

Capitolo 1

▲ CLAUDIO CONTESSA

La prevenzione della corruzione: scenario normativo e prassi nazionale e internazionale

■ **SOMMARIO:** 1. Aspetti generali della questione: la qualificazione 'amministrativistica' della corruzione e la valorizzazione degli strumenti di prevenzione. – 2. Gli strumenti di prevenzione della corruzione nel quadro internazionale e sovranazionale. – 3. Gli strumenti amministrativi di carattere preventivo nella disciplina nazionale primaria e subprimaria. – 4. La valorizzazione del sistema di prevenzione rappresenta un fenomeno irreversibile? – 5. Alcune (provvisorie) conclusioni.

1. Aspetti generali della questione: la qualificazione 'amministrativistica' della corruzione e la valorizzazione degli strumenti di prevenzione.

È diffusa e ampiamente condivisa l'opinione secondo cui l'evoluzione della **strategia di contrasto alla corruzione** in Italia si fonda in modo sempre più ampio e consapevole sul **rafforzamento degli strumenti di prevenzione**, in tal modo superando – almeno in parte – il **tradizionale orientamento che fondava tale contrasto essenzialmente sulla risposta repressiva di matrice penalistica**⁽¹⁾.

Ma il punto è che, così come è estremamente difficoltoso fornire una definizione unitaria e onnicomprensiva della nozione stessa di *corruzione* (una nozione che non risulti limitata alla sola dimensione penalistica del fenomeno), allo stesso modo **non è agevole fornire una nozione esaustiva del concetto di prevenzione della corruzione**. All'interno di tale polisemica definizione è infatti possibile rinvenire un complesso estremamente

(1) R. VENDITTI, *Corruzione*, in: Enc. Dir., X, Milano, 1962, p. 753; M.B. MIRRI, *Corruzione*, in: Enc. Giur. Treccani, vol. IX, Roma, 2008; C.F. GROSSO, *Corruzione*, in: Dig. Pen., III, Torino, 1989, p. 153, segg.; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in Gior. Dir. Amm., fasc. 2/2013; R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in Dir. Pen. Contemp., 2018.

vasto ed eterogeneo di rimedi e strumenti, i quali operano su piani spesso notevolmente differenziati e che ben difficilmente si prestano a una piana riconduzione a sistema.

Si può affermare, quindi, che il complesso degli strumenti ricondotti all'interno di tale definizione si presti più agevolmente a un'analisi descrittiva, che non ad un'organica concettualizzazione di sistema.

Nel secondo Capitolo del presente volume Nicoletta Parisi svolge un'analisi compiuta circa gli strumenti di *governance* istituzionale che contribuiscono a delineare la strategia italiana di prevenzione della corruzione. Il contributo in questione si sofferma, in particolare, sulla *dimensione istituzionale* del sistema di prevenzione in esame.

Il presente contributo mira invece ad esaminare i numerosi – e assai differenziati – **strumenti del contrasto preventivo alla corruzione attraverso un differente angolo visuale, incentrato sulla dimensione normativa** (internazionale, sovranazionale e nazionale) del fenomeno.

È stato da più parti osservato che la diffusa opzione in favore di strumenti di prevenzione della corruzione (in luogo degli strumenti, per lungo tempo prevalenti, del contrasto fondato sulle leve di politica criminale) rappresenti una conseguenza in parte necessitata del vero e proprio **cambio di paradigma che ha interessato i fenomeni corruttivi negli ultimi trenta anni circa**.

Nel corso di tale periodo è maturata la consapevolezza per cui **la corruzione si sia evoluta da una dimensione essenzialmente 'burocratico-amministrativa'** (caratterizzata da forme di scambio individuabili nello spazio e nel tempo) **a una diversa dimensione 'politico-sistemica'** (caratterizzata da una diffusività e pervasività del fenomeno così ampia da assurgere a "*componente (...) quasi strutturale del funzionamento della pubblica amministrazione*")⁽²⁾.

Il richiamato cambio di paradigma comporta che il fenomeno corruttivo non sia più idoneo a pregiudicare unicamente l'interesse pubblico al corretto esercizio della funzione pubblica (secondo la *ratio* comune all'intera disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione di cui al Libro II – Titolo II, cod. pen.), ma che possa ledere un novero più ampio di valori ed interessi, fino a compromettere il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa nel suo complesso, nonché la leale concorrenza fra le imprese e gli stessi assetti dell'economia pubblica nel suo complesso⁽³⁾.

La consapevolezza di tale fenomeno (efficacemente descritto da Riccardo Borsari come "*metamorfofi criminologica della corruzione*")⁽⁴⁾, unita ad alcuni precisi vincoli di fonte internazionale e sovranazionale – sui quali si tornerà fra breve – ha indotto il legislatore nazionale a privilegiare una strategia (normativa ed amministrativa) di contrasto ai feno-

(2) R. BORSARI, *Anticorruzione*, in: www.treccani.it (2018)

(3) P. SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in: *Arch. Pen.*, fasc. 3/2016, p. 635.

(4) R. BORSARI, op. loc. cit.

meni corruttivi essenzialmente fondata sulla prevenzione attraverso il ricorso a strumenti e rimedi preventivi di carattere amministrativo.

Si è in tal modo optato per un **sistema di prevenzione di contenuto variegato** e multilivello il quale **si differenzia dai previgenti modelli sotto almeno due profili**.

In primo luogo, gli strumenti amministrativi a carattere preventivo di contrasto alla corruzione⁽⁵⁾ si distinguono da quelli tradizionali di matrice penalistica e di contenuto puramente afflittivo per quanto riguarda **il contenuto del relativo oggetto**. Mentre, infatti, gli istituti penalistici mirano a contrastare un fenomeno – quello corruttivo – di cui il Legislatore fornisce una definizione normativa complessivamente specifica, al contrario le misure di prevenzione qui in esame mirano a fronteggiare un ampio e differenziato novero di condotte caratterizzate da diversi livelli di offensività sociale e difficilmente definibili *a priori*. Vengono in tal modo ricompresi fenomeni e condotte assai diversi fra loro (es.: conflitti di interesse, clientelismo, nepotismo, ritardi ed omissioni nell'esercizio dell'attività amministrativa), talvolta privi di un qualunque rilievo in ambito penalistico ed altri inerenti piuttosto alla dimensione relazionale e sociologica che non a quella *stricto sensu* giuridica.

In secondo luogo, gli strumenti amministrativi a carattere preventivo introdotti nella materia dell'anticorruzione si differenziano notevolmente da quelli tipici del **diritto amministrativo della prevenzione** in quanto **anticipano ulteriormente la risposta preventiva dell'Ordinamento rispetto al manifestarsi della soglia di pericolosità per determinati soggetti**.

È noto al riguardo che il generale **diritto penale della prevenzione** (sin dalla fondamentale legge n. 1423 del 1956) consenta l'adozione delle misure restrittive a condizione che venga preventivamente accertata la **pericolosità sociale del soggetto che ne viene colpito**. È altresì noto che, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, la pericolosità di un soggetto non possa essere desunta dalla mera appartenenza ad una delle categorie tipizzate dal Legislatore (oltretutto, con un limitato grado di determinatezza)⁽⁶⁾. È invece necessaria al riguardo una valutazione globale della pericolosità del soggetto, da svolgere sulla base di elementi sintomatici e rivelatori, quali la realizzazione di comportamenti illeciti e antisociali della persona o i suoi rapporti con altri soggetti socialmente pericolosi.

Lo **speciale diritto della prevenzione introdotto dalla disciplina antimafia** – come si è detto – anticipa ulteriormente la risposta preventiva dell'Ordinamento ma non elide del tutto la valutazione in concreto circa la pericolosità sociale del soggetto destinatario delle misure.

Ebbene, **la normativa anticorruzione determina un'ulteriore modificazione per quanto riguarda il complesso delle misure che l'Ordinamento appronta al fine di**

(5) M. MACCHIA, *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo*, in: F. Manganaro, A.R. Tassone, F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2014, p. 99, segg.

(6) Sul punto, v. Corte costituzionale, sent. 17 marzo 1969, n. 32

prevenire il prodursi di condotte antidoverose (o, più semplicemente, contrarie al comune sentire sociale proprio di un determinato periodo storico).

Accade, quindi, che il complesso degli strumenti amministrativi di carattere preventivo approntati per il contrasto alla corruzione anticipi *ulteriormente* – e in modo decisivo – la risposta dell'Ordinamento, fino a **superare il limite stesso della pericolosità sociale riferita al singolo soggetto** e ad **introdurre talvolta misure che risultano giustificate da una sorta di più generale pericolosità di apparato** (basti qui richiamare l'obbligo di rotazione dei dirigenti e dei funzionari ai sensi dell'art. 1, comma 5 della l. n. 190/2012, ovvero le preclusioni connesse al conflitto di interessi solo potenziale di cui agli artt. 7 e 14 del d.P.R. n. 62/2013).

Tanto premesso dal punto di vista generale, si osserva che nei paragrafi seguenti il generale tema delle misure di prevenzione ai fenomeni corruttivi verrà esaminato in primo luogo nella sua matrice internazionale e sovranazionale (paragrafo 2).

In seguito, si svolgerà una sintetica analisi in ordine al quadro normativo nazionale che interessa tali figure (paragrafo 3) e si svolgeranno alcune considerazioni circa lo stato attuale dei rapporti fra le risposte di tipo preventivo e quelle di tipo sanzionatorio e remediale (paragrafo 4).

Si tenterà, infine, di trarre alcune conclusioni finali (di carattere necessariamente non definitivo).

2. Gli strumenti di prevenzione della corruzione nel quadro internazionale e sovranazionale.

Come è noto, la **disposizione di apertura della l. n. 190/2012** riconosce all'**Autorità nazionale anticorruzione i compiti propri di organo indipendente deputato allo svolgimento dei compiti di prevenzione della corruzione** e afferma che tale devoluzione operi «*in attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione*» (c.d. '*Convenzione di Merida*')⁽⁷⁾, nonché degli articoli 20 e 21 della *Convenzione penale sulla corruzione*, predisposta nell'ambito del Consiglio d'Europa e firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1999⁽⁸⁾.

In realtà, i due atti convenzionali appena richiamati non hanno soltanto ispirato il riconoscimento all'ANAC (in precedenza istituita come '*Alto commissario per la prevenzione e*

(7) Si tratta della *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione* (aperta alla firma a Merida il 19 dicembre 2003 e ratificata in Italia con la legge 3 agosto 2009, n. 116).

(8) Si tratta delle *Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione* (fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata in Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110). Nel suo Preambolo, la Convenzione afferma che la corruzione è in grado di minare le istituzioni democratiche, di incidere sull'economia pubblica, nonché di alterare i normali meccanismi della concorrenza (sul punto: P. SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, cit., p. 636).

il contrasto alla corruzione e in seguito divenuta CIVIT)⁽⁹⁾ dei compiti propri di un'Autorità indipendente operante nel settore del contrasto alla corruzione, ma – più in generale – hanno orientato le stesse linee di fondo dell'intero sistema di prevenzione delineato dalla l. n. 190/2012 ed attuato con i successivi provvedimenti esecutivi.

Per quanto riguarda la **Convenzione di Merida del 2003**, si osserva che il suo intero Titolo II (articoli da 5 a 14) risulta dedicato alla fissazione delle **Misure preventive di contrasto alla corruzione**. L'atto in questione ha ispirato in modo decisivo l'intera impostazione di fondo della legge Anticorruzione del 2012.

Basti qui pensare:

- all'esigenza di introdurre misure permanenti volte a valutare l'adeguatezza degli strumenti di prevenzione della corruzione (art. 5, par. 3 della Convenzione). Tale previsione ha ispirato gli interventi di adeguamento periodico e di riprogrammazione dei Piani Nazionali adottati nel corso del tempo, secondo la metodologia dell'analisi degli scostamenti;
- all'esigenza di introdurre sistemi che favoriscano la trasparenza e prevengano i conflitti di interesse (art. 7, par. 4 della Convenzione). Tale previsione ha evidentemente ispirato l'articolato novero di previsioni che la l. n. 190/2012 dedica ai doveri di comportamento, ai conflitti di interessi, nonché ai temi della inconfiribilità e della incompatibilità degli incarichi;
- all'esigenza di introdurre «**codici o norme di condotta per un esercizio corretto, onorevole ed adeguato delle pubbliche funzioni**» (art. 8, par. 2). La disposizione in questione costituisce il fondamento della previsione relativa all'adozione di codici di comportamento da parte delle singole amministrazioni (conformemente al disposto di cui al rinnovato art. 54 del d.lgs. n. 165/2001 – c.d. TUIPI, così come l'adozione del d.P.R. n. 62/2013).

Si osserva, invece, che la “Legge Severino” non ha ripreso *in toto* le previsioni della Convenzione di Merida, in particolare per ciò che riguarda il tema della **prevenzione della corruzione nel settore privato**. Questa scelta di politica legislativa interna può essere spiegata in parte con l'opzione per un sistema disciplinare volto a concentrare il proprio focus «*sulla prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*» (in tal senso la stessa *rubrica legis* della l. n. 190/2012). Ma tale scelta sembra anche tributaria del risalente – e mai del tutto superato – approccio che tende ad esaurire il tema del contrasto ai fenomeni corruttivi nell'ambito della disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione di cui al Libro II, Titolo II del codice penale.

(9) Sul punto: C. CONTESSA, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in: *Il Libro dell'anno del diritto Treccani*, 2017, p. 242, segg.

Per quanto riguarda, invece, il richiamo alla **Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione (Strasburgo, 27 gennaio 1999)**, la l. n. 190/2012 si limita a richiamarne solo due disposizioni (articoli 20 e 21) finalizzate, rispettivamente: *i*) all'istituzione di un'autorità specializzata nel settore del contrasto alla corruzione; *ii*) al rafforzamento delle misure di cooperazione fra le Autorità nazionali operanti nel settore in questione. Entrambi gli aspetti hanno trovato, come è noto, compiuta attuazione nell'ambito della legge anticorruzione.

Ma, al di là degli strumenti di repressione criminale richiamati nell'ambito della Convenzione del 1999, **il Consiglio d'Europa ha patrocinato l'adozione di altri importanti atti convenzionali incidenti nella materia della prevenzione della corruzione.**

Ci si riferisce, in particolare, alla **Convenzione civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione** (fatta a Strasburgo il 4 novembre 1999)⁽¹⁰⁾ la quale, pur non essendo espressamente richiamata dalla legge anticorruzione, risulta aver ispirato – o almeno, anticipato – numerose fra le sue più rilevanti previsioni.

Limitandoci qui alle sole previsioni in tema di prevenzione ai fenomeni corruttivi, va richiamata la previsione dell'art. 9 della Convenzione⁽¹¹⁾, che mira ad istituire un quadro comune di protezione in favore dei dipendenti che abbiano denunciato i fenomeni corruttivi (in tal modo anticipando le previsioni in tema di *whistleblowing* di cui all'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 – per come introdotto dall'art. 1, co. 51 della legge anticorruzione –).

L'istituzione in ambito convenzionale di forme di prevenzione (e contrasto) ai fenomeni corruttivi non ha riguardato soltanto l'ONU e il Consiglio d'Europa, ma anche **altre Organizzazioni internazionali.**

In particolare, in ambito OCSE sono state stipulate:

- la **Convenzione sulla lotta alla corruzione dei funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'UE** del 26 maggio 1997, nonché
- la **Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali**, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997⁽¹²⁾. La Convenzione in parola è stata preceduta dall'approvazione, da parte del Consiglio dell'OCSE, della **Raccomandazione sulla lotta alla corruzione nelle operazioni economiche internazionali**⁽¹³⁾ la quale, fra l'altro, ha invocato l'adozione da parte degli Stati firmatari di «*misure efficaci per scoraggiare, prevenire e combattere la corruzione di pubblici ufficiali stranieri in relazione alle operazioni economiche internazionali*».

(10) La Convenzione in questione è stata ratificata in Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 112.

(11) Ai sensi dell'articolo 9 (*Protection des employés*), «*chaque Partie prévoit dans son droit interne une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables*».

(12) La Convenzione è stata attuata in Italia con la legge 29 settembre 2000, n. 300.

(13) Si tratta del documento del 23 maggio 1997, C(97)123/ FINAL.

Non va, del resto, dimenticato che l'istituzione di efficaci sistemi di prevenzione della corruzione (e l'avvertita necessità di creare, a tal fine, forme adeguate di cooperazione fra Stati) ha condotto nel corso degli anni alla formazione di numerosi **gruppi di lavoro e 'tavoli' di cooperazione intergovernativa**.

Ci si limita qui a richiamare, al riguardo, le **iniziative realizzate in ambito G7, G8 e G20**, nonché – ancora una volta – in ambito **ONU, OCSE e COE**.

Si ritiene qui di richiamare, in particolare:

- l'**Implementation Review Group (IRG)**, istituito in **ambito ONU** quale organo sussidiario della Conferenza degli Stati firmatari della Convenzione di Merida e incaricato di offrire agli stessi supporto ai fini dell'implementazione delle misure di prevenzione e contrasto previste dalla Convenzione;
- il **Working Group on Bribery (WGB)**, istituito in **ambito OCSE** e incaricato di monitorare l'implementazione della Convenzione del 17 dicembre 1997;
- il **Groupe d'États contre la Corruption (GRECO)**, istituito nel 1999 nell'ambito del Consiglio d'Europa e deputato al monitoraggio delle misure adottate dagli Stati membri al fine di conformarsi agli *standard* di prevenzione e contrasto alla corruzione fissati in ambito convenzionale.

Ciascuno di tali organismi e gruppi di cooperazione svolge un ruolo di notevole importanza ai fini della concreta realizzazione (anche) degli obiettivi di prevenzione fissati – sia pure in modo differenziato – dalle richiamate fonti di carattere internazionale.

3. Gli strumenti amministrativi di carattere preventivo nella disciplina nazionale primaria e subprimaria.

Con la **legge anticorruzione l'Ordinamento italiano** (in parte sulla scia dei richiamati orientamenti internazionali e sovranazionali e in parte sulla base di un'autonoma evoluzione interna) **opta** consapevolmente **per un articolato sistema amministrativo di contrasto preventivo ai fenomeni corruttivi**⁽¹⁴⁾.

La legge in questione interviene a **venti anni circa dal vero e proprio ciclone giudiziario, politico e mediatico originato dalle inchieste di 'Mani pulite'** e prende le mosse dalla consapevolezza – largamente affermatasi all'indomani di quella stagione – per cui la repressione dei fenomeni corruttivi basata sulla preparazione e sulla celebrazione dei dibattimenti penali è certamente necessaria ma non sufficiente al fine di eradicare tali fenomeni⁽¹⁵⁾.

(14) M. MACCHIA, *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo*, in: F. Manganaro, A.R. Tassone, F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2014, p. 99, segg.

(15) G.M. FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa?* In: *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2014, p. 1, ss.