

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

dicembre 2018

3

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

issn 1123-3036

d **e** Il diritto dell'**economia**

rivista quadrimestrale *open access* di
dottrina, giurisprudenza e documentazione

Promossa da



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

anno 64, n. 97 (3-2018)



Mucchi Editore

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano, Via Röentgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25.

La rivista «Il diritto dell’economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha continuato la pubblicazione, dal 1987, su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi.

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Emilia est, 1741, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Grafica, impaginazione, gestione sito web: STEM Mucchi Editore Srl - Modena
Pubblicato nel mese di dicembre 2018

Comitato di direzione

Carlos Botassi	(Universidad de La Plata - Argentina)
Andrea Comba	(Università di Torino)
Daniel Farber	(University of Berkeley)
Vittorio Gasparini Casari	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Guido Greco	(Università Statale - Milano)
Estanislao Garcia Arana	(Università di Granada - Spagna)
Neville Harris	(University of Manchester)
Francesco Manganaro	(Università Mediterranea di Reggio Calabria)
Massimo Occhiena	(Università di Sassari)
Aristide Police	(Università Tor Vergata - Roma)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

Comitato scientifico

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amorosino	(Università La Sapienza - Roma)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Alessandro Crosetti	(Università di Torino)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Rosario Ferrara	(Università di Torino)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Carlo E. Gallo	(Università di Torino)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio E.)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio E.)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)
Francesco Vetrò	(Università del Salento)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)	Rosamaria Iera	Clara Napolitano
Giovanni Barozzi Reggiani	Silia Gardini	Pasquale Pantalone
Lorenzo Bimbi	Martina Germanò	Michela Petrachi
Lorenzo Caruccio	Annalaura Giannelli	Francesco Scalia
Elisabetta Codazzi	Giuseppe La Rosa	Scilla Vernile
Michela Colapinto	Alberto Marcovecchio	Alice Villari
Letterio Donato	Calogero Micciché	Patrizia Vipiana
	Viviana Molaschi	

La pubblicazione di articoli e contributi proposti alla rivista è subordinata alla seguente procedura:

- Il lavoro (non superiore a 10.000 parole) è sottoposto a un esame preliminare da parte della direzione (o di un suo componente delegato), per rilevare la sua attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della rivista, nonché l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico.
- Il successivo referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari esperti nella materia, italiani o stranieri, scelti dalla direzione nell'ambito di un comitato di referees o, in casi eccezionali, inerenti alla specificità dell'argomento trattato, all'esterno dello stesso. La procedura di referaggio richiede un tempo minimo di almeno due mesi.
- Il sistema di referaggio è quello cieco previsto dalla normativa vigente: lo scritto è inviato in forma anonima a chi deve procedere alla revisione e all'Autore non è comunicato chi procederà alla stessa. Chi effettua la revisione è vincolato a tenere segreto il proprio operato e si impegna a non divulgare l'opera e le relative informazioni e valutazioni, che sono strettamente confidenziali: l'accettazione preventiva di questo vincolo e di questo impegno è preconditione per assumere il compito di referaggio.
- I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
- I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
- I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
- La direzione della Rivista o almeno quattro membri della stessa (compreso il Direttore responsabile) possono decidere la pubblicazione in deroga di contributi che non abbiano caratteristica di Saggio o con un numero di battute inferiore a 20.000 e, per alcuni lavori specifici (soprattutto considerando le caratteristiche dell'Autore o la loro natura), possono altresì decidere di non procedere alla valutazione anonima, effettuando essi stessi una motivata valutazione del contributo e fornendo apposita giustificazione della deroga. Quest'ultima tipologia di contributi non può superare complessivamente le 40 pagine per numero; i relativi lavori saranno contrassegnati nell'indice dell'annata con un asterisco. Non è sottoposto a referaggio l'eventuale "editoriale" all'inizio del fascicolo.
- Nel caso in cui uno dei componenti del Comitato di direzione intenda pubblicare un proprio lavoro nella Rivista, la procedura sarà gestita interamente da un altro componente delegato del Comitato di direzione, garantendo l'anonimato dei referees.

The publication of articles and contributions in the journal is dependent upon compliance with the following procedure:

- The work (not exceeding 10,000 words) is subject to a preliminary examination on the part of the editors or their delegate to assess its relevance to the journal's characteristics and themes, as well as the possible presence of evident and glaring shortcomings of a scientific nature.
- The subsequent peer review involves submitting the work for review by two full professors (Italian or foreign) who are experts in the relevant field, selected by the editors or their delegate from among a committee of referees or exceptionally from outside the committee, depending on the particular expertise required in relation to the subject matter of the work. The procedure requires at least two months.
- The peer review system is the so-called blind peer review method provided by law: the text is sent to the reviewer in anonymous form and the Author is not told the name of the reviewer. The reviewers are obliged to keep their task confidential and undertake not to divulge the work or the information and evaluations which are considered strictly confidential: prior acceptance of this obligation and undertaking is a necessary condition for accepting the task of carrying out a peer review.
- The names of the referees consulted for assessment of works to be published by the journal during the year are disclosed in a special list in the last issue of the year, without reference to the works reviewed.
- The referees shall send the editors or their delegate the final proposal, which may be: acceptance of the work for publication (possibility after editing); acceptance subject to improvements, indicated in summary form by the referee (in these cases the work shall be sent back to the author in order to make the necessary changes); not to accept the work for publication.
- Referees must also bear in mind the originality and practicality of the ideas expressed in the work, as well as the cultural awareness and critical constancy of the line of argument.
- The Board of Editors or at least four members of the Board of Editors itself (including the Editor-in-chief) may decide to publish contributions even if they are not configured as essays, or with a number of characters below 20,000 and, for a number of specific works (especially considering the characteristics of the Author or their nature), may also decide not to proceed with anonymous assessment, themselves carrying out a motivated evaluation of the contribution and providing a specific justification of the exception. The latter type of contributions may not exceed 40 pages per issue over all; relative works will be marked in the index of the year with an asterisk. Any "editorial", at the beginning of the issue, won't be submitted for referral procedure.
- Should one of the members of the Board of Editors intend to publish a work of his own in the Journal, the procedure will be managed entirely by another delegated member of the of the Board, thus guaranteeing the anonymity of the referees.

Norme per la preparazione degli originali destinati alla rivista «Il diritto dell'economia»

L'originale, completo di testo, note e **abstract**, deve essere inviato (in formato .doc o .docx) per e-mail all'indirizzo del direttore responsabile (fabrizio.fracchia@unibocconi.it): il file complessivo non deve superare **10.000 parole** e deve essere **reso anonimo dall'Autore**. L'abstract non deve superare le **150 parole**.

Il testo deve essere completo di titolo e sommario, deve essere suddiviso in paragrafi numerati progressivamente e deve indicare per ogni paragrafo il titolo (da riportare nel sommario con i numeri dei paragrafi).

In calce al contributo in formato cartaceo o nella mail di accompagnamento occorre indicare:

Cognome, nome, qualifica accademica (con l'indicazione della Università di appartenenza) e/o qualifica professionale; recapito di posta elettronica che l'Autore acconsente sia pubblicato sulla Rivista.

La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

Anche al fine di evitare ritardi nella pubblicazione dei contributi si raccomanda agli AA. la massima cura nella redazione degli originali in conformità alle seguenti indicazioni, tenendo presente che **originali redatti non in conformità ai criteri redazionali potranno non essere presi in considerazione per la pubblicazione:**

- per i nomi degli AA. citati in nota usare il **carattere tondo (no maiuscoletto)** con l'iniziale del nome che precede il cognome (es., M. Nigro);
- per le parole straniere usare il corsivo;
- le **virgolette devono essere basse (nel testo e in nota) tutte le volte che c'è una frase o un passo riportato da un altro testo, Autore, giurisprudenza o legge**. Lo stesso vale per i titoli delle leggi, delle direttive e così via;
- all'interno delle virgolette e in genere in tutto il testo devono essere in corsivo solo le parole straniere;
- Non si inserisce "p." prima dell'indicazione delle pagine
- **In ogni caso, occorre seguire un criterio di uniformità nel testo e nelle note.**
- Le note devono essere numerate progressivamente (in corrispondenza del richiamo nel testo)
- Deve essere usato il corsivo per il titolo dell'opera citata, nonché per la Rivista (abbreviata) o il volume in cui essa è riportato, secondo gli esempi seguenti:

Per le citazioni di dottrina:

E. Casetta, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1955, 339 ss.;

F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 143 ss.;

S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 273 ss.;

F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996.

Per le opere collettanee:

AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1999; oppure

E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989.

Per le citazioni successive alla prima, ad es.: E. Casetta, *op. cit.*, 340; oppure (in caso di più opere dello stesso A.: E. Casetta, *Brevi considerazioni*, *cit.*, 340.

Per le citazioni di giurisprudenza:

Cons. Stato, ad. plen., 1 aprile 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, 301 ss.;

Corte cost., 15 gennaio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, I, 267 ss.;

Cass, ss.uu., 12 marzo 1998, n. 128, in *Giur. It.*, 1999, I, 2, 315 ss.;

Per le abbreviazioni degli altri collegi, ovvero delle Riviste e dei periodici, si può fare riferimento, ad es., all'elenco del repertorio generale del Foro italiano o della Giurisprudenza italiana, **sempre secondo criteri di uniformità**.

Lo stesso vale per le altre abbreviazioni delle parole più correnti (es.: v., *op. cit.*, *cfr.*, ss., ecc.).

In caso di dubbi, si consiglia di prendere a modello gli articoli già pubblicati sulla Rivista

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

Indice n. 97 (3-2018)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Antonio Barone</i> , La prevenzione della corruzione nella “governance” del territorio... pag.	571
<i>Alberto Buonfino, Elisa Grillo</i> , The Supranational Concept of Property in the light of the ECtHR Case Law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Some Critical Remarks on Recent Developments..... »	597
<i>Maurizio Cafagno</i> , Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva” »	625
<i>Pier Luigi Portaluri</i> , <i>Lupus lupus non homo</i> . Diritto umano per l’ <i>ethos</i> degli “animali”?.. »	659
<i>Estanislao Arana Garcia</i> , Los servicios urbanos del agua en el Derecho Español: situación actual y perspectivas de futuro..... »	675
<i>Francesco De Leonardis</i> , Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell’economia..... »	697
<i>Giovanni Maria Uda</i> , Il <i>bail-in</i> e i principi della <i>par condicio creditorum</i> e del <i>no creditor worse off</i> (ncwo) »	733
<i>Giovanni Luchena</i> , An overview of the main issues set forth in the <i>Notice</i> on the notion of State aid: a new “code of conduct” for the States..... »	747
<i>Giuseppe Andrea Primerano</i> , Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica »	771
<i>Luiz Augusto da Silva, Melina Girardi Fachin</i> , State intervention, economic constitution, and the so-called “principle of subsidiarity”: the Brazilian debate »	797
<i>Saul Monzani</i> , La tutela giurisdizionale dei concorrenti a un procedimento ad evidenza pubblica: l’interesse all’aggiudicazione e quello ad un corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali »	825
<i>Nicola Posteraro</i> , La compensazione e i rimborsi nella mobilità sanitaria interregionale e transfrontaliera »	851
<i>Andrea Venanzoni</i> , Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA) »	881
<i>Cosimo Gabbani</i> , La logica dei provvedimenti ripristinatori »	911

<i>Vinicio Brigante</i> , Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale.....	»	955
<i>Chiara Guardamagna</i> , Aggregazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.....	»	993
<i>Gian Antonio Benacchio</i> , Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale.....	»	1017
<i>Walter Giulietti</i> , Norme in materia di domini collettivi ed assetti organizzativi.....	»	1041
<i>Francesco Zammartino</i> , Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni.....	»	1059
<i>Mariaconcetta D'Arienzo</i> , La salute ai tempi della <i>spending review</i> : come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale.....	»	1083
<i>Fabrizio Fracchia, Massimo Occhiena</i> , Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico.....	»	1125
Sezione di diritto internazionale dell'economia		1167
NOTE SUI COLLABORATORI	»	1183

Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale

Vinicio Brigante

SOMMARIO: 1. Teorie sulla genesi dei fenomeni corruttivi e delimitazione del tema. – 2. Norme anticorruzione e codificazione a diritto costante: alla ricerca di un difficile equilibrio. – 2.1. Un nemico fin troppo noto: la discrezionalità nell'impianto della legge Merloni e del Codice del 2006. – 2.2. Il Codice del 2016 e le misure di contrasto "fuori dalle gare". – 3. Discrezionalità multilivello: una soluzione di matrice procedimentale. – 3.1. La discrezionalità strumentale come potere a geometria variabile. – 3.2. Equità ed etica amministrativa: la necessità di pervenire a una discrezionalità responsabile. – 4. Sintesi dei risultati raggiunti e conclusioni.

1. *Teorie sulla genesi dei fenomeni corruttivi e delimitazione del tema*

Il presente lavoro si propone l'obiettivo di analizzare il tema della corruzione in relazione ai contratti pubblici, attraverso una ricognizione, in chiave storica e sistematica, delle soluzioni predisposte per tale disfunzione dal legislatore.

L'intero impianto argomentativo convoglia sulla necessità di valorizzare lo spazio discrezionale delle amministrazioni – e delle stazioni appaltanti nello specifico – a fronte di un continuo ostracismo nei confronti di una componente che deve essere elevata a valore dell'agire pubblico e che, al contrario, le riforme hanno indicato quale principale concausa della corruzione¹.

Per tali ragioni, l'analisi non verte sulle c.d. misure di contrasto eteroimposte, che non incidono direttamente sul processo di scelta amministrativa – quali

¹ Si v. le considerazioni di A. Barone, *La prevenzione della corruzione nella "governance" del territorio*, in questa *Rivista*, 2018, 571, «una lettura storica della corruzione nell'amministrazione italiana induce a rifiutare quelle tesi che esauriscono la lotta al fenomeno corruttivo esclusivamente sul fronte della repressione criminale e del correlato fondamentale intervento del potere giurisdizionale».

trasparenza o moduli organizzativi anticorruzione – ma intende individuare i correttivi per un miglioramento generale del processo di manifestazione di volontà pubblica e delle relative scelte ad essa sottese.

Ipotizzare di illustrare la storia della corruzione amministrativa è compito arduo, proprio perché la stessa si nasconde, si cela, ma è alquanto ciclica e ripetitiva, in Italia come in altri Paesi².

La frammentarietà del concetto di corruzione costituisce notazione comune nella letteratura giuridica, poiché rappresenta una nozione multilivello che «oscilla tra dimensione legale, etica ed economica»³.

I tentativi di ricostruire i percorsi dei fenomeni corruttivi incontrano ostacoli insormontabili, che rendono, se non impossibile, quantomeno problematica la maturazione di un'approfondita conoscenza della corruzione e delle relative cause. Gli sforzi diretti a cercare di tracciare le tappe fondamentali di quello che è stato definito un «tessuto articolato di degenerazione morale»⁴, condividono la stessa frustrazione saggiata dal viaggiatore costretto a orientarsi senza punti cardinali.

Per tali ragioni, è stato sostenuto che «potrebbe risultare ozioso avventurarsi sul rischioso terreno dei paralleli e delle divergenze storiche, per valutare come e quanto la corruzione si sia aggravata negli ultimi tempi»⁵.

Sul tema in argomento si registrano studi e analisi accurate, ma sono pressoché assenti indagini di lungo periodo⁶, proprio perché gli storici lavorano con «qualcosa di imprevedibile»⁷.

Nella cospicua produzione letteraria sul tema, soprattutto in chiave storica, sono stati anche analizzati gli aspetti positivi della corruzione, definiti le funzioni latenti del fenomeno, consistenti nella compensazione dell'insufficienza dei salari e, più in generale, da rintracciare nel riequilibrio dei poteri dello Stato⁸. Tuttavia sono

² S. Cassese, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. Melis (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1999, 183; B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, 16.

³ G. Fidone, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 753.

⁴ La definizione è di G. Melis, pronunciata durante la lezione tenuta presso l'Università di Roma 'La Sapienza', il 25 febbraio 2017 e in seguito riprodotta in G. Melis, *La lunga storia della corruzione italiana*, in *Nuova Etica Pubblica*, 2017.

⁵ E. Narducci, *Processi politici nella Roma antica*, Bari, 1988, 88; D. Della Porta, A. Vannucci, *Mani impuniti. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, 2007, «le difficoltà metodologiche derivanti dalla natura delle relazioni e dei processi di influenza ostacolano gli studi empirici e indirizzano gli analisti verso aspetti più evidenti, e ipotesi meglio controllabili».

⁶ Per una ricostruzione storica del fenomeno, cfr. J.T. Noonan, *Ungere le ruote. Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese*, Milano, 1987; J. Tulard, G. Thullier, *Administration et corruption*, in *Revue Administrative*, 1993; C.A. Brioschi, *Breve storia della corruzione*, Milano, 2010.

⁷ S. Cassese, *Ipotesi sulla storia*, cit., 185, «in sede di predisposizione di misure correttive per i fenomeni corruttivi, nei *Principi di diritto amministrativo* di V.E. Orlando, è a lungo discussa come un'alternativa reale la soluzione inglese del personale pubblico volontario e gratuito».

⁸ Sul tema, in senso ampio, cfr. J.C. Waquet, *La corruzione. Morale e potere a Firenze nel XVII e XVIII secolo*, Milano, 1986.

– pressoché unanimemente – abbandonate le teorie che rintracciano nella corruzione un possibile elemento di efficienza, capace di migliorare il funzionamento dei meccanismi burocratici⁹.

Come rilevato, riguardo al primo caso manifesto di corruzione che abbia interessato l'Italia liberale¹⁰, la conseguenza più dannosa si registra quando l'accertata esistenza dei fenomeni corruttivi è fatalisticamente accettata quale ineliminabile elemento del complesso istituzionale, invece di indurre le stesse istituzioni a predisporre i rimedi necessari.

Le difficoltà riscontrate nel tracciare in maniera organica la storia dei fenomeni corruttivi in Italia sono dovute a diversi fattori.

In primo luogo, si registra una sistematica penuria di fonti articolate e affidabili, che si rivelano del tutto mancanti o solo frammentariamente disponibili. Sono presenti pregevoli studi di sintesi¹¹, ma sono limitati agli episodi sottoposti a inchieste giudiziarie e parlamentari e non svelano l'essenza strutturale del fenomeno. La ricerca è ostacolata dal reperimento delle fonti, poiché «la corruzione è un mercato occulto, un fiume carsico che appare e scompare, del quale è difficile seguire il corso»¹².

In secondo luogo, la mutevolezza di vesti con le quali la corruzione si manifesta rende complicata la delimitazione del tema e favorisce il «relativismo delle valutazioni»¹³.

Le singole teorie sulla natura della corruzione sono sintetizzate in tre modelli autonomi, che rinvergono i rispettivi centri gravitazionali nella legalità, negli interessi collettivi e nell'opinione pubblica. Tra le tre prospettive, quella basata

⁹ Cfr. R. Williams, *Explaining corruption*, Cheltenham, 2000; M. Arnone, L. Borlini, *Corruption. Economic analysis and international Law*, Cheltenham, 2014. Sui presunti aspetti positivi legati al fenomeno della corruzione, cfr. G. Koenig, *Les discretès de la corruption*, Parigi, 2009. Tuttavia, è opportuno richiamare la teoria di R. Klitgaard, *Controlling corruption*, Boston, 1988, che pone in relazione i costi della corruzione e i costi della lotta alla corruzione, individuando il livello ottimale di corruzione (*optimal amount of corruption*) da conservare, per un beneficio nella spesa complessiva.

¹⁰ Si fa riferimento allo scandalo che coinvolse la Banca Romana nel 1893. Sul tema si rinvia a B. Croce, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari, 1959.

¹¹ Per tutti, cfr. F. Cazzola, *Della corruzione: fisiologia e patologia di un sistema politico*, Bologna, 1988.

¹² E. Guastapane, *Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, in G. Melis (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1999, 20.

¹³ E.E. Cociolo, *Corruzione, etica amministrativa e "autoregolazione regolata" dei pubblici poteri*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 174, «le diverse prospettive di analisi e l'utilizzo del vocabolo corruzione in contesti differenti hanno spinto a mettere in dubbio la stessa possibilità di una definizione universale di corruzione. Il dibattito vede contrapporsi i relativisti che pongono l'enfasi sugli aspetti micro-culturali e quanti, invece, propugnano per un modello etico ancorato ai diritti fondamentali». In una prospettiva economica, A.O. Hirschman, *Felicità pubblica e felicità privata*, Bologna, 1983, rileva che «l'incidenza effettiva delle condotte di corruzione dipende da quanti tra gli individui aventi accesso alle opportunità di corruzione, risultano inclini o avversi ad essa. La quota di questi individui tende a fluttuare in relazione a ciò che si definisce moralità pubblica».

sulla violazione della legalità – intesa quale tradimento¹⁴ della funzione pubblica, non necessariamente con rilevanza penale – appare preferibile¹⁵.

La trasmigrazione del tema su un piano etico, e non puramente giuridico, consente di apprezzare il valore collettivo del fenomeno¹⁶ e di trascurare i comportamenti contrari alla sola etica personale. In tal senso, la corruzione pubblica è il prodotto di una «antietica» o «etica inversa»¹⁷, è la «morte della moralità pubblica»¹⁸.

In via preliminare, appare opportuno operare alcune premesse metodologiche e delimitare il campo d'indagine rispetto a un tema sul quale si registra una letteratura ampia ed accreditata¹⁹.

Il carattere polisemico del fenomeno corruttivo non ha ostacolato i tentativi di definizione o classificazione; l'analisi svolta non si focalizza solo sulla corruzione penale, definita anche «nera», ma indaga quella che autorevole dottrina qualifica come corruzione «grigia»²⁰, declinata «nell'indifferenza all'efficienza, nella

¹⁴ La nozione di tradimento risale a una sentenza emessa dalla *Segunda Sala del Tribunal Supremo* spagnolo, il 20 settembre 1990, secondo cui «la corruzione costituisce un tradimento dei doveri di lealtà, probità e fedeltà inerenti alla funzione pubblica».

¹⁵ Cfr. M. Johnston, *Political corruption in America*, Belmont, 1982.

¹⁶ Sul tema, in senso ampio, cfr. H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Torino, 1998.

¹⁷ M. Borgi, *Droits de l'homme: fondement universel pour une loi anticorruption; le case de la Suisse*, in B.M. Borgi, P. Meyer-Bisch (a cura di), *La corruption. L'envers de droits de l'homme*, Friburgo, 1995, 4, l'etica inversa consiste nella violazione di norme etiche protette giuridicamente.

¹⁸ S. Rodotà, *Elogio del moralismo*, Roma-Bari, 2011, 32, citato da P. Piras, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb app.*, 2015, 130.

¹⁹ Senza alcuna pretesa di esaustività, in tema di corruzione e contratti pubblici, cfr. N. Fiorino, E. Galli, *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013; A. Police, *New instruments of control over public corruption: the italian reform to restore transparency and accountability*, in questa *Rivista*, 2015, 189 ss.; B.G. Mattarella, *The Italian efforts on anti-corruption*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts: balancing corruption concerns in public procurement internationally*, Bruxelles, 2014; A. Vannucci, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; A. Barone, *Territorio e politiche anticorruzione*, in F.G. Scoca, A. Di Sciascio (a cura di), *Le proprietà pubbliche: tutela, valorizzazione e gestione*, Napoli, 2016, 113 ss.; G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *Federalismi.it*, 2015; F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione. Una sfida impossibile?*, in *Federalismi.it*, 2015; F. Manganaro, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2014; G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 325 ss.; G. Manfredi, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb. app.*, 2015, 749 ss.; A.M. Nico, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in *www.costituzionalismo.it*, 2016. Per un approccio economico al tema, cfr. R. Coppier, *Corruzione e crescita economica. Teorie ed evidenze di una relazione complessa*, Roma, 2005. Per un approccio sistematico, cfr. F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2013. Sulla «privatizzazione» della funzione preventiva, si v. G.M. Flick, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *www.rivistaaic.it*, 2015. Sul versante penalistico, ci si limita a rinviare ai saggi di M.C. Ubiali, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018 e G. Pignatone, *Le nuove fattispecie corruttive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018.

²⁰ B.G. Mattarella, *Le regole*, cit., 17, «la lotta contro la corruzione non può essere condotta con misure di breve periodo e limitate nel tempo, ma deve essere durevole: è una guerra contro un nemico che non si può eliminare definitivamente, ma si può contenere».

resistenza al cambiamento»²¹, nel tradimento dell'etica pubblica e della funzione amministrativa²².

Accanto al concetto penalistico di corruzione, legato indissolubilmente al reato in senso stretto, il linguaggio giuridico ha forgiato una nozione più ampia, che fa riferimento a varie forme di malcostume e di distrazione della funzione pubblica per fini privati, da ricondurre – anche in tema di predisposizione di misure correttive – all'ambito del diritto amministrativo²³. Tuttavia, anche tale distinzione risulta insufficiente per descrivere dettagliatamente la multiformità del fenomeno nel suo complesso.

La corruzione nell'ordinamento italiano assume i caratteri di un «fenomeno politico-amministrativo sistemico»²⁴, che si sostanzia nel condizionamento improprio delle decisioni pubbliche²⁵. L'espressione «improprio»²⁶ rende chiara l'anticipazione di tutela connaturata alla nozione di corruzione amministrativa, che non solo non richiede la commissione di fattispecie penalmente rilevanti, ma non richiede nemmeno l'illegittimità della condotta in senso ampio.

A tal proposito, è stata prospettata una distinzione tra corruzione complessa e semplice, che compongono idealmente una piramide²⁷. La prima coincide con la componente politica del fenomeno, mentre la seconda involge il tema delle decisioni amministrative²⁸.

²¹ Cfr. S. Cassese, «*Maladministration*» e rimedi, in *Foro it.*, V, 1992, 243, un dato, divenuto ormai una presenza costante negli ordinamenti maggiormente corrotti, è la «sovraabbondanza delle norme, che non limita le pubbliche amministrazioni, ma, al contrario, amplia la loro discrezionalità».

²² M. D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 384, «Esiste un altro tipo di corruzione che riguarda profili oggettivi: è la degenerazione del sistema istituzionale e amministrativo in sé; in altri termini la corruzione intesa come disfacimento delle regole».

²³ Cfr. AA.VV., *La corruzione amministrativa*, a cura di F. Merloni, L. Vandelli, Firenze, 2010; l'importanza dell'approccio non puramente repressivo, tipico del sistema penale, è stato sottolineato dalla Commissione presieduta da S. Cassese nel 1996, il cui rapporto è pubblicato in *Lotta alla corruzione*, Bari, 1998.

²⁴ G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 346.

²⁵ A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 291, «le regole della corruzione si adattano plasticamente al cambiamento delle regole formali, che così incidono solo superficialmente sulla realtà del fenomeno. Se c'è l'aspettativa diffusa, la convinzione radicata che nel sistema degli appalti il ricorso alla corruzione sia modello di condotta generalizzato e vincente, allora queste regole – e non le norme di diritto amministrativo e penale – diventano la reale bussola cognitiva che indirizza inesorabilmente le scelte di tutti i soggetti coinvolti verso l'esito atteso e desiderato: la spartizione della rendita attraverso lo scambio corrotto».

²⁶ Cfr. ANAC, Determinazione 28 ottobre 2015, n. 12, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, la corruzione amministrativa consiste nella distrazione degli interessi generali a causa del condizionamento improprio da parte di soggetti titolari di interessi privati. È necessario che vi sia un pregiudizio nell'affidamento dei cittadini nell'imparzialità dell'amministrazione.

²⁷ Cfr. E.U. Savona, L. Mezzanotte, *La corruzione in Europa*, Roma, 1998, 28, accanto a queste declinazioni del concetto di corruzione, è opportuno rilevare l'esistenza della corruzione rovesciata che riguarda il settore del voto di scambio.

²⁸ La tematica intercetta quella della distinzione tra grande e piccola corruzione, per la cui analisi si rinvia a L. Scomparin, *Corruzione e infiltrazione criminale negli appalti pubblici*, Torino, 2017.

Nel settore degli appalti pubblici, nel quale la corruzione si è ramificata e si sono consolidati meccanismi corruttivi efficaci e sofisticati, i due piani tendono a sovrapporsi, poiché si verifica una saldatura tra gli interessi del polo politico e di quello economico.

La polisemia si sostanzia in una variabilità sostanziale e formale, e il concetto stesso di corruzione tende a frazionarsi. In questa sede l'indagine si sofferma su quella che è definita, nell'ambito di una tripartizione²⁹, «la cattiva pratica relativa alla domanda e all'offerta dello scambio corrotto».

La corruzione che si annida nelle varie fasi delle procedure di appalto cessa di riferirsi alla sfera individuale del reo, a quella che è definita l'autonomia morale del soggetto e transita in una declinazione diversa, ossia in un fenomeno di natura collettiva con una proiezione parimenti collettiva.

Le distorsioni corruttive possono svilupparsi nei due rapporti di agenzia che caratterizzano i contratti pubblici, e non necessariamente in maniera alternativa. Il riferimento è al rapporto tra l'amministrazione e il fornitore e alla relazione interna, tra la stazione appaltante e il dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara³⁰.

La stazione appaltante, secondo tale impostazione, risulta essere il contraente debole del rapporto, qualora sia vittima di «interferenze indebite di interessi individuali».

In questa sede, è opportuno richiamare la prospettiva elaborata dalle scienze sociali, che identifica la corruzione in «*the abuse of entrusted power for private gain*» («l'abuso del potere affidato al fine di ottenere un guadagno personale»)³¹.

²⁹ Cfr. J.F. Malem Seña, *El fenómeno de la corrupción*, in F. Laporta, S. Alvarez (a cura di), *La corrupción política*, Madrid, 1997, l'Autore, sulle orme di A. Heidenheimer, *Perspectives on the perception of corruption*, in R. Eisenstadt (a cura di), *Before Watergate: problems of corruption in American society*, New York, 1978, riunisce le definizioni di corruzione in tre grandi gruppi. Il primo gruppo opera un rinvio ai doveri del funzionario e alla peculiarità della funzione pubblica, il secondo all'attività contrattuale e il terzo ha come collante l'interesse pubblico. Per altra ricostruzione, la triplice prospettiva si riferisce ai contenuti della modernità, del sistema normativo vigente e della moralità. In tal senso, cfr. E. Garzón Valdés, *Acerca de la tesis de la separación entre Moral y Política*, in *Derecho, ética y política*, 1993, 26 ss.

³⁰ Cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 83 ss., «i contratti pubblici presentano almeno due problemi di agenzia. Il primo si riferisce ai rapporti con il fornitore; il secondo ha una dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante e dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara». In quest'ultimo rapporto, gli interessi del funzionario preposto al servizio acquisti o alla singola procedura di gara possono divergere da quelli dell'amministrazione di appartenenza. Nello specifico, per ciò che riguarda i profili corruttivi indagati in tale sede, «il pubblico agente può avere un interesse a mantenere buoni rapporti con alcune imprese partecipanti, può essere sensibile a pressioni dei vertici politici dai quali dipende la sua progressione di carriera, può essere tentato a estorcere o accettare compensi o altri vantaggi impropri»; sul tema, da ultimo, appaiono particolarmente interessanti le considerazioni svolte da A. Barone, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2018, 3 ss., sul rischio di corruzione che si annida nei moduli di sussidiarietà orizzontale in relazione alla sproporzione esistente tra l'apporto del cd. privato forte e del cd. privato debole nella fase della programmazione e della progettazione.

³¹ La definizione di J. Pope, *Confronting corruption: The elements of a national Integrity System*, s.l., 2000 è richiamata da G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 326. Per altro verso, Y. Mény, *La corruption*

Per altro verso, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, stipulata a Merida nel 2003, ha adottato il concetto di *trading in influence*, che racchiude diversi reati, al fine di coniugare le diverse sensibilità degli Stati rispetto a un tema così rilevante.

Tuttavia, con riferimento al tema dei contratti pubblici, la declinazione del fenomeno patologico-corruttivo da impiegare è «*payments to exercise discretionary powers in favor of bribers*»³², che involge, in senso ampio, la tematica della discrezionalità, nella doppia – e contrapposta – accezione di possibile strumento di distorsione e di eventuale soluzione procedimentale alle derive corruttive del mercato³³.

La corruzione è «pulviscolare e come tale imponderabile e impercettibile»³⁴, e ciò è valido in misura maggiore in tema di commesse pubbliche, perché non esiste un indice affidabile e sufficientemente oggettivo, tale da poter fornire un quadro chiaro; «è un fenomeno duttile e polimorfico, che mostra una sorprendente capacità di adattamento a contesti regolativi differenti»³⁵. In altri termini, non esistono flussi di dati talmente indicativi da poter fornire un quadro oggettivo del livello di corruzione³⁶.

I dati sulla corruzione vivono di un'approssimazione genetica dalla quale non possono essere affrancati, e con la quale si deve convivere, anche in sede di predisposizione delle misure correttive al fenomeno³⁷. Tuttavia, se non si conosce l'entità della malattia, non si può prescrivere una cura adeguata.

Inoltre, è da rilevare che neanche i dati relativi alla c.d. corruzione percepita, forniti annualmente da *Transparency International*, risultano affidabili per tracciare un quadro chiaro, poiché sono ontologicamente soggetti a rapidi cam-

de la République, Parigi, 1992, nella sua analisi fenomenologica della corruzione, prospetta quattro modelli. Tra questi, quello che viene in rilievo è la corruzione diretta all'ottenimento di una concessione o all'aggiudicazione di un appalto pubblico; questa specifica declinazione del fenomeno è uno degli indicatori più affidabili per cercare di determinare – quantomeno in via approssimativa – il livello di corruzione di un ordinamento.

³² La definizione di S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, 1999, richiamata da F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 178.

³³ I tratti essenziali e minimi che integrano la sfumatura di corruzione investigata in questa sede sono il potere affidato, il soggetto titolare del potere, un esercizio improprio e deviato del potere e un vantaggio privato conseguito. Sul tema, cfr. G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 326; G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 28 ss.

³⁴ Le definizioni sono di F. Pinto e R. Cantone, pronunciate durante il corso di aggiornamento 'Rifondare la cronaca nera, in particolare quella giudiziaria, distinguendo tra deontologia, interesse pubblico e gossip', svoltosi presso l'Auditorium RAI di Napoli, il 16 dicembre 2016. Cfr. F. Pinto, *I ladri amano il buio*, in *www.lexitalia.it*, 2016.

³⁵ A. Vannucci, *Il lato oscuro*, cit., 271, la corruzione riconfigura «i propri reticoli di scambi e connivenze in relazione alle diverse strutture di incentivi istituzionali che si manifestano».

³⁶ Sul tema, cfr. R. Cifarelli, *Corruzione "amministrativa" e controlli: spunti di riflessione*, in *Amministrazione in cammino*, 2013.

³⁷ Cfr. Alto Commissario Anticorruzione, *Il fenomeno della corruzione in Italia*, in *www.irpa.eu*, 3: «il livello della corruzione denunciata e giudizialmente accertata è un indicatore molto parziale, e per certi versi fuorviante, rispetto all'effettiva situazione di un ordinamento».

biamenti, non supportati da ragioni di carattere oggettivo, o comunque oggettivamente apprezzabili, e sono destinati a subire il condizionamento di fattori esogeni, quale il condizionamento legato a determinati eventi di cronaca. I dati sulla corruzione percepita hanno una limitata rilevanza con riguardo all'effettività delle misure di contrasto, anche se «siamo su un terreno in cui la percezione conta, perché ispira i comportamenti e diventa realtà futura»³⁸.

Come rilevato, sarebbe opportuno disporre di «dati meno impressionistici sugli snodi e sui luoghi in cui si sviluppa la corruzione»³⁹.

A tale indeterminatezza congenita del fenomeno, si aggiunga il dato della scarsa propensione a denunciare, e di conseguenza a far emergere, le condotte che integrano eventi corruttivi da parte degli agenti pubblici⁴⁰.

Gli interventi di tipo correttivo possono essere predisposti solo attraverso una capillare analisi delle aree maggiormente esposte, da operare attraverso una mappatura dei possibili rischi che mettono in pericolo il regolare svolgimento di gare pubbliche. La conoscenza approfondita del fenomeno nel suo dispiegarsi risulta essenziale per poter adeguare gli strumenti dell'ordinamento, preventivi e repressivi, alle emergenti – e non sempre individuabili – nuove forme di corruzione.

«I valori del barometro della corruzione»⁴¹ in materia di affidamento di contratti pubblici sono caratterizzati da un ampio margine d'imprecisione, dovuto anche al condivisibile apprezzamento in base al quale nessuna fase della contrattazione pubblica è estranea al verificarsi di eventi corruttivi⁴² e risulta pressoché impossibile monitorare ogni momento procedimentale.

La tematica della distorsione del mercato dovuta alla corruzione coinvolge direttamente gli influssi del fenomeno in esame sul valore della concorrenza⁴³.

³⁸ F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione*, cit., 2, «la percezione diffusa e l'assuefazione all'illegalità possono condurre a vanificare le politiche pubbliche di settore. I costi sociali e sistemici sono di due tipi e, proprio per il loro carattere strutturale, sono anche più gravi di quelli meramente economici». Anche le conclusioni del richiamato Consiglio Giustizia e Affari interni dell'Unione Europea ammoniscono sul «*detrimental impact of corruption on values of democracy and rule of law principles*».

³⁹ Intervista a S. Cassese, su *Il Foglio*, pubblicata il 24 gennaio 2017.

⁴⁰ Cfr. G. Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione dieci anni dopo*, in G. Forti (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano 2003, 85 ss.

⁴¹ P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in questa *Rivista*, 2015, 36.

⁴² Le pratiche corruttive più diffuse nelle gare d'appalto si sostanziano in capitolati su misura per favorire determinate imprese, in abuso delle procedure negoziate in conflitti di interesse nella valutazione delle offerte, in abusi di modifiche dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto. Cfr. G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 327. Sul tema si rinvia anche a Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012.

⁴³ Per altro verso, F. Di Cristina, *La corruzione*, cit., 225, «lo sviluppo di forme di concorrenza per il mercato degli appalti, utili a ridurre il grado di concentrazione e la possibile collusione tra imprese, è uno dei cardini degli interventi sistemici che le istituzioni e gli organismi internazionali considerano basilari per preveni-

Tuttavia, è opportuno premettere che le esigenze sottese all'«economia sociale di mercato fortemente competitiva», richiamata dall'articolo 3.3 del TUE, da un lato, e quelle legate a un'ottimale assegnazione delle commesse pubbliche, dall'altro, non possono che essere composte e sintetizzate dalla legislazione in materia di contratti pubblici, cui spetta un compito indubbiamente arduo.

Il principio di concorrenza tende a scomporsi, come le norme che incidono su di esso, che alternativamente, possono riguardare la conformazione dei mercati o i comportamenti vietati perché distorsivi del confronto competitivo tra le imprese, ossia il tema approfondito in quest'analisi⁴⁴.

Sul punto, si ritiene di condividere la tesi di chi autorevolmente sostiene di rintracciare il rilievo costituzionale della concorrenza nel diritto europeo⁴⁵, e nello specifico nelle norme di principio⁴⁶. Secondo tale lettura, la pedissequa ricerca di un fondamento costituzionale della concorrenza appartiene a un dibattito arretrato e, per certi versi, stantio. Deve essere spostato il fuoco della ricerca e trasposto verso le norme di principio sovranazionali, le quali, al pari delle corrispondenti norme costituzionali di principio, assolvono la tradizionale funzione di orientare legislatore e interpreti.

Accogliendo questa impostazione, è possibile estendere anche la nozione di violazione del principio di concorrenza e anticipare la soglia di tutela rispetto

re e combattere la corruzione. La necessità di un ruolo rafforzato dei regolatori nazionali appare, in tale contesto, necessario». Per altro verso, sul ruolo delle linee guida ANAC in relazione agli illeciti anticoncorrenziali perpetrati nel ciclo dei contratti pubblici, cfr. R. Spagnuolo Vigorita, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *Federalismi.it*, 2017. Sul profilo della gestione d'impresa, cfr. F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto*, in questa *Rivista*, 2017, 137 ss.

⁴⁴ Tale distinzione è operata da F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 26.

⁴⁵ F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 176 ss., «l'idea che il diritto europeo sia portatore di un principio di concorrenza e che da questo principio derivino conseguenze che investono l'intero sistema economico degli Stati membri è diffusa e data quasi per scontata».

⁴⁶ Cfr. B. Caravita di Toritto, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2017, le norme di principio hanno la stessa struttura, tanto nella Costituzionale quanto nei Trattati. L'articolo 3.3 TUE ha lo stesso valore e significato dell'articolo 2 della Costituzione. Il fondamento costituzionale – in senso sostanziale e ampio – deve essere rintracciato pertanto nella ricerca di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva. Considerata l'impossibilità oggettiva di richiamare tutte le fonti sul tema, ci si limiterà a quelle che hanno influenzato maggiormente la trattazione. A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti LXI Convegno Varenna*, Milano, 2016, 297 ss.; S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1132 ss.; G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1138 ss.; M. D'Alberty, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.; M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., 71 ss.; M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 737 ss.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; G. Viciconte, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008.

a comportamenti connotati da corruzione e come tali lesivi delle dinamiche del libero mercato.

In altri termini, la distorsione corruttiva nell'affidamento degli appalti pubblici non può mai essere sussunta nel novero delle «imperfezioni del mercato non dannose», che conducono alla teoria economica della concorrenza efficace, o *workable competition*⁴⁷. La corruzione altera il funzionamento del libero mercato che deve essere affrancato «dalle degenerazioni clientelari della politica e dai possibili abusi di una burocrazia infedele»⁴⁸.

La corruzione che si annida nella filiera degli atti per l'affidamento dei contratti pubblici mina l'eguaglianza tra i portatori dell'offerta, tradisce il mercato, inteso quale fitta rete di rapporti tra diversi soggetti e non nell'accezione di singole «relazioni faccia a faccia, l'io-tu di Martin Buber»⁴⁹. È un fattore di limitazione e alterazione patologica del principio di concorrenza e della «capacità competitiva del sistema economico»⁵⁰.

Un'ultima considerazione di carattere generale è da operare al fine di limitare il campo dei possibili rimedi ai fenomeni corruttivi. L'indagine svolta in questa sede è orientata alla valorizzazione delle soluzioni di matrice dinamica e procedurale, che ineriscono al c.d. incedere amministrativo in senso stretto, ma è opportuno segnalare che autorevole dottrina ha chiarito che la prevenzione della corruzione deve essere perseguita attraverso l'adozione di misure di contrasto di matrice organizzativa, da predisporre attraverso determinate scelte nell'assetto delle amministrazioni aggiudicatrici, la c.d. fase statica della procedura di gara⁵¹.

La generale permeabilità e la capacità attrattiva che esercita il settore dei contratti pubblici rispetto alle pratiche corruttive sono legate a diversi fattori immediatamente percepibili, che talvolta si sovrappongono alle cause stesse della corruzione, motivo per il quale si opta per una trattazione congiunta⁵².

⁴⁷ Secondo tale teoria economica, elaborata da J.M. Clark, *Toward a Concept of Workable competition*, in *The American economic review*, 1940, 241 ss., l'eventuale presenza di imperfezioni del mercato non sempre è dannosa, e il verificarsi di una perdita di indipendenza di un operatore non necessariamente influisce negativamente sul funzionamento del mercato. Tale posizione è richiamata da A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 2 ss.

⁴⁸ F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza*, cit., 25.

⁴⁹ G. Corso, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, che richiama M. Buber, *L'io e il tu* (trad. it.), Pavia, 1991.

⁵⁰ M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., 77 ss., «se la disciplina degli appalti pubblici e le prassi delle stazioni appaltanti consentono in modo sistematico distorsioni, il risultato finale è quello di indebolire le imprese e in ultima analisi la capacità competitiva del sistema economico».

⁵¹ Sul punto, tuttavia, M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 669, «organizzazione amministrativa e procedimento amministrativo, sebbene siano concetti distinti e vivano di regole e principi apparentemente autonomi, sono tuttavia realtà giuridiche intimamente collegate, così che le norme sul procedimento e sull'azione amministrativa hanno valore organizzativo e quelle sull'organizzazione incidono sullo svolgimento del procedimento».

⁵² Sul tema della vulnerabilità degli appalti, V. Ferraris, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, 2017, 65 ss.

2. *Norme anticorruzione e codificazione a diritto costante: alla ricerca di un difficile equilibrio*

Le ragioni dell'affluenza delle pratiche corruttive nella filiera delle aggiudicazioni degli appalti risiedono, in primo luogo, nelle ingenti somme di denaro implicate, a vario titolo, nello svolgimento delle gare pubbliche⁵³, che esercitano una *vis* attrattiva notevole sui fenomeni di malcostume, che finiscono così con il drenare dal sistema economico risorse di rilevante entità.

Per altro verso, la frammentazione della domanda in capo a una platea sproorzionata di soggetti ha reso lo strumento dei controlli talvolta inutilizzabile. A tale disfunzione si è posto – almeno in parte – rimedio, con il codice del 2016, con norme in materia di aggregazione della domanda e di centralizzazione delle committenze⁵⁴, in un'ottica complessiva tesa alla razionalizzazione della spesa pubblica, su cui si tornerà in seguito.

Un posto di rilievo in questa rassegna spetta senza dubbio a quella che è stata definita «elefantiasi normativa»⁵⁵ – definita anche «ipertrofia regolamentare»⁵⁶ – per descrivere il disordine normativo legato all'iperproduzione di norme in tema di commesse pubbliche, con regimi transitori spesso diventati definitivi, e le conseguenti difficoltà riscontrate dagli operatori e dagli interpreti nell'orientarsi in questo labirinto di disposizioni⁵⁷. È accertato che i regimi legislativi eccessivi nel

⁵³ Nel 2013, ad esempio, il valore totale degli appalti pubblici assegnati è corrisposto al 6,7% del PIL nazionale, per un ammontare complessivo di € 105,70 miliardi. Cfr. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, *Relazione al Parlamento per l'anno 2013*, 51. Nel 2016, tale valore ha raggiunto l'8,1% del PIL. Cfr. Ministero di economia e delle finanze, *Documento di Economia e Finanza*, 10 aprile 2016, 20.

⁵⁴ Sul tema, si v. L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 443 ss.

⁵⁵ Cfr. M. Clarich, B.G. Mattarella, *Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare la crescita*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, 399 ss. Anche in base alla teoria economica elaborata da G. Becker, *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journal of political economy*, 1968, 169 ss., la corruzione è un prodotto dell'intervento del governo in economia, poiché «più regolazione si ha, più si vedrà corruzione».

⁵⁶ A. Di Mucci, D. Provvidenza Petralia, *Il principio di trasparenza tra ipertrofia regolamentare e debolezze del controllo sociale: il caso degli obblighi pubblicitari nel settore dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, 2.

⁵⁷ R. De Nicolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb app.*, 2016, 504, «la stratificazione e frammentazione normativa, in una con il difetto di un congruo periodo di riflessione e decantazione normativa, ha comportato il sovrapporsi di regimi transitori, il determinarsi di incertezza applicativa, l'aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese. L'incertezza delle regole ha causato un'elevata mole di contenzioso, diviso tra giudice amministrativo per la fase di gara, giudice ordinario per la fase dell'esecuzione, giudice contabile per controlli e responsabilità dei soggetti intervenuti e giudice penale per l'eventuale repressione di reati commessi nelle more della procedura». Cfr. R. De Nicolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *Federalismi.it*, 2016. Per un primo commento al correttivo, M.A. Sandulli, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Primitissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, in *Federalismi.it*, 2017.

numero di norme, o incoerenti nella sistematica delle disposizioni, favoriscano lo sviamento dell'interesse generale, alimentando la «corruzione delle regole»⁵⁸.

L'alternarsi, talvolta schizofrenico, dei regimi normativi ha condotto «alla convinzione che, fatta una legge che disponeva in un modo, bisognava aspettarsi a brevissima scadenza la legge che la revocava»⁵⁹.

Il disordine normativo irrigidisce il sistema, inducendo i cittadini a violare le regole; l'inflazione e la cattiva fattura delle leggi possono essere contrastate con alleggerimento e razionalizzazione della normativa⁶⁰.

A tal proposito, da più di un ventennio il diritto amministrativo ha sperimentato, quale reazione alla frammentazione normativa, la tecnica della codificazione a diritto costante⁶¹. Tale tecnica di normazione, di cui è partecipe anche il codice dei contratti pubblici adottato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, produce equilibri provvisori, realizzando micro-sistemi legislativi autonomi e indipendenti, ma si tratta di un'autonomia e un'indipendenza debole, non di sistema.

L'indagine delle cause congenite della debolezza della tecnica legislativa sono da rintracciare nel mancato sviluppo di una scienza della legislazione, e, in riferimento alla tematica degli appalti pubblici, «nella sistematica soccombenza delle preoccupazioni di ordine tecnico rispetto a quelle ordine politico»⁶³.

Le prospettive di riforma nel settore degli appalti pubblici sono sempre state permeate da un soggettivismo nelle scelte ordinanti che ha portato a testi intrisi di «una razionalità più debole, incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica»⁶⁴.

La suggestiva, ancorché utopica, idea secondo cui il diritto dei contratti pubblici formasse «un tutto sapientemente disciplinato e svolgentesi secondo un

⁵⁸ G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 347. Sul tema, cfr. G. D'Auria, *La corruzione e le leggi*, in M. D'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, 23 ss.

⁵⁹ Il virgolettato di P. Calamandrei, *Non c'è libertà senza legalità*, Roma, 2013, 53, è ripreso da G. Manfredi, *Brevi note su contratti*, cit., 752.

⁶⁰ B.G. Mattarella, *Le regole*, cit., 41 ss.

⁶¹ Cfr. M. Ramajoli, *A proposito della codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 362 ss., «in un contesto generale di abbandono della forma idealtipica codificatoria, la legislazione amministrativa sta sperimentando la tecnica della codificazione a diritto costante. Tale tecnica partecipa alla stessa logica di frammentazione del sistema che pervade l'ordinamento odierno ed è contestuale al tramonto dell'ordine codicistico classico, laddove sperimentato. Gli attuali codici settoriali, al pari delle consolidazioni rispondono essenzialmente a esigenze pratiche di semplificazione, conoscenza, riordino. Si basano su equilibri del tutto provvisori e criteri di settore. Non aspirano alla stabilità, bensì all'aggiornamento, subendo centinaia di modifiche, non sempre d'agevole ricostruzione».

⁶² Questa modalità di codificazione, definita anche codificazione parziale o dinamica, è mutuata dal diritto francese nel quale è identificata come *codification à droit constant*. L'aggettivo costante è sintomatico di una disciplina che è caratterizzata dall'intrinseca esigenza di essere sottoposta frequentemente ad aggiornamenti. Sul tema, cfr. G. Napolitano, *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5 ss.

⁶³ B.G. Mattarella, *La debolezza della tecnica legislativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 927 ss.

⁶⁴ Cons. St., Ad. gen., parere 25 ottobre 2004, n. 10548, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 73 ss.

concetto unico informatore all'insegna della chiarezza e della brevità»⁶⁵ è stata puntualmente disattesa.

Tuttavia, se per un verso si registra ormai da anni nel diritto amministrativo l'esigenza di abbandonare la sistematica tradizionale⁶⁶, di decostruire un ordine consolidato che appare non più adeguato alle esigenze da perseguire, risulta difficile individuare la tecnica legislativa adoperata per regolamentare il settore dei contratti pubblici, fortemente condizionata dall'onda emotiva generata dalle vicende di cronaca e dai condizionamenti del diritto sovranazionale.

Queste considerazioni sulla mancanza di una visione sistematica nella tecnica legislativa adottata per redigere i testi di legge in materia di contratti pubblici si ripercuotono sulle norme in essi contenute, e sulle misure anticorruzione nello specifico. La perenne – e per certi versi, mai risolta – ricerca di equilibrio tra prevenzione e repressione della corruzione⁶⁷, la collocazione delle misure anticorruptive all'interno dei diversi codici in materia di appalti pubblici e l'assenza di una prospettiva di lungo periodo nelle politiche di contrasto al fenomeno impongono una trattazione cronologica di tale aspetto del tema.

⁶⁵ In tal senso, G.L. Broccoli, *La codificazione del diritto amministrativo. Giustificazione teorica e delimitazione concreta*, Napoli, 1933, 5 ss, secondo tale ricostruzione era necessaria la redazione, per la parte generale, di un vero e proprio codice, e, per la parte speciale del diritto amministrativo, che includeva i contratti pubblici, di testi organici e interdipendenti. Tuttavia si tendeva a considerare il diritto amministrativo insuscettibile di codificazione, poiché «il diritto pubblico non si presta, non che a una codificazione, spesso nemmeno a una dichiarazione legislativa». In tal senso, V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Diritto Pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940. In senso difforme, G. Palma, *I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture dalla tradizionale cultura contabilistica (-finanziaria) all'attuale disciplina del Codice sugli appalti alla luce della normazione costituzionale sull'attività economica (art. 41 Cost.) e la corrispondente competenza funzionale della Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, 2017, il codice del 2016, come quello del 2006, non ha il carattere di un classico codice, «così come è stato inteso nella lunga storia della scienza giuridica, poiché è difficile riscontrare in esso un insieme di norme tra loro coerenti e sistematizzate che realizzino una disciplina di per sé esauriente».

⁶⁶ Sul tema, in senso ampio, cfr. M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss., «nella seconda metà del 1900 si sono persi di vista l'insieme e l'architettura del diritto amministrativo. La reazione agli eccessi provocati dal formalismo, dall'astrazione e dalla pretesa di fissità è stata la fuga dalla tensione sistematica. La scienza attuale mostra una propensione per il pensiero problematico, che promuove nell'interprete la coscienza della storicità della propria situazione e un senso più avvertito della relatività delle categorie concettuali utilizzate. Il sapere problematico fa apparire anacronistico il tradizionale sapere sistematico e la necessità che esso si porta dietro di elaborazione di una parte generale. Il pensiero-sistema, orientato a ragionare sulla base o all'interno del sistema di forma deduttiva, appare superato, mentre domina il pensiero-problema, che si mantiene in un'indagine aperta». Per altro verso, L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 315, «la garanzia del formalismo e l'efficienza del sostanzialismo hanno ambedue, sia costi, sia vantaggi, ma soccorre scegliere l'opzione migliore, sapendo che non sarà ottima».

⁶⁷ Per una ricognizione storica del tema, si consenta di rinviare a A. Algostino, *Prevenire o reprimere? Un dibattito parlamentare di fine Ottocento*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 509 ss.

2.1 *Un nemico fin troppo noto: la discrezionalità nell'impianto della legge Merloni e del Codice del 2006*

Il tentativo di ricostruire l'evoluzione delle misure correttive alla corruzione negli appalti deve necessariamente partire dagli eventi storici, passati agli onori delle cronache giudiziarie con il nome di Tangentopoli, che hanno influenzato in maniera decisiva la disciplina successiva.

È necessario premettere che gli sforzi compiuti dal legislatore nel predisporre sistemi finanche accurati di contrasto non hanno, non solo risolto i nodi critici legati al rapporto tra configurazione delle regole e rischi di corruzione⁶⁸, ma nemmeno individuato i criteri minimi che devono orientare tale normativa. In tal senso, è impossibile rintracciare un indirizzo unitario nei principi ispiratori delle riforme, che hanno oscillato incessantemente, senza alcuna logica fondata su equilibri di lungo periodo, tra la prevenzione e la repressione, tra il considerare la discrezionalità quale primo fattore di corruzione, per poi riabilitarla nel ruolo di baluardo della legalità.

L'unico tratto caratterizzante che ha accompagnato i diversi impianti normativi è la mancata individuazione di un capo o di un titolo interamente dedicato alle norme anticorruzione, che sono disseminate nelle singole disposizioni. Appare arduo stabilire se tale circostanza sia frutto di una precisa scelta normativa o sia legata a fattori di convenienza posti a presidio di ben altri valori rispetto a quelli che si vogliono tutelare con le norme indagate in questa sede.

Lo strutturato impianto di corruzione svelato dalle indagini giudiziarie aveva condotto alla promulgazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la c.d. legge Merloni, ispirata dal clima di sfiducia generalizzato nei confronti delle stazioni appaltanti, delle imprese e, più in generale, nei confronti del sistema di affidamento delle commesse pubbliche.

Tale testo di legge, ispirato ai principi di trasparenza e tempestività dell'azione amministrativa, era contraddistinto da due convinzioni, rivelatesi errate nel tempo, che ne caratterizzavano la struttura.

In primo luogo, era radicata l'idea che i fenomeni corruttivi si annidassero maggiormente nella fase dell'aggiudicazione. Come dimostrato anche dai rilievi operati dalla soppressa Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici⁶⁹, ogni singola tappa della procedura ad evidenza pubblica è permeabile a pressioni di

⁶⁸ In senso conforme, cfr. F. Di Cristina, *La corruzione*, cit., 181.

⁶⁹ Sul ruolo dell'AVCP, si veda L. Giampaolino, L. Ponzone, *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 706 ss.

tipo corruttivo, a partire dalla fase dell'individuazione dei fabbisogni e della programmazione dell'intervento⁷⁰.

La fase più critica, poiché meno soggetta ai paradigmi della trasparenza e dei controlli, risulta essere quella dell'esecuzione, estremamente vulnerabile a influenze esterne di matrice corruttiva, che si concretizzano attraverso l'utilizzo improprio delle proroghe o dei rinnovi, o mediante l'istituto delle c.d. varianti in corso d'opera⁷¹, che possono modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del contratto, vanificando talvolta l'intera fase ad evidenza pubblica⁷².

⁷⁰ G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 327 ss., nella fase della programmazione dell'intervento la corruzione può manifestarsi attraverso la redazione di bandi su misura, predisposti appositamente per le caratteristiche di una determinata impresa; G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, 2007, 112, «la corruzione è risultata particolarmente diffusa nel settore dei contratti pubblici per l'inefficienza che ha caratterizzato ogni fase del *public procurement cycle*, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione». Per altro verso, per un'analisi economica dei costi legati alla corruzione negli appalti, cfr. O. Bandiera, A. Prat, T. Valletti, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, 2009, 1278 ss. Sul tema, cfr. N. Stansbury, *Exposing the foundations of corruption in construction*, in *Transparency International. Global corruption report*, 2015, 36 ss., «durante la fase di pianificazione e di progettazione la corruzione può risultare nell'avvio di progetti che sono sovradimensionati, sopravvalutati, o nell'approvazione di progetti che sono inutili. In certi casi, i progetti sono concepiti soltanto come uno strumento per la corruzione e non avrebbero superato la fase di pianificazione senza tale motivazione».

⁷¹ La manipolazione di tipo corruttivo della fase dell'esecuzione dei contratti pubblici può rivelarsi attraverso negoziazioni di contratti aggiudicati o nell'ampia categoria dei contratti di subappalto, legato alla discrezionalità, che spesso sfocia in arbitrio, nella scelta dei subcontraenti. Il tema involge in senso ampio quello della tutela della concorrenza nella fase dell'esecuzione, sul quale cfr. R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione*, cit., 325 ss., «empiricamente si è rilevato che la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'amministrazione e l'aggiudicatario, oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancora prima per una incoerente ed inadeguata redazione dei capitolati». Sul tema, si v. G.M. Racca, R. Cavallo Perin, G.L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public contract law journal*, 2011, 89 ss., «*a losing bidder's right to fair competition during the selection phase could be violated in the case of any unforeseeable change in the contract conditions during the execution phase. This theory is supported by the Court of Justice, which maintained that material amendments are modifications outside of the scope of the awarded contract that bidders could not have reasonably anticipated at the time of the original award and might have led to participation by a different set of bidders and, possibly, to a different winning bidder. Losing bidders have a right to fairness and competition under mandatory European and national rules. More egregious and fairness violations can render a contract ineffective. Material amendments, outside the scope of the contract, preclude other bidders from taking part in competitions for the award of a new, different contract. In accordance with the recent directive, this is one of the scenarios that can lead to the ineffectiveness of a contract*». G.M. Racca, R. Cavallo Perin, *Material amendments of public contracts during their terms: from violations of competitions to symptoms of corruption*, in *European Procurement & Public Private Law Review*, 2013, 286 ss. Come sinteticamente rilevato da V. Ferraris, *La vulnerabilità*, cit., 79, «le autorità aggiudicatrici sembrano dimenticarsi del contratto dopo averlo firmato e raramente controllano le prestazioni di un appaltatore». Sul punto, G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina*, cit., 137, «le nuove direttive europee sui contratti pubblici, innovando il previgente sistema, introducono talune disposizioni anche sulla fase di esecuzione del contratto per assicurare la tutela della concorrenza, che risulterebbe vanificata ove le condizioni dell'offerta aggiudicataria non venissero rispettate durante l'esecuzione contrattuale. Le modificazioni sostanziali in sede di esecuzione, non solo risultano illegittime, ma sono oggi sanzionate dalla previsione europea della nullità in quanto equivalgono alla stipulazione di un nuovo contratto senza l'espletamento di una gara pubblica dunque senza la necessaria pubblicità e trasparenza».

⁷² Cfr. F.J. Vazquez Matilla, *The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts: Balancing Cor-*

A tal proposito, è condivisibile il rilievo secondo il quale i fenomeni collusivi e corruttivi sono stati favoriti dalla separazione dell'operazione economico-contrattuale in due parti, che si riflette nelle differenti giurisdizioni poste a presidio delle distinte fasi⁷³, separazione che non ha assicurato legalità all'intero sistema.

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

In secondo luogo, la legge del 1994 – e per certi versi l'assunto vale anche per il Codice del 2006 – era legata all'idea che la discrezionalità fosse di per sé fonte di corruzione, ragion per cui era necessario intervenire con norme volte a irrigidire le procedure di selezione del contraente⁷⁴. Tali normative riflettevano la preoccupazione predominante di vincolare la procedura di scelta del contraente a una preventiva programmazione delle opere e, più in generale, di eliminare formalmente qualsiasi margine di discrezionalità dell'agente pubblico⁷⁵.

Sotto tale aspetto, è stato dimostrato che privare la pubblica amministrazione del potere discrezionale, che ad essa è connaturato, determina perdita di efficienza dell'intera filiera della decisione pubblica e non elimina le distorsioni corruttive del mercato⁷⁶. Secondo tale teoria, predeterminare in maniera rigida la scelta della pubblica amministrazione, riguardo a contratti sulle cui qualità e caratteristiche la stazione appaltante patisce uno svantaggio informativo⁷⁷, si

ruption Concerns in Public Procurement Internationally, Bruxelles, 2014, 275 ss.

⁷³ Sul tema, in senso ampio, si v. A. Police, *La tutela giurisdizionale*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, 749 ss.; F. Satta, *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, 1643 ss.

⁷⁴ Da un punto di vista economico, la necessità di limitare la discrezionalità e il potere dell'amministrazione è sostenuta da R. Klitgaard, *Controlling corruption*, Boston, 1991.

⁷⁵ Si v. C. Pasut, *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici (gli orientamenti del giudice amministrativo e della Corte di Giustizia)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005.

⁷⁶ G. Fidone, *Lotta alla corruzione*, cit., 760, «l'esperienza dimostra che la rigidità della regolazione dei contratti pubblici non ha contrastato in alcun modo il dilagare della corruzione, che costituisce ancora una grave patologia nella contrattualistica pubblica italiana. Negli ultimi anni, in Italia, sono emersi importanti fatti di corruzione legati alla realizzazione di opere pubbliche. Il riferimento è alle opere di Expo Milano 2015 e a quelle volte alla realizzazione del Mose di Venezia, ai fatti di 'Mafia Capitale' a Roma. Tali fenomeni inducono a riflettere sul generale problema della corruzione negli appalti pubblici e sulle azioni del Legislatore, volte a contrastare tale fenomeno». G.D. Comporti, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in questa *Rivista*, 2007, 231 ss., c'è una costante nell'approccio che in Italia ha caratterizzato la regolazione delle attività contrattuali: la diffidenza nei confronti della discrezionalità. Sul tema, cfr. Sul tema, M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni*, cit., 676, «l'aver fatto leva sulla rigidità e sull'oggettività del procedimento ha finito per costruire un filtro insuperabile ad ogni indagine, così che ogni patto scellerato con cui si concordasse in anticipo l'illegittimo transito di informazioni creava, grazie allo schermo formale del rispetto del rigore procedimentale, un ostacolo alla verifica sostanziale di ciò che in concreto era accaduto».

⁷⁷ Sul tema delle asimmetrie informative tra amministrazione e fornitore, cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., 83 ss.; F. Saitta, *Appalti e contratti pubblici: commentario sistematico*,

rivela una scelta legislativa che conduce a fenomeni che in economia sono definiti di “selezione avversa”⁷⁸. Secondo tale teoria, calata nel contesto dell’aggiudicazione delle commesse pubbliche, surrogare la discrezionalità amministrativa con modelli standardizzati genera effetti negativi sull’intera fase di scelta⁷⁹.

Per l’aggiudicazione di appalti complessi è opportuno ricorrere a procedure flessibili, affinché le stesse si rivelino strumento utile per colmare le lacune cognitive della stazione appaltante e far giungere la stessa a una decisione informata. La flessibilità deve essere intesa quale possibilità per l’amministrazione di avvalersi di procedure di selezione del contraente che prevedano un confronto negoziale costante con il mercato, per colmare il divario cognitivo esistente, garantire l’utente finale (*rectius* cittadino comune) dai rischi di cattiva selezione e orientare l’amministrazione verso una valutazione consapevole e ragionevolmente ponderata⁸⁰.

La necessità di vincolare – e per certi versi comprimere – l’azione amministrativa nella scelta del contraente privato avrebbe dovuto preservare l’affidamento di lavori pubblici da qualsiasi rischio di alterazione corruttiva e agevolare il ruolo svolto dall’istituto dei controlli.

Nella prospettiva del legislatore dell’epoca si poneva la necessità di operare un equilibrio tra «due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti:

Padova, 2016.

⁷⁸ Sul tema, cfr. G. Fidone, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

⁷⁹ C. Colosimo, *L’oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. Compoti (a cura di) *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 65 ss., «la disciplina previgente era pervasa dal timore che la stazione appaltante potesse esercitare la sua discrezionalità per colludere con la controparte contrattuale in danno della concorrenza e del mercato. Per prevenire decisioni discriminatorie e abusi delle stazioni appaltanti, si era quindi giunti ad adottare un modello regolatorio di tipo *command and control*, caratterizzato dall’imposizione di norme minuziose, utili a descrivere dettagliatamente le procedure di aggiudicazione e a lasciare all’amministrazione un margine di scelta irrisorio».

⁸⁰ G. Fidone, *L’integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, 136 ss., «nell’aggiudicazione degli appalti esistono per la pubblica amministrazione rischi ulteriori rispetto a quelli di scegliere un cattivo contraente o una cattiva offerta (che potrebbero definirsi rischi di cattiva selezione). Il riferimento è, in particolare, al rischio di collusione tra amministratori e imprese e ad eventuali pratiche di aggiustamento pilotato delle gare. Tali distorsioni, peraltro, possono trovare origine in un rapporto asimmetrico (oltre a quello esistente tra committente e appaltatore), quello tra amministratori e collettività amministrata. Nell’ambito di esso, un vantaggio informativo dei primi può causare fenomeni di azzardo morale a scapito della seconda: in buona sostanza, in assenza di adeguati controlli e approfittando dei margini di discrezionalità loro concessi, gli amministratori potrebbero perseguire il proprio interesse e favorire un concorrente. Ebbene certamente una procedura più flessibile e con un ampio margine di discrezionalità per l’amministrazione può presentare un aumento di tale ultima categoria di rischio. Quando vi sia un forte asimmetria informativa a svantaggio dell’amministrazione, ricorrere a una procedura rigida può presentare svantaggi. Così facendo, infatti, la pubblica amministrazione si obbligherebbe a chiamare le offerte sulla base delle conoscenze che già possiede e si priverebbe della possibilità di aumentare le sue informazioni sul bene offerto dai concorrenti in corso di procedura. Evidentemente, se tali informazioni sono carenti è alto il rischio che la gara possa condurre a fenomeni di selezione avversa»; D. Della Porta, *Lo scambio occulto*, Bologna, 1992, la selezione avversa determina un sistema ad alta densità di corruzione o di corruzione ambientale.

rigore, trasparenza, imparzialità da un lato; flessibilità, informalità, celerità delle procedure dall'altro»⁸¹. Si riteneva di dover garantire la massima trasparenza⁸² attraverso regole rigide e automatismi valutativi, invece di cercare di sintetizzare tutti i principi in gioco attraverso norme di raccordo e strumenti flessibili.

La legge del 1994 ha inoltre previsto un sistema articolato di accertamenti e monitoraggio, di cui era titolare l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, istituita proprio con la legge in questione.

Tale normativa ha determinato una chiusura protezionistica del mercato delle commesse pubbliche, tradendo le spinte pro-concorrenziali di matrice europea, senza peraltro far registrare risultati significativi sul versante dell'impatto della corruzione.

Successivamente, la promulgazione delle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004 si poneva l'ambizioso obiettivo di comporre in un unico testo di legge i principi di flessibilità, concorrenza, trasparenza e relativi corollari. Inoltre, la direttiva 2004/18/CE conteneva uno specifico richiamo alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblica, connessa al pericolo di infiltrazioni criminali e di corruzione.

Tuttavia, il testo di legge di recepimento, il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non ha recepito gli strumenti di regolamentazione flessibile previsti in via programmatica dalle direttive, «congelati ad opera di un decreto legge e, in seguito, disattesi dal primo e dal secondo correttivo decreto correttivo al codice»⁸³.

Il codice dei contratti pubblici, emanato nel 2006, «ha deluso le notevoli aspettative che si sono erano accompagnate alla sua promulgazione: non è riuscito, infatti, per una serie di ragioni anche indipendenti dal dato testuale, né ad apportare miglioramenti alle procedure di affidamento in termini di efficienza, né tantomeno ad impedire fatti di corruzione, anche eclatanti, che hanno interessato alcune grandi opere»⁸⁴.

La prima ragione di tale affermazione è da rinvenire nel disordine normativo dovuto al sovrapporsi disordinato, e talvolta non controllabile, di regimi normativi e disposizioni settoriali, che come visto, si rivela essere terreno fertile per eventi

⁸¹ M. Clarich, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corriere giuridico*, 2002, 1400 ss., la *par condicio* tra le imprese che aspirano a stipulare contratti con l'amministrazione appaltante deve essere perseguita attraverso procedure che non devono attribuire all'amministrazione alcun margine di discrezionalità.

⁸² M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni*, cit., 668, «la trasparenza non costituisce un valore in sé».

⁸³ R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb app.*, 2016, 504.

⁸⁴ R. Cantone, *Audizione nell'ambito dell'esame del ddl n. 1678/2014 (delega recepimento direttive appalti e concessioni)*, in *www.anticorruzione.it*, 2015.

di corruzione⁸⁵. I numerosi interventi di normazione integrativa hanno condotto la dottrina a definire il codice «una disciplina costantemente *in progress*»⁸⁶.

A ciò si aggiunge una notevole produzione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia UE e del Consiglio di Stato che talvolta, invece di rendere il contesto normativo chiaro, ha contribuito a complicarlo.

Tale confusione legislativa ha giustificato il ricorso frequente a normative speciali e a regimi derogatori, al di fuori di quelli previsti per legge, soprattutto riguardo alla realizzazione di grandi opere⁸⁷.

Per altro verso, il diffondersi della «cultura dell'emergenza»⁸⁸ per l'affidamento di lavori pubblici connotati da particolari urgenze, in quanto tali impermeabili ai controlli ordinari, ha reso i processi decisionali particolarmente esposti a eventi di corruzione.

In un quadro normativo così frastagliato, l'opinione pubblica ha espresso pieno apprezzamento per l'opzione del d.d.l. 1678/2014 che, nel recepire le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, ha deciso di riscrivere integralmente il codice dei contratti pubblici, invece di procedere all'ennesima interpolazione e revisione di un testo ritenuto, dagli operatori del settore, non più adeguato⁸⁹.

⁸⁵ M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 436 ss.

⁸⁶ G. Palma, Conclusioni al convegno *'Anticorruzione e trasparenza negli enti locali'*, svoltosi a Torre del Greco il 19 aprile 2016.

⁸⁷ Emblematico è il caso delle opere appaltate per l'evento Expo Milano 2015, per la realizzazione delle quali le ordinanze del Presidente del Consiglio e successivamente una legge *ad hoc* hanno introdotto la possibilità di derogare a circa 85 articoli del codice del 2006. Sul tema, Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, con nota di F. Peirone, *L'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2015, 1940 ss. Sul tema, cfr. B. Barmann, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 78 ss.; M. Fiocca, G. Montedoro, *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb app.*, 2004, 1132 ss.

⁸⁸ D. Della Porta, A. Vannucci, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna, 1994, 66 ss., la nozione di emergenza ha subito, nel corso del tempo, un significativo «stiramento del concetto»; per altro verso sul tema delle connessioni tra emergenza e corruzione si v. T. Søreide, *Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures*, in *Report Development Studies and Human Rights*, 2002. Sullo sviamento dalle regole generali previste per i contratti pubblici nell'ipotesi di emergenza, si v. L. Giani, *La presunta configurazione privatistica degli interventi di ricostruzione in caso di calamità naturali e la deroga alla disciplina del codice dei contratti. Alcuni spunti di riflessione tratti dall'esperienza aquilana*, in *Riv. amm. App.*, 2012, 283.

⁸⁹ M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 438, «la legge 11/2016 ha offerto al Governo l'alternativa tra un modello semplificato di recepimento delle direttive seguito dal riordino complessivo della disciplina vigente per i contratti pubblici ed il modello di intervento unitario sia per l'attuazione delle direttive che per il riordino. Opportunamente il legislatore delegato ha utilizzato il secondo modello, adottando un unico decreto e così evitando il sovrapporsi temporaneo di più normative, fonte di incertezze interpretative e di blocco delle procedure contrattuali».

2.2 *Il Codice del 2016 e le misure di contrasto “fuori dalle gare”*

La lunga e complessa attuazione delle tre direttive UE del 2014, avvenuta con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha innovato il quadro delle fonti normative in tema di contratti pubblici, collocando il nuovo codice in un contesto normativo profondamente mutato e caratterizzato da un rinnovato senso comune di contrasto alla corruzione.

Dapprima, la legge 6 novembre 2012, n. 190, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione»⁹⁰, ha previsto, tra gli altri, un regime di pubblicità su determinati dati inerenti aggiudicazione ed esecuzione dei contratti, ha ampliato il novero dei reati che conducono alla risoluzione unilaterale del contratto e ha disposto l’obbligatorietà delle *white list*⁹¹.

In seguito, il decreto legge 4 giugno 2014, n. 90, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114, ha previsto una serie di disposizioni relative alla lotta alla corruzione, che hanno inciso sull’organizzazione amministrativa, attraverso la soppressione della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁹² e l’attribuzione delle relative funzioni all’Autorità nazionale anticorruzione⁹³, «dando evidenza semantica alla riconosciuta sistematicità del fenomeno»⁹⁴. La legge del 2014 ha riconosciuto per la prima volta l’importanza nodale rivestita dalla fase dell’esecuzione dei contratti, attraverso la previsione della trasmissione all’Autorità anticorruzione delle c.d. varianti in corso d’opera.

Lo stesso d.lgs. 50 del 2016 prescrive la necessità che la qualificazione delle stazioni appaltanti sia subordinata al controllo di determinati requisiti premianti,

⁹⁰ Cfr. S. Foà, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb app.*, 2013, 293 ss. Sul tema della prevenzione, cfr. B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123 ss., «la trasparenza, nel senso di pubblicità delle informazioni, è indubbiamente un ottimo strumento per prevenire il malcostume, soprattutto per quanto riguarda l’uso di risorse pubbliche»; si v. A. Barone, *Sulla differenziazione delle politiche di prevenzione della corruzione: il caso dell’uso del territorio ‘bene-comune’*, in AA.VV. (a cura di), *Atti del convegno annuale di Copanello*, 2016, in cui si sottolinea la necessità di graduare le decisioni che intervengono sul tema della prevenzione della corruzione; C. Mazza, *Il sistema di prevenzione e controllo negli appalti pubblici*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, 2017, 83 ss.

⁹¹ Cfr. J. Buggea, *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove auton.*, 2014, 675 ss.

⁹² L’istituzione dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si è rivelata inadeguata a causa di diversi fattori: limitata legittimazione, contrapposizione con altri poteri, ridotta collaborazione con altre autorità. Sul punto, cfr. D. De Grazia, *La vigilanza e il controllo sull’attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 155 ss.

⁹³ Cfr. F. Di Cristina, *La nuova vita dell’Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1023 ss. Sul ruolo istituzionale in senso ampio, cfr. F. Garri, *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell’Autorità di vigilanza di settore e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M.A. Sandulli, R. De Nicolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; F. Di Lascio, B. Neri, *I poteri di vigilanza dell’autorità nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.

⁹⁴ G.M. Racca, *Dall’Autorità sui contratti pubblici*, cit., 349.

tra i quali la valutazione positiva dell'ANAC in ordine ad attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità.

L'articolo 42 obbliga le stazioni appaltanti a prevedere misure per contrastare le frodi, i potenziali conflitti di interesse e i rischi di corruzione nell'aggiudicazione degli appalti per prevenire qualsiasi distorsione della concorrenza.

Inoltre, sono previste misure di contrasto alla corruzione legate alla soglia di anomalia delle offerte e alla commissione di specifici reati.

In un'analisi operata ad ampio raggio, è possibile individuare un impianto normativo corposo, che appare ampiamente adeguato alle esigenze da perseguire, composto dalle misure generali anticorruzione, definita la disciplina «fuori dalle gare»⁹⁵, ma ad esse applicabile, a cui si aggiunge una normativa specifica per la contrattualistica pubblica.

Tuttavia, sull'eccessivo interesse dedicato al tema della corruzione nel corpo del codice del 2016, si ritiene di condividere l'opinione di chi, autorevolmente, ha sostenuto che «la disciplina dei contratti pubblici è scritta dall'angolo visuale della corruzione, ciò che fa perdere di vista gli altri obiettivi, la legislazione degli ultimi anni è sostanzialmente ispirata al principio del sospetto generalizzato, che è l'anticamera dell'autoritarismo»⁹⁶.

La limitazione (*rectius* privazione) della discrezionalità, la coercizione dell'azione amministrativa nella fase di selezione del contraente non solo non si è rivelata una strategia efficace di contrasto alla corruzione, ma ha generato inefficienza e rallentamenti dell'intera operazione per l'affidamento di commesse pubbliche.

Lo sforzo, che talvolta si è trasformato in ossessione normativa, di individuare gli strumenti di contrasto al fenomeno corruttivo in precetti normativi, e quindi di cercare una soluzione esterna all'incedere dell'azione amministrativa, ha allontanato e dissuaso la riflessione legislativa dalla ricerca di una soluzione interna, di tipo procedimentale.

Un impianto normativo, per quanto particolareggiato possa essere, non può definire ogni aspetto dei rapporti giuridici, il che implica il riconoscimento dell'autonomia dell'amministrazione e la necessità di preservare l'elasticità della «zona grigia del potere amministrativo»⁹⁷.

Inoltre, nell'ordinamento italiano, gli strumenti di contrasto alla corruzione si presentano come «un *patch-work* confuso, una rete piena di rattoppi e smaglia-

⁹⁵ G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 337 ss., «inefficienza e corruzione sono due mali diversi che vanno combattuti con gli opportuni diversi rimedi. La corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure che non limitino la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento, ingessando le regole della gara». Sul tema, cfr. A. Vannucci, *Inefficienza amministrativa e corruzione. Elementi per un'analisi del caso italiano*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 1997, 29 ss.

⁹⁶ Intervista a S. Cassese, su *Il Foglio*, pubblicata il 24 gennaio 2017.

⁹⁷ M. Ramajoli, *A proposito della codificazione*, cit., 353.

ture, comunque incapace di corrispondere alla variabilità degli eventi, a necessità e situazioni che cambiano nel corso del tempo»⁹⁸.

La soluzione di tipo procedimentale consiste in una declinazione ottimale della discrezionalità⁹⁹, «autentico assillo per la cultura giuridica»¹⁰⁰, che deve essere orientata al raggiungimento della scelta ottimale per l'amministrazione e il cittadino, e deve essere posta al riparo da eventuali derive corruttive.

3. *Discrezionalità multilivello: una soluzione di matrice procedimentale*

La necessità di declinare la nozione polisemica di discrezionalità¹⁰¹ è un corollario diretto della naturale «multipolarità del potere amministrativo»¹⁰² e la diversa sfumatura assunta dal potere amministrativo dipende dal ruolo ricoperto dai diritti da bilanciare nel caso concreto. Il diritto amministrativo si dirige sempre più verso un ruolo di garante della concorrenza e, in questa rinnovata concezione del potere pubblico, la discrezionalità deve necessariamente essere «scrutinata secondo gli elastici parametri della ragionevolezza e della proporzionalità»¹⁰³.

«L'intensità della discrezionalità amministrativa, polarizzata attorno ai due estremi *auction* o *negotiation*, varia rispettivamente dal minimo al massimo con limitate estensioni intermedie, senza la previsione di una terza via»¹⁰⁴. La declina-

⁹⁸ G. Sirianni, *Etica pubblica e prevenzione della corruzione: il problema del personale politico*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 934.

⁹⁹ Sul tema, F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

¹⁰⁰ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 444.

¹⁰¹ Già E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 449 ss., individuava cinque significati diversi di discrezionalità: discrezionalità sovrana, discrezionalità amministrativa pura, tecnica, di carattere suppletivo e discrezionalità come apprezzamento condotto alla stregua di criteri desumibili dalla coscienza sociale e quindi extragiuridici; F. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *D. disc. Pubbl.*, IX, 1994, 409; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 11; L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; F. Merusi, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 973 ss.

¹⁰² S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 769, «i tre fattori chiave del concetto di discrezionalità risiedono nelle nozioni, tra loro variamente collegate, di libertà, vaghezza del diritto e conferimento di un potere». La vaghezza del diritto, in relazione al tema indagato in questa sede, corrisponde all'idea degli «elementi imprecisi» che devono essere riempiti di significato dalla stazione appaltante, evocata da V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.

¹⁰³ G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 131 ss. Per altro verso, cfr. A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss., secondo cui la fattispecie legale che fonda l'esercizio del potere lecito da parte dell'autorità è sempre integrata da clausole generali estremamente elastiche, quali ragionevolezza e non discriminazione.

¹⁰⁴ M. Ricchi, *Negoaution, discrezionalità, dialogo competitivo e il nuovo promotore*, in G.D. Componti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 145 ss., «la domanda è se l'alternativa tra *auction* o *negotiation*, con la possibilità in entrambi i casi, comunque, di inserire meccanismi operativi di discre-

zione ottimale del potere discrezionale, per un contrasto di matrice procedimentale alla corruzione, deve essere ricercato proprio in quelle sfumature mediane, che oscillano tra i due poli menzionati.

Tuttavia, è stata evidenziata la differenza tra le discipline amministrative di settore volte a regolare l'attività di impresa, rispetto alle quali, in genere, concorrenza e discrezionalità sono concetti antitetici (si pensi al *favor* generalizzato del diritto europeo per le autorizzazioni vincolate), e il caso dei contratti pubblici, rispetto ai quali la buona discrezionalità non è nemica della concorrenza, anzi ne costituisce un incentivo¹⁰⁵.

La discrezionalità non rappresenta un concetto tecnicamente neutrale, ma è un concetto «spesso»¹⁰⁶, nel quale non si può separare l'aspetto fattuale da quello valutativo.

La tendenza del legislatore a limitare la discrezionalità amministrativa nei confronti delle attività economiche¹⁰⁷ – e, di converso, a implementare e rafforzare il processo di semplificazione¹⁰⁸, privilegiando moduli di autoamministrazione¹⁰⁹ – è pienamente in linea con l'evoluzione del ruolo delle norme che regolano i contratti pubblici, transitate dall'essere previste in funzione dell'interesse pubblico, al divenire regole in materia di tutela della concorrenza¹¹⁰.

Per altro verso, la tensione verso una piena applicazione del principio di legalità – e la predisposizione di misure di contrasto alla corruzione si colloca pienamente in tale scia – rende la presenza del potere discrezionale potenzialmente eversiva¹¹¹.

zionalità, possa esaurire le soluzioni percorribili o se, invece, in ragione delle caratteristiche del contratto da affidare non si debba guardare ad un terzo possibile percorso».

¹⁰⁵ Si v. M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in www.astrid-online.it, 2015.

¹⁰⁶ B. Williams, *L'etica e i limiti della filosofia*, Roma-Bari, 1987, 157 ss., rievocato da S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 739 ss., i concetti spessi rappresentano quei termini morali, che per essere compresi, presuppongono l'immedesimazione da parte dell'interprete in un ruolo di tipo valutativo.

¹⁰⁷ G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009, 231 ss.

¹⁰⁸ Sul tema, cfr. P. Lazzara, *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. amm.*, 2012; M. Calabrò, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte*, in questa *Rivista*, 2017, 224, «la semplificazione non rappresenta un bene in sé, bensì acquisisce valore nella misura in cui da strumento per conseguire risultati ulteriori in termini di miglior perseguimento di uno o più interessi pubblici», tale considerazione assume valore nodale per il tema indagato in questa sede. In ordine al legame tra semplificazione e competitività del paese, si v. T. Bonetti, *Semplificazione amministrativa e competitività del paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 179 ss.

¹⁰⁹ In senso ampio sul tema, si v. P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004.

¹¹⁰ F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza*, cit., 17 ss., «la legislazione amministrativa recente viene presentata come guidata dal principio di concorrenza, cui l'opinione dominante riconosce l'attitudine a promuovere il benessere collettivo. La parola concorrenza evoca scenari di razionalità nel metodo e di progresso economico nel risultato». In senso conforme, cfr. L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 341 ss.

¹¹¹ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 311 ss.

È opportuno operare una distinzione tra discrezionalità intesa quale potere astratto, diretto a eterointegrare il precetto normativo, di cui è titolare la pubblica amministrazione in senso ampio, e la discrezionalità esecutiva¹¹², di cui è titolare il singolo responsabile della procedura, che è fisiologicamente soggetta a pericoli di abuso di potere e collusione. Tra l'altro, quest'ultimo concetto sembra rievocare la «discrezionalità nei mezzi»¹¹³ delle scelte amministrative, qualora vi sia un ampio margine di valutazione tra l'interesse predeterminato e altri interessi esterni.

Per eliminare dall'area delle soluzioni possibili quelle connotate da fattori corruttivi, o che in essi trovano giustificazione, è opportuno che l'attività amministrativa si ponga all'esito di una ponderazione ragionevole, equilibrata e lecita. Per assicurare ciò, è opportuno che la scelta amministrativa sia consapevolmente orientata, per evitare che la discrezionalità si riveli una delega in bianco per le stazioni appaltanti.

Come autorevolmente sostenuto, si tratta di «rendere trasparente il ragionamento giuridico, e ciò al fine di raggiungere una tendenziale consensualizzazione da parte della comunità alla fase di formazione delle scelte discrezionali, per giungere a una desogettivizzazione del potere e a un suo radicamento nei valori di solidarietà»¹¹⁴.

Tuttavia, anche la trasparenza delle decisioni della stazione appaltante, che pur si colloca tra gli strumenti più efficaci di contrasto alla corruzione, si pone tra le misure eteroimposte, anche alla luce della tendenza legislativa, interna e europea, degli ultimi trenta anni¹¹⁵. La visibilità delle singole fasi della gara pubblica

¹¹² La definizione è di G.D. Comperti, pronunciata durante la tavola rotonda, F. Liguori, M. Ramajoli, G.D. Comperti, P. Chirulli, *I contratti pubblici nel nuovo codice. La flessibilità e l'eccesso di regolazione*, svoltosi all'Università degli Studi di Napoli Federico II, l'1 febbraio 2017.

¹¹³ L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 284 ss., «al centro delle discussioni soprattutto amministrativistiche intorno alla discrezionalità, si è affermato che la differenza consisterebbe nel fatto che nel caso di un'unica alternativa tra due possibilità esisterebbe solo una ricerca da parte dell'interprete dei fini incorporati nella norma attributiva, mentre nel caso di esistenza di una possibilità di scelta tra più mezzi alternativi vi sarebbe un più ampio margine di valutazione tra l'interesse predeterminato dalla norma imprecisa e altri interessi ad essa esterni. Ciò è stato talora giustificato come una conseguenza del fatto che, consistendo le operazioni valutative in una complessa opera di ponderazione tra le varie soluzioni che soddisferebbero i singoli interessi e le conseguenze, volute o no, che le diverse soluzioni potrebbero produrre sul piano della realtà storica, solo in presenza di un margine libero di scelta tra più mezzi o tra più modalità dell'azione per il caso concreto si verificherebbe l'incidenza di interessi non direttamente previsti dalla norma nella fase dinamica della decisione».

¹¹⁴ L. Benvenuti, *La discrezionalità*, cit., 295.

¹¹⁵ Sul tema, per tutti, cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 35 ss., la rinnovata cultura di visibilità ha squarciato il velo di mistero che ha sempre circondato l'esercizio del potere autoritativo. Inoltre come rilevato da A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. Civ.*, 2015, 228 ss., «Per quanto paradossale possa sembrare, occorre riconoscere che un discorso sulla trasparenza incontra oggi una serie di significative difficoltà. La prima – e più generale – riguarda lo stato dell'amministrazione pubblica, almeno per il modo in cui esso viene percepito non dagli addetti ai lavori, ma dai cittadini e dagli *opinion makers*: mentre i giuristi si affannano a spiegare l'importanza delle nuove disposizioni introdotte con la legge n. 190 del 2012 e con

è un obbligo che deve essere ottemperato, ma non incide in alcun modo sul “farsi” della decisione amministrativa, sull’incedere critico che orienta le scelte della stazione appaltante.

Le soluzioni alle deviazioni corruttive dell’azione amministrativa prospettate in questa sede presuppongono l’adesione alla tesi della mutua esclusione tra consenso e potere, secondo la quale, in qualunque potere, si rinviene un nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto e quindi sostanzialmente libero¹¹⁶.

La discrezionalità conserva un’area sottratta a qualunque condizionamento giuridico, in cui le norme, e più in generale l’ordinamento, assumono portata recessiva, e nella quale intervengono altri fattori ad orientare l’agire pubblico, per evitare lo stesso che degeneri in corruzione o sviamento patologico di altro tipo.

3.1 *La discrezionalità strumentale come potere a geometria variabile*

Tra «il lato buono»¹¹⁷ e «il lato oscuro»¹¹⁸ della discrezionalità si collocano una serie di condotte che non integrano la fattispecie penale di corruzione, ma che sono suscettibili di alimentare le c.d. reti di scambio occulto.

il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 con riferimento alla trasparenza, l’opinione pubblica continua a ritenere il mondo della burocrazia, anche nel suo rapporto con la politica, come il luogo in cui regnano la confusione e le inefficienze e la macchina amministrativa come la responsabile principale, se non l’unica, di una vera e propria ragnatela del non fare che sembra rendere inarrestabile il processo di affondamento dell’economia italiana. In questa prospettiva l’amministrazione in tutte le sue manifestazioni è descritta come un “ragno velenoso”, che, mentre impone le sue regole asfissianti al corpo sociale, blocca, coadiuvata dalle magistrature amministrative, ogni possibilità di rovesciare il *trend* di espansione della spesa pubblica e delle tasse. In una situazione così descritta, in cui prevale una “ragnatela normativa”, che soffoca la società e serve alla autoriproduzione degli apparati burocratici, parlare di trasparenza come strumento di lotta alla corruzione può sembrare, nella migliore delle ipotesi, un *wishful thinking*, e nel concreto, un modo di non dire come stanno realmente le cose. Non a caso, sulla stampa vengono ricordati, come tragico esempio di “proliferazione di norme ingarbugliate che appaiono prive di scopo”, gli interventi amministrativi in quel ramo che potremmo chiamare industria della lotta agli abusi. La seconda, non meno rilevante, difficoltà riguarda lo stesso moltiplicarsi dei discorsi sulla trasparenza. Questi hanno l’indubbio pregio di mettere in luce gli aspetti nuovi della complessa disciplina che la riguarda: tuttavia la stessa copiosità (e talvolta, occasionalità) degli interventi rischia di compromettere un approccio sistemico e, con esso, una più meditata comprensione del fenomeno, con il paradosso che l’eccesso incontrollato di informazioni sulla trasparenza può provocare, quella “opacità per confusione” che della trasparenza costituisce l’esatto contrario. La terza difficoltà ha un carattere più strutturale, e riguarda quella che può essere definita una certa indeterminatezza dell’oggetto e, comunque, il continuo e progressivo mutamento di esso, con la conseguente difficoltà di stabilirne il contenuto specifico». Sul tema della trasparenza, in relazione al FOIA, cfr. G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in www.federalismi.it, 2017; M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016.

¹¹⁶ La teoria è elaborata da A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 124 ss., «la discrezionalità, sospesa tra legittimità e merito, è individuata come la nozione che segna il limite oltre il quale, le pur ampie recenti revisioni della specialità del diritto amministrativo non riescono a spingersi».

¹¹⁷ C. Cudia, *Discrezionalità amministrativa e sistema di tutela*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 494.

¹¹⁸ A. Vannucci, *Il lato oscuro*, cit., 265 ss.

L'ampiezza del potere discrezionale della pubblica amministrazione, nelle singole fasi dell'evidenza pubblica, gode della massima estensione nella fase della selezione del contraente e tende a dissolversi, ma mai a scomparire del tutto, nella fase dell'esecuzione del contratto.

Una lettura particolarmente interessante, legata all'impostazione del bando di gara, è quella che valorizza il dato della discrezionalità «strumentale»¹¹⁹, in ordine alla previsione di poter «inasprire» i requisiti soggettivi di partecipazione e i criteri di valutazione delle offerte in una fase successiva. La discrezionalità strumentale definisce un *set* di regole autovincolanti ma allo stesso tempo costituisce una strategia di negoziazione dell'amministrazione; si rivela un potere «regolatorio e decrescente»¹²⁰.

Questa declinazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti si sostanzia nella possibilità di prevedere requisiti e parametri aggiuntivi rispetto a quelli minimi previsti per legge e risponde alla duplice esigenza di individuare il miglior *partner* contrattuale e rendere più trasparente l'operato della stazione appaltante.

Proprio in quest'ultima accezione, la flessibilità di cui gode la stazione appaltante nel predisporre il bando di gara può essere indirizzata all'individuazione di misure di contrasto alla corruzione, ulteriori rispetto a quelle imposte dal dato normativo. Peraltro, la previsione di cautele contro i fenomeni corruttivi sarebbe pienamente compatibile con i limiti che la discrezionalità strumentale non deve violare, ossia la lesione ingiustificata della concorrenza, la quale, al contrario, sarebbe maggiormente tutelata.

Un'interessante soluzione, applicabile tuttavia solo alle forme di PPP contrattualizzato, che con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 hanno trovato consacrazione legislativa, è da rintracciare nella c.d. discrezionalità strategica¹²¹.

¹¹⁹ Sul tema, cfr. P. Portaluri, *La discrezionalità strumentale della stazione appaltante e il modello organizzativo ex d.lgs. 231/01*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 91 ss., «la discrezionalità rappresenta un potere di scelta che attiene al merito dell'azione amministrativa, giustificato dall'esigenza di garantire all'amministrazione l'affidabilità tecnica, morale e finanziaria dei partecipanti. Dalla necessità di ancorare la valutazione della serietà di un'impresa non solo a elementi definiti dalla normazione generale, ma anche a criteri più aderenti alle esigenze specifiche e concrete sottese alla singola procedura, così da precisare i contorni e quindi tutelare meglio l'interesse pubblico alla selezione del miglior contraente possibile. La stazione appaltante è tuttavia tenuta a indicare nel bando in modo chiaro i requisiti di partecipazione richiesti e le modalità di redazione delle offerte, al fine di evitare che sia compromesso il principio di libera concorrenza. Questo potere incontra un limite sensibile: la fissazione di requisiti e parametri di valutazione aggiuntivi rispetto a quelli minimi di legge deve essere esercitato in modo non discriminatorio, logico, ragionevole e proporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto». La finalità è quella di garantire un «buon controllo sui processi reali dell'economia».

¹²⁰ S. Vinti, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale: la diversificazione delle regole e la tutela dei principi*, Padova, 2002, 1195 ss. Sul tema, per le implicazioni giuridiche, cfr. F. Fracchia, *Finanza di progetto: profili di diritto amministrativo*, in F. Fracchia, G.F. Ferrari (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, 64 ss. Infine, si v. M. Ricchi, *Negoaction, discrezionalità*, cit., 159 ss., per un'analisi della strategia di contrasto ai rischi derivanti dalle scelte dell'amministrazione e il ruolo svolto dalla discrezionalità strumentale.

¹²¹ Cfr. M. Ricchi, *Negoaction, discrezionalità*, cit., 154 ss.

Tale declinazione della natura delle scelte amministrative, che nasce per consentire all'amministrazione di adattare le proprie richieste a ciò che il mercato offre attraverso un flusso di informazioni continuo e ininterrotto tra settore pubblico e privato, e consentire all'amministrazione di rideterminare continuamente lo stesso interesse pubblico¹²², può essere utilizzata per individuare eventuali rischi di fonte corruttiva.

In questo modello, la valorizzazione del paradigma collaborativo durante l'intera fase della negoziazione può consentire all'amministrazione di assorbire nel proprio bagaglio cognitivo gli strumenti per individuare in anticipo fattori o rischi di corruzione.

In sintesi, la discrezionalità strategica – definita «un potere crescente, il carattere irriflesso dell'amministrazione»¹²³ – consente alla stazione appaltante di rideterminare continuamente le proprie esigenze in relazione alle informazioni acquisite, e non pare illogico poter usufruire di tali dati anche per affrontare le patologie corruttive.

3.2 *Equità ed etica amministrativa: la necessità di pervenire a una discrezionalità responsabile*

L'esigenza di rinvenire una soluzione al fenomeno corruttivo al di fuori del dato normativo, legata anche all'insuccesso dei tentativi effettuati dal legislatore nel corso degli ultimi venticinque anni, impone di trasporre il piano della ricerca su un piano extragiuridico, che involge temi quali l'etica amministrativa e la morale, intesi anche quali corollari, o semplici sfumature, del concetto di equità, «tema oggetto di un consistente ostracismo»¹²⁴ nel diritto amministrativo.

La discrezionalità può rivelarsi, alternativamente, una possibile risorsa per eventi corruttivi o uno strumento virtuoso di cui sono titolari amministrazioni oneste¹²⁵, da dirigere attraverso la promozione di valori etici e morali, incorporabili attraverso il prisma dell'equità.

¹²² G.D. Comporti, *Lo stato in gara*, cit., 279, l'amministrazione deve essere «diffidente verso atteggiamenti mentali inflessibili e regole valide in ogni caso».

¹²³ P. Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore. Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Roma, 2005, 377 ss.

¹²⁴ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 374 ss.

¹²⁵ S. Belligni, *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche. Il ruolo dei codici*, Torino, 1999, 20 ss.; la discrezionalità, se non intesa quale mera tecnicità basata su principi scientifici e politicamente neutrale, si può rivelare lo strumento più adeguato di contrasto al malcostume diffuso. «Il crescente impegno gestionale e decisionale delle burocrazie statali richiede una maggiore facoltà di assumere decisioni autonome da parte dell'agente pubblico: in questa contraddizione tra dovere di dar conto e crescita di discrezionalità è riassunto un dilemma fondamentale dei sistemi amministrativi contemporanei. Incompletezza dei contratti e asimmetrie informative costituiscono i fattori strutturali, solo in parte controllabili, che spiegano la possibilità di deviazioni

Il dibattito sul tema dell'equità nel diritto amministrativo¹²⁶ – che non può essere indagato in questa sede in maniera analitica – non ha avuto, almeno originariamente, sviluppi significativi ed è stata condizionata da una iniziale presa di posizione di Cammeo¹²⁷, secondo cui l'equità era «ammissibile per regolare le facoltà discrezionali dell'amministrazione»¹²⁸.

L'equità consente di trasporre la ricerca delle soluzioni, anche in tema di corruzione, da un piano giuridico a uno extragiuridico, attraverso principi che integrano la disciplina legislativa di matrice positiva, ma che sono esterni ad essa. Si riconduce l'equità «all'eterointegrazione del sistema quale attività discrezionale, nella quale emerge l'interesse del soggetto ad ottenere un giudizio che vada oltre i precetti della legge formale»¹²⁹.

L'equità, che ha strutturalmente carattere polisemico¹³⁰, specie se calata nel diritto amministrativo, in questa analisi è concepita quale strumento di rinvio a concezioni etiche o morali¹³¹. L'equità è la forza etica che realizza il diritto e lo accompagna in ogni sua manifestazione¹³²; inoltre, «quando si dice equità si vogliono significare le esigenze della moralità»¹³³.

e di transazioni improprie. Questi fattori sono alla radice della discrezionalità dell'agente pubblico e della possibilità che questi ha di usare opportunisticamente e occultamente tale discrezionalità per obiettivi privati contro l'interesse dell'amministrazione stessa. E in virtù di questa ineliminabile, seppur variabile, discrezionalità che l'agente può abusare della sua autorità».

¹²⁶ Senza pretesa di esaustività, cfr. F. Cammeo, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 ss.; U. Forti, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1931, 85 ss.; F. Merusi, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss.: «l'equità è la causa *efficiens* per giungere all'identificazione di principi generali non scritti, integrativi della disciplina legislativa»; G. Bottino, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004; L.R. Perfetti, *Diritto a una buona amministrazione ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 789 ss. secondo cui l'equità è stata combattuta aspramente per oltre due secoli proprio per la sua capacità strutturale di rinviare a regole esterne alla legge, con la pretesa di integrare o modificare il dato normativo. Per l'analisi delle ragioni della diffidenza del diritto amministrativo nei confronti del tema, cfr. S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993, 286 ss. Inoltre, è opportuno rilevare la posizione di G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 303, per il quale l'equità impone alla pubblica amministrazione l'osservanza di norme non giuridiche e tuttavia obbligatorie.

¹²⁷ Sul tema, in senso ampio, cfr. F. Merusi, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, 413 ss.

¹²⁸ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, l'interesse per l'equità nasce dall'intento di commisurare istituti e principi di teoria generale elaborati dalla dottrina civilistica con la nuova materia amministrativa, per saggiarne l'estensibilità al diritto amministrativo e metterne in rilievo gli eventuali tratti differenziali.

¹²⁹ F. Petrillo, *L'equità nell'ermeneutica giuridica di E. Betti*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1991, 349.

¹³⁰ Cfr. M.S. Giannini, *L'equità*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1941, 39 ss., l'equità può essere interpretata come bonomia, clemenza, temperamento degli effetti della norma, semplice esigenza logica o rinvio a convinzioni morali, etiche, filosofiche o religiose.

¹³¹ Per un approccio al tema, cfr. A. Casu, *Etica e diritto*, in *Rass. Parl.*, 2016.

¹³² P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, 140 ss.

¹³³ M. Marinoni, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, in *Filangieri*, Milano, 1914, 481 ss.

L'obiettivo perseguito è quello di avvalorare l'idea secondo cui l'equità richiami un ideale di giustizia che la legge non è in grado di assolvere¹³⁴, ponendosi quale strumento di risoluzione del fenomeno corruttivo, superando anche il dualismo tra prevenzione e repressione, che risulterebbero sintetizzate in un valore superiore.

D'altronde, come autorevolmente rilevato quasi un secolo fa, l'equità consente di introdurre nell'ordinamento «norme che originano in parte dai principi generali della legislazione, ma in parte anche dal complesso delle idee morali, sociali ed economiche che in un dato popolo e in un'epoca determinata si considerino le migliori per regolare i rapporti umani e costituisce alcunché di comunemente accettato»¹³⁵.

In questa trattazione, l'etica è concepita nella sua dimensione sociale, una sorta di etica collettiva, che però può essere declinata in termini di etica pubblica o amministrativa (*ethics in government*¹³⁶ o *administrative ethics*). Tale prospettiva è legata all'idea secondo cui «risiede nella perversione morale l'origine di ciò che, con una sineddoche che confonde causa ed effetto, è conosciuto nel linguaggio comune come corruzione»¹³⁷.

¹³⁴ In senso conforme M. Golden, L. Picci, *Corruption and the management of public works in Italy*, in S. Rose-Ackerman (a cura di), *International Handbook of economic corruption*, 2006, il caso italiano mostra come le giuste leggi siano di per sé insufficienti a impedire che la corruzione diffusa prenda piede. In senso contrario, si pone l'idea secondo cui occorrerebbe limitare al massimo ogni richiamo all'equità, perché essa sarebbe nemica della giustizia; sul tema, si consenta di rinviare a A. Schopenhauer, *Sul fondamento della morale*, Torino, 1961, 353. In senso critico, L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 387 ss., «il contrasto tra equità e legalità appare più presunto che reale e dipende in modo decisivo dalla nozione di equità in senso giuridico che si assume. Poiché possa condursi un discorso giuridico sull'equità, essa dovrà essere intesa come clausola generale, attraverso la quale l'ordinamento legale si estroflette e si riferisce ad una regola giuridica non legale. Non sembra inopportuno vedere nell'equità una di quelle clausole generali che operano in modo estroflesso, richiedendo l'integrazione del comando legale attraverso il rinvio a regole dell'ordine giuridico della società».

¹³⁵ G. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1933, 95. In senso contrario, G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 255 ss., «il diritto in genere e quello amministrativo in specie devono essere considerati come un complesso di comandi emanati dallo Stato. L'equità non è fonte del diritto più che non lo siano l'interesse pubblico, l'opportunità, la natura delle cose, la necessità, l'urgenza poiché né da per sé esprime una norma giuridica (fatto di produzione giuridica), né, tantomeno, costituisce un atto di produzione giuridica poiché altrimenti occorrerebbe dimostrare che esiste nel nostro ordinamento in principio espresso o sottinteso, per il quale un organo o un ente pubblico è legittimato a porre in essere norme aventi il loro esclusivo fondamento nell'equità nel senso che, ove ricorrano ragioni di equità, quell'organo o soggetto venga automaticamente investito del potere di formulare norme giuridiche».

¹³⁶ J.S. Bowman, *Ethics in Government: A National Survey of Public Administrators*, in *Public administration review*, 1990, 345 ss.; P.A. French, *Ethics in Government*, Canada, 1983.

¹³⁷ J. González, *Corrupción y justicia democrática*, Madrid, 2000, 97 ss., «la depravazione morale è la causa di ogni condotta illecita, in quanto essa precede la materializzazione delle distinte fattispecie giuridiche, politiche o economiche».

I primi studi sull'etica pubblica risalgono al volume pubblicato nel 1880 sul servizio civile britannico, incentrato sulla tesi secondo cui fosse moralmente raccomandabile la difesa della professionalità¹³⁸.

Il dibattito sull'etica pubblica e sulla "moralità amministrativa" in Italia ha radici antiche e nel corso degli anni ha mutuato in parte le suggestioni sul dibattito maturate dalla dottrina francese¹³⁹.

L'etica pubblica¹⁴⁰, nella ricostruzione autorevole della dottrina italiana, consiste nell'«agire di ogni pubblico agente nell'esercizio delle funzioni che gli sono affidate, con disciplina e onore, con imparzialità nei confronti del pubblico e attraverso un'azione che nel suo complesso si pone al servizio esclusivo della Nazione, cioè della collettività medesima»¹⁴¹.

«L'etica rende la democrazia compiuta e offre i prerequisiti per l'elaborazione della buona politica»¹⁴² e richiama quella che, nella letteratura internazionale e in senso ampio, è definita *integrity*¹⁴³.

La questione dell'etica pubblica è legata indissolubilmente alla nozione, elaborata dalla dottrina pubblica tedesca, della *regulierte Selbstregulierung*¹⁴⁴ (letteralmente, autoregolazione regolata) che involge la tematica dei codici di condotta¹⁴⁵,

¹³⁸ Si v. D.B. Eaton, *Civil service in Great Britain: a history of abuses and reforms and their bearing upon American politics*, New York, 1880. Per una rassegna storica degli studi in tema di etica amministrativa, T.L. Cooper, *The emergence of administrative ethics as a field of study in the United States*, in T.L. Cooper (a cura di), *Handbook of administrative ethics*, New York, 2000; E. Etzioni-Halevy, *Exchanging material benefits for political support: a comparative analysis*, in J. Heidenheimer (a cura di), *Political corruption*, New Brunswick, 1997, sostiene che il livello di corruzione è una variabile dipendente dal basso livello di professionalità del servizio civile.

¹³⁹ Cfr. L. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Parigi, 1962, 44 ss.

¹⁴⁰ Cfr. P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica*, cit., 35 ss.

¹⁴¹ V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Firenze, 2010, 90 ss., «apparati anche non corrotti possono nel loro concreto funzionamento, e anche nel comportamento dei singoli agenti, non rispondere nella loro azione ai principi dell'etica pubblica». Per una lettura pretoria, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 maggio 2001, n. 2959, in *Foro amm.*, 2001, 1155.

¹⁴² D.F. Thompson, *The possibility of administrative ethics*, in *Public administration review*, 1985, 555 ss.

¹⁴³ F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione*, cit., 4, «la centralità dell'etica pubblica ci riporta al concetto, che ritroviamo nella letteratura internazionale e nelle politiche nazionali e OCSE, di *integrity*: le politiche sull'integrità ricomprendono trasparenza, etica pubblica e prevenzione dei fenomeni di corruzione. In modo da indurre un intervento di tipo sistemico sul versante della prevenzione della corruzione». Sul tema della *public integrity*, cfr. J.S. Bowman, *Ethical frontiers in public management*, New York, 1991.

¹⁴⁴ H. Stockaus, *Regulierte Selbstregulierung im europäischen*, Heidelberg, 2015.

¹⁴⁵ Sul tema, cfr. G. Sirianni, *Etica pubblica e prevenzione*, cit., 927 ss., «una spirale virtuosa deve contrapporsi alla spirale corruttiva. Ai disposti legislativi si aggiungono le regolamentazioni interne, le consuetudini, le convenzioni, le prassi. Tutti questi strumenti, quali risultanti da una stratificazione storica spesso incoerente, in una prospettiva di promozione dell'etica pubblica del personale politico, dovrebbero essere oggetto di una manutenzione assidua e di un aggiornamento costante, nel quadro di una azione coerente unitaria, ispirata a valori e principi costituzionali adeguatamente bilanciati, perseguita col concorso delle molteplici forme in cui la rappresentanza politica si esplica, generando *status* differenziati»; E. Carloni, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 319 ss.; S. Belligni, *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche. Il ruolo dei codici*, Torino, 1999.

dei protocolli e delle *best practices*, che possono essere adottate con profitto come misure anticorruzione, intese quali precauzioni ausiliarie rispetto alla degenerazione delle condotte degli incaricati di funzioni pubbliche e quali espedienti di moralizzazione dell'*agere* pubblico, anche in relazione ai contratti pubblici.

Per non tradire il richiamo operato in precedenza alla nozione di equità, l'analisi verte sulle modalità attraverso le quali l'etica pubblica può orientare la discrezionalità delle stazioni appaltanti e non si sofferma sui codici di condotta, i quali, qualora siano approvati con legge, presuppongono il rispetto di un dato normativo¹⁴⁶.

La distinzione tra regole morali positivizzate in una disposizione e etica amministrativa, intesa quale criterio guida per le amministrazioni, è sintetizzata magistralmente da un filosofo tedesco: «la coscienza morale comanda obbedienza senza avere la prova che il comando sarà eseguito, la coscienza non può convince-

¹⁴⁶ P. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, I, Milano, 1970, 445 ss., accogliendo un approccio di segno giuspositivista, «non si tratterebbe di doveri propriamente detti, o per meglio dire di principi provvisti di una reale consistenza normativa, ma di valori metagiuridici, ideali o addirittura di proclamazioni retoriche». Si deve anche osservare che il livello di precisione delle norme tecniche o dei codici etici è superiore alle normali fattispecie legali; Comité de Gestión Pública, *La ética en el servicio público*, Madrid, 1997, «la crescente complessità e individualizzazione delle società hanno generato strutture sociali più difficili da comprendere insieme a norme e valori ampiamente divergenti. L'indeterminazione delle norme non si arresta alle porte del servizio pubblico»; E. Carloni, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici"*, cit., 321 ss., «si è assistito, a partire dalla prima parte degli anni Novanta, alla proliferazione di strumenti normativi volti a indicare agli appartenenti ad un'organizzazione o agli esponenti di una categoria, i *boni mores*. Le possibili chiavi di lettura del fenomeno sono molteplici: ai codici di condotta si ricorre tanto per codificare l'esistente, quanto per stabilire norme nuove. Vi si ricorre, ancora, quando cresce il divario tra norme e comportamenti reali, o per agevolare il rispetto delle leggi, o per integrare norme consuetudinarie insufficienti. I codici etici sono ascrivibili a un modello regolativo di carattere generale, di codificazione etica in senso ampio, entro il quale rientrano anche fenomeni quale quello della codificazione deontologica. Il permanere di un malcostume diffuso entro la dimensione amministrativa e burocratica, ma anche la crescente necessità, in un contesto politico sociale in cui vanno perdendosi sempre di più le regole condivise, quali regole esse si di 'buona condotta', impone la necessità di nuovi interventi rivolti alla (ri)costruzione dell'*ethos* del funzionario, come anche spinge alla riscoperta degli strumenti di cui il nostro ordinamento già si era dotato. Si tratta di raccolte di disposizioni, rivolte in particolare a regolare l'area grigia della condotta amministrativa, nella quale la dimensione etica delle scelte e dei comportamenti individuali è molto forte, ed in cui il raccordo tra funzione pubblica da perseguire e interessi privati del funzionario è particolarmente delicato. I codici etici sono formulati come supporto alla decisione, ed alla valutazione interna esterna alla condotta, vale a dire in termini positivi, che non quali divieti e obblighi»; D. Della Porta, A. Vannucci, *Corruzione*, cit., 481 ss., le norme contenute nei codici etici mirano a innescare l'interiorizzazione di valori e la creazione di meccanismi virtuosi nella condotta dei funzionari pubblici. Sul tema, cfr. S. Cassese, *I codici di condotta*, in *Documenti giustizia*, 1994, 1371 ss.; Dipartimento della funzione pubblica, *I codici di condotta. Proposta e materiali di studio*, Roma, 1993. Per un'analisi su scala transnazionale del tema, cfr. A. Stark, *Public sector conflict of interest at the federal level in Canada and the U.S.: differences in understanding and approach*, in *Public administration review*, 1992, 427 ss.; C.W. Lewis, *Ethics codes and ethics agencies: current practises and emerging trends*, in H.G. Frederickson (a cura di), *Ethics and public administration*, New York, 1993, 136 ss. In una prospettiva ampia, sul rapporto tra etica e codificazione delle regole di condotta, cfr. S. Stacca, *La giuridificazione dell'etica delle formazioni sociali. Riflessioni sulla cd. autodisciplina: in particolare il momento normativo e il momento sanzionatorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 507 ss., «attraverso la codificazione delle regole di condotta riconducibili a gruppi organizzati si assiste al passaggio dell'etica nella dimensione giuridica. Con la codificazione si assiste alla progressiva attribuzione della rilevanza giuridica a precetti prima affidati alla coscienza individuale del singolo». K. Kernaghan, *La promozione dell'etica del servizio del servizio pubblico. La via dei codici*, in *Il nuovo governo locale*, 1955, 29 ss., «un codice etico è una dichiarazione di principi e *standard* comportamentali relativi alla corretta condotta dei funzionari pubblici».

re né costringere. La responsabilità penale è la più personale e la più inalienabile delle proprietà umane, è incondizionata e illimitata»¹⁴⁷.

Le disposizioni che costituiscono la c.d. costituzione morale, tra le quali integrità personale, etica e lealtà organizzativa, possono risultare elementi ininfluenti o fattori rilevanti – variabilità legata alla carenza di *vis* precettiva di tali principi – la cui incidenza è legata alla presenza di determinate condizioni ambientali. Il contrasto alla corruzione deve essere condotto attraverso la declinazione di tali valori in «obbligazioni dell'onestà»¹⁴⁸ o «incentivi etici»¹⁴⁹.

L'obiettivo sistemico che si intende raggiungere attraverso l'istituzionalizzazione dell'etica amministrativa è il miglioramento del clima morale di una determinata istituzione, al fine di implementare e recuperare la fiducia dei cittadini.

L'etica amministrativa può svolgere una duplice funzione: indirizzare il comportamento dei pubblici agenti e tipizzare una serie di impegni e responsabilità, integrando i precetti previsti dalla legge o dai contratti, che sono, per natura, incompleti, a presidio di quella zona grigia tra la corruzione e legalità¹⁵⁰.

Con un ossimoro, queste regole dell'agire, che possono essere definite precetti etici, o *moral suasion*, come li definisce la dottrina statunitense¹⁵¹, devono porsi l'obiettivo di orientare le scelte dell'amministrazione – e della stazione appaltante per l'analisi svolta in questa sede – verso la discrezionalità responsabile o informata.

Tale declinazione specifica della discrezionalità amministrativa presuppone una duplice funzione svolta, a monte, dai principi etici. In primo luogo, una funzione pedagogica, di interiorizzazione dell'integrità amministrativa da parte dei

¹⁴⁷ Z. Bauman, *Le sfide dell'etica*, Milano, 2010, 254 ss.

¹⁴⁸ A. Sen, *Resources, values and development*, Oxford, 1984.

¹⁴⁹ J.A. Rohr, *Questioni etiche nella pubblica amministrazione francese: uno studio comparato (trad. it.)*, s.l., 1996, esistono due modelli di etica per la pubblica amministrazione, tra i quali esiste una tensione irrisolta e un equilibrio difficile. Un primo modello, definito *ethos* burocratico, comprende i principi di lealtà, imparzialità, competenza e neutralità politica. Un secondo modello, l'*ethos* democratico, è improntato ai principi di equità sociale e fa riferimento ai valori della cittadinanza repubblicana. Sul tema, si v. G. Pellegrino, *Etica pubblica*, Roma, 2015, 52, «le qualità morali richieste ai politici, e ai pubblici funzionari in genere, sono quelle necessarie a svolgere le funzioni essenziali all'integrità e la coesione dello Stato (*l'ethos repubblicano*). L'idea implicita in questa tesi è che ci siano le basi morali – sentimenti di lealtà reciproca, interesse per i benefici derivanti da un'equa cooperazione – i quali consentono alle comunità politiche di rimanere unite e di garantire certi fondamentali diritti di libertà ed eguaglianza».

¹⁵⁰ N. Pasini, *Etica e pubblica amministrazione: analisi critica di alcune esperienze straniere*, Roma, 1996, 31 ss., l'etica pubblica tende a minimizzare i rischi di malcostume amministrativo che le prescrizioni di legge e i contratti non sono in grado di eliminare o elidere, tanto più che la complessità e la varietà dei compiti amministrativi e gestionali di cui sono titolari le amministrazioni impone una crescente attribuzione di autonomia operativa e di discrezionalità dei pubblici agenti. Sulla necessità di supplire o integrare una disciplina legislativa lacunosa attraverso codici di condotta, cfr. F. Criscuolo, *L'autodisciplina. Autonomia contrattuale e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 125 ss.

¹⁵¹ R.W. Cox, S. Buck, B. Morgan, *Public Administration in Theory and Practice*, Londra-New York, 2015, 23.

funzionari e, in secondo luogo, una funzione dissuasiva verso le derive corruttive dei relativi comportamenti.

Questa strategia di contrasto, diretta a porre al centro del sistema l'etica amministrativa, in relazione alla contrattualistica pubblica svela il limite strutturale di poter essere impegnata solo nella fase di scelta del contraente. Nella fase dell'esecuzione del contratto, la corruzione è perpetrata attraverso modifiche occulte dell'oggetto degli accordi o attraverso l'utilizzo distorto dei subcontratti, e non attraverso un condizionamento illecito della discrezionalità, nel suo senso dinamico, di scelta del contraente.

L'etica amministrativa deve essere pertanto garantita attraverso i modelli dei *compliance and ethics programs*¹⁵², diretti a garantire un'effettiva implementazione dell'integrità morale dei funzionari, e non deve essere interpretata quale mero *slogan* propagandistico o essere intesa quale inutile appesantimento burocratico.

In questa prospettiva, l'indagine compiuta sposta il baricentro delle soluzioni su un terreno extragiuridico, che richiede, e per certi versi impone, una generale moralizzazione dell'agire amministrativo; questa considerazione appare del tutto coerente con la posizione di chi ha sostenuto che «la ricerca delle strette maglie a garanzia della legalità non può e non deve pregiudicare la velocità delle procedure di aggiudicazione e la certezza delle prestazioni oggetto di appalti».

In conclusione, per predisporre un apparato normativo adeguato al nemico da combattere – che, ad opinione di chi scrive, deve necessariamente essere integrato nella legislazione per l'affidamento delle commesse pubbliche – è necessario scalfire l'incrollabile e diffusa convinzione dell'incertezza dei dati che connotano un male così decisivo per lo sviluppo di una nazione; non si può ragionare sul sempre scivoloso terreno delle ipotesi e dei sospetti.

Appare decisivo – se non per il risanamento definitivo, quantomeno per la prescrizione di una cura adatta – abbandonare il suggestivo ma irrealistico campo della percezione, delle supposizioni e delle congetture, perché gli effetti collaterali potrebbero rivelarsi più dannosi del male stesso.

I dati giudiziari, fondati sulle condanne o ancor più sui processi penali in corso, e le analisi condotte sulla mera percezione rivelano una situazione difforme da quella reale, e, in maniera provocatoria, si può affermare che il «sentimento più presente nell'agire odierno delle pubbliche amministrazioni non sia la disonestà, ma la paura»¹⁵³.

¹⁵² G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina*, cit., 140, «un ruolo significativo nel controllo della qualità delle prestazioni può essere esercitato anche dalla società civile, dai cittadini, consumatori e utenti anche associati, soprattutto ove si estendano anche alla fase di esecuzione i principi di trasparenza e pubblicità mediante strumenti IT (*open data*)».

¹⁵³ F. Pinto, *La corruzione, Caporetto e "la sindrome del generale Cadorna"*, in www.lexitalia.it, 2017, «la lettura della cattiva gestione delle risorse finanziarie pubbliche come se fosse solo, o almeno prevalentemente,

4. *Sintesi dei risultati raggiunti e conclusioni*

Appare opportuno fissare i punti cardinali minimi della trattazione, attraverso una ricognizione e una sintesi dei risultati e delle consapevolezze – seppur soggette a costanti variazioni – raggiunte nel corso dell'indagine.

La difficoltà stessa di tratteggiare i contorni – da una prospettiva dogmatica – del sostantivo oggetto dell'indagine, palesa le incertezze che caratterizzano l'intero plesso di soluzioni che l'ordinamento, nel suo agire complessivo, è tenuto a predisporre.

Il dato oggettivo di partenza deve necessariamente essere l'eterogeneità della natura e relativa della manifestazione del fenomeno, che eccede i confini entro i quali il diritto penale rappresenta un reato con la stessa nomenclatura; la corruzione configura la distrazione non di un potere, ma di una funzione amministrativa, per fini privati¹⁵⁴.

Un ulteriore – se non il principale – elemento di difficoltà è rappresentato dalla carenza di dati attendibili, o dalla fuorviante e approssimativa stima fornita da indagini che si basano unicamente sulla percezione, in relazione a un problema che invece ha bisogno di essere analizzato in modo dettagliato. La conseguente, e talvolta errata, predisposizione delle misure di contrasto deriva proprio da questa iniziale inconsapevolezza, che favorisce il relativismo delle valutazioni, e quindi delle scelte politiche e amministrative.

Affrancare i discorsi dalla corruzione dall'imponderabilità dei dati ha un rilievo nodale, altrimenti si corre il rischio di imbattersi in soluzioni temporanee

una storia di corruzione – intendendo per tale il complesso dei reati contro la pubblica amministrazione – corre, peraltro, il rischio proprio di delegittimare chi è chiamato a combatterla. Il punto centrale è infatti, e resta, il controllo non dell'amministrazione, ma sull'amministrazione»; in senso conforme, cfr. M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. Fed.*, 2013, 658 ss., «l'amministrazione viene guardata con sospetto e l'accessibilità delle informazioni viene proposta come argine ai suddetti fenomeni, in virtù della sua idoneità a favorire forme diffuse di controllo. Per quanto riguarda invece le finalità della trasparenza, è importante evitare il rischio che, in base alla formulazione del primo comma dell'art. 1 del d.lgs. 33/2013, l'attenzione degli interpreti si focalizzi esclusivamente sull'accezione della trasparenza come preliminare a forme diffuse di controllo sull'operato dell'amministrazione e sull'uso delle risorse pubbliche, nonché sulla valutazione dell'operato dei dipendenti. Ora non c'è dubbio che tale finalità sia molto importante, ma è importante che la trasparenza non venga letta unicamente quale strumento anticorruzione o comunque come strumento di controllo sull'amministrazione, cristallizzandosi nella rigida separazione che caratterizza la dinamica controllore/controlato».

¹⁵⁴ L'affermazione deve essere letta partendo dai presupposti posti in essere da S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 445 ss., che opera una distinzione tra funzionalità e funzionalizzazione; la nozione di funzionalità è collegata alla concezione di funzione in senso oggettivo. La funzionalizzazione implica l'intervento di un fattore esterno su una certa entità dotata di capacità dinamica per piegare questa a un determinato fine; la funzionalità implica una qualità di quella entità che di per sé tende a un fine. Da qui è possibile ricavare che la funzione è una struttura, il potere giuridico è un'energia sociale e autonoma. Sul tema, cfr. D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2004, 243, il quale sintetizza potere e funzione in una singola fattispecie, l'operazione amministrativa.

o palesemente errate nel metodo, e quindi, di conseguenza, nell'approdo finale. L'impressione è che la dottrina e la giurisprudenza si siano adagate su tale circostanza, tanto da assumerla quale dogma insuperabile da cui partire per sviluppare qualsiasi tipo di analisi.

I costi generati dalla corruzione possono essere suddivisi in due categorie, non necessariamente alternative tra loro¹⁵⁵: i costi sociali, effettivamente imponderabili, le cui conseguenze sono percepibili solo nel lungo periodo, e quelli sistemici, oggetto delle approssimative stime di cui si è ampiamente detto.

Un elemento incontestabile è quello riguardante l'avvenuta transizione da una corruzione definita di sistema a una corruzione di matrice individuale; in altri termini, non ci si confronta più un problema di tipo sociale. Questa considerazione è decisiva per apprezzare l'attuale configurazione del fenomeno, specie se calato in tema di affidamento di commesse pubbliche.

Inoltre, la discussa necessità di operare su un piano preventivo, e non solo repressivo, non può che essere condivisa, anche se è opportuno chiarire che cosa s'intenda con prevenzione e sottolineare la necessità di operare con strumenti anche non giuridici in senso stretto. Il rischio risiede nell'operare solo con uno slogan propagandistico, svuotato di sostanza.

Un ulteriore approdo della ricerca condotta, in ordine alla specifica declinazione delle commesse pubbliche, svela che la sottoposizione a stringenti obblighi di trasparenza e pubblicità della fase di scelta del contraente in senso stretto non elimina di per sé la corruzione, ma induce la stessa a migrare verso fasi assoggettate a forme più blande di controllo, quali, ad esempio, la fase esecutiva del contratto.

L'alternarsi dei rimedi adottati, che hanno esplorato ogni singolo sentiero e palesato l'esecuzione concreta delle più disparate volontà politiche, soprattutto nella fase di affidamento del contratto, non hanno condotto a risultati soddisfacenti, anche se la situazione complessiva non è così critica come svelato dagli svianti indici della corruzione percepita.

La soluzione prospettata in questa sede, prescinde dalle misure eteroimposte (*id est* la trasparenza) – che possono risultare una componente statica importante, ma non dirimente per la risoluzione della questione *de qua* – ma indaga la tenuta della corretta declinazione dell'esercizio del potere discrezionale da parte della stazione appaltante. La trasparenza corre il rischio di essere un termine abusato e quindi di perdere significato.

¹⁵⁵ In tal senso, si v. F. Patroni Griffi, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in *Federalismi.it*, 2014, «Ogni diseguaglianza è un attentato alla coesione sociale e ha una forza disaggregante, e in ultima analisi disgregante, di una comunità. Non esiste una politica del settore pubblico, ma una serie di azioni convergenti verso l'efficienza del sistema amministrativo e la sua sottrazione a fenomeni di *maladministration* e di corruzione».

La necessità di recuperare la centralità dell'etica quale valore primario dell'intera azione amministrativa è presupposto indefettibile per limitare la componente corruttiva nell'esecuzione di opere pubbliche; «l'etica rende la democrazia compiuta e offre i prerequisiti per l'elaborazione della buona politica»¹⁵⁶.

L'intero plesso di rimedi indicati in questa prima parte d'indagine può essere sintetizzato con la nozione omnicomprensiva di *integrity*.

Sul piano metodologico, è opportuno che la discrezionalità responsabile non si converta nella standardizzazione dell'attività o delle procedure, ma al contrario, l'intera filiera di queste deve essere informata ad un paradigma etico.

È opportuno, con una chiosa finale, rinviare a un istituto, fin troppo vilipeso dalle ultime tendenze legislative, che tuttavia richiede un autonomo approfondimento, quale quello dei controlli amministrativi.

Come rilevato, in maniera interamente condivisibile, in tema di controlli «vien fuori la schizofrenia tutta italiana: dopo averli aboliti quasi del tutto, tutti a rimpiangere i controlli del passato; la tematica dei controlli va ripensata *funditus*, perché servono controlli moderni ed efficaci, controlli capaci di penetrare la gestione senza paralizzare l'azione»¹⁵⁷.

¹⁵⁶ D.F. Thompson, *Paradoxes of government ethics*, in *Public administration review*, 1992, 254 ss.

¹⁵⁷ F. Patroni Griffi, *Gli strumenti di prevenzione*, cit., 9.

Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale

Il tema della corruzione nei contratti pubblici rappresenta il punto di emersione di numerose tematiche classiche del diritto amministrativo e i rimedi prospettati dal legislatore e dalla dottrina per contrastare tale fenomeno patologico oscillano tra misure eteroimposte, quali, ad esempio, trasparenza e ruolo delle autorità indipendenti, e soluzioni di matrice procedimentale – prospettiva prescelta in questo saggio – in un'ottica diretta a recuperare e valorizzare la discrezionalità, nella sua veste di farsi della decisione amministrativa.

Corruptive phenomena in the awarding of public tenders: multilevel discretion as a procedural matrix solution

The issue of corruption for the awarding of public contracts represents the conceptual intersection of several classic issues of administrative law and the remedies adopted to address this problem, as set out by the legislator and scholars, fluctuate between the so-called hetero-imposed measures, including transparency and the role of independent authorities, and procedural solutions – i.e. the perspective chosen in this paper – with a view to recovering a key role for administrative discretion.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

ESTANISLAO GARCIA ARANA, Catedrático de Derecho Administrativo, Università di Granada, Spagna
(earana@ugr.es)

GIAN ANTONIO BENACCHIO, Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Trento
(g.benacchio@unitn.it)

VINICIO BRIGANTE, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli “Federico II”
(vinicio.brigante@unina.it)

MAURIZIO CAFAGNO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Como
(maurizio.cafagno@uninsubria.it)

LUIZ AUGUSTO DA SILVA, Master candidate at the postgraduate Law program at Federal University of Paraná, Brazil
(luiz.augustosilva26@gmail.com)

MARIACONCETTA DARIENZO, Ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”
(m.darienzo@uniparthenope.it)

FRANCESCO DE LEONARDIS, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Macerata
(f.deleonardis@unimc.it)

COSIMO GABBANI, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa
(c.gabbani@santannapisa.it)

MELINA GIRARDI FACHIN, Professor at the graduate and postgraduate Law programs at Federal University of Paraná, Brazil; coordinator of the Center of the Studies of the Constitution (CCONS)
(melinafachin@gmail.com)

FABRIZIO FRACCHIA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università commerciale L. Bocconi, Milano
(fabrizio.fracchia@unibocconi.it)

WALTER GIULIETTI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi dell’Aquila
(walter.giulietti@ec.univaq.it)

CHIARA GUARDAMAGNA, Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'economia.
Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Milano-Bicocca
(chiara.guardamagna@unimib.it)

GIOVANNI LUCHENA, Professore associato di Diritto dell'Economia, Università degli Studi di Bari Aldo Moro
(giovanni.luchena@uniba.it)

ANDREA MALTONI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Ferrara
(andrea.maltoni@unife.it)

SAUL MONZANI, Professore a contratto di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Bergamo
(saul.monzani@unibg.it)

MASSIMO OCCHIENA, Professore straordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Sassari
(massimo.occhiena@occhiena.it)

PIERLUIGI PORTALURI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università del Salento
(pierluigi.portaluri@unisalento.it)

NICOLA POSTERARO, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo Alma Mater Studiorum, Università di Bologna
(nicola.posteraro@gmail.com)

GIUSEPPE ANDREA PRIMERANO, Professore di Seconda Fascia di Diritto Amministrativo, Università di Roma Tor Vergata
(primerano.giuseppeandrea@gmail.com)

GIOVANNI MARIA UDA, Professore ordinario di Diritto civile, Università degli Studi Sassari
(uda@uniss.it)

ANDREA VENANZONI, Dottorando in Diritto costituzionale, Università degli Studi "Roma Tre"
(andrea.venanzoni@uniroma3.it)

FRANCESCO ZAMMARTINO, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"
(fzammartino@unior.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it