

Il sistema anticorruzione e il Giudice amministrativo

Data di pubblicazione: 17 Ottobre 2019

MASSIMILIANO BALLORIANI, Il sistema anticorruzione e il Giudice amministrativo*.

MASSIMILIANO BALLORIANI
(Consigliere TAR Pescara)

Il sistema anticorruzione e il Giudice amministrativo [\[1\]](#).

1.- Corruzione come violazione del patto solidaristico.

Sembrerà inverosimile ma gli studiosi di diritto amministrativo hanno iniziato a occuparsi della corruzione solo negli ultimi anni [\[2\]](#), poiché fino a pochi anni fa quello della corruzione era considerato un problema essenzialmente penalistico, da affrontare sul piano della repressione, e nello stesso linguaggio giuridico il termine “corruzione” rinviava solo a determinate figure di reato e non a fenomeni del diritto amministrativo [\[3\]](#).

Nel diritto penale, l'essenza dei fatti corruttivi può ridursi ad un mercato di attività funzionali, una sorta di baratto, o di compravendita (cosiddetto modello mercantile) [\[4\]](#).

La nuova formulazione dell'articolo 318 c.p. (cd. corruzione impropria), dopo la riforma di cui alla legge n. 190 del 2012, ora non fa più riferimento al compimento di atti del proprio ufficio né al ricevimento di una retribuzione, ma alla funzione e all'esercizio dei poteri e alla generica dazione di denaro o qualsiasi utilità per se o per altri.

Il disvalore della condotta quindi risiede nella circostanza che il pubblico ufficiale sfrutta l'ufficio per ricavare, per sé o per altri, una posizione di indebito vantaggio; e tale disvalore è maggiore, così come è maggiore il danno all'immagine della PA, se il pubblico ufficiale per ottenere un vantaggio giunge a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio (articolo 319 cp).

Il diritto penale quindi sanziona principalmente lo sfruttamento economico della funzione pubblica [\[5\]](#), la lesione al dovere di fedeltà [\[6\]](#) dei pubblici ufficiali, di cui all'articolo 54 comma secondo della Costituzione.

Il bene interesse tutelato sembra essere quindi la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, lesa dal mercimonio dei pubblici poteri.

La fiducia dei cittadini è proprio il tema centrale della corruzione.

Il termine corruzione richiama il verbo latino *rumpere*, rompere; e quello che si rompe nella corruzione intesa come fenomeno generale è appunto il patto di fiducia tra cittadini e istituzioni, il patto fondamentale, su cui si fondano i doveri di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Costituzione, di cui è corollario anche l'articolo 53 che impone a tutti di concorrere alla spesa pubblica in ragione della propria capacità contributiva; ma anche lo stesso dovere civico di voto di cui all'articolo 48.

La corruzione rompe questa fiducia e induce i cittadini a non comportarsi in modo solidale [\[7\]](#).

E quindi a violare anch'essi il dovere di fedeltà verso la Repubblica, evadendo le tasse e corrompendo i pubblici

ufficiali, violando così a loro volta il patto di solidarietà sociale con gli altri consociati [8] (si veda infatti l'art. 54, 1° co., Cost., secondo cui il dovere di fedeltà non grava solo sui pubblici funzionari ma anche sui meri cittadini).

Ecco perché nella lotta alla corruzione, come vedremo e come impone anche la convenzione ONU del 2003, occorre coinvolgere attivamente la società civile e i cittadini onesti.

La corruzione quindi è un fenomeno molto ampio e insidioso e non riducibile all'aspetto penale: essa si autoalimenta. Non a caso i soldi utilizzati per il pagamento delle tangenti sono in larga parte accumulati attraverso l'evasione fiscale: il comportamento antisolidaristico che alimenta altri comportamenti antisolidaristici.

E' un virus mortale per gli Stati perché mina l'essenza stessa degli stati democratici e si estende e contagia su scala globale; ecco perché nel tempo se ne sono fatte carico anche le varie organizzazioni internazionali, che hanno suggerito vari rimedi legislativi e amministrativi (non a caso la legge n. 190 del 2012 è stata adottata in dichiarata attuazione della convenzione dell'assemblea generale dell'Onu sulla prevenzione e repressione della corruzione del 2003; e della convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa del 1999).

E' appunto questa diffusività che induce a parlare di sistema a proposito di corruzione [9].

E come tutti i virus grandemente diffusivi il sistema corruttivo non può essere arginato con la mera attenzione ai singoli episodi, come avviene mediante l'applicazione del diritto penale, ma è necessaria un'attività efficace di prevenzione e comunque rimediale su larga scala, che prescindendo dalle condotte individuali [10].

L'attività preventiva, essendo slegata dal principio di personalità tipico del diritto penale, può tutelare la fiducia non nella sola condotta e integrità del singolo pubblico ufficiale ma, in senso più ampio, nella correttezza e legalità dell'agire pubblico, nel rispetto delle regole da parte dei pubblici poteri [11].

Dal diritto penale a quello amministrativo si passa dalla corruzione delle persone alla corruzione delle regole, dall'integrità delle persone all'integrità delle istituzioni.

E l'integrità delle istituzioni si manifesta attraverso il rispetto della legalità, e in particolare delle regole che incidono sui diritti fondamentali della persona, cui i doveri di solidarietà, attraverso la previsione di cui all'articolo 2 della Costituzione, sono correlati e maggiormente avvertiti.

Nel diritto amministrativo, quindi, la corruzione è soprattutto l'illegalità in grado di incidere sui diritti fondamentali e sulle libertà della persona, direttamente o indirettamente, attraverso l'ostacolo alla realizzazione dei doveri di solidarietà sociale [12].

Da un punto di vista soggettivo invece tale illegalità, per avere il descritto effetto di sfiducia, deve comunque manifestare uno sviamento dall'interesse pubblico in favore di interessi egoistici di singoli, associazioni, partiti o gruppi di interesse.

Poiché ormai si ricorre spesso a termini inglesi, si è parlato in proposito di *maladministration*.

Ciò anche se secondo alcuni (tra cui proprio il presidente ANAC [13]) il concetto di corruzione resterebbe quello penale, nel senso che la prevenzione amministrativa si indirizzerebbe a fenomeni organizzativi più ampi (rotazione dei dirigenti, conflitti di interesse, incompatibilità e incandidabilità, ecc...), ma ciò solo per fini preventivi rispetto alla vera corruzione che sarebbe solo quella oggetto di tutela penale.

E proprio qui si annida, a mio modesto avviso, il problema dell'efficacia di un sistema preventivo impostato su tali preconcetti, cioè più come una *mission* di una forza di polizia che come una *accompliance* di un'amministrazione che eroga servizi ai cittadini, come si cercherà di illustrare più avanti.

Tale definizione meramente penalistica della corruzione non è condivisibile proprio in ragione della sua descritta fenomenologia di rottura del patto sociale che esula dalla dimensione del comportamento del singolo, nonché in ragione di quanto espressamente contemplato anche nelle convenzioni internazionali [14].

La stessa legge 190 del 2012 di attuazione della convenzione ONU si esprime in termini di repressione e prevenzione della corruzione ma anche dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

2. - L'inidoneità dei sistemi di gestione del rischio ai fini della efficace prevenzione della corruzione; e la mancata puntuale attuazione della convenzione ONU del 2003.

Nell'attuare la previsione della convenzione ONU del 2003, la legge n. 190 del 2012 [15] ha inteso designare, quale organo indipendente menzionato nella succitata convenzione Onu, un'Autorità nazionale anticorruzione [16].

La legge 190 del 2012, come strategia preventiva, introduce i piani anticorruzione [17], e con essi la prevenzione della corruzione da parte del legislatore italiano è stata incentrata principalmente su di un sistema (*risk regulation*) di analisi (*assessment*) [18] e gestione (*management*) del rischio [19].

L'uso del risk management nella gestione delle posizioni giuridiche soggettive tuttavia ha di per sé profonde criticità, specie al cospetto del principio di legalità che è indisponibile per la pubblica amministrazione [20].

E questo è un aspetto che andrebbe ben indagato, ma qui sono possibili solo brevi cenni.

Il modello di prevenzione organizzativo utilizzato dal legislatore italiano nella legge 190 del 2012 è stato mutuato in parte da quello di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 in tema di responsabilità amministrativa degli Enti per reati commessi in loro vantaggio da soggetti appartenenti alla loro organizzazione [21].

Trova ulteriore conferma, con tale ispirazione, quindi, un impianto che risente della visione, sopra accennata, esclusivamente penalistica della corruzione anche in tema di prevenzione in via amministrativa.

Anche nel d.lgs. n. 231 del 2001 c'è l'esimente di aver adottato i piani di prevenzione del rischio da reato; è prevista l'individuazione del cd. rischio organizzativo in determinati settori di attività; è anche previsto il divieto di discriminazione per i cd. *wistleblowers*.

Il piano anticorruzione nazionale è secondo la legge 190 del 2012 un atto di indirizzo per le amministrazioni che devono adottare il proprio.

Se si verifica un evento di corruzione, di tale evento si tiene conto come evento significativo.

L'evento significativo corruttivo (come il cd. evento sentinella in materia sanitaria [22]) viene cioè tenuto presente per l'elaborazione del successivo piano anticorruzione, nel quale ogni Amministrazione poi, sotto la vigilanza dell'Anac, propone i suoi rimedi che appaiono tutti accumulati dall'intento di evitare l'emersione di interessi privati nell'attività amministrativa (rotazione degli incarichi dirigenziali, obbligo di dichiarazione e astensione in caso di conflitti di interesse, divieto delle cd. porte girevoli, incompatibilità nell'assunzione di incarichi, ecc...).

Tutto ciò premesso, occorre evidenziare alcune profonde criticità del descritto sistema derivante da un'attuazione della convenzione Onu non piena ad opera della legge 190 del 2012, e che risente della descritta visione di prevenzione del mero fatto penale.

Del resto, è lo stesso attuale presidente dell'Anac che in un suo recente intervento ha riconosciuto che la legge 190 del 2012 *venne presentata come un'occasione per rilanciare l'immagine internazionale del Paese più che un mezzo per arginare un problema* [23].

La critica può muoversi su due aspetti tra loro convergenti: l'impropria applicazione dei principi aziendalistici in materia di gestione del rischio [24] e la mancata piena attuazione dell'aspetto centrale della convenzione ONU del 2003, vale a dire la partecipazione attiva della società civile nella prevenzione della corruzione, che ha la funzione di rinsaldare quel patto di solidarietà che la corruzione mina.

Innanzitutto, se il modello di cui al d.lgs. 231 del 2001 appare utile in materia penale a ricondurre l'imputazione in capo all'ente attraverso la responsabilità da mancata organizzazione di un efficace sistema di prevenzione degli

illeciti e attraverso la valutazione del vantaggio comunque acquisto dal reato commesso; lo stesso modello non appare adeguato laddove utilizzato come principale strumento di prevenzione della *maladministration*; ciò poiché le funzioni sono del tutto diverse.

L'imputazione della responsabilità in capo a un'organizzazione può essere appunto di tipo organizzativo (si pensi alla cd. colpa d'apparato, che in un primo momento era stata ritenuta rilevante anche in materia di illecito provvedimento cfr. Consiglio di Stato sez. VI 15 febbraio 2005 n. 478); viceversa la prevenzione della illegalità di atti che corrispondono al prodotto tipico di un'amministrazione non può essere ricondotta alla gestione del rischio aziendale, se non accettando un margine di errore che, continuando il parallelismo con il mondo delle imprese private che tanto piace oggi al legislatore nostrano e internazionale, non è compatibile appunto con un controllo di qualità del prodotto ma solo con la percentuale di successo della *mission* aziendale.

Secondo gli standard internazionali elaborati dagli organismi indipendenti (ISO) [25], l'analisi del rischio [26] aziendale, nell'ambito dell'*enterprise risk management*, è funzionale alla valutazione da parte dell'imprenditore dei limiti entro cui egli intende accettarlo e sui costi per evitarlo, e quindi non può applicarsi alla legalità, che essendo correlata al rispetto di norme imperative non ammette accettazione del rischio in relazione ai costi [27].

Si è fatta in realtà un po' di commistione tra il *risk management* in favore dell'imprenditore [28] e il controllo sulla qualità dei servizi e dei prodotti in favore dei consumatori, cui è preposto invece il controllo qualità, che anche nelle aziende private ammette un margine di errore solo nella misura definita dai tecnici "6 sigma" (che è pari a 3,4 parti difettose su 1 milione), sulla base dello standard *world class manufactory*.

Impedire la corruzione per l'amministrazione nel suo complesso non può essere un mero *obiettivo aziendale* [29] ma è la *value aziendale* cioè la conformità dei prodotti e procedimenti agli standard anche di legalità, che a priori non può tollerare margini apprezzabili di rischio.

Viceversa si finisce per confondere l'efficacia con la legalità; e anche la disciplina penale contro la corruzione, abbiamo visto, tutela la legalità e la fedeltà dell'agire amministrativo e non l'efficacia nel perseguimento degli obiettivi.

Un sistema anticorruptivo sbilanciato tutto a favore del *risk management* così definito, in sostanza, sottende di voler intendere l'anticorruzione soprattutto a tutela del principio di efficienza e efficacia (art.97 della Costituzione) che non a tutela della legalità e della fiducia dei cittadini, specie in materie connesse a diritti fondamentali (articolo 2 della Costituzione) [30].

Per fare un esempio più concreto, il *risk management* nel perseguimento dei reati potrebbe andar bene per le strategie delle forze di polizia in funzione di contrasto ai medesimi (che è la loro *mission*) ma non come standard di legalità per una pubblica amministrazione (che è la *value* del servizio erogato) [31].

L'Italia è un Paese a rischio corruttivo diffuso e immanente, e non vi sono percentuali di rischio accettabili, sicchè, in funzione preventiva, non appare opportuno né risolutivo utilizzare un'analisi qualitativa del rischio, ma andrebbero posti in essere i rimedi e gli standard preventivi tipici dei procedimenti piuttosto che quelli dell'organizzazione aziendale.

Ben venga il risk management, dunque, purché si sia consapevoli che la sua funzione riguarda l'efficienza e l'efficacia dell'organizzazione, e quindi non può sostituire i controlli e gli strumenti di tutela diretta della legalità, che meriterebbero pari implementazione.

Le segnalazioni dei cittadini cioè non devono essere valorizzate solo nell'ambito della organizzazione (sanzioni disciplinari, penali, ecc...) ma anche come fonte di iniziativa del controllo di legalità, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

Tanto più che la corruzione è un fenomeno spesso sommerso e quindi difficilmente individuabile statisticamente attraverso l'attività di reporting.

E invece il piano triennale di prevenzione della corruzione si è dichiaratamente ispirato alla Iso 31000:2010 [32] sul *risk management*, quindi quasi esclusivamente incentrato sugli obiettivi aziendali piuttosto che sui servizi resi, il rischio manageriale e non la sicurezza dei consumatori.

L'atto amministrativo è il prodotto tipico dell'amministrazione e quindi su di esso, per rimanere al linguaggio aziendale, si deve concentrare il controllo qualità e non quello sugli obiettivi aziendali.

Si vuol dire, conclusivamente, che il principale rimedio contro l'illegalità dell'attività amministrativa resta sempre il controllo preventivo o il rimedio successivo sull'atto per eliminarne i danni prodotti, e non *risk management*, che, al di là della nomenclatura utilizzata, postula l'accettazione di percentuali di rischio troppo elevate.

Ciò senza considerare le criticità applicative puntualmente evidenziate in ogni circostanza dalla stessa ANAC, che rivelano come, spesso, tali piani siano intesi dai vari Enti come inutili aggravamenti burocratici[33].

E la loro efficienza sul piano della legalità è spesso del tutto trascurabile, tanto più che finora non è stata neanche adeguatamente valorizzata la disposizione a tal fine centrale, cioè quella di cui all'articolo 1 comma 3 della legge 190 del 2012, da cui si può desumere l'illegittimità degli atti in contrasto con il piano anticorruzione (infatti tale norma prevede che "*l'Autorita' nazionale anticorruzione ... ordina ... la rimozione di ... atti contrastanti con i piani ... citati*", e un siffatto potere di autotutela postula necessariamente l'illegittimità del provvedimento che ne è oggetto, per il contrasto con il piano). [34]

Quindi ben vengano i rimedi organizzativi, nella misura in cui, in proporzione ai costi sostenuti e in essi investiti, anche in termini di tempo e aggravamento burocratico, abbiano una corrispondente efficacia preventiva.

Ma proprio perché il rischio non è accettabile, la prevenzione, ove siano possibili altri rimedi, non può concentrarsi così tanto e solo sul piano organizzativo.

Ci si deve allora chiedere quali rimedi sui prodotti e procedimenti dovrebbero essere adottati per prevenire l'illegalità e la corruzione, specie oggi che sono stati eliminati gran parte dei controlli preventivi di legittimità i quali, in ogni caso, non dimostravano grande efficacia, in virtù del loro carattere meramente formale.

La risposta a mio avviso potrebbe rinvenirsi nella stessa, su descritta, ontologia del fenomeno corruttivo (che coinvolge direttamente i cittadini con la violazione del patto di solidarietà), nonché nella convenzione ONU del 2003 che l'Italia ha attuato con la legge n. 190 del 2012.

3. - Il giudice amministrativo contro la corruzione: la legittimazione civica e la giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo.

Proprio per la descritta incidenza della corruzione sul patto sociale, la dottrina che più si è dedicata al tema ha finito per ammettere l'esigenza di riconoscere sempre più la legittimazione dei singoli cittadini e delle associazioni rappresentative ai rimedi giurisdizionali avverso tali forme di illegalità, anche se non direttamente incidenti sui propri beni-interessi: così come con l'accesso civico si è ammessa una legittimazione generalizzata per il rispetto del dovere di trasparenza, al contempo si dovrebbe consentire un'azione civica a tutela delle regole dell'agire pubblico che sono poste a presidio della realizzazione dei diritti della persona e quindi dell'adempimento dei doveri di solidarietà fondanti la Res pubblica [35].

E questo compito spetterà al giudice amministrativo e al legislatore.

Del resto, l'accesso civico è funzionale al controllo generalizzato del rispetto di tali regole, e il controllo resta lettera morta se non si accompagna a un potere di azione nel caso in cui si rilevi una violazione.

Non a caso anche l'articolo 3 della convenzione ONU contro la corruzione [36] ha disposto che "*ciascuno Stato Parte elabora ... delle politiche di prevenzione della corruzione che favoriscano la partecipazione della società e rispecchino i principi di stato di diritto...*".

E ai sensi del successivo articolo 6 è stato previsto che gli organi preposti alla lotta alla corruzione, ai quali deve essere garantita la massima indipendenza da qualsiasi influenza, debbano utilizzare proprio tali misure di partecipazione della società civile cui è funzionale la diffusione delle conoscenze sul fenomeno[37].

L'articolo 13 poi specifica che gli Stati devono favorire la partecipazione attiva nella lotta alla corruzione di persone o gruppi non appartenenti al settore pubblico [38].

Quindi per attuare tale convenzione, lo Stato italiano doveva prevedere soprattutto un organo che principalmente assicurasse la partecipazione attiva e informata dei cittadini nella lotta alla corruzione tendente al ripristino dello stato di diritto.

L'articolo 34 della convenzione inserisce, coerentemente, tra i rimedi ripristinatori e correttivi avverso il prodotto e profitto della corruzione, anche quelli che incidono sul prodotto giuridico, cioè sull'atto adottato come conseguenza della corruzione, prevedendo l'annullamento dell'atto frutto di corruzione [39].

Da quanto appena esposto si evince in modo chiaro che non è stata attuata pienamente - con la legge n. 190 del 2012 e anche con la normativa successiva - proprio la parte della convenzione ONU che costituisce il nucleo centrale, e probabilmente più efficace, della lotta alla corruzione: la partecipazione attiva della società civile, cui, oltre all'accesso civico alle informazioni, deve essere data la conseguente possibilità di agire, direttamente o per il tramite di un'autorità effettivamente indipendente, per attivare rimedi correttivi alla illegalità conseguente a episodi corruttivi; e tra i mezzi per combattere la corruzione vi dovrebbe essere anche l'annullamento dell'atto adottato come conseguenza della corruzione, salvi ovviamente i diritti dei terzi in buona fede, come postulato dalla stessa convenzione ONU.

La consapevolezza di tali esigenze e la conseguente volontà di rendere i cittadini onesti partecipi effettivi di un potere rimediabile diffuso - che trascenda l'interesse egoistico eventualmente coinvolto nel singolo atto amministrativo - si rinviene in effetti nella previsione di cui al d.lgs. n. 50/2016, art. 211, co. 1 bis [40], che prevede una forma di legittimazione oggettiva e generale dell'ANAC per l'azione di annullamento di alcuni atti in materia di appalti.

E' evidente infatti che tale potere potrà essere esercitato anche a seguito di segnalazioni di cittadini e/o funzionari onesti.

L'esigenza di rendere in alcuni casi oggettiva l'azione nel processo amministrativo, a tutela della legalità, in presenza di interessi particolarmente rilevanti, era stata già avvertita dal legislatore con la previsione di cui all'articolo 21 bis della legge n. 287 del 1990 sulla legittimazione ad agire dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato [41].

Nonché in tutte le note ipotesi in cui è stata prevista per legge la legittimazione a tutela di interessi diffusi, in particolari settori, da parte di associazioni rappresentative di detti interessi [42].

La dottrina in proposito ha parlato di "oggettivizzazione" della tutela giurisdizionale amministrativa, facendovi rientrare anche le importanti evoluzioni della giurisprudenza intorno alla legittimazione a ricorrere riconosciuta a enti collettivi o associativi, a tutela degli interessi di cui essi si fanno portatori, a prescindere dal riconoscimento legislativamente previsto [43].

Così come concepito oggi, e veniamo finalmente nelle conclusioni a dare una risposta purtroppo critica al tema dell'intervento odierno, l'ingerenza del Giudice amministrativo nel contrasto alla corruzione in senso lato, e più in generale all'abuso del potere ai fini egoistici, è del tutto aleatorio, paragonabile all'azione di un guerriero fortissimo ma cieco in un campo di battaglia.

Sono molte le ipotesi in cui alcuni grossi appalti, passati immuni al vaglio del Giudice amministrativo, si sono poi rivelati condizionati da gravi fatti delittuosi, e ciò non depone per l'inefficienza del Giudice amministrativo, ma semmai per l'inadeguatezza del processo a tali fini, in quanto tutto ciò si verifica proprio perché il Giudice amministrativo può valutare la legittimità degli atti solo nei limiti dei motivi dedotti dalle parti (in ossequio alla natura

soggettiva della giurisdizione amministrativa, al pari di quella civile).

Prevedere, in alcuni casi, la partecipazione o l'azione concorrente di un Pubblico ministero, renderebbe lo stesso processo amministrativo un'occasione straordinaria di verifica oggettiva della legalità dell'azione amministrativa negli appalti pubblici e in altri settori notevolmente rilevanti, ben oltre il limite dell'interesse delle parti del giudizio.

Viceversa, come strutturato oggi tale intervento, è come se il ristoro del danno erariale fosse sottoposto all'iniziativa di una parte privata avente occasionalmente un interesse patrimoniale coincidente con quello dell'Amministrazione [\[44\]](#).

Il danno derivante dal residuo prodotto giuridico della *maladministration* non è meno rilevante del danno erariale.

Ottenere cioè il rimedio "in forma specifica" (cioè l'eliminazione dell'atto illegittimo e dei suoi effetti) nei confronti dell'illegalità prodotta dal reato nel sistema (e che invece il più delle volte sopravvive a tutte le inchieste e condanne) non appare meno importante di ottenere il ristoro del danno erariale.

Ciò nonostante, l'illegalità che permane nel sistema non viene mai considerata e trattata come prodotto del reato (salvo casi eccezionali, che riguardano più il bene materiale che il provvedimento, e che quindi sono molto problematici, specie in fase esecutiva, e che sono ad esempio una delle cause per cui molti enormi abusi edilizi vengono demoliti molto raramente [\[45\]](#)), e comunque manca una parte pubblica che se ne occupi proprio nella fase esecutiva nei confronti dell'Amministrazione.

Tale funzione ripristinatoria, quantomeno nei casi di grave danno all'erario o di rilevanti ipotesi delittuose, potrebbe essere più efficacemente perseguita, con notevole risparmio di spesa, oltre che di economicità e concentrazione del giudizio stesso, con la semplice istituzione del pubblico ministero nel processo amministrativo (agente e interveniente [\[46\]](#)), a Costituzione invariata.

Tale esigenza è stata rimarcata più volte da autorevole dottrina [\[47\]](#).

E peraltro, proprio in piena "tangentopoli", è stata prevista un'azione di annullamento davanti al TAR da parte del pubblico ministero presso la Corte dei Conti a tutela della legittimità amministrativa nei casi in cui l'illegalità fosse il prodotto di reati o di illeciti erariali.

È stata prevista con l'articolo 3 del d.l. n. 54 del 1993 [\[48\]](#), che però non è mai stato convertito.

Non è questa la sede per analizzare compiutamente la questione, ed è ben vero che legittimare la Procura della Corte dei Conti potrebbe comportare dei problemi di costituzionalità, perché si uniscono i poteri e le competenze proprie di due giudici speciali disegnati come autonomi nell'impianto costituzionale.

Ma è certo che non meno problemi derivano dall'affidare, così come ha fatto il legislatore nelle richiamate disposizioni, ad autorità amministrative il potere di agire nell'interesse della legalità, che è un potere tipico, anche nel diritto civile, del pubblico ministero, cioè di un giudice e non di un'autorità amministrativa.

La dottrina ha accomunato le ipotesi di legittimazione ad agire delle autorità amministrative indipendenti a quelle della legittimazione ad agire delle associazioni rappresentative di interessi diffusi e ha parlato in proposito di legittimazione oggettiva per distinguerla dalla giurisdizione oggettiva, in cui appunto ad agire è un pubblico ministero e non un soggetto portatore di interessi ulteriori rispetto a quelli della mera legalità [\[49\]](#).

Tuttavia appare evidente come sia una forzatura intestare in capo alle autorità amministrative indipendenti un interesse proprio, sia pur rappresentativo, e distinto da quello al mero ripristino della legalità nel proprio ordinamento settoriale vigilato; sicché la loro azione - come oggi prevista nelle ricordate ipotesi - corrisponde a quella di un vero e proprio PM.

Se quindi quella delle autorità amministrative indipendenti è un'ipotesi di azione pubblica più che di legittimazione oggettiva, sarebbe più corretto e rispondente ai principi di cui all'articolo 111 Cost. intestarla a un pubblico

ministero, oltre che generalizzarla quantomeno alle ipotesi contemplate dal citato articolo 3 del d.l. n. 54 del 1993, non convertito.

Il PM amministrativo dovrebbe avere il potere di azione nelle medesime ipotesi di cui all'articolo 3 del d.l. 54 del 1993, su segnalazione dei cittadini o del PM penale o contabile.

Gli si potrebbero attribuire anche funzioni consultive, e in tal caso si porrebbero meno problemi rispetto alla commistione di tali funzioni in capo all'organo giudicante.

Del resto l'articolo 108 co. 2 della Costituzione si riferisce all'indipendenza del pubblico ministero presso tutte le giurisdizioni speciali [50]; si tratta quindi di una riforma che ben potrebbe essere attuata a Costituzione invariata.

Per brevità infine si rinvia a quella dottrina che, analizzando ex professo la questione, ha ritenuto che la previsione Costituzionale è per così dire una previsione minima di tutela giurisdizionale da parte del Giudice amministrativo, sicché non appare corretto affermare che mentre l'art. 113 1° e 2° co [51] assicurerebbe la (piena) tutela giurisdizionale di tutte le situazioni protette l'art. 103, 1° co. [52] limiterebbe questa tutela alle sole situazioni protette, impedendo al legislatore di prevedere che in determinati casi il giudice amministrativo possa conoscere della tutela di interessi generali.

Difatti, come pure affermato in dottrina, l'introduzione del pubblico ministero non stravolgerebbe la struttura di processo di parte del giudizio amministrativo, minata viceversa maggiormente in tutti casi in cui al giudice sono attribuiti poteri d'ufficio o comunque nei casi in cui si prescinda dall'azione di una parte pubblica o privata (si pensi ad esempio alla norma di cui all'articolo 146 comma 11 del d.lgs. n. 42 del 2004 "Codice dei beni culturali e del paesaggio", secondo cui: "Il ricorso è deciso anche se, dopo la sua proposizione ovvero in grado di appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse").

In conclusione la previsione di un pubblico ministero presso il giudice amministrativo, con potere di azione nei casi di illegittimità provenienti da reato o causa di danno erariale, completerebbe il sistema della tutela avverso la corruzione e l'illegalità nell'amministrazione, e in detti casi darebbe voce anche alle vittime di simili episodi di *maladministration* senza imporgli di ricorrere a costosi esborsi di danaro per l'assistenza legale e alle ritorsioni spesso conseguenti a azioni oggi necessariamente individuali, in qualità di ricorrente, per il ripristino della legalità (e in quanto tali non coperte dall'istituto del whistleblower [53]).

Si darebbe così piena ed efficace attuazione alle succitate norme di cui alla convenzione ONU del 2003.

Peraltro, nel nostro ordinamento esiste proprio una lacuna in tal senso, in quanto mancano Autorità dotate di poteri di indagine e di condanna dell'Amministrazione (che la nostra Costituzione imporrebbe di affidare solo a organi giurisdizionali) a risarcire i danni subiti dai cittadini o a porre rimedio proprio a casi di *maladministration*, sulla base di semplici segnalazioni degli utenti, come avviene a esempio in Inghilterra con il "*Parliamentary and Health Service Ombudsman*" [54].

Attualmente, peraltro, la classe politica nella sua interezza pare aver compreso tali esigenze, come si apprende dalla circostanza che, nella relazione redatta per verificare ipotesi di convergenza tra i programmi di tutte le forze politiche che hanno ottenuto la maggior parte dei voti di consenso alle ultime elezioni del 4 marzo 2018, tra i punti di contatto vi è la previsione di interventi "*sulla giustizia contabile, mediante più efficaci sinergie nell'azione delle procure e la riconsiderazione della possibilità che esse siano associate ai giudizi amministrativi per alcune categorie di atti*", nonché "*la generalizzazione dell'accesso civico e ... migliorare le garanzie di partecipazione attiva dei cittadini*" [55].

Nelle more di tali auspicabili interventi del legislatore, spetta al Giudice amministrativo ampliare sempre di più le ipotesi di legittimazione oggettiva ad agire dei cittadini e delle associazioni, facendo leva anche sui principi appena illustrati.

La legittimazione diffusa, secondo la migliore dottrina, rafforza la coesione sociale e permette a tutti i soggetti coinvolti di pretendere il rispetto del patto di solidarietà sociale [56].

E l'esigenza di tale controllo diffuso è maggiormente avvertita proprio considerando la sostanziale eliminazione dei controlli preventivi di legittimità, che secondo gran parte della dottrina potrebbero aver comportato gravi conseguenze in termini di corruzione, non comportando invece i risultati sperati in termini di efficienza [57].

[1] Relazione tenuta al VIII Convegno di Studi Amministrativi "La trasparenza e l'anticorruzione tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali", Chieti, Sala del Consiglio della Provincia, 6 aprile 2018 (che costituisce quindi anche la data di redazione e quindi sostanzialmente di ultimo aggiornamento del presente scritto, se si eccettua la nota n. 34).

In ogni caso, anche con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, non sono state inserite misure significative nel senso auspicato nel testo.

Il presente scritto sarà oggetto di pubblicazione anche in un volume che raccoglierà gli atti del convegno a cura di F. G. Scoca e di A. F. Di Sciascio, Editoriale Scientifica.

[2] Paradossalmente però ne aveva fatto cenno Silvio Spaventa nel suo famosissimo discorso Silvio Spaventa "Giustizia nell'amministrazione", pronunciato presso l'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880; e quindi si può affermare che il giudice amministrativo sia stato concepito anche come strumento per combattere la corruzione.

[3] B.G. Mattarella, La prevenzione della corruzione, profili amministrativi, nel volume "il contrasto alla corruzione nel diritto interno e internazionale", Cedam, 2014, pag. 301.

[4] Spena, Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica, Milano, 2003, 172; codice commentato diritto penale, cedam, sub art. 318.

[5] Cfr. C.F. Grosso, corruzione, diritto penale, digesto, 1989.

[6] Del resto l'articolo 2635 c.c. rubricato "corruzione tra privati", sul quale pure ha inciso la legge n. 190 del 2012, richiama espressamente la violazione del dovere di fedeltà.

[7] Cfr. Racca, voce Corruzione, diritto pubblico, Digesto, 2017.

[8] Racca, Corruption in public procurement systems as a betrayal of the solidarity principle relazione all'interno della sessione Corruption of Rules and Corruption of People coordinata da G. Amato all'Inaugural Conference - 2014 International Society of Public Law (ICONS), Firenze, 26/28-6-2014.

[9] Anche Papa Bergoglio ha parlato di corruzione come sistema e della sua diffusività: "*È più pericolosa dell'influenza. Si mischia e rovina i cuori*"; <https://www.agensir.it/quotidiano/2018/1/24/papa-francesco-udienza-la-corruzione-e-piu-pericolosa-dellinfluenza-rovina-i-cuori-no-alla-corruzione/>

[10] Addirittura, la repressione penale, con il clamore mediatico che ne consegue, ha spesso l'effetto di aumentare la percezione soggettiva della corruzione e quindi di ampliare la sfiducia verso le istituzioni e quindi la diffusività del sistema corruttivo.

[11] Ciò non toglie che sia nel diritto penale, della repressione e prevenzione di condotte dei singoli, sia nel diritto amministrativo, della prevenzione del diffondersi del sistema corruttivo, il tema centrale resti sempre, come appena visto, la tutela della fiducia nelle istituzioni e del rispetto dei doveri di solidarietà verso tutti i consociati.

[12] G. Racca e E. Ponzio, Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici, Giappichelli, 2011, p. 112. Quindi sostanzialmente è l'illegalità in grado di incidere, direttamente o indirettamente, sul diritto al lavoro, alla salute, all'istruzione, alla libera iniziativa economica, ecc...

[13] Cfr. “Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia”, intervento del Presidente dell’Anac Raffaele Cantone presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università degli Studi di Perugia in occasione della inaugurazione dell’Anno Accademico 2017-2018 il 21 novembre 2017

[14] Peraltro, è appena il caso di accennarlo, in Italia il sistema penale non è propriamente incentrato alla repressione di simili reati, se si pensa che nell’ambito della totale popolazione carceraria di oltre 50.000 detenuti solo una decina sta scontando pene per reati di corruzione. Cfr. l’intervento di Antonino Di Matteo al convegno “Mafia 2.0 – Azioni di contrasto da parte dello Stato” tenutosi il 5 aprile 2018 nella Sala della Piccola Protomoteca in Campidoglio.

[15] Cd. legge Severino, che ha altresì delegato il Governo ad adottare quelli che poi saranno il d.lgs. n. 33 del 2013 in materia di trasparenza amministrativa, il d.lgs. n. 39 del 2013 in materia di incompatibilità ed inconfiribilità, e il d.P.R. n. 62 del 2013 sul codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

[16] Identificata inizialmente nella preesistente Civit - La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche, di cui all’articolo 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150 - poi con il d.l. 90 del 2014 dall’attuale Anac che ha assorbito anche i poteri della precedente autorità di vigilanza in materia di contratti pubblici. Con il d.l. n. 90 del 2014 si rafforzano i poteri - anche monocratici del presidente - dell’Anac in materia di vigilanza collaborativa sui grandi eventi (expo, giubileo, ricostruzione post-sismica, ecc...) e di commissariamento delle imprese che hanno ottenuto le commesse pubbliche in modo illecito.

Poi nel d.lgs. n. 50 del 2016 i poteri dell’Anac si sono arricchiti potendo adottare atti normativi e paragiurisdizionali o comunque precontenziosi.

[17] L’Anac adotta il Piano nazionale anticorruzione; analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto; esercita la vigilanza e il controllo sull’effettiva applicazione e sull’efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni; riferisce al Parlamento sull’attività di contrasto della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione e sull’efficacia delle disposizioni vigenti in materia.

Il piano nazionale anticorruzione è un atto di indirizzo per le altre amministrazioni per l’adozione dei piani triennali (“individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l’indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione”).

[18] Cfr. “Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia”, intervento del Presidente dell’Anac Raffaele Cantone presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università degli Studi di Perugia in occasione della inaugurazione dell’Anno Accademico 2017-2018 il 21 novembre 2017, p.3.

[19] Su tali definizioni vds. A.Barone, Il diritto del rischio, Giuffe, p.31

[20] Proprio su rinvio del Tar Pescara, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 265 del 2016, nel dichiarare incostituzionale una legge della Regione Abruzzo che limitava gli stanziamenti in favore degli studenti disabili, ha statuito che “E’ la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”, con ciò fornendo un’interpretazione dell’articolo 81 (laddove prevede il principio di pareggio di bilancio) conforme alla prima parte della Costituzione (e in particolare all’articolo 2) e alla scala di valori da essa disegnata.

Non si può parlare quindi di diritti incompressibili finanziariamente condizionati.

Tuttavia, spesso, la politica del cd. risk management nasconde proprio il condizionamento finanziario dei diritti incompressibili; ed è proprio questo uno dei più insidiosi pericoli dello scostamento tra proclami ed effettività delle azioni.

Si pensi al Triage nei pronto soccorso svolto da personale infermieristico (Cfr. Cassazione, sentenza 11601/2015) o, sempre in materia sanitaria, i criteri sulle percentuali di rischio con i quali vengono chiusi i pronto soccorso in

zone difficilmente raggiungibili in tempi utili per un tempestivo intervento (in tali casi si può finire per accettare anche il rischio che vari codici rossi non riescano a ricevere le cure in tempo utile).

[21] Il nesso di occasionalità necessaria nella legge n. 231 tuttavia si interrompe quando il reato è stato commesso dal soggetto agente nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, ciò a differenza di quanto avviene invece (e spesso ne paga gli effetti il cd. responsabile per la prevenzione della corruzione) nella legge n. 190 del 2012.

[22] Lo schema sembrerebbe analogo a quanto oggi previsto anche in materia sanitaria con i cd. eventi sentinella di cui al protocollo del Ministero della Salute del 2009 e di cui alla cd. Legge Gelli – Bianco, la n. 24 del 2017, sulla gestione del rischio quale diritto degli utenti in materia sanitaria.

In realtà la gestione del rischio clinico in materia sanitaria nasce negli Stati Uniti con lo scopo di ridurre e gestire le cause assicurative: un sistema di costi benefici per l'azienda che ovviamente non può essere l'unico modello su cui ispirare la tutela della salute dei pazienti stessi; ed infatti l'erogazione del servizio sanitario non è ancora per fortuna ispirato solo a tale modello.

Siffatto modello è indubbiamente utile come reporting aggiuntivo, per migliorare l'organizzazione (e su questo aspetto il Tar Pescara ha riconosciuto anche un interesse legittimo in capo agli utenti che come contribuenti sono anche gli stakeholders del sistema), ma ovviamente il prodotto-cura del singolo caso deve rispondere a protocolli standard di qualità e sicurezza che tendano a portare il rischio verso lo zero allo stato della conoscenza medica.

Tutto ciò fermo restando che le differenze tra legalità dell'azione amministrativa e appropriatezza dell'atto medico (che porta con se ontologicamente una buona percentuale di incertezza) rendono meramente descrittivi tali paragoni.

La cd. legge Gelli per limitare una sovraesposizione del medico ad azioni di responsabilità ha tipizzato la responsabilità del medico persona fisica sul piano extracontrattuale (con le note conseguenze in materia di prescrizione, prova, danno risarcibile ecc... che la distinguono da quella di tipo contrattuale).

Come contro bilanciamento a favore dei pazienti ha imposto precisi oneri assicurativi da parte delle strutture sanitarie e l'adozione da parte delle stesse di procedure di cd. risk management (i cui verbali non possono però essere utilizzati nei processi civili o penali secondo quanto previsto dall'articolo 16), che in sostanza, al verificarsi dei cd. eventi avversi o eventi sentinella, obbligano la stessa struttura a mettere in atto tutta una serie di azioni tese a migliorare e rendere più sicuro il servizio all'utenza, a cercare di definire con i danneggiati modalità di soluzione stragiudiziale della questione, a fornire assistenza psicologica ai parenti ecc..., anche sulla base di protocolli e linee guida di competenza delle Regioni e delle Asl territoriali.

In sostanza, in virtù delle previsioni contenute in tale legge, e in particolare all'articolo 1, viene riconosciuta e tutelata, come parte del diritto alla salute, la pretesa degli utenti del servizio sanitario alla sicurezza delle cure attraverso la prevenzione e la gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, nonché attraverso l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative (cfr. Tar Pescara, sentenza parziale 349 del 2017).

Più in particolare, viene inoltre introdotto il diritto di accesso alle informazioni sulle prestazioni sanitarie nei confronti delle strutture sanitarie pubbliche e private.

E si prevede altresì che gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, debbano attenersi, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, il cui rispetto costituisce ai sensi del nuovo articolo 590 quinquies del c.p. (introdotto dall'articolo 6 della legge in commento) una vera e propria scriminante per il medico che abbia cagionato lesioni personali o morte del paziente.

[23] Cfr. "Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia", intervento del Presidente dell'Anac Raffaele Cantone presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Perugia in occasione della

inaugurazione dell'Anno Accademico 2017-2018 il 21 novembre 2017, p.3.

[24] Senza contare che è proprio la definizione di rischio ad essere spesso assai ardua e comunque essa è il punto di partenza che spesso falsa tutta l'indagine, cfr. Stan Kaplan (fondatore della Society for Risk Analysis, una delle più note associazioni scientifiche in materia): "*The words of risk analysis have been and continue to be a problem...*

... When our Society for Risk Analysis was brand new, one of the first things it did was to establish a committee to define the word 'risk.' This committee labored for 4 years and then gave up, saying in it's final report that maybe it's beer not to define risk".

[25] L'analisi del rischio nelle normative di organizzazione aziendale, elaborate dagli organismi indipendenti di standardizzazione, e' sugli obiettivi e non sui processi (cioè prodotti e procedimenti), per i quali ci vogliono invece controlli preventivi specifici oppure azioni concrete per mitigare o eliminare l'effetto del rischio. Vds ad es. ISO international standard organizations 9004 del 2009 - mai abrogata ma anzi richiamata in tutte le ISO successive – sull'analisi dei rischi del mancato raggiungimento degli obiettivi in base alla mutevolezza del contesto.

[26] Su tutto quanto si dirà appresso in materia di enterprise risk management, cfr. A. Pavone, Risk management e contesto di un'organizzazione, ERM, 2016.

[27] Tali argomentazioni sono viepiù valide al cospetto di attività che incidono su diritti incompressibili dei portatori di interesse: in tali casi il controllo deve essere sull'attività e non sull'organizzazione (si veda invece la lett. e) comma 4 legge n. 190 del 2012, secondo cui il piano anticorruzione "definisce criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori particolarmente esposti alla corruzione"). L'accettabilità del rischio nell'enterprise risk management e' in ragione percentuale perchè incide sui profitti sperati; ma questo criterio percentuale non può essere applicato ai diritti fondamentali o comunque in tutti i casi in cui nessun rischio può essere accettato.

[28] O rischio aziendale, che riguarda il rischio imprenditoriale di non perseguire gli obiettivi e che perciò ammette percentuali anche alte di rischio in base alle aspettative degli investitori.

[29] L'obiettivo e' la mission dell'azienda che deve corrispondere quanto più alla vision iniziale e la mancata corrispondenza tra vision e mission e' appunto il risk cui e' dedicato il risk management e quindi le norme iso che ad esso si riferiscono cfr. A. Pavone, Risk management e contesto di un'organizzazione, ERM, 2016.

[30] Il bene interesse tutelato dalla norma penale sulla corruzione non è tanto il buon andamento della PA (la mission) ma la fiducia dei cittadini nelle istituzioni (la value aziendale, cioè la fiducia nell'azienda e nei suoi prodotti). E anche nel privato si può accettare il rischio di non perseguire gli obiettivi ma non quello di far perdere la fiducia degli utenti; per mantenere la fiducia degli utenti e lo standard del prodotto, spesso le imprese infatti accettano anche il rischio di non avere profitti.

[31] La più basilica tecnica di valutazione del rischio (risk management) presuppone l'analisi del rischio (risk assessment) compendiata dai valutatori nella formula basilica $P \times G$, cioè probabilità per gravità.

Se noi l'applichiamo ai processi di compliance, cioè di rispetto della legalità, G e' sempre il massimo, cioè 100, perché si tratta di un danno inaccettabile, vertendosi appunto in materia di norme imperative.

Se G è 100, P (la percentuale di rischio sostenibile) deve essere 0. Per capirci meglio, fare la mappa dei fenomeni corruttivi all'interno di un'organizzazione in funzione preventiva, è come fare la mappa dei terremoti, per vedere dove utilizzare metodi costruttivi antisismici.

Non ha tanto senso parlare di percentuale del verificarsi di un terremoto se, così come dovrebbe essere, non si può accettare il rischio di errore, e quindi si dovrebbe costruire con tutti i crismi ovunque, in Nazioni come l'Italia dove non esistono zone a rischio sismico zero.

A meno che non si voglia accettare un rischio percentuale mai trascurabile che possano morire migliaia di persone.

Se si verifica l'evento (anche se la percentuale del suo verificarsi è molto bassa) il danno è troppo alto e quindi il rischio non potrebbe essere accettabile ai sensi dell'articolo 2 della costituzione. Continuando il paragone con il terremoto, in Italia occorrerebbe costruire ovunque in modo antisismico, come avviene in alcuni altri Paesi, specie dopo che si è compreso che le mappe antisismiche lasciano il tempo che trovano (non a caso le mappe vengono sempre aggiornate; nella mappa antisismica previgente il terremoto in Emilia aveva ad esempio una percentuale di accadimento molto bassa).

[32] Cfr. l'allegato 6 al piano nazionale anticorruzione del 2013

[33] Basta leggere le delibere sui piani anticorruzione dell'Anac successive al piano del 2013 per vedere con quali percentuali (spesso prossime al 50%) queste attività restano spesso vuoti adempimenti eseguiti dalle amministrazioni in modo del tutto burocratico (a volte i piani anticorruzione, come ha rivelato il presidente Anac in un recente convegno, vengono copiati dai Comuni da quelli di altri Enti locali senza neanche cambiare l'intestazione).

[34] Cfr. di recente, Tar Pescara, ordinanza cautelare n. 87 del 2019, in tema di concorsi pubblici universitari.

[35] Cfr. Racca, voce Corruzione, diritto pubblico, Digesto, 2017.

[36] Adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e firmata dall'Italia il 9 dicembre 2003, e ratificata con la legge 3 agosto 2009 n.116.

[37] "Ciascuno Stato Parte assicura ... l'esistenza di uno o più organi ... incaricati di prevenire la corruzione mediante mezzi quali: a) L'applicazione delle politiche di cui all'articolo 5; b) L'accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione"... "Ogni Stato Parte... concede all'organo od agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'indipendenza necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza".

[38] A mente del cit. articolo 13 infatti gli Stati devono prendere "le misure appropriate volte a favorire la partecipazione attiva, nella prevenzione della corruzione e nella lotta contro tale fenomeno, di persone e di gruppi non appartenenti al settore pubblico, ..."; e dopo aver elencato misure tese a sensibilizzare l'opinione pubblica al problema e quindi a renderla più consapevolmente partecipe, specifica altresì: che gli organi deputati a adottare misure anti corruzione "siano accessibili, se del caso, cosicché i fatti suscettibili di essere considerati costitutivi di un reato stabilito conformemente alla presente Convenzione possano essere loro segnalati, anche in forma anonima".

[39] Si dispone infatti in tale articolo: "Tenuto debito conto dei diritti di terzi acquisiti in buona fede, ciascuno Stato Parte ... prende le misure volte a combattere le conseguenze della corruzione. In tale prospettiva, gli Stati Parte possono considerare la corruzione come un fattore pertinente in un procedimento giudiziario per decidere l'annullamento o la rescissione di un contratto, il ritiro di una concessione o di ogni altro atto giuridico analogo o per prendere ogni misura correttiva".

[40] Secondo cui : «l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Comma inserito dall'art. 52 ter del d.l. n. 50/2017 conv. con l. 21-6-2017, n. 96 su suggerimento peraltro da parte del Consiglio di Stato nel proprio parere al d.lgs. 50 del 2016.

[41] "Contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato".

[42] Cfr. V. Cerulli Irelli, Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo, Diritto Processuale Amministrativo, fasc.2, 2014, pag. 341: "*Si tratta delle norme, assai note, sulle quali si è formata vastissima dottrina, che hanno previsto il riconoscimento formale da parte del Governo delle associazioni di protezione ambientale, individuate con d.m. ambiente, ai sensi dell'art. 13 l. 8 luglio 1986, n. 349,*

istitutiva del Ministero dell'ambiente. Queste associazioni possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi (art. 18). A queste stesse associazioni è stata riconosciuta la legittimazione ad impugnare le autorizzazioni paesaggistiche (art. 146, 12° co., d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, codice dei beni culturali). La stessa norma prevede che dette autorizzazioni possano essere impuginate "da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che vi abbia interesse". In tal caso, dunque, non vi è legittimazione ex lege, e occorre la pertinenza al soggetto agente di uno specifico interesse. Le stesse associazioni hanno anche titolo ad appellare le sentenze di primo grado, pur non essendo state parti nel giudizio di primo grado. Il codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/06) prevede a sua volta che queste stesse associazioni sono legittimate sia alla presentazione di denunce e osservazioni "concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente" (la competenza in materia di danno ambientale, com'è noto, è riservata allo Stato), sia ad agire per l'annullamento di atti adottati in violazione delle disposizioni a tutela dell'ambiente nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministero dell'ambiente per il risarcimento del danno ambientale (artt. 309, 310, con qualche contraddizione per le due norme). Anche qui la normativa distingue tra questi soggetti che, al pari delle regioni e degli enti locali, sono legittimati ad agire ex lege e i soggetti che viceversa sono legittimati ad agire in quanto portatori di "un interesse legittimante". Diversamente impostata è la disciplina relativa al c.d. ricorso per l'efficienza delle amministrazioni (d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198), ricorso che è proposto da soggetti singoli portatori di interessi giuridicamente rilevanti (situazioni soggettive protette, dunque) omogenei ad una pluralità di utenti nonché di loro associazioni o comitati (artt. 1, co. 1, e 4). Qui dunque occorre, al fine della legittimazione ad agire, uno specifico interesse sia del singolo (interesse legittimo a carattere diffuso) sia dell'associazione rappresentativa in quanto siano colpiti gli interessi dei suoi aderenti. Secondo la prima giurisprudenza formatasi sulla norma, essa "non crea posizioni giuridiche nuove (non era esclusa dall'ordinamento la possibilità per le associazioni portatrici di interessi diffusi di agire per l'accertamento dell'obbligo di provvedere in relazione ad atti generali) ma le riconosce ai singoli, così elevando gli interessi diffusi ad interessi individualmente azionabili" (TAR Lazio, Roma, Sez. III-bis, 20 gennaio 2011, n. 552). V. in dottrina, F. Cintioli, Note sulla c.d. action amministrativa, in *giustamm.it*, 2010; C. Cudia, Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si "concentra" sull'individuo, in *giustamm.it*, 2011. Modello simile è quello previsto dall'art. 4 l. 11 novembre 2011, n. 180, sul c.d. statuto delle imprese, che prevede la legittimazione ad agire, "a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti", in capo ad associazioni di categoria dotate di una diffusa rappresentanza sul territorio nazionale".

[43] Una volta che tali interessi siano ritenuti dal giudice nella loro complessità, appunto, come meritevoli di tutela. Cfr. V. Cerulli Irelli, Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo, *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 2014, pag. 341

[44] Nel giudizio amministrativo molte illegalità conclamate non ottengono sanzione anche se sottoposte al giudice allorchè, mediante ricorso incidentale o altre vicende interne o esterne al processo, viene meno l'interesse del ricorrente a coltivare il giudizio.

[45] E ciò neanche in caso di condanna penale, salvo casi eccezionali (es. in materia edilizia ove però la pena accessoria riguarda la demolizione del manufatto e come pena accessoria non potrebbe trasmettersi agli eredi – e tantomeno nei confronti di terzi -ex articolo 171 cp, anche se la Cassazione per evitare tale conseguenza ricorre alla configurazione dell'ordine di demolizione ex articolo 31 comma 9 del dpr n. 380 del 2001 come sanzione amministrativa analoga a quella irrogata dal dirigente, derogando così al principio di personalità, il quale dovrebbe essere però applicabile anche in materia di sanzioni, o comunque al principio di separazione dei poteri, e in ogni caso ai principi desumibili dall'articolo 4 della legge 2248 del 1865, cfr. Cassazione sentenza n. 12967 del 2014; senza contare le problematiche che scaturiscono dal fatto che le spese legali per l'esecuzione delle sentenze penali non si estendono agli eredi – né tantomeno ai terzi - ai sensi dell'articolo 188 cp dopo l'intervento della sentenza n. 98 del 1998 della Corte Costituzionale; e la sanzione ex articolo 31 comma 9 cit. impartita dal Giudice penale è eseguita in sede penale e non è equiparabile agli effetti e alla natura dell'ordine di demolizione emesso dal dirigente ex articolo 31 dpr 380 del 2001, cfr. Cassazione sentenza 51709 del 2016; sicchè sono intuibili i problemi anche economici per eseguire simili statuizioni del giudice penale; mentre il Giudice amministrativo agirebbe sempre per il tramite dell'amministrazione).

La vecchia disposizione di cui all'articolo 4 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo pur essendo

ancora in vigore (cfr. l'articolo 1, comma 1, del D.Lgs. 1° dicembre 2009, n. 179) obbliga le amministrazione a conformarsi al giudicato, ma tale giudicato non ha effetto vincolante automatico per il giudice amministrativo se manca anche una parte pubblica che se ne faccia carico in fase esecutiva.

Sicché se non c'è un terzo leso da un provvedimento illegittimo non v'è spazio per agire per il ripristino della legalità (anche negli abusi edilizi la condanna alla demolizione è solo una pena accessoria e quindi non si trasmette agli eredi).

Che l'Amministrazione ordini la bonifica di un terreno inquinato è meno rilevante della condanna degli inquinatori o del risarcimento del danno erariale ove liquidabile?

Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi a piani regolatori, valutazioni di impatto ambientale, concorsi pubblici, affidamenti, ecc... tutto frutto di corruzione e illegalità.

[46] Il PM potrebbe agire in giudizio – PM agente - su segnalazione del PM penale o contabile o delle autorità amministrative indipendenti oppure d'ufficio in casi tipici, ovvero intervenire in esso nell'interesse della legalità – PM interveniente - in processi introdotti su istanza di parte e riguardanti appalti o altri settori di particolare rilievo economico o sociale.

[47] cfr. Calabrò, Caringella, Garofoli, Montedoro in Le Tecniche di tutela del nel processo amministrativo, Hoepli, 2005

[48] ARTICOLO N.3 Azione a tutela della legittimità amministrativa.

1. Il procuratore regionale presso la Corte dei conti può, in via autonoma, proporre ricorso innanzi al tribunale amministrativo regionale avverso atti e provvedimenti di pubbliche amministrazioni, in vista dell'interesse generale al buon andamento e all'imparzialità di esse, a tutela della legittimità dell'azione amministrativa; può altresì resistere e intervenire nei giudizi pendenti innanzi a detto tribunale. Il ricorso non è consentito contro gli atti concernenti assunzioni in servizio, inquadramento nei ruoli e svolgimento del rapporto di impiego del personale delle pubbliche amministrazioni.

2. L'appello nei confronti delle sentenze del tribunale amministrativo regionale può essere proposto dal procuratore regionale che ha partecipato al giudizio, ovvero dal procuratore generale presso la Corte dei conti.

3. Ove sia proposta azione a tutela della legittimità amministrativa, il tribunale amministrativo regionale decide in camera di consiglio entro sessanta giorni dal deposito del ricorso. Entro lo stesso termine provvede il Consiglio di Stato in grado di appello.

4. Le amministrazioni pubbliche trasmettono al procuratore regionale competente, entro tre giorni dal verificarsi delle condizioni di efficacia o dalla data in cui sono stati dichiarati esecutivi, copia di provvedimenti dai quali derivi per l'erario una spesa superiore a lire un miliardo e, in ogni caso, dei provvedimenti di pianificazione del territorio, di programmazione degli interventi industriali e di opere pubbliche, di rilascio delle concessioni edilizie e di approvazione di concessioni e contratti per l'esecuzione di opere, forniture e servizi.

5. L'azione avverso gli atti e i provvedimenti diversi da quelli indicati al comma 4 è proposta nel termine perentorio di sessanta giorni dalla data in cui il procuratore regionale ne ha comunque avuto conoscenza.

6. Il procuratore regionale può disporre l'acquisizione di atti e documenti, in possesso delle pubbliche amministrazioni, presupposti o comunque connessi rispetto a quelli trasmessi ai sensi del comma 5. Le amministrazioni pubbliche provvedono entro dieci giorni dalla richiesta.

7. Le amministrazioni pubbliche trasmettono al procuratore regionale presso la Corte dei conti, entro cinque giorni dalla notifica, copia dei ricorsi giurisdizionali innanzi ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato ad esse notificati. Nello stesso modo provvede l'Avvocatura dello Stato per i ricorsi notificati presso di essa ad amministrazioni pubbliche.

8. Quando ricorrono le condizioni di cui al comma 1 e risulta già pendente il giudizio, il procuratore regionale vi interviene con atto da notificare a tutte le parti; in tali casi, il giudice amministrativo decide sulla legittimità dell'atto o del comportamento impugnato anche quando ritiene che il ricorso sia irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero quando il ricorrente ha dichiarato di voler rinunciare all'impugnazione. In ogni caso, i termini processuali sono ridotti della metà.

9. Qualora nel corso di un giudizio amministrativo che sia promosso ai sensi del comma 1, ovvero si svolga ai sensi del comma 8, il giudice ravvisi fatti penalmente rilevanti, ne dà immediata comunicazione al procuratore della Repubblica presso il giudice competente. Qualora, nel corso di un procedimento penale, l'ufficio giudiziario precedente ritenga che sussista l'illegittimità di atti o regionale presso la Corte dei conti, fermo restando quanto previsto dall'art. 129, comma 3, del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, recante norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale.

10. Nei procedimenti giurisdizionali amministrativi di cui al presente articolo si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (1).

(1) Decreto non convertito in legge nel termine di sessanta giorni previsti dalla legge. A norma dell'articolo unico della legge 14 gennaio 1994, n. 19 e dell'articolo 8 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodotti ed i rapporti giuridici sorti sulla base del presente decreto.

[49] Cfr. V. Cerulli Irelli, Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo, *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 2014, pag. 341

[50] La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia.

[51] Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

[52] Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi

[53] M.L. di Bitonto, Sulla ricostruzione giudiziaria della corruzione internazionale, nel volume "il contrasto alla corruzione nel diritto interno e internazionale", Cedam, 2014, pag. 190.: "L'art. 1 comma 51 l. 6 novembre 2012, n. 190, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», ha introdotto ex novo nell'ordinamento italiano, come vero e proprio istituto (certamente, facendolo in maniera parziale e tale da determinare risvolti problematici) la figura del whistleblower. In particolare, l'anzidetta disposizione parla del «dipendente pubblico che segnala illeciti», a questo offrendo una parziale forma di tutela. Infatti, inserendo un nuovo art. 54-bis nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, si è stabilito che - esclusi i casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'art. 2043 c.c. - il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato né sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. Inoltre, nell'ambito del procedimento disciplinare relativo alle condotte suindicate, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Nel diverso caso in cui la contestazione sia invece fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, la predetta identità potrà essere rivelata, ove la sua conoscenza sia assolutamente

indispensabile per la difesa dell'incolpato. E questo nonostante che tale soluzione possa comportare un evidente indebolimento nella tutela dell'anonimato. L'eventuale adozione di misure discriminatorie deve essere segnalata, per i provvedimenti di competenza, al Dipartimento della funzione pubblica, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale tali provvedimenti sono stati posti in essere. Infine, si è stabilito che la denuncia è sottratta all'accesso previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. Agevole individuare la ratio di simili disposizioni: proprio al fine di evitare che il potenziale whistleblower preferisca non denunciare quanto appreso, per il timore di rappresaglie ai suoi danni, si è stabilito un regime di protezione che faccia da deterrente nei confronti di eventuali ritorsioni ai danni di chi abbia denunciato comportamenti illeciti. Giova mettere in risalto, tuttavia, come simili protezioni siano destinate a non potere ricevere alcuna attuazione nel procedimento penale italiano, nel quale è in linea generale vietato l'impiego di testi anonimi, conformemente al risalente ed autorevole insegnamento secondo cui «una buona legge procedurale mai deve ammettere che possano in un processo criminale accettarsi testimonianze di persone che nascondono il loro nome». Giova rilevare, tuttavia, che in molti ordinamenti la testimonianza anonima è ammessa, ed essa non è stata neppure ritenuta in contrasto con il fair trial di cui all'art. 6 C.e.d.u. dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

[54] Cfr. <https://www.ombudsman.org.uk/>.

[55] Cfr. la relazione del Prof. Giacinto della Cananea, Roma, 20 aprile 2018, recentemente pubblicata sui principali quotidiani <http://www.labparlamento.it/wp-content/uploads/2018/04/IL-CONTRATTO-DI-GOVERNO-primastatura.pdf>.

[56] G.Racca, digesto, voce Corruzione, diritto pubblico, 2017.

[57] B.G. Mattarella, La prevenzione della corruzione, profili amministrativistici, nel volume "il contrasto alla corruzione nel diritto interno e internazionale", Cedam, 2014, pag. 301.