboli, poiché informate da un paradigma della concorrenza meno intenso – del rapporto tra l'amministrazione e il settore privato⁵⁸.

In questa fase, le occasioni di corruzione e le relative modalità di manifestazione del fenomeno, sono strettamente legate alla redazione del

e successivamente una legge *ad hoc* hanno consentito di derogare a circa 85 articoli del Codice del 2006. Sul tema, si v. B. BARMANN, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2016, pp. 78-86; M. FIOCCA, G. MONTEODORO, *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb. e app.*, 10, 2004, pp. 1132-1139; G. PIPERATA, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *federalismi.it*, 2015, p. 5; F. DI CRISTINA, *La corruzione*, cit., pp. 216-218.

(57) A. VANNUCCI, *Il lato oscuro*, cit., p. 280, «la pubblicazione del bando è una fase critica, visto che in molti casi l'opacità delle procedure è preconditione per gli scambi corrotti già intercorsi, o intercorrenti, tra corrotti e corruttori».

(58) G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., p. 327, l'attenzione che il legislatore dedica a tale fase è sproporzionata, rispetto a quella precedente della preparazione del contratto e quella successiva dell'esecuzione.

bando, ossia all'esternazione della domanda pubblica o ad accordi intervenuti durante la fase dell'aggiudicazione.

Una delle soluzioni maggiormente gradite dalla dottrina straniera⁵⁹ consiste nella separazione delle valutazioni operate dall'ente aggiudicatore, da suddividere tra un ufficio economico, deputato alla ricezione del ribasso e un ufficio tecnico, designato alla c.d. specifica tecnica dell'offerta; la soluzione – in considerazione anche del lungo *iter* di centralizzazione della spesa pubblica – non sembra percorribile, poiché comporterebbe un nuovo fattore di disgregazione e frammentazione (sebbene interorganico) in seno alle amministrazioni.

Nel corso degli anni, le reazioni dell'ordinamento per prevenire i rischi di corruzione connaturati a tale stadio della procedura di gara sono state caratterizzate da una costante: la diffidenza nei confronti della discrezionalità⁶⁰.

La legge 11 febbraio 1994, n. 104, la c.d. legge Merloni – e per certi versi l'assunto vale anche per il Codice dei contratti pubblici del 2006 – era legata all'idea che la discrezionalità fosse di per sé fonte di corruzione, ragion per cui era necessario intervenire con norme volte a irrigidire le procedure di selezione del contraente. Privare la pubblica amministrazione della modica quantità di discrezionalità che è congenita alla selezione pubblica, non solo non elimina le distorsioni corruttive, ma determina una perdita di efficienza dell'intera filiera della decisione amministrativa.

(59) A. ADES, R. DI TELLA, *Rents, competition and corruption*, in *The American Economic Review*, 4, 1999, p. 983, «*a common way to reduce the opportunities for corruption is to separate the evaluation work in the purchasing organization, so that the economic department receives the price information in the bids while the technical department evaluates the quality specifications of material solutions*».

(60) Sul tema, *ex multis*, G.D. COMPORI, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2, 2007, pp. 231-280; M. DUGATO, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione*, in *Munus*, 3, 2015, p. 676, «l'aver fatto leva sulla rigidità e sull'oggettività del procedimento ha finito per costituire un filtro insuperabile ad ogni indagine, così che ogni patto scellerato con cui si concordasse in anticipo l'illegittimo transito di informazioni creava, grazie allo schermo formale del rispetto del rigore procedimentale, un ostacolo alla verifica sostanziale di ciò che era in concreto accaduto»; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro*, cit., p. 281, «la soluzione tradizionalmente adottata in Italia è stata il ricorso a una rigida formalizzazione delle procedure, fondate su meccanismi uniformi di aggiudicazione, nel presupposto che questo consentisse di massimizzare sia la visibilità che la controllabilità del processo di scelta».

La predeterminazione, in maniera rigida e univoca, della scelta dell'ente aggiudicatore, soprattutto in relazione agli appalti complessi, ossia quelli in relazione ai quali la stazione appaltante patisce uno svantaggio informativo a causa delle caratteristiche degli stessi, si rivela una scelta che conduce ai c.d. fenomeni di selezione avversa⁶¹. La surrogazione della discrezionalità amministrativa con modelli standardizzati genera effetti negativi sull'intera fase di scelta e non costituisce un rimedio apprezzabile in tema di contrasto alla corruzione⁶².

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 si colloca in un contesto normativo profondamente mutato e caratterizzato da un rinnovato senso comune di contrasto alla corruzione.

In relazione alla fase pubblicistica della gara pubblica, sono previste misure per la centralizzazione delle committenze e l'aggregazione dei centri di spesa pubblica e la prescrizione in ordine alla necessità che la qualificazione delle stazioni appaltanti sia subordinata al ricorrere di determinati requisiti premianti⁶³.

In questa sede non è possibile soffermarsi su un'analisi diacronica dei rimedi prospettati, ma si consenta di riportare il rilievo autorevole in base al quale «la vigente disciplina dei contratti pubblici è scritta dall'angolo visuale della corruzione, ciò fa perdere di vista gli altri obiettivi, la legislazione degli ultimi anni è sostanzialmen-

(61) Cfr. G. FIDONE, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 145-146.

(62) Restano pienamente attuali le considerazioni svolte da M. CLARICH, *La legge Merloni tra instabilità e flessibilità*, in *Corriere giuridico*, 2002, pp. 1401-1403, secondo cui, nella prospettiva del legislatore dell'epoca – ma il rilievo è insuperato, ed è applicabile anche alla legislazione successiva – si poneva la necessità di operare un equilibrio e una ponderazione tra due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti: rigore, trasparenza, imparzialità da un lato; flessibilità, informalità, celerità delle procedure dall'altro. Si riteneva di dover garantire la massima trasparenza attraverso regole rigide e automatismi valutativi, invece di cercare di sintetizzare tutti i principi in gioco attraverso norme di raccordo e strumenti flessibili. Tale normativa ha determinato una chiusura protezionistica del mercato delle commesse pubbliche, tradendo le spinte pro-concorrenziali di matrice europea, senza peraltro far registrare risultati significativi sul versante dell'impatto alla corruzione.

(63) A mero titolo esemplificativo, si veda l'art. 42 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e la relativa, ed ampia, interpretazione fornita da Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, in *Foro amm.*, 2017, p. 1555.

te ispirata al principio del sospetto generalizzato, che è l'anticamera dell'autoritarismo⁶⁴.

Tale impostazione, che tra l'altro è confermata dalle numerose e autorevoli relazioni che rilevano il numero di volte in cui l'ANAC è menzionata nel corpo del d.lgs. 50/2016, se da un lato rischia di complicare eccessivamente la procedura di gara per alcuni aspetti, dall'altro il ruolo dell'ANAC, quale soggetto cui affidare il ruolo di coordinamento dell'irrinunciabile plesso di strumenti preventivi, non sembra poter essere svolto efficacemente da altri soggetti istituzionali⁶⁵.

Nella fase dell'aggiudicazione, un'ulteriore fattispecie tipica è rappresentata dai fenomeni di collusione tra imprese, che possono accordarsi al fine di vanificare la concorrenzialità della procedura⁶⁶. In tali ipotesi, la corruzione si sostanzia in un aggiramento o elusione della procedura, poiché le imprese non esercitano alcuna pressione o influenza, per indirizzare la scelta pubblica.

Da ultimo, si rileva il rischio di fattispecie di conflitto di interesse che potrebbe verificarsi qualora un concorrente abbia ricoperto in precedenza incarichi presso la stazione appaltante, o, più in generale, pubblica amministrazione, che gli consentano di acquisire informazioni privilegiate, da trasmettere alla propria impresa, e vanificare l'intera procedura di gara. In tal senso, si esprime pieno apprezzamento per la previsione di cui all'articolo 42 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rubricata "Conflitto di interesse", che impone alle stazioni appaltanti di adottare misure per individuare e risolvere tali fattispecie.

Per ciò che riguarda le modalità alternative alla ordinaria modalità di esternalizzazione costituita dal contratto di appalto, tra le quali i modelli di partenariato pubblico-privato rappresentano la novità più rilevante, l'analisi si rende necessaria in virtù del percorso evolutivo che ha con-

(64) Intervista a S. CASSESE, pubblicata su *Il Foglio*, il 24 gennaio 2017.

(65) Tale approccio favorevole è confermato – tra gli altri – dal Rapporto GRECO (*Group of States against corruption*), pubblicato il 19 gennaio 2017, consultabile su www.penalcontemporaneo.it (2017), nel quale si esprime un parere ampiamente favorevole per il ruolo svolto dall'ANAC.

(66) Sul tema, si v. P. CHIRULLI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Utet, 2010, pp. 412-414.

dotto al superamento del tradizionale principio di tipicità ed esclusività delle forme contrattuali, fino a pervenire a una tendenziale equiparazione tra le stesse⁶⁷.

Su questo tema si registra un vuoto di indagine, poiché c'è la tendenza a considerare gli studi sull'impatto della corruzione nei contratti pubblici pienamente validi anche per tali procedure di affidamento.

Un primo snodo problematico riguarda proprio il ricorso a tali strumenti contrattuali, che può costituire di per sé un viatico per la corruzione⁶⁸. La procedura di selezione del contraente privato è esposta ai medesimi rischi già passati in rassegna per ciò che riguarda la fase di aggiudicazione del contratto di appalto, anche se è opportuno operare alcune precisazioni.

L'articolo 181, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prescrive che la scelta dell'operatore economico debba avvenire con procedure ad evidenza pubblica e opera uno specifico richiamo al dialogo competitivo. Tale scelta legislativa rinviene la propria giustificazione nella necessità di cercare regole più flessibili rispetto a quelle peculiari dell'aggiudicazione degli appalti, poiché l'amministrazione deve operare una scelta che tenga in considerazione soluzioni innovative e vantaggiose, al di là della mera minimizzazione della spesa pubblica.

Tale flessibilità operativa nella fase di scelta del contraente privato si concretizza in un ampio spazio di discrezionalità di cui è titolare l'amministrazione, teso a massimizzare il benessere sociale, ma che si presenta come facilmente permeabile a eventi di corruzione; in tali ipotesi, la corruzione può esternarsi nella modalità tipica di distorsione dell'uso del potere discrezionale.

Dopo la fase di scelta del contraente privato, il coinvolgimento di quest'ultimo fin dalla fase di realizzazione dell'opera – e determinato

(67) Il tema non può essere approfondito in questa sede, ma si consenta di rinviare alle insuperate opere di F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011 e M.P. CHITTI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: Concessioni, Finanza di progetto, Società Miste, Fondazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

(68) R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 802, «c'è il rischio che le nuove forme negoziali vengano utilizzate per aggirare le misure restrittive di finanza pubblica o per eludere le regole dell'evidenza pubblica».

in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento – espone l'intera attività amministrativa a un eventuale condizionamento atipico. In tali ipotesi, non è possibile apprezzare un eventuale sviamento di potere pubblico, in ragione dell'esaurimento dello stesso – o quantomeno di un apprezzabile ridimensionamento – ma la corruzione può esternarsi in una vera e propria contiguità tra l'amministrazione e il privato.

A tal proposito, le coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza penale ed amministrativa, per ciò che riguarda il grado di condizionamento mafioso esercitato sull'ente aggiudicatore, per operare una distinzione tra contiguità soggiacente e contiguità compiacente, al fine di stabilire il grado di libera autodeterminazione conservato dalla stazione appaltante, possono essere applicate anche a tale contingenza di corruzione⁶⁹.

In estrema sintesi, nella fase che precede la stipulazione del contratto, emerge un dato costante, legato alla configurazione di eventuali episodi di corruzione dovuti, in larga parte, alla distrazione del potere conferito, che nella fase pubblicistica è, per struttura, particolarmente ampio.

2.2 La corruzione nelle more dell'esecuzione del contratto, tra arbitrio e ricorso dissennato ai subcontratti

La fase più critica, poiché meno soggetta ai paradigmi della trasparenza e dei controlli, risulta essere quella dell'esecuzione del contratto, estremamente vulnerabile a influenze esterne di matrice corruttiva, che si concretizzano attraverso l'uso improprio delle proroghe e dei rinnovi o attraverso un ricorso incontrollato al novero dei subcontratti.

In tal senso, appare particolarmente evocativo e condivisibile l'apprezzamento secondo cui «le autorità aggiudicatrici sembrano dimenticarsi del contratto dopo averlo firmato e raramente controllano le prestazioni di un appaltatore»⁷⁰.

(69) *Ex multis*, si v. Cass. pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, n. 84, in *Riv. pen.*, 1999, p. 251; per la distinzione tra le due fattispecie di contiguità, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7619, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 3727.

(70) V. FERRARIS, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in L. SCOMPARN (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, cit., p. 79; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Material*

La manipolazione di tipo corruttivo della fase dell'esecuzione dei contratti pubblici può rivelarsi attraverso negoziazione di contratti aggiudicati o mediante le varianti in corso d'opera, che possono modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del contratto, vanificando talvolta l'intera fase ad evidenza pubblica⁷¹.

Nella fase dell'esecuzione del contratto la corruzione si configura come un abuso di una posizione privilegiata da parte dell'impresa aggiudicataria, nel quale la tangente è differita nel tempo e si rappresenta attraverso i meccanismi di proroga dell'esecuzione, dovuti a imperfezioni

amendments of public contracts during their terms: from violations of competitions to symptoms of corruption, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 4, 2013, «Often the quality promised in the contract signed after the award procedure is not delivered during the execution phase and the procuring entities accept a different and worse-than-promised performance. The infringement of the contract can lead to a material amendment related to a modification of the economic balance of the initial contract».

(71) R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, p. 325, «empiricamente si è rilevato che la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'amministrazione e l'aggiudicatario, oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancora prima per una incoerente redazione dei capitolati»; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G.L. ALBANO, *Competition in the Execution Phase of Public Procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 1, 2011, p. 89, «a losing bidder's right to fair competition during the selection phase could be violated in the case of any unforeseeable change in the contract conditions during the execution phase. This theory is supported by the Court of Justice, which maintained that material amendments are modifications outside of the scope of the awarded contract that bidders could not have reasonably anticipated at the time of the original award and might have led to participation by a different set of bidders and, possibly, to a different winning bidder. Losing bidders have a right to fairness and competition under mandatory European and national rules. More egregious and fairness violations can render a contract ineffective. Material amendments, outside the scope of the contract, preclude other bidders from taking part in competitions for the award of a new, different contract. In accordance with the recent directive, this is one of the scenarios that can lead to the ineffectiveness of a contract»; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., pp. 329-330, «attraverso le varianti in corso d'opera si dà la possibilità all'amministrazione e all'appaltatore di modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del progetto inizialmente posto a base di gara o del contratto aggiudicato, vanificando in questo modo l'intera procedura ad evidenza pubblica eventualmente bandita; tali modifiche non sono sottoposte ad attenti controlli e spesso sono decise a seguito di un confronto personale fra la stazione appaltante e l'appaltatore, dunque, senza la pubblicità e la trasparenza necessaria. È quanto accade anche nel caso delle rinegoziazioni dei contratti aggiudicati che spesso sono necessarie per fronteggiare esigenze nuove che non erano emerse in fase di gara o per aggiornare quei contratti che, a causa della lunga durata, rischiano di diventare obsoleti. Queste modifiche, connesse all'aumento dei costi contrattuali, sono terreno fertile per fenomeni corruttivi».

originarie del bando o a contingenze imprevedibili, che rendono necessaria la rinegoziazione delle condizioni inizialmente pattuite⁷².

In tal senso, si esprime un giudizio pienamente positivo a proposito dell'articolo 106, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che ha introdotto una novità rilevante, attraverso la prescrizione di un'autorizzazione per le modifiche e le varianti dei contratti di appalto in corso di validità, per porre un argine al mutamento di condizioni tali da comportare una variazione integrale dello stesso oggetto del contratto. In tal modo, le modifiche sostanziali al contenuto del contratto sono ammesse solo al ricorrere di determinate condizioni, non interpretabili estensivamente e, pertanto, pienamente sottoponibili a controllo giurisdizionale.

Gli emendamenti che alterano il sinallagma inizialmente pattuito, all'esito della gara pubblica, non solo risultano illegittimi, ma sono sanzionate con la previsione di matrice europea della nullità⁷³, in quanto sono equiparati alla stipulazione del contratto in assenza di gara pubblica, che risulta totalmente frustrata e aggirata.

Una fattispecie potenzialmente esposta a eventi di corruzione è rappresentata dall'esecuzione d'urgenza in pendenza della stipulazione del contratto ovvero di perfezionamento della relativa efficacia, esperibile solo per i contratti di servizi e forniture e disciplinata dall'articolo 32, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016. Un indiscriminato e generalizzato ricorso all'esecuzione d'urgenza, subordinata al ricorrere di circostanze soggette a interpretazioni difformi e non determinabili *ex ante*, quali «situazioni di pericolo» o la determinazione di «un grave danno all'interesse pubblico», può favorire il proliferare di accordi di corruttela tra la stazione appaltante e il privato.

La questione relativa alle variazioni delle condizioni di contratto appare

(72) M. DE JONG, W.P. HENRY, N. STANSBURY, *Eliminating corruption in our engineering/construction industry*, in *Leadership and Management in Engineering*, 3, 2009, p. 107, differire la tangente dopo la selezione del contraente è un mezzo efficace per ricorrere poi sistematicamente al contenzioso come strumento per aumentare i propri margini di guadagno, moltiplicando le occasioni di interazione economicamente rilevanti con i decisori pubblici, e dunque gli incentivi alla corruzione.

(73) Si v. E. PARISI, *La forma del contratto pubblico nella nuova disciplina del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e la correlata sanzione della nullità: profili di diritto sostanziale e processuale*, in *Dir. econ.*, 2, 2017, pp. 523-555.

particolarmente avvertita nei modelli di partenariato, poiché il contratto è finalizzato alla prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo particolarmente lungo, che rende necessario che lo stesso accordo sia in grado di adattarsi ad alcuni mutamenti intervenuti nel contesto giuridico, economico e tecnico.

Una fattispecie che si presenta come potenzialmente esposta a eventi di corruzione è il contratto di disponibilità, disciplinato dall'articolo 188 del d.lgs. 50 del 2016, in virtù del quale il soggetto privato, assumendosi i relativi rischi, provvede alla costruzione e alla messa a disposizione dell'amministrazione di un'opera, che resta di proprietà del privato⁷⁴.

L'amministrazione è obbligata a versare a favore del privato un canone, che rappresenta il corrispettivo a fronte della messa a disposizione dell'opera, soggetto a diminuzioni in proporzione ai periodi in cui la disponibilità è ridotta, o non è conforme agli *standard* qualitativi previsti nel contratto; la stessa nozione di "messa a disposizione" è soggetta a interpretazioni difformi, poiché appare sfuggente e indeterminata, ed è pertanto problematico sottoporre tale criterio a controllo amministrativo⁷⁵ e giurisdizionale. La corruzione si può configurare sotto forma di erogazione di un canone, che funge da compenso (*rectius* tangente) di una transazione illecita, per un'opera che non soddisfa i canoni previsti, originariamente fissati con la stipulazione.

3. Oscillazioni valutative alla ricerca dell'affidabilità degli indicatori

A tale incertezza semantica, si accompagna un'indeterminatezza valutativa, dovuta alla peculiare connotazione del fenomeno, nel quale i soggetti attivi sono interessati a celare l'accordo illecito e il soggetto leso, la pubblica amministrazione, è immateriale e come tale impossibilitata

(74) Sul tema restano attuali le considerazioni svolte da F. GAMBARDILLA, *Partenariato pubblico-privato e profili di liberalizzazione*, in *Quaderni della Rivista Diritti, Lavori Mercati*, 2015, pp. 145-153.

(75) A tal proposito, si consenta di condividere autorevole posizione di F. PATRONI GRIFFI, *Gli strumenti di prevenzione*, cit., p. 9, «in tema di controlli viene fuori la schizofrenia tutta italiana: dopo averli aboliti quasi del tutto, tutti a rimpiangere i controlli del passato; la tematica dei controlli va ripensata *funditus*, perché servono controlli moderni ed efficaci, controlli capaci di penetrare la gestione senza paralizzare l'azione».

a denunciare la lesione subita⁷⁶. Sarebbe opportuno, e francamente auspicabile, disporre di dati meno impressionistici sugli snodi e sui luoghi in cui si sviluppa la corruzione, soprattutto nell'erogazione di fondi per lavori e servizi pubblici.

L'analisi dei diversi procedimenti di misurazione della corruzione evidenzia come non esista un metodo privo di problemi concettuali o statistici, da cui derivino oscillazioni particolarmente sensibili dei dati acquisiti, tali da rendere gli stessi inattendibili.

In altri termini, la corruzione è un fenomeno non osservabile direttamente, e l'accertata impossibilità di ottenere una misura univoca e universalmente riconosciuta impone la ricerca di misure indirette o di indicatori che, per essere attendibili, devono essere rilevanti, obiettivi e disponibili.

Per la definizione di un indicatore attendibile, si rileva la necessità di scomporre la ricerca in due fasi distinte; la prima riguarda l'identificazione degli indicatori su base logico-deduttiva, che, in seguito, devono essere verificati statisticamente a posteriori, su base scientifica, empirico-induttiva⁷⁷.

Per altro verso, il continuo, e talvolta necessario, ricorso ai c.d. indicatori compositi, che sintetizzano in unico valore numerico diversi sottoindicatori semplici, non è attendibile, poiché conduce a una forzatura concettuale, inutilizzabile per un'analisi genetica e con riscontri controfattuali del fenomeno⁷⁸.

(76) Sul tema, cfr. G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione dieci anni dopo*, in Id. (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, Vita e Pensiero, p. 85, la corruzione produce danni spesso non evidenti, ma sempre profondamente corrosivi del tessuto sociale, che sono difficilmente quantificabili, per la scarsa propensione a denunciare, e di conseguenza a far emergere, le condotte che integrano eventi corruttivi; ALTO COMMISSARIO ANTICORRUZIONE, *Il fenomeno della corruzione in Italia*, consultabile sul sito www.irpa.eu, 2014, con nota di F. DI CRISTINA, «il livello della corruzione denunciata e giudizialmente accertata è un indicatore parziale, e per certi versi fuorviante, rispetto all'effettiva situazione di un ordinamento».

(77) La suddivisione in fasi è elaborata da G. ARBIA, *Aspetti statistico-metodologici nella costruzione di indicatori di corruzione e nella valutazione della loro efficacia*, in M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi. Obiettivi, metodi, esperienze*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 22-23.

(78) In tal senso, si v. M. SAISANA, A. SALTIELLI, S. TARANTOLA, *Uncertainty and sensitivity analysis techniques as tools for the quality assessment of composite indicators*, in *Journal of the Royal*

A tal fine, si esprime una valutazione positiva per l'istituzione dell'apposito Sistema Monitoraggio Gare (SIMOG) presso l'Autorità anticorruzione, e posto nella piena disposizione dei responsabili delle procedure, per la gestione della gara e dei relativi ed eventuali lotti.

La corruzione nelle more dell'affidamento di commesse pubbliche è pulviscolare e, come tale, imponderabile e impercettibile, poiché non esiste un indice affidabile e sufficientemente oggettivo, tale da poter fornire indicazioni utili sull'effettiva diffusione del fenomeno; è un fenomeno duttile e polimorfo, che mostra una sorprendente capacità di adattamento a contesti regolativi differenti.

In altri termini, è opportuno rilevare con certezza che non esistono flussi di dati talmente indicativi e privi di margini di incertezza eccessivi, per poter fornire un quadro oggettivo del livello di corruzione.

«I valori del barometro della corruzione»⁷⁹ sono caratterizzati da un'approssimazione genetica dalla quale non possono essere affrancati, e con la quale si deve convivere, anche in sede di valutazione delle misure correttive da predisporre, dal punto di vista politico e amministrativo. I dati forniti annualmente da *Transparency International*, puntualmente rievocati in ogni indagine sul tema, non sono attendibili, poiché sono ontologicamente soggetti a rapidi cambiamenti, non supportati da ragioni di carattere oggettivo, o comunque oggettivamente apprezzabili, e sono destinati a subire il condizionamento di fattori esogeni, quale, ad esempio, l'impatto emotivo generato su un campione di cittadini determinato da un episodio di corruzione. Tuttavia, come è stato rilevato, «siamo su un terreno in cui la percezione conta, perché ispira i comportamenti e diventa realtà futura»⁸⁰.

L'opzione di cercare di quantificare i costi della corruzione e, in via de-

Statistical Society, 2, 2005, pp. 307-323; M. GNALDI, *Indicatori di corruzione e nuovi indicatori di prevenzione della corruzione*, in M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi*, cit., pp. 31-36.

(79) P. PIRAS, *Il buon andamento*, cit., p. 36.

(80) Tale impostazione è elaborata da F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in *federalismi.it*, 20, 2015, p. 2, «la percezione diffusa e l'assuefazione all'illegalità possono condurre a vanificare le politiche pubbliche di settore. I costi sociali e sistemici sono di due tipi e, proprio per il loro carattere strutturale, sono anche più gravi di quelli meramente economici».

duttiva, ricavare i dati della diffusione della stessa appare non percorribile.

Un'interessante modalità di quantificazione dell'impatto della corruzione è rappresentata dall'Aic (Analisi impatto della corruzione), uno strumento che è diretto ad accertare, in base a una serie di fattori e di dati, il grado di esposizione di una normativa ai fenomeni corruttivi⁸¹, al fine di predisporre rimedi migliorativi in relazione alla qualità della normazione primaria.

Tale indice è, pertanto, uno strumento di prevenzione, che si pone a metà strada tra un rimedio da applicare nelle more della normazione e un rilevatore dei rischi della corruzione, ma non fornisce alcuna indicazione utile per la quantificazione della stessa.

Inoltre, una mappatura delle norme vigenti in materia di contratti pubblici, alla luce dei criteri individuati dall'Aic, potrebbe risultare poco utile, per due ordini di ragioni. In primo luogo, le repentine modifiche e correttivi alla disciplina renderebbero arduo, e poco significativo, tale incarico. In secondo luogo, questo indice è ideato per la normazione primaria e non tiene conto del proliferare di strumenti di regolazione flessibile, dotati di «forza formale»⁸² variabile, che incidono sull'affidamento di commesse pubbliche, tra i quali gli atti dell'ANAC rivestono sicuramente un peso specifico.

Una ricerca particolarmente dettagliata e analitica ha generato una serie di indicatori, che prendono in considerazione diversi aspetti della procedura di gara, attraverso una serie di calcoli, di matrice economica, con variabili e costanti⁸³.

(81) Sul tema, si v. L. DI DONATO, *L'analisi di impatto della corruzione (Aic): un nuovo strumento per i regolatori?*, in *federalismi.it*, 21, 2015, pp. 9-13, l'Aic è uno strumento normativo che ha l'obiettivo di identificare i fattori di rischio-corruzione all'interno delle bozze di regolazione e delle proposte volte a modificare norme già vigenti. «L'Aic è una misura di prevenzione di matrice legislativa, predisposta sulla base di una linea-guida, la quale oltre a richiedere all'autore dell'iniziativa una serie di informazioni preliminari e orientata a valutare i tre criteri fondamentali: la facilità di *compliance*, potere discrezionale e trasparenza delle procedure amministrative».

(82) Si consenta di utilizzare l'espressione di V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 197-198.

(83) Per una ricostruzione dettagliata, si v. il pregevole lavoro di G. ARBIA, E. CARLONI, E. GALLI, F. MONTEDURO, A. VANNUCCI (a cura di), *Analisi istruttoria per l'individuazione di indicatori di ri-*

A mero titolo esemplificativo, in questa sede, l'analisi si concentra sull'indicatore sul valore delle acquisizioni centralizzate, sull'indicatore di frazionamento dei lotti, sull'indicatore sul tempo medio richiesto per la presentazione di un'offerta; inoltre, ci si soffermerà su alcuni indicatori relativi alla fase dell'esecuzione, ossia l'indicatore dei contratti aggiudicati prorogati e l'indicatore di scostamento dei tempi e dei costi di esecuzione. Inoltre, si propende per una semplificazione degli indicatori prescelti, prescindendo dalle formule matematiche necessarie per il calcolo del valore.

L'indice che tiene conto del valore delle acquisizioni centralizzate rivela la percentuale di acquisti aggiudicati attraverso gli accordi quadro sul numero totale delle procedure di gara, poiché, in base a una teoria economica, la gestione diretta delle gare rende la stessa più cedevole a fattori di corruzione.

L'indicatore di frazionamento ha la finalità di valutare la condotta della stazione appaltante che opera un frazionamento artificioso di un contratto, al solo fine di non oltrepassare le soglie comunitarie previste e aggirare i relativi limiti. Il valore si calcola attraverso la somma del numero di procedure non concorrenziali, attivate da un medesimo ente aggiudicatore, in un periodo determinato, per appalti omogenei⁸⁴.

L'indicatore sul tempo medio richiesto per la presentazione di un'offerta misura l'adeguatezza della tempistica minima necessaria in relazione a categorie di contratti e può essere utilizzato per la procedure per le quali non sono previsti termini tassativi indicati dalla norma. La previsione di tempi ridotti tra la data di pubblicazione del bando e la data di scadenza per la presentazione di offerte possono rivelare un favore nei confronti di un operatore economico o, in ogni caso, un segnale di restringimento del grado di concorrenza potenziale. Tale indice può essere calcolato attraverso un'analisi incrociata dei dati della stazione appaltante e dei dati aggregati rilevati dalla stessa ANAC.

schio corruzione e di prevenzione e contrasto nelle amministrazioni pubbliche coinvolte nella politica di coesione, in *www.anticorruzione.it*, 2014, pp. 42-49.

(84) L'omogeneità si calcola in base alla c.d. variabile di omogeneità dell'oggetto e al codice CPV (*Common Procurement Vocabulary*) al massimo dettaglio (per un'analisi accurata si rinvia a J.M. HELBY, *European Public Procurement*, Alpen, Kluwer Law International, 2008, pp. 432-434).

L'indicatore che tiene conto della percentuale dei contratti prorogati rivela una circostanza patologica peculiare della fase dell'esecuzione del contratto, poiché si configurano veri e propri rinnovi contrattuali affidati senza alcuna forma di pubblicità, né di confronto concorrenziale.

L'indicatore di scostamento dei costi e dei tempi di esecuzione (si tratta di due valori differenti) svela eventuali comportamenti opportunistici dell'operatore, definiti di *moral hazard*⁸⁵, diretti a recuperare un eccessivo ribasso, operato in sede di aggiudicazione, durante la fase contrattuale⁸⁶.

I rilevatori di rischio, prospettati dall'indagine appena richiamata, permettono di operare una mappatura dei rischi della corruzione più analitica dei rapporti stilati sulla base del solo riferimento percettivo; i valori forniti degli indicatori esposti devono essere sottoposti a costante verifica e aggiornamento per poter adeguare la misurazione della corruzione alla duttilità di quest'ultima.

Affrancare le indagini sulla corruzione dall'imponderabilità dei dati ha un rilievo nodale, altrimenti si corre il rischio di analizzare flussi di informazioni che non solo non sono attendibili, ma rischiano di essere posti a fondamento di rimedi e soluzioni legislative errate nel metodo; la fuorviante e approssimativa stima fornita da indagini che si basano unicamente sulla percezione incoraggia il relativismo delle valutazioni e altera i valori reali.

4. *La dimensione territoriale della corruzione, dall'omogeneità alla virtuosa differenziazione*

L'intero impianto della legge 190 del 2012 individua il legislatore nazionale quale unico soggetto in grado di adottare un'organica politica

(85) Sul tema, si v. T.F. HELLMANN, K.C. MURDOCK, J.E. STIGLITZ, *Liberalization, moral hazard in banking and prudential regulation: are capital requirements enough?*, in *The American Economic Review*, 1, 2000, pp. 147-165; G.S. ESKELAND, H. THIELE, *Corruption under moral hazard*, The World Bank (*Development research group*), Washington, 1999.

(86) AA.VV., *Analisi istruttoria per l'individuazione*, cit., 48, «l'aumento dei costi di esecuzione rispetto a quelli inizialmente previsti può essere legato a circostanze imprevedute e imprevedibili ed essere pertanto giustificato, ma potrebbe anche essere legato ad una connivenza tra operatore economico e stazione appaltante».

anticorruzione, in conformità con le convenzioni internazionali sul tema, indifferenti al coinvolgimento degli enti territoriali, sia sul versante dell'individuazione delle misure, sia su quello della relativa effettiva attuazione⁸⁷.

L'articolo 1 della predetta legge impone di individuare «in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione», disciplina l'approvazione di un Piano nazionale anticorruzione da parte della Commissione; l'analisi semantica induce a ritenere assente, o estremamente marginale, il ruolo delle Regioni e degli altri enti territoriali.

Tuttavia, è opportuno rilevare l'esistenza di sporadici indici che consentono una declinazione locale del tema, quali, ad esempio, il comma 60 dell'articolo 1, che prevede la stipula di intese in sede di Conferenza unificata.

Il tema appare estremamente complesso, poiché si presta a differenti ricostruzioni e necessita di alcune letture che, in via deduttiva, conducano a riscontri ragionevoli, ma non per tale ragione definitivi.

La necessità di individuare un livello differenziato di attuazione della disciplina anticorruzione tra i diversi contesti territoriali genera da una precisa e condivisibile premessa, in base alla quale il livello di corruzione e le relative modalità di esternazione del fenomeno non sono omogenee sull'intero territorio nazionale; ovviamente, l'intera questione riguarda unicamente la componente «amministrativa» della disciplina anticorruzione.

Se, da un lato, si registra una necessità di individuare misure e rimedi unitari sul territorio nazionale, dall'altro la duttilità del fenomeno impone la ricerca di soluzioni adeguate e, come tali, peculiari e specifiche.

L'intero plesso di soluzioni e di attuazioni eventualmente difformi rispetto alle previsioni legislative nazionali deve orientarsi unicamente a un miglioramento dei livelli di garanzia minimi previsti; in altri termini, la differenziazione deve essere diretta a garantire livelli di tute-

(87) Sul tema, si v. F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *questa Rivista*, 2, 2013, pp. 349-376, «nella storia delle istituzioni amministrative italiane le principali innovazioni dell'amministrazione, continuano ad essere calate dall'alto».

la di diritti fondamentali più avanzati di quelli già previsti dalla legge nazionale.

Lo Stato, nell'inerzia di fondo delle Regioni, si è sempre sentito come l'unico interprete e promotore della politica anticorruzione, poiché il problema del grado di vincolo con il quale imporre l'attuazione al sistema degli enti territoriali si poneva solo a valle, in una fase nella quale potevano influire in maniera marginale sull'intero assetto legislativo⁸⁸.

Come accennato in precedenza, si proverà a registrare un timido cambio di tendenza, a partire dallo studio di atti specifici, tra i quali l'aggiornamento del Piano nazionale anticorruzione.

L'ANAC, con delibera del 22 novembre 2017, n. 1208 ha provveduto all'approvazione definitiva dell'aggiornamento al Piano nazionale anticorruzione, che individua i rimedi da attuare in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, senza operare alcun espresso richiamo alla componente territoriale. Si predilige una differenziazione basata sulle peculiarità organizzative e funzionali, in luogo di una basata sul coinvolgimento, diretto e mediato, degli enti territoriali.

Tra gli enti posti sotto osservazione in tale delibera, uno spazio rilevante è dedicato alle istituzioni universitarie, la cui autonomia, come è noto, non è di natura territoriale, ma funzionale, come ricordato dalla stesso provvedimento dell'ANAC⁸⁹.

A fronte di tale indifferenza dell'atto di indirizzo generale nei confronti della dimensione territoriale della corruzione, si rileva una spiccata attenzione riservata al tema dai singoli Piani triennali di prevenzione della corruzione adottati.

A mero titolo esemplificativo, il Piano triennale dell'Università degli Stu-

(88) *Ivi*, p. 373, «resta l'insoddisfazione generale nel vedere non adeguatamente assicurata una funzione fondamentale dello Stato (nel nostro caso l'attivazione, anche per vincoli internazionali, di una seria politica anticorruzione), che possa essere svolta con il concorso attivo delle autonomie territoriali».

(89) ANAC, *Approvazione definitiva dell'aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione*, 2017, consultabile sul sito www.anac.it, pp. 46-47, «L'autonomia, che comprende l'autogoverno e l'autonomia normativa per la disciplina dell'esercizio delle funzioni fondamentali, ricerca e didattica, e l'autonomia organizzativa, è di tipo funzionale. Il PNA è sempre improntato al riconoscimento dell'autonomia organizzativa delle amministrazioni. Ciò vale tanto di più per l'autonomia costituzionalmente riconosciuta delle università».

di di Napoli “Federico II”, adottato nel febbraio 2017, in precedenza rispetto alla delibera dell’ANAC, opera un’analisi capillare degli sviluppi della corruzione in Campania, territorio in cui sono dislocate le sedi dell’Ateneo⁹⁰.

Il provvedimento riporta i dati relativi alle condanne e alle azioni penali intraprese per reati di corruzione e concussione (cui fa seguito un rapporto sui reati a sfondo economico), i dati relativi alla percentuale di disoccupazione sul territorio campano e un’indagine accurata sulla presenza della camorra nelle aree in cui sono presenti le diverse sedi dell’Ateneo. La minuziosità di tale indagine è giustificata proprio dal consistente numero di appalti che l’Ateneo è obbligato a gestire per l’assolvimento delle proprie funzioni istituzionali.

Inoltre, il Piano rimarca l’alto numero di provvedimenti di scioglimento dei Comuni nella Regione Campania, per esteso e diffuso condizionamento delle infiltrazioni criminali, dato strettamente legato all’aspetto territoriale dei reati contro la pubblica amministrazione.

Si esprime pieno apprezzamento per tale opzione, che tuttavia resta confinata alla fase esplorativa del fenomeno e non si estende a quella attuativa, poiché il Piano in esame non prevede misure specifiche, parametrare sui dati incamerati.

Le difficoltà riscontrate in sede di elaborazione dei dati sulla corruzione nei contratti pubblici su scala nazionale si ripropone, e forse si complica, a livello territoriale, ma la predisposizione delle misure preventive non può non considerare le differenti modalità di esternalizzazione del fenomeno, spesso simili su scala territoriale definita, per risultare pienamente efficaci e non ridursi a meri adempimenti burocratici.

5. Un modello regionale per la vigilanza sui fenomeni corruttivi: la legge della Regione Sicilia, 28 febbraio 2018, n. 3

In conclusione, appare opportuno svolgere qualche considerazione di carattere generale sulla legge regionale Sicilia, 28 febbraio 2018, n. 3 che modifica la legge regionale Sicilia 14 febbraio 1991, n. 4, al fine di

(90) L’intero documento è consultabile sul sito www.unina.it, il quale riporta una tabella dei risarcimenti comminati dalla Corte dei Conti dovuti a danni patrimoniali nei confronti della pubblica amministrazione, suddivisi per Regione.

istituire una Commissione parlamentare d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia⁹¹.

La scelta di istituire (*rectius* modificare le competenze) di un'autorità a carattere locale è in controtendenza con la necessità – particolarmente avvertita con riferimento ai contratti pubblici e quindi in relazione al tradimento del valore della concorrenza – o con l'esigenza di considerare le norme anticorruzione, non solo in un'ottica nazionale, ma di diritto globale⁹².

Nello specifico, la lettera *d*) dell'articolo 3 prevede che la Commissione, tra le altre, svolga le attività di prevenzione e di contrasto alla corruzione, vigili sulle procedure di affidamento e l'assegnazione degli appalti e contribuisca ad assicurare la piena ed efficace attuazione delle misure di prevenzione stabilite, in termini generali di indirizzo, dall'ANAC.

Questa disposizione è l'unica che menzioni l'Autorità nazionale anticorruzione, nel tentativo di creare un coordinamento e una concertazione tra le azioni sviluppate a livello locale e quelle adottate in linea d'indirizzo nazionale.

La disposizione di cui alla lettera *e*) dell'articolo 3 appare particolarmente innovativa, poiché introduce la possibilità di analizzare, a livello regionale, le cause e i fattori della corruzione e di individuare gli interventi che ne garantiscono la prevenzione e il contrasto.

Inoltre, la Commissione è competente a esprimere pareri in raccordo con le strutture della Regione e degli enti del sistema regionale, nella definizione, nell'implementazione e nell'aggiornamento dei codici di comportamento.

Nell'attesa di un tempo di vigenza sufficiente per esprimere una valutazione complessiva sulla normativa in questione, si manifesta un gene-

(91) L'intero testo di legge è consultabile, tra le altre, in *federalismi.it*.

(92) B. BOSCHETTI, *Percorsi del diritto anticorruzione nella dimensione globale e locale*, in N. PARI, G.L. POTESTÀ, D. RINOLDI (a cura di), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 181-199, che individua differenti fattori e matrici per poter considerare il diritto "anticorruzione" quale diritto "glocale", in una crisi che coniuga portata locale e globale del fenomeno e dei relativi rimedi; K.C. DAVIS, *Does the globalization of anti-corruption law help developing countries?*, in *NYU Law and Economics Research Paper*, 2010.

rale parere positivo sulla prospettiva che predilige un approccio territoriale ai fenomeni di corruzione.

La perplessità sono legate alla scarsa attenzione dedicata al coordinamento con l'ANAC, tema che la legge liquida in poche righe, alla lettera *d)* dell'articolo 3.

La ricerca di una dimensione territoriale dei fenomeni corruttivi, specie in tema di affidamento di contratti pubblici, deve essere condotta senza perdere di vista le indicazioni europee e nazionali, in grado di fornire una visuale più ampia e meno soggetta all'ontologica imponderabilità che caratterizza il tema indagato.

In altri termini, la Regione può assumere un ruolo centrale nell'applicazione concreta di politiche di prevenzione, come avvenuto in relazione a un tema – quello dell'individuazione dei soggetti aggregatori, nella prospettiva di centralizzare le committenze – che, tra l'altro, ha diversi punti di intersezione e interesse con la lotta alla corruzione. La circoscrizione delle aree più permeabili ai fenomeni corruttivi, a livello regionale, può essere ricercata in maniera più precisa ed efficiente, al fine di elaborare soluzioni più adeguate alle specificità territoriali.

Il modello statale, di cui deve necessariamente essere titolare l'ANAC, dovrebbe predisporre una linea di indirizzo e di azione generale, sulla scorta dei dati e delle indicazioni sovranazionali, demandando alla Regione l'applicazione concreta di misure e soluzioni plasmate rispetto alle peculiarità locali. Il punto debole di tale impostazione – che non può essere approfondito, né risolto, in questa sede – risiede nell'individuazione dell'organo regionale deputato a tali *munera* di contrasto alla corruzione.

In linea più generale, è stato autorevolmente sostenuto che la corruzione, in un sistema in cui le funzioni amministrative con carattere più operativo sono fortemente decentrate, è più radicata a livello regionale⁹³.

Tuttavia, di là della considerazione secondo cui i grandi eventi che hanno provocato maggiore allarme sociale si sono verificati in relazione a

(93) In senso ampio, si v. S. CASSESE, *Amministrazione pubblica*, cit., p. 225, analizzando la permeabilità dell'amministrazione rispetto agli interessi rileva che i gruppi di pressione tendono a non disperdere le proprie energie lungo tutta la struttura amministrativa, in coerenza con il principio di prossimità.

eventi di portata nazionale (si pensi all'Expo del 2015), è opportuno evitare di calcolare il grado di corruzione in base alla portata locale o nazionale dell'evento, poiché si rischia, in un senso o nell'altro, di acquisire dati ingannevoli e non veritieri.

A mero titolo esemplificativo, in un'ottica di virtuoso coordinamento, si richiama il caso dei piani anticorruzione, in relazione ai quali la legge statale deve limitarsi all'indicazione degli obiettivi da perseguire, mentre le amministrazioni, territoriali e non, sono «pienamente titolari del potere di commisurare le misure al rischio ed anzi sono chiamate ad auto-analizzarsi per individuare le proprie situazioni specifiche di rischio»⁹⁴. D'altronde, le esigenze di uniformità sul piano nazionale devono essere bilanciate e paiono recedere dinanzi all'opportunità di declinazione locale: «se non lo fanno le Regioni finirà per farlo, ancora una volta, lo Stato, ma sarà necessariamente un modo imperfetto, troppo distante com'è dalla conoscenza della realtà concreta»⁹⁵.

Una soluzione percorribile, e autorevolmente sostenuta⁹⁶ – al fine di operare un coordinamento che coinvolga gli enti territoriali a monte – risiede nella necessità di individuare principi generali in materia di organizzazione amministrativa, per un adeguamento degli *standard* anticorruzione da perseguire con il concorso attivo delle autonomie territoriali; tale prospettiva richiede necessariamente una revisione costituzionale.

Il coinvolgimento attivo degli enti territoriali non può essere confinato a valle e demandato a strumenti di dubbia efficacia, ma deve essere garantito soprattutto per l'incidenza dei modelli organizzativi delle amministrazioni per il contrasto alla corruzione, senza smarrire l'esigenza dell'uniformità nazionale e nel perseguimento costante delle indicazioni sovranazionali.

(94) F. MERLONI, *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 5-6, 2014, p. 972.

(95) *Ivi*, p. 974, l'attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione rappresenta una tematica nella quale si rilevano, in maniera chiara, gli effetti non positivi del pluralismo democratico sul sistema amministrativo, sulla scorta di una avvertita e diffusa inerzia degli enti territoriali, nell'attuare passivamente decisioni centrali, come se fossero dei meri adempimenti imposti.

(96) Sul tema, in altra prospettiva, si v. F. MERLONI, *Principi generali comuni alla dirigenza dello Stato e delle amministrazioni regionali e locali*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 214.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Cristian Altavilla

Profesor de Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Político, Uncy Universidad Siglo 21 (Argentina)

Brunetta Baldi

Professoressa associata di Scienza politica, Università di Bologna

Vinicio Brigante

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Alfredo Galán Galán

Catedrático de Derecho Administrativo, Universitat de Barcelona (España)

Fabio García Lupato

Profesor Ayudante Doctor de Ciencia Política, Universidad Complutense de Madrid (España)

Gianluca Gardini

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Ferrara

Luis Cosculluela Montaner

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid (España)

Benedetto Ponti

Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia

Stefano Rombi

Ricercatore in Scienza politica, Università degli Studi di Cagliari

Graziana Urbano

Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Foggia

Fulvio Venturino

Professore associato di Scienza politica, Università degli Studi di Cagliari