

FRANCESCO ROTA

Ricercatore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi dell'Università del Sannio di Benevento

*franrota@unisannio.it*

## **LA GESTIONE DEL RISCHIO NEL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE: INTERVENTI SPECIFICI E QUALITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE**

### **RISK MANAGEMENT AND FIGHT TO BRIBERY: SPECIFIC INTER- VENTIONS AND GOOD ADMINISTRATION**

#### SINTESI

Negli ultimi anni, anche in virtù dell'impulso di organismi sovranazionali, si sono affermate misure preventive di contrasto alla corruzione. La loro introduzione nel sistema italiano genera una complessità amministrativa che può contribuire a peggiorare la qualità dell'amministrazione e a creare in definitiva un contesto favorevole alla diffusione di fenomeni corruttivi.

#### ABSTRACT

The introduction of measures to prevent bribery in Italy has generated an administrative complexity and could have an adverse impact on good administration. So, these measures could contribute to create a favourable environment for bribery.

INDICE: 1. Premesse – 2. Il contrasto alla corruzione in Italia tra gestione del rischio ed interventi emergenziali – 3. Imprevedibilità delle decisioni, duplicazione dei decisori e rischio di “fuga dalla decisione” – 4. Il contrasto alla corruzione: il ruolo dei cittadini – 5. Conclusioni

### **1. Premesse**

Un margine di rischio è sempre insito nelle decisioni e nell'attività amministrativa ma, a volte, è anche necessario individuare la risposta più opportuna di fronte al rischio che si possano verificare situazioni dannose, pericolose o catastrofiche.

La risposta tradizionale del diritto pubblico a queste eventualità consiste nel fronteggiare gli eventi inaspettati con misure eccezionali ex post che consentano di superare le emergenze come possibile, senza prevedere misure amministrative preventive specifiche.

Negli ultimi anni i limiti di un approccio basato solo sul ricorso a misure emergenziali sono emersi e a tali misure si sono affiancate misure di *risk management* tese a prevenire le emergenze<sup>1</sup>.

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 eccessivo ricorso alla prevenzione<sup>2</sup>.

Negli ultimi anni si è verificato un allargamento della nozione di emergenza intesa come situazione eccezionale che consente di ricorrere a discipline derogatorie<sup>3</sup>. L'emergenza porta peraltro con sé tutti i limiti della percezione che si ha delle dimensioni di un certo rischio e delle conseguenze del verificarsi di un determinato evento. Peraltro è impossibile eliminare il rischio: l'obiettivo più ambizioso è una gestione ottimale delle situazioni di rischio<sup>4</sup>.

La gestione del rischio può essere letta come una specificazione del principio di precauzione che deve essere sempre bilanciata con altri principi, primo fra tutti quello di proporzionalità.

Le decisioni pubbliche connesse al “se” e al “come” intervenire per ridurre il rischio o per ridurre gli effetti del verificarsi di un evento eccezionale sono il risultato di una valutazione politica e giuridica che ha come base studi e risultati provenienti da scienze non giuridiche. Per decidere quali rischi regolare è dunque necessario adottare un approccio interdisciplinare e i limiti delle scienze su cui ci si basa rischiano di ripercuotersi sulle decisioni stesse.

Per predisporre una disciplina del rischio che sia equilibrata è dunque necessario basarsi su dati affidabili ma, a volte, si riscontrano problemi di misurabilità e il diritto amministrativo incontra le scienze “incerte”.

Spesso le decisioni sono prese con un importante ruolo della percezione

---

<sup>1</sup> M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010;

<sup>2</sup> Si veda ancora M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, cit.

<sup>3</sup> M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Editoriale Scientifica, 2012

<sup>4</sup> Sui rischi della sicurezza percepita sia consentito il rinvio a F. ROTA, *Ordine pubblico e sicurezza*, Editoriale scientifica, 2012. Sul punto v. anche G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2010.

che si ha di una situazione e con grandi difficoltà si riescono ad ottenere misurazioni attendibili. Ed è quanto avviene proprio nel caso del contrasto alla corruzione<sup>5</sup>.

Il ruolo della percezione e la sua importanza non devono però essere trascurati: la percezione può diventare prima convinzione, poi condotta e, alla fine, può ispirare il futuro. La percezione e la dipendenza dall'illegalità possono frustrare le politiche pubbliche<sup>6</sup>.

La percezione di un'elevata presenza di fenomeni corruttivi in un paese presenta una serie di effetti negativi quali un legame significativo con la densità e la complessità dei procedimenti amministrativi, la fuga degli operatori economici virtuosi e l'attrazione di operatori inclini alla corruzione, dando vita ad un circolo vizioso che porta all'affermazione di una cavillosità amministrativa che rappresenta un fertile substrato per l'inefficienza e la corruzione e alla tendenziale scomparsa dal mercato di operatori virtuosi<sup>7</sup>.

Peraltro gli effetti della corruzione possono essere molteplici e profondi e possono minare le basi di un sistema democratico: «*Corruption undermines citizens' confidence in democratic institutions and the rule of law, it hurts the European economy and deprives States from much-needed tax revenues*»<sup>8</sup>.

## **2. Il contrasto alla corruzione in Italia tra gestione del rischio e interventi emergenziali**

Il sistema italiano di contrasto alla corruzione è dovuto alla maturazione della consapevolezza di una forte criticità dovuta al posizionamento dell'Italia in una serie di classifiche internazionali stilate sulla base della misurazione della presenza di fenomeni corruttivi nei diversi paesi. Del resto sin dal 2003, con la convenzione di Merida, è emersa con forza l'esigenza di contrastare la corruzione con politiche preventive<sup>9</sup>.

La pressione internazionale è diventata motore (o giustificazione) di un intervento del legislatore e in Italia si è compresa l'importanza di un intervento

---

<sup>5</sup> Per una panoramica delle difficoltà di misurazione della corruzione e delle potenzialità degli strumenti esistenti cfr. M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi*, Franco Angeli, 2018.

<sup>6</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015;

<sup>7</sup> Per una sintetica analisi degli effetti perversi della corruzione v. A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in Mattarella, Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, Giappichelli, 2013, 48 ss.

<sup>8</sup> Cecilia Malmström, *EU Anti-Corruption Report*, 2014

<sup>9</sup> N. PARISI, *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017

rapido ed efficiente che consentisse di rispondere a quella che veniva percepita come una situazione emergenziale.

L'Italia, seguendo i suggerimenti del Gruppo di lavoro OCSE sulla corruzione<sup>10</sup> e della commissione europea, ha introdotto misure preventive di contrasto alla corruzione che si sono affiancate alle misure repressive di tipo penale già presenti nel nostro paese. Lo scopo dell'intervento era migliorare il posizionamento del nostro paese nelle valutazioni internazionali, incidendo così sulla percezione della corruzione, prevenire la corruzione con un approccio "risk based", sviluppando modelli di "compliance" e introducendo strumenti di soft law secondo le indicazioni del GRECO<sup>11</sup>.

L'approccio basato sulla gestione del rischio richiede che ogni amministrazione rifletta sui rischi di corruzione connessi alla propria specifica attività con una strategia in due fasi. La prima fase è una fase di valutazione del rischio che serve a verificare l'esistenza del rischio e ad identificarne i fattori; la seconda fase è una fase di riduzione e gestione del rischio attraverso la individuazione di misure utili a gestire e a ridurre la possibilità che si possano verificare episodi di corruzione.

La corruzione viene solitamente vista come un fenomeno multiforme ma solitamente basato su modelli che si ripetono nelle forme e nei contenuti e richiede dunque una strategia diversificata.

Questo approccio è frutto di una nuova idea di corruzione che non è connessa esclusivamente alle fattispecie penali o dolose e include anche la cattiva amministrazione<sup>12</sup>.

In questa prospettiva la corruzione è frutto di disfunzioni frequenti e il suo contrasto richiede azioni generali<sup>13</sup>.

La cattiva amministrazione è infatti connessa all'illegalità e alla distorsione dell'interesse pubblico<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Si veda ad esempio, OCSE, *Trust in Government Ethics Measures in OECD Countries*, 2000, <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994450.pdf>

<sup>11</sup> M. MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione europea del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese*, in *Dir. pen. cont.*, 2012; L. Salazar, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass. pen.*, 2012, 4270 ss.

<sup>12</sup> M. ARNONE, S. BORLINI, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham, UK, E. Elgar, 2014, 314

<sup>13</sup> M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione*, Giapichelli, Torino, 2013

<sup>14</sup> N. Parisi, *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, in *www.federalismi.it*, 2017

### 3. Imprevedibilità delle decisioni, duplicazione dei decisori e rischio di “fuga dalla decisione”

La linearità del discorso inizia ad inclinarsi però se si considera che in qualche misura in questo approccio la cattiva amministrazione rischia di essere causa ma anche effetto delle misure di contrasto alla corruzione.

L'OCSE ritiene che le misure suggerite consentano «*to modernise the public service in general, and in particular to make the regulations more stringent, to ensure transparency in the administration and in financing political parties, to promote openness of government information and in financing political parties, to promote openness of government information and freedom of the media and to improve international cooperation in the such efforts*»<sup>15</sup> ma in un contesto, come quello italiano, in cui le regole sono complesse e poco chiare i dipendenti pubblici rischiano di commettere errori con maggiore facilità e sembrano moltiplicarsi le ipotesi di incertezza.

Ad esempio se si considera il rapporto tra riparametrazione e anomalia dell'offerta nelle gare con offerta economicamente più vantaggiosa, la giurisprudenza tradizionalmente tendeva a distinguere la funzione della riparametrazione da quella della anomalia, in quanto la prima servirebbe a garantire l'equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta e la seconda a garantire l'adeguatezza dell'offerta e in definitiva la possibilità di soddisfare l'interesse pubblico. Conseguenza di questa impostazione era che l'anomalia dell'offerta dovesse essere valutata sui valori non riparametrati. L'ANAC però con le linee guida 2/2016, è intervenuta sul punto affermando che l'anomalia dovesse essere valutata sui valori riparametrati. La giurisprudenza sul punto si presenta ora divisa con conseguente incertezza applicativa<sup>16</sup>.

Così, la limitata qualità della regolazione finisce con il lasciare alla discrezione dell'interprete l'individuazione della condotta concreta con un doppio effetto negativo: da un lato si afferma l'incertezza del diritto aprendo la strada a prassi differenziate e, dall'altro, il decisore onesto non si sente tutelato e quello disonesto ha un margine di manovra che può usare a proprio vantaggio.

In questa situazione spesso si assiste a fughe dalla decisione o al ricorso a forme di amministrazione difensiva che rendono ancora più complicate e farraginose le procedure, pur muovendosi in un percorso di apparente legalità

---

<sup>15</sup> OCSE, *Trust in Government Ethics Measures in OECD Countries*, 2000, <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994450.pdf>

<sup>16</sup> Per l'orientamento favorevole all'interpretazione dell'ANAC v. Tar Campania, Napoli, Sent. n. 941 del 2018; per l'orientamento contrario v. Tar Toscana, Sent. n. 426 del 2018.

formale. Nel primo caso si rischia l'impasse; nel secondo caso l'attività amministrativa subisce ritardi a causa della richiesta di pareri, valutazioni e di altri atti che consentano di declinare o ridurre la responsabilità della scelta.

Così la moltiplicazione delle fonti con una sovra-regolamentazione e una scarsa chiarezza sul valore stesso delle diverse tipologie di fonti<sup>17</sup> (leggi, regolamenti, linee guida e direttive anac) e la moltiplicazione dei decisori (giudici, autorità indipendenti), in un contesto come quello italiano in cui già la giurisprudenza è spesso ondivaga<sup>18</sup>, rischiano di diventare a loro volta causa di cattiva amministrazione.

#### **4. Il contrasto alla corruzione: il ruolo dei cittadini**

La mancata trasparenza dei processi decisionali probabilmente contribuisce ad agevolare la corruzione e genera sfiducia nelle istituzioni pubbliche e nei meccanismi di legittimazione democratica. In un contesto caratterizzato dalla presenza di cattiva amministrazione e corruzione i diritti rischiano di diventare privilegi e la mancanza di fiducia nel valore del merito contribuisce alla diffusione della corruzione e rende progressivamente i cittadini sudditi<sup>19</sup>.

Una delle difficoltà del contrasto alla corruzione è la sua diffusione. Così l'*accountability*, l'integrità, l'etica pubblica, la trasparenza contribuiscono a contrastare in modo sistematico la corruzione.

Per questo è necessario che i cittadini abbiano la consapevolezza del disvalore della corruzione e abbiano un atteggiamento attivo, sovrintendendo alle attività pubbliche. La trasparenza ha in questa prospettiva un enorme valore ma, più che i singoli cittadini, sono le organizzazioni di cittadini a poter svolgere realmente questo tipo di ruolo.

#### **5. Conclusioni**

L'implementazione di misure amministrative di contrasto alla corruzione, in Italia, ha avuto il merito di introdurre misure di prevenzione ma ha un impatto negativo sulla complessità dell'amministrazione e sulla certezza delle re-

---

<sup>17</sup> Si pensi ad esempio alla vicenda del valore delle linee guida ANAC e delle affermazioni sul punto da parte dei pareri del Consiglio di Stato

<sup>18</sup> Il tema della certezza del diritto è sempre più sentito tanto da aver portato l'AIPDA a dedicarvi il convegno nazionale del 2014 i cui atti sono raccolti nel volume AA.VV., *L'incertezza delle regole*, Editoriale Scientifica, 2015. Più recentemente e in modo specifico in tema di valore del precedente giudiziario, v. A. De Siano, *Precedente giudiziario e decisioni della P. A.*, ESI, 2018

<sup>19</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015;

gole che governano il corretto esercizio dei pubblici poteri. La situazione è resa più complessa dal sottodimensionamento delle risorse impiegate per implementare questo processo (la riforma è stata dichiarata come “a costo zero” e l’ANAC acquisisce compiti crescenti con un personale sottodimensionato e probabilmente non sempre adeguatamente qualificato).

Il modo in cui le misure di contrasto alla corruzione vengono interpretate dalle amministrazioni rappresenta un’altra faccia del problema: l’attività di predisposizione dei piani viene spesso vista come un mero adempimento, non ha alla propria base un’adeguata riflessione sulle caratteristiche del singolo ente e non mira al raggiungimento di un risultato effettivo. Peraltro in presenza di una corruzione sistemica, quale quella che sembra essere presente in Italia, alcune misure quali la rotazione degli incarichi hanno un’efficacia limitata o nulla. L’implementazione delle procedure di predisposizione e aggiornamento dei piani sembra richiedere alle amministrazioni uno sforzo non proporzionato agli effetti che tali strumenti producono.

Allo stesso tempo l’ingiustificato allargamento dell’emergenza come presupposto per l’applicazione di regimi giuridici derogatori fino a coinvolgere situazioni non emergenziali (si pensi ad esempio al caso dei grandi eventi) contribuisce ad ampliare il novero dei casi di cattiva amministrazione<sup>20</sup>.

Resta inoltre il problema della corruzione politica e quello della relazione tra politica e amministrazione, con l’individuazione di obiettivi che spesso non consentono un controllo reale sui risultati della dirigenza con un impatto negativo sulle performance<sup>21</sup>.

In questo modo il sistema di contrasto alla corruzione contribuisce ad un’incertezza che produce cattiva amministrazione. La cattiva amministrazione è causa di corruzione. Siamo in presenza di Uroboro con la peculiarità che un sistema che ha introdotto una nozione di corruzione connessa alla cattiva amministrazione finisce con l’essere a sua volta causa di cattiva amministrazione (corruzione?).

Da quanto affermato sembra emergere che il contrasto alla corruzione richiede, più che misure emergenziali, l’efficienza dell’amministrazione e dunque qualità della regolazione, efficienza dell’amministrazione, corretto espletamento dei concorsi pubblici. Come sconfiggere l’Uroboro? In definitiva le misure preventive previste dalla disciplina di contrasto alla corruzione possono

---

<sup>20</sup> M. BROCCA, *L’altra amministrazione*, cit.

<sup>21</sup> Sia consentito il rinvio a M. CERBONE, V. ESPOSITO, F. ROTA, *Considerazioni conclusive* in R. Mercurio, A. Zoppoli (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali. La comunicazione nel ciclo direzionale integrato*, Editoriale Scientifica, 2009

essere utili ma solo nella misura in cui riescono ad essere un fattore di buona amministrazione e non di isteria del sistema. Non è semplice intervenire ma qualcosa si può fare. In primo luogo rafforzando l'etica nei cittadini e nei funzionari pubblici<sup>22</sup>. Certo, è difficile: l'etica è un concetto astratto ma è possibile migliorare il rapporto di fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche e il valore del diritto e del merito migliorando la qualità della regolazione e dell'amministrazione.

---

<sup>22</sup> Sul punto il legislatore ha cercato di intervenire con il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Si veda sul punto E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2013