



CONVEGNO

LE ULTIMISSIME NOVITA' IN MATERIA DI ANTICORRUZIONE

20 marzo 2018

IL REGIME DELLA RESPONSABILITA' CONSEGUENTE AGLI INADEMPIMENTI ALLA NORMATIVA ANTICORRUZIONE, ANCHE ALLA LUCE DEL FOIA

di

Carlo Alberto MANFREDI SELVAGGI

1. Premessa

La normativa anticorruzione sta assolvendo un importante ruolo nel nostro Paese, se solo consideriamo che secondo Transparency international, nel periodo successivo all'introduzione di tale disciplina, quindi dal 2013 al 2017, l'Italia, nella classifica degli Stati per indice di corruzione percepita, pur continuando a ricoprire una posizione del tutto insoddisfacente, è risalita di 15 posizioni, dalla 69° alla 54°.

2. Il quadro normativo

La legge n. 190/2012, c.d. "legge anticorruzione", nel delineare un complesso sistema di contrasto alla corruzione in senso ampio (cioè la "maladministration", l'abuso del proprio ufficio allo scopo di conseguire un interesse particolare) ha anche introdotto un regime specifico di responsabilità a carico del responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (d'ora in poi "responsabile anticorruzione").

Per i dipendenti pubblici diversi dal responsabile anticorruzione, invece, unica previsione concernente la responsabilità è quella introdotta da uno dei decreti attuativi della legge anticorruzione, il d.P.R. n. 62/2013, recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici che, mediante l'art. 8 rubricato "Prevenzione della corruzione", ha previsto uno specifico obbligo

di comportamento consistente nel dovere di rispettare le prescrizioni contenute nel piano per la prevenzione della corruzione, di prestare collaborazione al responsabile della prevenzione della corruzione e, fermo restando l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, di segnalare situazioni di illecito nell'amministrazione di cui il dipendente pubblico sia venuto a conoscenza (fenomeno del c.d. whistleblowing).

Per quanto invece concerne specificamente il responsabile anticorruzione, l'art. 1, comma 12 della legge anticorruzione ha introdotto un regime del tutto peculiare, stabilendo che, in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, quest'ultimo risponda a titolo di responsabilità dirigenziale, disciplinare¹ e per danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che non possa provare tutte le seguenti circostanze:

- di avere predisposto prima della commissione del fatto il piano;
- di avere osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 dell'articolo 1, quindi:
 - a) di avere individuato le attività a più elevato rischio corruzione e le relative misure di contrasto;
 - b) di avere previsto per dette attività meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni, idonei a prevenire il rischio corruzione;
 - c) di avere definito modalità di monitoraggio del rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti;
 - d) di avere definito le modalità di monitoraggio dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici;
 - e) di avere individuato specifici obblighi di trasparenza, ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge;
 - f) di avere verificato l'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, nonché di avere proposto la modifica dello stesso quando siano accertate significative violazioni delle prescrizioni, ovvero quando siano intervenuti mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione;
 - g) di avere verificato l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione;
 - h) di avere individuato il personale da inserire nei programmi di formazione predisposti dalla scuola superiore della p.a.
- di avere vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano.

¹ Ai sensi dell'art. 1, comma 13, la sanzione disciplinare non può essere inferiore dalla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per un periodo da 1 a 6 mesi.

Altra ipotesi di responsabilità dirigenziale e disciplinare è, inoltre, prevista dal successivo comma 14, in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano.

Ulteriori responsabilità sono state previste dal d.l. n. 90/2014, conseguenti all'omessa adozione del piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza, nonché del codice di comportamento, e determinanti l'applicazione di una sanzione amministrativa (tra i 1.000 e i 10.000 euro) applicata dall'Anac, nell'esercizio del proprio potere sanzionatorio.

Di assoluto rilievo come l'Anac, nell'esercitare detto potere, già prima della pubblicazione del d. lgs. n. 97/2016 che, come avremo modo di evidenziare, ha maggiormente responsabilizzato l'organo di indirizzo politico, avesse evidenziato le responsabilità di tale organo, a fronte della mancata adozione del codice di comportamento².

3. Analisi del regime della responsabilità del responsabile anticorruzione

Già da una prima lettura è evidente come la scelta operata dal legislatore, con l'approvazione della legge n. 190/2012, sia stata quella di costruire un regime della responsabilità particolarmente severo in capo al responsabile anticorruzione, sia in ragione della prevista inversione dell'onere della prova (infatti, in caso di commissione all'interno di un ente pubblico di un reato di tipo corruttivo, il responsabile anticorruzione, come visto, risponde salvo che non provi tutte le circostanze specificamente previste dal legislatore), sia in quanto tali circostanze sono tutt'altro che semplici da provare.

Basti pensare a quella consistente nell'aver previsto, per le attività a maggior rischio, meccanismi di controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio corruzione (infatti, a fronte di un accertato caso di corruzione, non è certo semplice dimostrare che tali meccanismi fossero comunque idonei a prevenirlo), oppure quella relativa all'aver verificato l'effettiva rotazione degli incarichi. Quest'ultima circostanza è tutt'altro che semplice da provare, considerata le difficoltà che incontrano alcuni enti nell'applicare detta rotazione che, peraltro, dev'essere "effettiva".

Certo, il Piano nazionale anticorruzione 2016 ha evidenziato che *"rimane sempre rilevante, anche ai fini della rotazione, la valutazione delle attitudini e delle capacità professionali del singolo"* e che in dette situazioni *"la rotazione sembrerebbe esclusa da circostanze dovute esclusivamente alla elevata preparazione di determinati dipendenti"*³; tuttavia, essendo comunque la rotazione una misura di prevenzione che il legislatore ha individuato come obbligatoria, il responsabile anticorruzione per poter essere esentato da responsabilità dovrà

² Anac delib. n. 210 del 2 marzo 2016.

³ PNA 2016, pag. 28.

dimostrare sia di essere nell'impossibilità di adottare la rotazione, che di aver posto in essere tutte le misure idonee ad assicurare, nel medio-lungo periodo, la possibilità di attuarla, prove non semplici da fornire.

Il quadro normativo è tale da conciliarsi a fatica con il principio di colpevolezza che deve necessariamente caratterizzare tutto il diritto punitivo; ciò, non solo per la stabilita inversione dell'onere della prova, ma anche per la previsione delle numerose e complesse circostanze che il responsabile anticorruzione deve dimostrare per poter essere esonerato da tale responsabilità.

4. Il ruolo della Procura generale della Corte dei conti

La preoccupazione in merito alla natura della responsabilità del responsabile anticorruzione è stata immediatamente rilevata dall'allora Procuratore generale della Corte dei conti il quale, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, a pochi mesi dalla pubblicazione della legge anticorruzione, evidenziava, nel commentare il già richiamato comma 12, che *"spetterà alla giurisprudenza dare una lettura della norma che escluda forme di responsabilità oggettiva o di mera posizione (concezioni che dovrebbero considerarsi espunte dall'ordinamento, alla luce del carattere personale della responsabilità amministrativa e dei principi costituzionali del giusto processo)"*.

Anche nella recentissima Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, la Procura generale ha evidenziato, in materia di contrasto alla corruzione, *"il pluriennale e consolidato rapporto sinergico instaurato con l'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione), che già nel 2015 ha dato luogo a un primo protocollo d'intesa stipulato con la Corte dei conti.*

Con tale memorandum, in particolare, si è convenuto di collaborare, nell'ambito delle funzioni di prevenzione e contrasto della corruzione ed anche sulla base del rispettivo patrimonio informativo, individuando ambiti comuni di cooperazione istituzionale rilevanti per tutti i settori di attività della Corte (giurisdizione e controllo) e dell'Autorità (regolazione e vigilanza).

A tal fine, è stato concordato di istituire un "Tavolo permanente" preposto alla definizione delle linee programmatiche della collaborazione, nonché di elaborare criteri selettivi alla luce dei quali l'ANAC trasmette alla Corte segnalazioni e denunce di danni erariali in materia di appalti pubblici, fenomeni corruttivi, violazione delle norme in materia di trasparenza. In detto ambito, peraltro, si è convenuto di condividere anche informazioni su casistiche di illeciti che, pur non comportando un danno erariale, appaiano tuttavia suscettibili di fornire utili indicazioni segnaletiche in ordine alle attività di competenza della Corte, come, ad

esempio, nel caso della mancata predisposizione dei piani di prevenzione della corruzione.

Nel medesimo contesto, si è, inoltre, convenuto di mettere reciprocamente a disposizione le esperienze e le competenze maturate con riferimento ai dati contenuti nei rispettivi sistemi informativi, anche al fine di individuare – grazie alle potenzialità offerte dalla tecnologia – indicatori rappresentativi di potenziali rischi di illecito nell’ambito dei contratti pubblici.

La collaborazione istituzionale con l’ANAC ha condotto alla sigla, il 1° febbraio 2017, di un ulteriore protocollo d’intesa, più specificamente orientato ai contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, al fine di consentire, in prospettiva, l’elaborazione di un compendio delle osservazioni rese dalla Corte in sede di controllo preventivo e successivo, nonché di specifiche linee-guida da parte dell’Autorità in ordine ai presupposti legittimanti il ricorso alla secretazione”.

5. La responsabilità del responsabile anticorruzione dinanzi alla Corte dei conti

È a questo punto utile cercare di ricostruire la natura della responsabilità del responsabile anticorruzione dinanzi alla Corte dei conti, partendo dal punto fermo che la stessa non può comunque essere considerata di natura oggettiva. E’ bene da subito ricordare che davanti alla Corte dei conti, a carico degli agenti pubblici, rilevano una generale responsabilità per danno erariale nonché forme di responsabilità sanzionatoria.

La responsabilità per danno consegue a un principio generale, quello per il quale l’agente pubblico, che con un comportamento antigiuridico, connotato da dolo o colpa grave, cagioni un danno all’erario, è chiamato a risponderne. Il danno è centrale, poiché costituisce presupposto della responsabilità (in assenza di danno, non vi possono infatti essere condotte rilevanti in un giudizio di tale natura davanti alla Corte) ma anche limite della stessa, giacché la condanna totale non può essere per un importo superiore al danno (patrimoniale e non patrimoniale) cagionato.

Il legislatore, tuttavia, ha introdotto anche alcune ipotesi di responsabilità sanzionatoria: ad esempio, quella a carico degli amministratori per indebitamento per spese non di investimento; quella per elusione del patto di stabilità (ora per elusione del principio di pareggio di bilancio), per provocato dissesto, ecc. La responsabilità sanzionatoria non consegue a un principio generale, come quella per danno, ma a una valutazione del legislatore statale che, a fronte di determinate situazioni, ritiene che alcuni interessi siano meritevoli di specifica tutela e, conseguentemente, chiama a risponderne soggetti specificamente individuati, i quali con il loro comportamento (che, come stabilito dalle Sezioni riunite dev’essere comunque caratterizzato da colpa grave) abbiano leso, o in alcuni casi anche solo messo in pericolo, detti

interessi, a prescindere dal fatto che sia o meno stato meno cagionato un danno. Prescindendosi in tali ipotesi dal danno, quest'ultimo non può essere limite della responsabilità; pertanto, poiché una norma sanzionatoria richiede necessariamente la tipizzazione della sanzione (nella responsabilità per danno non occorre, sia perché si tratta di illecito non tipizzato sia perché c'è comunque già il limite costituito dal danno cagionato), il legislatore, quando introduce ipotesi di responsabilità sanzionatoria, prevede anche la sanzione, commisurandola a parametri certi (di solito stipendi e indennità percepiti dall'agente responsabile).

Tanto premesso, passando all'analisi della responsabilità del responsabile anticorruzione davanti alla Corte dei conti, qualcuno ha ritenuto che essa sembra essere stata costruita dal legislatore statale come una responsabilità puramente sanzionatoria, da individuare al semplice ricorrere del presupposto della commissione del reato all'interno dell'ente, oltre alla mancata prova, da parte del responsabile anticorruzione, di avere adempiuto a tutte le prescrizioni richiamate dal legislatore; ciò, quindi, a prescindere dalla circostanza che la condotta dello stesso abbia contribuito a cagionare un danno per l'ente pubblico di appartenenza.

Tale ricostruzione non appare, tuttavia, condivisibile. Ciò in quanto, quand'anche l'intenzione del legislatore fosse stata quella di introdurre un'ipotesi di responsabilità sanzionatoria, poi però la norma non ha individuato il parametro al quale commisurare la sanzione, né l'organo giudicante potrebbe individuare una sanzione in mancanza, appunto, di un parametro stabilito legislativamente.

Pertanto, nel rispetto dei principi che reggono la responsabilità amministrativa, sembrerebbe preferibile la tesi che considera quella in argomento quale responsabilità per danno.

Occorrerebbe quindi, in tale ottica, al fine di affermare la sussistenza di una responsabilità dinanzi alla Corte dei conti del responsabile anticorruzione, provare in primo luogo la sussistenza di un danno erariale che deve essere, secondo i principi generali, certo, attuale ed economicamente valutabile. E' consequenziale, pertanto, che tale danno sia compiutamente quantificato, non avendo in tale fattispecie il legislatore neppure fissato un limite minimo come invece è stato fatto dalla normativa recentemente introdotta per contrastare il fenomeno dell'assenteismo (D.Lgs. n. 116/2016 e n. 75/2017) che ha stabilito che il danno non può essere inferiore a sei mensilità della retribuzione in godimento.

Inoltre, non in tutti i casi sarà possibile provare un apporto causale del responsabile anticorruzione al verificarsi del danno, apporto che dev'essere conseguente agli obblighi previsti dal legislatore e non adempiuti.

Da quanto sopra discende, infine, la necessarietà, come in tutti i casi di responsabilità per danno erariale, della sussistenza dell'elemento psicologico del soggetto agente, da individuarsi nel dolo o, più frequentemente vista la fattispecie, nella colpa grave.

6. Il regime della responsabilità alla luce del FOIA

Il d. lgs. n. 97/2016, contenente norme di revisione e semplificazione della normativa anticorruzione, pubblicità e trasparenza, oltre a introdurre l'accesso civico generalizzato, ha apportato diverse modifiche al regime della responsabilità.

Alla base vi era la consapevolezza di come il regime della responsabilità non potesse gravare esclusivamente sul responsabile anticorruzione, sia in ragione del fatto che la lotta alla corruzione non può essere combattuta e vinta da una sola persona, sia poiché un regime limitato a tale figura finiva per deresponsabilizzare ulteriori attori (in particolare i componenti dell'organo di indirizzo politico) che devono svolgere un ruolo attivo nell'impianto di contrasto al fenomeno corruttivo, se si vuole che esso sia efficace.

Analizziamo brevemente alcune norme, contenute nell'art. 41 del decreto legislativo citato che, novellando la legge n. 190/2012, hanno coinvolto nel sistema di contrasto anticorruzione gli organi di indirizzo politico (e, in alcuni casi, gli OIV, ove istituiti) coinvolgimento che, ovviamente, renderà possibile azionare la responsabilità (anche) nei loro confronti:

- l'organo di indirizzo politico, individuato il responsabile anticorruzione, dispone le eventuali modifiche organizzative necessarie per assicurare funzioni e poteri idonei per lo svolgimento dell'incarico con piena autonomia ed effettività (modifica dell'art.1, comma 7 legge anticorruzione).

Pertanto, l'organo di indirizzo politico non può ritenere di aver esaurito il suo compito con l'individuazione del responsabile anticorruzione, poiché ha anche l'onere di metterlo nelle condizioni di operare nel migliore dei modi;

- il responsabile anticorruzione segnala all'organo di indirizzo politico e all'organismo indipendente di valutazione le disfunzioni inerenti all'attuazione delle misure di prevenzione (anche questa previsione ha novellato il comma 7);

- l'organo di indirizzo definisce gli obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione, che costituiscono contenuto necessario del piano triennale (di modifica del comma 8).

Un'ulteriore previsione, interamente dedicata agli OIV, introducendo il comma 8-bis nell'art. 1 della legge anticorruzione, ha stabilito che l'OIV verifichi, anche ai fini della validazione della relazione sulla performance, che i piani triennali siano coerenti con gli obiettivi stabiliti nei documenti di

programmazione strategico-gestionale e che nella valutazione della performance si tenga conto degli obiettivi connessi alla anticorruzione, inoltre che riferisca all'Anac sullo stato di attuazione delle misure di prevenzione della corruzione. In tal modo si è creata una linea diretta tra Anac e OIV e, inoltre, si è formalizzata la necessità che vi sia un collegamento tra piano triennale di prevenzione della corruzione e piano della performance.

Infine, il d. lgs. n. 97/2016 ha introdotto due previsioni direttamente finalizzate a tutelare la posizione del responsabile anticorruzione:

- (ancora una volta mediante un periodo aggiunto al più volte richiamato comma 7), è stato stabilito che eventuali misure discriminatorie, dirette o indirette, nei confronti del responsabile anticorruzione per motivi collegati allo svolgimento delle sue funzioni, devono essere segnalate all'Anac che può chiedere informazioni all'organo di indirizzo e intervenire chiedendone il riesame, qualora ritenga che siano collegate all'attività svolta in qualità di responsabile anticorruzione. Detta tutela, assolutamente efficace e che consente anche di contrastare eventuali condotte mobbizzanti nei confronti del responsabile anticorruzione, con ogni evidenza si collega a quella già prevista dal d. lgs. n. 39/2013 in caso di revoca dell'incarico⁴;

- modificando il comma 14, infine, è stato stabilito che nel caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano, il responsabile anticorruzione risponda, salvo che provi di avere comunicato agli uffici le misure da adottare e le relative modalità, e di avere vigilato sull'osservanza del piano. Previsione, quest'ultima, che non sembra aggiungere granché al sistema della responsabilità del responsabile anticorruzione, come sopra analizzata.

⁴ Art. 15, comma 3: "Il provvedimento di revoca dell'incarico amministrativo di vertice o dirigenziale conferito al soggetto cui sono state affidate le funzioni di responsabile, comunque motivato, è comunicato all'Autorità nazionale anticorruzione che, entro trenta giorni, può formulare una richiesta di riesame qualora rilevi che la revoca sia correlata alle attività svolte dal responsabile in materia di prevenzione della corruzione. Decorso tale termine, la revoca diventa efficace".