

Anticorruzione e concorrenza
Tavola rotonda
24 Ottobre 2014

Intervento introduttivo del Prof. G. Comandè

Grazie a tutti per la presenza a questo seminario di didattica interna per gli Allievi ordinari e perfezionandi ed anche un po' per i relatori. Ci sono un titolo principale e un sottotitolo: "*Empowering citizens: servizi pubblici, diritti e strumenti di diritto privato per la partecipazione dei cittadini*" e il sottotitolo è "*Anticorruzione e concorrenza*". Questo seminario si inserisce in un quadro più ampio di didattica per gli allievi e sull'avvio di una linea di ricerca legata al tentativo di provare ad individuare a livello interdisciplinare e trasversale degli strumenti per "*empowering citizens*", cioè per dare una logica di abilitazione (dare strumenti) attraverso il diritto ai cittadini. Con Giuseppe Di Vetta, Paolo Rametta ed altri – ma soprattutto con loro due – abbiamo avviato questo approfondimento e ci siamo resi conto che la macroarea tematica dei rapporti tra anticorruzione e concorrenza (il che significa mercato, il che significa trasparenza) può essere una valida cornice. In questo quadro ringrazio gli illustri relatori che hanno concordato di essere qui, intorno a questo tavolo ideale, per discutere del tema, anticorruzione e concorrenza, da angolazioni completamente diverse; dal versante analitico gius-economico, il Prof. R. Pardolesi; e dal versante istituzionale dei rapporti con il mercato, dall'AGCM, il Consigliere Chieppa; ma un'angolazione fortemente operativa e pratica, sul versante del Consiglio di Stato, il Cons. Cacace; e parlando di anticorruzione e concorrenza, ci sono tre poli altamente sensibili: il polo della sanzione penale, su cui dalla disciplina della "Legge Severino" ed anche da prima, ci sono tutta una serie di correzioni di rotta ed soprattutto un avvicinamento progressivo ad una tutela che vorrebbe andare al di là del fenomeno corruzione e vorrebbe andare al fenomeno "sistema Paese", facendo della lotta alla corruzione un fattore di crescita e di sviluppo. Senza le analisi sociologiche e politologiche – un altro dei tre poli di cui ci farà menzione il Prof. Vannucci – non si riuscirebbe a cogliere in una prospettiva completa il fenomeno "corruzione" che è anche e soprattutto un fenomeno *economico*: ed ecco perché un altro giovane ex allievo, il collega Mauro Sylos Labini, è qui per dare un'angolazione particolarmente rilevante, che è quello economico. La logica è necessariamente multidisciplinare. Mi corre l'obbligo di spiegare titolo e sottotitolo; volendo sintetizzare il titolo, "*Empowering citizens*", vi è l'idea di andare verso quelli che vorremmo costruire come laboratori di diritto abilitante; vi è una stretta relazione tra informazione e conoscenza: tutti oggi siamo in grado di accedere ad un bagaglio notevole di informazioni; tuttavia, una cosa è avere le informazioni ed altra cosa è saperle utilizzare. Ecco perché guardare al mondo universitario, molto speciale come la Scuola Superiore Sant'Anna, che è un centro di produzione di informazioni e capacità di utilizzare le conoscenze, ci ha portato a ragionare in una logica di "*laboratori di diritto abilitante*". Non si produce esclusivamente scienza e informazione, ma auspicabilmente anche la capacità di utilizzare nel mondo della pratica la conoscenza acquisita.

Di conseguenza dobbiamo fare una grande distinzione tra *informazione e conoscenza* (capacità di utilizzarla). Il neofita, l'apprendista stregone, l'utente di internet ha accesso ad una quantità notevole di dati; il cittadino qualunque ha idealmente e potenzialmente accesso, attraverso la trasparenza nella p.a. ad una mole davvero notevole di dati. *Per farne che cosa? Dato, informazione, capacità di utilizzarlo e possibilità di utilizzarlo (strumento operativo) = passaggio alla conoscenza.* In questa logica, l'idea di sottofondo è che il diritto, assieme ad altre discipline, possa diventare uno strumento *abilitante*. E cioè riuscire a trasformare non tanto il non-giurista in un fine giurista, bensì trasformare il cittadino *in un utente, in un consumatore*, con le sue diverse

sfaccettature della persona, in un soggetto che può non solo interagire ma anche agire di conseguenza non solo e necessariamente per interesse proprio ma con una ricaduta nella società nel suo complesso. In questa logica ci si rende conto che ci sono tutta una serie di vincoli strutturali, cognitivi, normativi all'accesso già solo all'informazione, lasciamo stare all'utilizzo dell'informazione come conoscenza, come bagaglio che va dal neofita all'operatore, all'esperto del singolo bagaglio informativo. Assai spesso – lo vedremo nel dettaglio delle diverse relazioni - l'informazione può essere teoricamente e magari anche praticamente accessibile, ma non per se stessa *abilitante*, cioè “mettere in condizione di agire di conseguenza”. E' possibile immaginare la grande mole di dati che il complesso di disciplina della trasparenza nella p.a. che vorrebbe mettere a disposizione di tutti e *quali sono gli strumenti messi a disposizione per utilizzare questo patrimonio di informazioni*. Ciò che vorremmo fare in futuro è provare ad identificare singole problematiche, ricostruirne le basi normative ed operative e tentare di costruire degli strumenti abilitanti distribuiti, attraverso criteri rigorosamente scientifici. Se, per esempio, a valle di questo seminario emergeranno delle problematiche, potremmo cominciare a porci il *problema di quali strumenti, oggi, de lege lata*, si possono sviluppare e diffondere per portare ad effettività il sistema di regole e quali tipo di interventi, diversi ed ulteriori, possono essere adottati. L'obiettivo è allora sviluppare la capacità abilitante del diritto.

In questa logica, si possono individuare delle aree problematiche, produrre degli strumenti, validarli attraverso la *validazione dei soggetti esperti*. Ed infine mettere concretamente a disposizione questi strumenti. Insieme a Giuseppe e Paolo abbiamo scelto di partire con il tema “Anticorruzione e concorrenza”, che probabilmente dovrebbe prevedere a sua volta una serie di sotto-titoli (Trasparenza, tutela dei dati personali): mi viene sempre in mente l'immagine reale, nel '97, appena entrata in vigore la “vecchia” legge sulla privacy, la vecchina che non voleva dare il libretto della pensione perché c'era la legge sulla *privacy* e non era tenuta a darlo. Proprio per dare il senso del quadro normativo e le conseguenze abbastanza eterogenee e spesso non legate a ciò che si vorrebbe fare.

Abbiamo scelto “Concorrenza e anticorruzione” proprio perché il filo rosso che unisce una molteplicità di tematiche può fare una prima cornice in questo quadro di laboratori di diritto abilitante. I dati sono quelli che hanno raccolto Giuseppe e Paolo: immensi danni registrati dalla Corte dei conti attraverso la corruzione e di conseguenza il passaggio da quella che è una mera reazione degli strumenti di diritto penale e l'esigenza di adeguarsi alle fonti internazionali ad una diversa consapevolezza del legislatore che ha “scoperto”, più o meno realisticamente, come la competitività del sistema “Paese”, la capacità di attrarre investimenti esteri, tutto sommato l'evoluzione dell'intero sistema, era *anche* legata ad una più strutturata e transdisciplinare lotta alla corruzione, ad ogni livello. Non solamente attraverso lo strumento di repressione penale, ma collegando la repressione penale a meccanismo di diffusione dell'informazione. La critica implicita nell'organizzazione di questo seminario è che l'intervento normativo si è più concentrato sull'assetto informativo piuttosto che abilitare, attraverso la conoscenza, strumenti di reazione che vadano al di là della mera sanzione penale.

Ecco, credo che venga rapidamente disvelato il vincolo, il collegamento tra “anticorruzione e concorrenza”, tra “anticorruzione e crescita economica”, cioè quel *nesso funzionale che intercorre tra la prevenzione e la repressione della corruzione e garantire le condizioni necessarie allo sviluppo concorrenziale del mercato e del sistema “Paese”*.

Non mi dilungo sulle strategie che sono emerse da questa normativa; fondamentalmente, da una logica di aumento della trasparenza e la conseguente “*accountability*”, non necessariamente in termini di responsabilità contabile, civile o penale, ma semplicemente il *rispondere rispetto a meccanismi di accountability*. Ed infine una rimodulazione dell'apparato sanzionatorio.

Due semplici provocazioni: trasparenza totale delle amministrazioni nella p.a. in ogni stadio del rapporto fondamentalmente con il pubblico, il che banalmente significa estendere la trasparenza non solo in fase di gara d'appalto, ma anche nell'ambito dell'*esecuzione dell'appalto*. In sede concorsuale potrebbe essere tutto liscio e trasparente: il quid problematico si realizza in fase di

attuazione dell'appalto, là dove si accettano deroghe, modifiche che fanno lievitare i costi al 40% di media i costi.

Trasparenza e *accountability* con ogni strumento. Siamo nella società dell'informazione: dovremmo trovare *tutti i dati* sui siti istituzionali. Ma per farne che cosa? Dovrebbe essere tutto trasparente e online. Ma per farne che cosa? Per rendere disponibili informazioni, o per abilitare il cittadino a farne qualcosa? Cosa farne di queste informazioni?

Il quadro generale – irrigidimento delle sanzioni penali, allargamento delle incompatibilità, trasparenza nelle gare d'appalto – dà una serie di informazioni che sono rese pubbliche. La si chiama “trasparenza”. Per farne che cosa? Il problema è: riusciamo a passare dalle *informazioni alla conoscenza*, cioè dalla mera ricostruzione ad un'azione che davvero porti dei risultati ben oltre la mera lustra? Il principio di trasparenza si estende lungo tutte le fasi della contrattazione pubblica: ma a questo punto, mi chiedo, rimane necessario una sorta di “cane da guardia privato”, cioè uno strumento che, per esempio, per *interesse individuale* di un soggetto persona fisica piuttosto che di una società, porti ad una capacità di utilizzare quelle informazioni. Dall'esposto alla/e autorità garanti, relativamente interessate, all'autorità anticorruzione, possono essere ricostruiti degli strumenti che riescono a trasformare quelle che sono mere informazioni in conoscenza? Gli strumenti messi in campo sono sufficienti? Non credo che riusciremo a rispondere in questa sede. L'idea è *cominciare* a discuterne, partendo da un tema concreto e lanciare l'idea di *costruire strumenti di diritto abilitante*. La parola, a questo punto, va agli esperti del settore.

Do la parola al Consigliere Cacace.

Intervento del Consigliere S. Cacace

Io sono un giudice amministrativo di mestiere, giudice di appello, consigliere di Stato, e dunque nella tematica, “Anticorruzione e concorrenza”, sulla quale teoricamente non dovrei entrare, giacché la corruzione è tematica squisitamente penalistica, e la concorrenza è tematica comunitaria e di diritto commerciale. Tuttavia, il problema principale è che oggi, quando si parla di anticorruzione, se ne parla con grandissimo riferimento al settore dei contratti pubblici. E, in questo ambito, dovrei dire la mia, a causa soprattutto della mia esperienza professionale.

Le controversie in materia di appalti, per carità, si fermano alla rilevazione dei vizi di legittimità dell'attività amministrativa; ma sta proprio qua il problema: dietro i vizi di legittimità dell'attività amministrativa ci sono *vizi non propriamente solo del procedimento amministrativo*, ma vizi della volontà delle parti, *tese a fenomeni corruttivi*, il che comporta un intrecciarsi tra giudizio amministrativo e penale, anche se raramente, nel giudizio amministrativo (giudizio di carte) emergono palesi fenomeni che rendano sufficientemente evidente un profilo penalistico. Ma non possiamo far finta che non ci sia; ed anche su questo versante non possiamo ignorare il fatto – e qui scendo subito nella provocazione – che il giudizio amministrativo è assolutamente inadeguato a svelare i fenomeni corruttivi. Nell'ormai storica stagione di “Tangentopoli”, che non è mai passata e che ha trovato diverse modalità e diverse forme per rinascere più forte che pria, molte di quelle occasioni di corruzione erano passate al vaglio del giudice amministrativo, dinanzi al quale nessuna anomalia procedimentale era emersa. E qui emergono forti limiti del giudizio amministrativo in quanto tale e probabilmente a monte delle regole di diritto sostanziale e processuale amministrativo nell'affrontare questo fenomeno.

Un fenomeno della cui pervasività e lesività non abbiamo dubbi, anche solo considerando le cronache giornalistiche e le “classifiche” internazionali. Leggo poi le cifre dei danni all'economia che derivano dalla corruzione.

Il bello è che di tutto questo, anche al massimo livello di amministrazione pubblica, si ha chiara conoscenza.

Vi leggo alcune frasi tratte dal *Protocollo sottoscritto tra l'A.N.A.C., le Prefetture e gli enti locali*, in data 15 luglio 2014, intitolato: “*Prime linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra ANAC-Prefetture-UTG e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione*”

della trasparenza amministrativa”¹. E’ interessante perché nei soliti “cappelli” che si mettono a qualunque documento, si dice: “Il settore dei contratti pubblici continua ad essere tuttora una delle aree più esposte non solo ai tentativi di infiltrazione delle mafie, ma anche alle interferenze e pressioni dei comitati d’affari e della criminalità comune.”

Da ciò deriva la necessità di: “interporre efficaci barriere contro le interferenze illecite nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici”, perché, in queste procedure, “frequentemente le infiltrazioni della criminalità organizzata finiscono per saldarsi con i fenomeni corruttivi e di mala gestio della cosa pubblica”.

Tutto questo va benissimo. Ma non è un discorso colto al supermercato; è un discorso fatto dalle autorità che sono preposte a combattere questi fenomeni, che parlano della necessità di interporre efficaci barriere.

Visto che mi occupo di diritto amministrativo e in particolare di diritto dei contratti pubblici – settore in cui la pervasività del diritto comunitario è significativa -, sono andato a vedermi, in quest’ottica, le tre direttive comunitarie che sono state emanate a febbraio 2014. Nel febbraio 2014 sono uscite le direttive 2014/23, 2014/24, 2014/25, rispettivamente sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto nei settori speciali, dell’acqua, dei trasporti e dei servizi postali. Queste direttive non sono una grande novità, nel senso che abbiamo delle direttive in vigore (17/2004; 18/2004) su cui si modella il nostro vigente *Codice dei contratti pubblici* (D.lgs. 163/2006). Ho svolto un’analisi incentrata sui *considerando*; sapete che, mentre nella normativa italiana è inutile leggere le premesse, nelle direttive comunitarie i *considerando* sono fondamentali perché spiegano quale sia la *ratio* che il legislatore ha utilizzato per la disciplina. Questi sono strumenti interpretativi per l’articolato normativo; spesso contengono *elementi* che non ritroviamo nell’articolato. Costituiscono, inoltre, strumenti di possibile sviluppo delle direttive, grazie all’attività interpretativa della Corte di giustizia.

Le Direttive di cui sopra non sono ancora in vigore: gli Stati hanno due anni per adeguare l’ordinamento nazionale alle direttive, e questo rimane in vigore *se ed in quanto in vigore alle direttive or ora emanate*. Per la prima volta abbiamo una direttiva sulle concessioni: lungo è stato il dibattito *se* le concessioni rientrassero nella disciplina dei contratti pubblici. Sono “in vigore” nel senso che gli Stati hanno due anni per adeguarvisi. Si porrà il problema per gli Stati che non si saranno adeguati per quella data; si dovrà valutare la possibilità del *self-executing* ecc.

I principi comunitari che regolano la materia sono sempre i medesimi: libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi che, calati nella materia dei contratti pubblici, sono parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza. Nella specifica materia degli appalti, i “veri” principi sono due: *massima partecipazione agli appalti* e *trasparenza*. Ma tutto questo non è una novità.

Una novità comincia ad essere il *considerando* n. 61 della Direttiva “Concessioni”, dove si dice che la trasparenza e *par condicio* sono necessari “al fine di combattere le frodi, i favoritismi e la corruzione e prevenire i conflitti di interesse”. Il legislatore non si mette “le fette di salame davanti agli occhi” e sa bene che quelle regole sono necessarie a quei determinati fini; il legislatore *non* elude il problema.

Dunque c’è un *rischio di esposizione*; quel medesimo rischio di esposizione di cui parlava il protocollo di cui sopra.

Il legislatore comunitario risponde in via preventiva a questo rischio di esposizione mediante una serie di disposizioni e di principi. Tutte le disposizioni – e dunque anche la lettura e l’applicazione di queste disposizioni, l’interpretazione che i giudici comunitari e nazionali

¹ Consultabile online su <http://www.anticorruzione.it/wp-content/uploads/Protocollo-dintesa-GU.pdf>

dovranno fare – deve essere condizionata dal fatto che quelle disposizioni sono volte ad assicurare la *tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale* (v. considerando n. 126, Dir. 2014/24). Dunque, secondo il legislatore comunitario la trasparenza probabilmente non risolve il problema, ma aiuta...e tanto!

In chiave di *deterrence*, ma con rilevanti caratteri sanzionatori di precedenti condotte illecite, il legislatore prevede *cause di esclusione* (art. 57, Dir. 2014/24, che costituisce il *fax simile* delle analoghe disposizioni contenute nelle altre direttive), distinguendo, poi, tra cause di esclusione aventi effetto automatico ed obbligatorio – e, vi ricordo, tra queste cause di esclusione, che decide l'UE, e non sono rimesse alla valutazione né degli Stati membri né delle amministrazioni aggiudicatrici, vi è la *corruzione* (par. lett. b), art. 57). E per comprendere cosa si intende per *corruzione* si fa riferimento alla Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione in cui sono coinvolti funzionari dell'UE o delle amministrazioni degli Stati membri. E visto che noi abbiamo giocato molto sulle definizioni in sede di trasposizione di altre fonti comunitarie, allora il legislatore ha deciso di operare un riferimento non equivocabile.

Queste cause aventi effetto automatico ed obbligatorio di esclusione sono derogabili in caso di esigenze di interesse generali, come salute pubblica e tutela dell'ambiente (art. 57, par. 3, 1° co.). Il legislatore spiega queste *deroghe* nei considerando. Allora uno si chiede: come è possibile dinanzi a fatti così gravi, come partecipazione ad associazione a delinquere ecc., che il legislatore preveda una deroga, per esigenze imperative, alla causa di esclusione ad effetto automatico ed obbligatorio? Il legislatore, per l'appunto, lo spiega a chiare lettere nel *considerando*: se un determinato farmaco è necessario per esigenze imperative di salute pubblica, allora l'amministrazione, data l'eccezionale esigenza, potrà aggiudicare l'appalto anche al più importante trafficante colombiano di cocaina, purchè l'amministrazione spieghi in modo chiaro e trasparente le ragioni imperative sottese alla deroga. Comunque la si voglia pensare, in un'ottica di *visibilità dei processi decisionali*, si tratta di un elemento di favore. La corruzione si annida nella non visibilità dei processi decisionali, nel coprire la *vera volontà* dei processi decisionali.

In materia di trasposizione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, il legislatore nazionale si è sempre caratterizzato per il fatto che là dove la direttiva comunitaria dava delle facoltà di scelta alle amministrazioni giudicatrici, o meglio, la direttiva comunitaria: tra questi vari moduli di scelta, decidi tu, legislatore nazionale, se definire il modello di scelta, oppure lasciare la facoltà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice tra i modelli definiti in sede comunitaria. Il legislatore si è sempre caratterizzato per aver lasciato pochissime facoltà di scelta alle amministrazioni aggiudicatrici, deprivandole della corrispondente facoltà. Dopo '40 anni, non so se questa è una scelta corretta e coerente, nel senso che il Comune di Moncenisio, che ha 58 abitanti, e che è tenuto ad applicare le direttive comunitarie in sede di una gara pubblica, ha esigenze, finalità, processi di trasparenza ben diversi dal Comune di Roma. Siamo così sicuri che dettare le stesse regole per tutte le pubbliche amministrazioni sia così corretto e soprattutto conduca ai risultati che si vogliono raggiungere? Se l'esperienza la guardiano nella prospettiva del fenomeno corruttivo dobbiamo dire che, probabilmente, non è così. Probabilmente la responsabilizzazione e l'induzione nei confronti della p.a. a farne emergere i processi di volontà potrebbe dissuadere dai fenomeni corruttivi. Per assurdo, si è usata l'arma "stabilisco tutto io, perché di te non mi fido", quando invece, forse, potrebbe essere il contrario: colui che è costretto a scegliere, deve farlo alla luce del sole, e probabilmente gli vengono meno le occasioni effettive di corruzione. Ed anche perché, poi, *scegliere è sempre difficile*; addossare una scelta significa addossare una responsabilità.

Dare o togliere la facoltà di scelta è molto più comodo per il soggetto deprivato della facoltà di scelta.

Giovanni Comandè mi ha spinto su un filone che è quello della *massima democratizzazione degli strumenti di ricorso* sul quale la Direttiva 2014/24 dà uno spunto molto interessante. Il

considerando n. 122, dir. 2014/24, dice – anche se nell’articolato non troviamo una chiara trasposizione di ciò che è previsto nel considerando -: ferme le procedure di ricorso di cui alla Direttiva 89/665/CEE, “*accessibili perlomeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto [...]*”, il considerando, in una misura che potrebbe arrivare a travolgere i principi consolidati del nostro ordinamento, afferma che “*i cittadini, i soggetti interessati organizzati o meno ed altre persone od organismo che non hanno accesso alle procedure di ricorso [di cui sopra], hanno un interesse legittimo in qualità di contribuente ad un corretto svolgimento delle procedure di aggiudicazione*”. E’ un’affermazione rivoluzionaria per l’ordinamento comunitario che, per la prima volta, in uno strumento normativo, ricorre alla parola “*interesse legittimo*”, tipico del nostro ordinamento; questi soggetti – che non sono quelli che hanno partecipato alle gare o che avrebbero potuto partecipare ecc. – dovrebbero – e si noti l’utilizzo del *condizionale* – “*avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all’autorità o alla struttura competente*”. Conferisce la legittimazione ad impugnare anche a questi soggetti, anche se si vuole davanti a corti e tribunali, nel senso che il considerando stabilisce “*senza che ciò comporti una loro azione dinanzi a corti e tribunali*”, ma nulla esclude che uno Stato riconosca tale legittimazione processuale, rimanendo nell’ambito di attuazione della direttiva. Lo Stato potrebbe riconoscere una legittimazione *non di tipo processuale*, ma di tipo *sostanziale*, da “ricorso amministrativo” davanti l’autorità o la struttura competente.

Il *considerando* prosegue: “*Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit*”. Dunque, dice: inventatevi quello che volete, ma un ente che si occupi di questi ricorsi, *ci vuole!*

Tutto questo è potenzialmente scardinante nel nostro sistema, in quanto esso ha distrutto il sistema dei ricorsi amministrativi, che formalmente esistono, ma *di fatto* non esistono, in quanto inutili. Ha correttamente, sulla base dell’istituto della legittimazione a ricorrere, “palettizzato” l’azione dinanzi ai tribunali.

E il cittadino? Eh no, dice il *considerando*, il cittadino ha un interesse ad un corretto svolgimento delle procedure di appalto, in qualità *contribuente*.

E’ una norma che non troverete nell’articolato normativo (v. art. 88, par. 2, Dir. 2014/24, che però è molto più generico). Il fatto che non ci sia un articolo che lo prevede, ma sia previsto da un *considerando* non esclude il ricorso alla Corte di giustizia da parte di un cittadino che non si veda attribuito questo diritto dalla normativa nazionale secondo queste modalità. La Corte di giustizia, nei tempi tra una direttiva e l’altra, sia lo strumento di evoluzione del sistema, ben diverso dalla funzione che svolgono, nel nostro ordinamento, il Consiglio di Stato o la Corte di cassazione, è ormai un dato di fatto. E dunque è un elemento assolutamente suscettibile di sviluppi imprevedibili che però, se, nell’ottica dell’*empowering citizens*, viene utilizzato dal singolo, anche non organizzato: le associazioni dei consumatori, le associazioni ambientaliste, non sono sufficienti a ritenere attualizzato questo principio.

Intervento Prof. G. Comandè

L’ultimo intervento mi ha fatto venire in mente i vecchi istituti dell’Inghilterra medioevale da cui nascono le *class action*, oggi ritenute moderne, che nascono con la possibilità del cittadino

qualunque di denunciare il pubblico amministratore che si riteneva aver agito in modo difforme con l'interesse dell'ufficio.

Il controllo della pubblica amministrazione, arma spuntata che si affida al diritto comunitario. Il mercato controllato e regolato e la verifica della concorrenzialità del mercato come uno strumento che dovrebbe portare ad eliminare i costi, anche derivanti dalla corruzione. E qui, chiaramente, la parola passa nelle mani del Consigliere Chieppa, AGCM.

Intervento Cons. R. Chieppa, Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il mio atteggiamento nel venire qui oggi e nell'apprendere il titolo dell'odierna tavola rotonda è stato quello di preoccupazione, in quanto mi sono interrogato non tanto sul significato dei due termini (anticorruzione e concorrenza), ma sul modo di metterli in relazione tra loro. Il Prof. Comandè ha accennato al complesso degli obblighi di trasparenza e ha posto la domanda: *per fare cosa servono tutti questi obblighi di trasparenza?*

Nel cercare anche io risposte a questa domanda, mi sono imbattuto in una teoria che mi ha incuriosito, la *teoria delle finestre rotte*, che viene spiegata con il richiamo alla vicenda di un funzionario della polizia americana, W. Bratton, che, nel 1990, fu incaricato dal sindaco Giuliani di gestire la metropolitana di New York, a quel tempo estremamente problematica per il verificarsi di numerosi crimini. E lui si ispirò espressamente alla teoria criminologica conosciuta come la *teoria delle finestre rotte*. Una finestra rotta in un quartiere fornisce l'impressione dell'assenza di regole, di qualcosa che non va, che invoglia a rompere le altre, e a ispirare tutta una serie di atti vandalici o criminali che portano a deteriorare ulteriormente l'ambiente. Quel funzionario di polizia iniziò a riparare le finestre della metropolitana di New York per dare l'impressione di un ambiente dove le regole erano rispettate (per prima cosa, l'obbligo di pagare il biglietto). Ma ciò ebbe l'effetto di una riduzione non solo dei reati minori, ma anche di quelli più gravi².

La morale è la seguente: per pretendere il rispetto delle regole occorre creare un ambiente di diffusa percezione dell'osservanza delle regole; quindi un ambiente sterile rispetto ai fenomeni corruttivi e poi l'ambiente – l'ordinamento – deve avere dei buoni anticorpi.

E' evidente che qualche problema in Italia lo abbiamo avuto, sia come ambiente sterile, sia come anticorpi.

I fenomeni di corruzione vanno al di là dell'illegittimità dell'agire amministrativo (contrarietà di determinate condotte o atti alla norma giuridica); tali fenomeni si pongono sul piano dell'illegalità, che richiede un *quid pluris* rispetto alla mera contrarietà alla norma giuridica. E richiede una finalità diversa, un'intenzione, un fine proprio: quello che gli amministrativisti definiscono lo *sviamento*.

Ora, tutte le questioni in materia di corruzione sono questioni ormai vecchie, ma ahimè sempre attuali, arricchitesi di nuove discipline che sono andate al di là dell'aspetto penalistico (v. ad. es. la Legge "Severino"). E' una legge che dà un significato di anticorruzione ben più ampio rispetto a quella che è la risposta *penale* al fenomeno della corruzione.

L'antitrust è un modello consolidato che tende a contrastare tutte le illecità anticompetitive che frenano la concorrenza nel mercato.

² La teoria delle finestre rotte è stata richiamata da D. Ielo, *Tecniche e metodologie di redazione dei piani anticorruzione*, relazione al convegno Corruzione, analisi e gestione del rischio di fallimento etico, 2013, disponibile sul sito www.formez.it.

Sicuramente l'impulso del legislatore, con la l. 190/2012 e i decreti attuativi (n. 33/2013 e n. 39/2013) e con l'istituzione dell'A.N.A.C., va salutato con favore, anche se non si può non notare come questa complessa normativa sia finita per costituire in alcuni casi dei meri adempimenti formali che gravano come nuovi oneri burocratici a carico di cittadini ed imprese. Alcune delle regole introdotte sembrano, infatti, risultano rappresentare degli inutili aggravamenti, che poco apportano alla finalità di contrastare la corruzione in ogni sua forma. Sicuramente questo è un rischio da evitare e si deve cercare di concentrare l'attenzione su quelle regole che hanno una portata anche sostanziale e che contribuiscono a creare quell'ambiente sterile e quegli anticorpi citati in precedenza.

Ma veniamo ai profili di contatto tra concorrenza e anticorruzione.

Uno dei profili di contatto è quello del settore degli appalti pubblici; l'importanza di questo settore è indicata in tutti i documenti dell'Ue che fanno riferimento ai fenomeni della corruzione; il settore degli appalti pesa sul PIL europeo per circa il 19%. In base agli studi della Corte dei conti, il costo della corruzione ammonta a 60 miliardi di euro, cioè il 4% del PIL. Per quanto riguarda il settore degli appalti, la prima distinzione da fare è tra i veri e propri fenomeni corruttivi, su cui interviene la magistratura penale, e quelli che sono, invece, i *fenomeni collusivi*, perseguiti anche dall'AGCM. Si comprende bene che si ha corruzione quando un fornitore, un prestatore di servizi, un costruttore viene preferito ingiustificatamente perché riesce ad intervenire sul decisore pubblico, a corrompere il decisore pubblico, sviando la decisione a proprio favore. Si ha fenomeno collusivo – che può anche non interessare il soggetto pubblico – quando i soggetti presenti sul mercato si mettono tra loro d'accordo, attraverso un'intesa anticompetitiva per partecipare alla gara, per spartirsi gli appalti (accordi di non competizione in sede di gara d'appalto). Sono condotte che possono anch'esse costituire fattispecie di rilievo penale, perseguite dall'AGCM sotto il profilo concorrenziale. L'AGCM ha dedicato particolare attenzione, negli ultimi anni, a questo settore: abbiamo aumentato il numero di segnalazioni sui bandi ed anche di impugnative – ora, l'AGCM ha la facoltà di impugnare atti lesivi della concorrenza -, ma abbiamo anche avviato diverse istruttorie per intese illecite nel settore degli appalti. Stiamo cercando anche di diffondere l'*humus* della concorrenza e dell'anticorruzione, inteso in senso ampio. Abbiamo pubblicato un *vademecum*³ che dovrebbe costituire una guida per le stazioni appaltanti, ove sono indicati una serie di indici di fenomeni collusivi. Non lo abbiamo pubblicato per stimolare l'intervento delle procure o le segnalazioni delle stazioni appaltanti alle procure; lo abbiamo fatto per quello che riguarda la nostra attività che è ad un livello *anteriore* rispetto al momento del rilievo penale, che può anche non esserci. Tutta una serie di elementi su fenomeni di boicottaggio della gara, gare andate deserte, offerte anomale (offerte di comodo rispetto ad altre), raggruppamento di imprese (Ati) con una determinata composizione, che si ripetono a secondo delle gare e dei diversi contesti territoriali, rotazioni delle offerte che possono essere indici di ripartizione del mercato; in questo documento sono indicati tutta una serie di *segnali di allarme*, sulla base dei quali le stazioni appaltanti potranno segnalare all'AGCM singole fattispecie per l'eventuale apertura di un'istruttoria. In questo settore sono sensibilmente aumentate le istruttorie e le sanzioni.

Ora, si cerca di portare avanti tutto questo faticosamente, dal momento che l'atteggiamento delle stazioni appaltanti è prima di tutto difendere se stesse, non segnalare, per la paura che vengano sospesi i lavori o le attività che devono essere espletate con urgenza.

Inoltre, nel nostro ordinamento è poco diffuso uno strumento come la *leniency*, previsto dal legislatore, ma poco utilizzato. Si tratta dei casi in cui un soggetto che ha compiuto una condotta anticoncorrenziale “si pente”, confessando il proprio illecito all'AGCM, con la

³ Vademecum per le stazioni appaltanti, individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici, disponibile al sito internet http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3955-delibera-e-vademecum.html.

conseguenza che se è il primo che lo fa potrà godere di un'esenzione dalla sanzione, oppure, se non è il primo, di una riduzione della sanzione.

Peraltro, nel settore degli appalti, questo fenomeno è quasi del tutto assente, perché il "pentito", colui che fa applicazione di un programma di clemenza, potrebbe essere soggetto ad un procedimento penale. Tant'è che l'AGCM, nella segnalazione per la legge annuale della concorrenza fatta nell'ottobre 2012, che poi non ha avuto alcun seguito, aveva ipotizzato anche una sorta di "immunità penale", simile a quella prevista nell'ambito del pentitismo vero e proprio, anche per i casi dei programmi di clemenza.

Certo, in tutto questo, si deve cercare di limitare l'approccio meramente formale. Abbiamo un codice degli appalti pubblici estremamente lungo e con un numero di articoli superiore alle normative degli altri ordinamenti europei. Questa farraginosità, questo eccesso di regole, facilita i fenomeni collusivi e di corruzione, disincentiva gli investimenti e rende meno competitivo il nostro Paese.

I contatti tra anticorruzione e concorrenza non sono solo nel settore negli appalti.

Tutta una serie di casi, di recente all'attenzione del giudice, dimostrano come fenomeni collusivi e comunque anticoncorrenziali si possono annidare là dove vi è anche un terreno fertile da parte delle pubbliche amministrazioni.

Molto spesso vi sono condotte anticompetitive, poste in essere dalle imprese in piena autonomia, che sono facilitate da condotte o atti delle pubbliche amministrazioni; tant'è che in un caso recentemente conclusosi dinanzi al Consiglio di Stato, quest'ultimo ha parlato di *abuso delle procedure amministrative*. Il caso è nel settore della grande distribuzione – siamo fuori dal settore degli appalti – e vi era una sorta di conflitto tra due imprenditori con un imprenditore più grande che aveva posto in essere una serie di atti finalizzati ad evitare l'ingresso dell'altro imprenditore nel mercato geografico. Quest'ultimo aveva presentato un progetto per la realizzazione di un supermercato in un determinato luogo; l'altro aveva acquistato un terreno proprio in *quel determinato luogo* acquisendo, secondo la disciplina amministrativa applicabile, un "potere di veto" relativamente all'iniziativa del concorrente, veto che aveva effettivamente esercitato opponendosi ai vari tentativi di accordo per la realizzazione dell'opera. Inoltre, anche in un secondo luogo individuato dal concorrente, aveva partecipato al procedimento amministrativo con una serie di osservazioni ed una tattica procedimentale che aveva indotto l'amministrazione a rallentare la procedura e infine a non approvare il progetto di tale soggetto⁴.

Apparentemente si tratta di attività del tutto legittime: acquisto un terreno, esercizio del diritto di partecipare ad un procedimento amministrativo come contro-interessato. Nessuno dubita della legittimità formale di questi atti. Ma la complessiva strategia è stata qualificata dalla AGCM come una strategia escludente, cioè un *abuso di posizione dominante* e quindi come un illecito anticoncorrenziale. E chi è in posizione dominante (settore comunicazione, ferroviario, trasporto, aereo) è molto facile che si trovi in una situazione di contiguità con la pubblica amministrazione, con *chi decide* e, in alcuni casi patologici, anche con la stessa autorità indipendente che regola. E da questa contiguità è molto facile che si arrivi alla "cattura", che consiste nel fatto che chi è in posizione dominante cattura il soggetto che dovrebbe dettare le regole. E qui si crea un *humus* molto fertile per condotte anticompetitive. Luca Arnaudo conosce bene i casi che ha seguito nel settore farmaceutico; ed anche qui c'è una sottile linea di confine tra ciò che è l'utilizzo legittimo dei brevetti e la possibilità di estenderli e quello che è l'utilizzo illecito in quanto anticompetitivo. Cito solo il caso "*Pfizer Italia S.r.l.*"⁵ in cui l'AGCM ha accertato una condotta consistente in un prolungamento artificioso di una copertura brevettuale al fine di ritardare l'ingresso dei farmaci generici nel

⁴ Provvedimento AGCM n. 23639, 6 giugno 2012, caso A437, Esselunga/Coop Estense, in Boll., n. 24/2012, confermato da Consiglio di Stato, VI, 25 marzo 2014, n. 1673.

⁵ Provvedimento AGCM n. 23194, 11 gennaio 2012, caso A431, Ratiopharm/Pfizer, in Boll., n. 2/2012.

mercato. Anche questo può avvenire con atti e condotte che facilitano l'abuso da parte del regolatore. Non sono episodi in cui emergono elementi di corruzione – almeno non di evidenza -; vi è probabilmente l'assenza di qualsiasi rilievo penale. Tuttavia sono episodi che denotano come vi sia poca trasparenza nelle scelte da parte del soggetto regolatore che ha poi delle conseguenze serie sulla competitività di un Paese e sullo sviluppo della concorrenza del mercato.

Dal punto di vista concorrenziale, molto spesso, il freno all'applicazione del pieno gioco della concorrenza viene dato, prima ancora che dall'amministrazione, dal *legislatore*. L'AGCM fa un intenso uso della propria attività di *advocacy*, nel segnalare le leggi ad effetto distorsivo della concorrenza, alcune volte le può disapplicare. Alcune volte le segnalazioni vengono accolte, molte altre volte no. Ad esempio, è in corso di conversione, in uno degli ultimi decreti legge, una norma, che penso stia andando all'esame anche della Commissione europea, sul prolungamento delle concessioni autostradali che dal punto di vista concorrenziale è una norma che fa fare un grosso passo indietro⁶.

Allora il discorso si sposta su una serie di questioni che anche la legge "Severino" non ha risolto: l'influenza delle *lobbies* sull'attività legislativa o anche sull'attività amministrativa delle singole amministrazioni. Il fenomeno delle *lobbies* è regolato da tempo negli USA, è regolato a livello europeo, è regolato in molti altri Stati; da noi se n'è parlato ogni tanto, anche nell'ultimo Governo Letta, ma la questione naufragò nel Consiglio dei Ministri. Ma ciò non significa che il fenomeno in Italia non ci sia. Esiste, e si sviluppa in modo non trasparente.

Non ho trattato alcuni aspetti di competenza dell'AGCM, come l'attribuzione del *rating* di legalità alle imprese, che deve ancora trovare una connotazione precisa e anche questo rischia di diventare un formalismo, cioè un onere: o si dà un significato di carattere sostanziale al *rating*, oppure è un altro pezzo di carta, il cui utilizzo concreto non è immediato. Non ho trattato della questione del conflitto di interessi che la disciplina vigente rimette all'AGCM; qui l'Autorità ha da tempo segnalato l'inefficacia dell'attuale legge sul conflitto di interessi, che ha un approccio meramente formale e non va a colpire il conflitto di interessi di tipo patrimoniale. In Parlamento sono depositati diversi disegni di legge: siamo in attesa di un'auspicata riforma.

Penso che un'amministrazione poco trasparente, poco virtuosa, poco efficiente, è un'amministrazione che facilita la corruzione e la collusione. La risposta a questo non può essere la sola risposta della magistratura penale, come è stato negli ultimi anni. La risposta è un'attività di tipo preventivo, culturale, incalzare le p.a. su tutti gli atti che adottano, poco "aperti" alla concorrenza, gli atti restrittivi, dietro ai quali si celano connivenze, fenomeni di cattura, attività delle *lobbies*, sanzionare chi sbaglia. Tutto ciò che l'Autorità sta cercando di fare, attraverso l'attività di *advocacy*, attraverso la nuova facoltà di impugnare gli atti lesivi della concorrenza, attraverso lo strumento delle istruttorie e delle sanzioni antitrust. L'ANAC sta facendo la sua parte, pur essendo stata da poco istituita. Ma la propria parte la devono fare le stazioni appaltanti, i gruppi di interesse, il legislatore.

Trasformare un Paese in un paese in cui chi vuole investire può farlo senza cadere nelle maglie della burocrazia, dove si può vincere la gara se l'offerta è migliore, e se subisci un sopruso in sede di gara puoi reagire ricorrendo al giudice; tutto ciò deve essere reso possibile non certo riducendo il livello di tutela giurisdizionale, ma creando un ambiente "sterile", riaggiustando le "*finestre rotte*", così come ha fatto il funzionario nella metro di New York. Rafforzare gli anticorpi che non possono essere solo quelli della magistratura penale. Su questo dobbiamo fare molta strada per risalire le classifiche di cui si è già detto; ma una cosa è certa: se percorreremo questa strada, ciò renderà più competitivo e soprattutto più onesto e limpido il nostro Paese.

⁶ Cfr. D.L. 12 settembre 2014, n. 133, art. 5.

Intervento del Prof. G. Comandè

Ci hai portato ad attraversare le linee della legalità e *dell'abuso della legalità*. Con i vari esempi che ci hai proposto, ci hai messo davanti agli occhi come determinate condotte, isolatamente considerate, sono di per sé legittime, ma, se viste in un disegno più complessivo, rischiano di essere elementi non necessariamente corruttivi in sede penale, ma capaci di falsare la concorrenza. Mi veniva in mente l'esempio "immuno-depressivo" delle *slaps*, le azioni normalmente intraprese dalle grandi compagnie che si vedono aggredite dal piccolo imprenditore piuttosto che dal battitore libero, che denuncia fenomeni di abuso di quel genere e si vede riversato un fiume di azioni legali, di "slaps", schiaffi, che di per sé sono singolarmente legittime, ma il cui risultato è quello che viene chiamato "*chilling effect*". Se sei piccolo e non "ben appoggiato" non puoi "combattere" una categoria. La logica del diritto abilitante è esattamente l'opposto: capire che fornire degli strumenti al cittadino è funzionale ad avviare processi virtuosi, proprio per ricreare l'ambiente sterile di cui si diceva. Tutto si svolge nei settori economici. Ed è per questo che abbiamo ri-chiamato qui alla scuola Mauro Sylos Labini per dirci qualcosa sul versante economico.

Intervento del Dott. Mauro Sylos Labini

Per prima cosa, vorrei essere chiaro sul fatto che la corruzione è un campo in cui le politiche messe in campo sono avanti rispetto alla ricerca, per due ragioni fondamentali. La prima, anche se, come detto negli interventi che mi hanno preceduto, esistono diversi tentativi di misurazione del fenomeno, in realtà si tratta di una misurazione molto complicata, per due motivi fondamentali: primo, per definizione, la corruzione tende ad essere nascosta, quindi è difficile raccogliere dati affidabili. Secondo, proprio quando si tenta di misurarla, ciò la spinge a nascondersi ancora di più. Ecco perché molte indagini che tentano di misurarla, tendono a sottostimare il fenomeno. Una seconda ragione è teorica e concerne il fatto che molti scienziati sociali utilizzano dei modelli in cui la corruzione è una forma generica di *moral hazard*, cioè di opportunismo dovuto ad azione nascosta. Una situazione in cui i cittadini o lo Stato, che sono il *principale (chi delega una responsabilità o un potere)* delegano potere discrezionale ad un politico o ad un burocrate, il quale può approfittarsene (c.d. *agente*). Qual è il problema con questo approccio? Ce ne sono due problemi: il primo ha a che fare con la corruzione è un fenomeno molto complicato, che ha indossa vestiti molto diversi: una cosa è la corruzione all'interno degli appalti dei servizi pubblici, una cosa è la corruzione in ambito sanitario, in ambito universitario. Esistono molti tipi di corruzione: a volte questa rappresentazione astratta (principale che delega, agente che può tradire la fiducia) non è sufficientemente ampia. In secondo luogo: questo schema teorico (modello principale – agente) ha delle implicazioni di *policy* molto particolari che riguardano quasi sempre gli *incentivi ed i controlli*. L'intuizione è quasi sempre quella del modello di crimine di Gary Becker: il potenziale corrotto considera costi e benefici e decide razionalmente. Quasi sempre questo modello porta a pensare alle implicazioni di *policy* come *controlli e incentivi*, senza focalizzarsi su un aspetto fondamentale, messo in luce anche dalle relazioni precedenti, che ha a che fare con le *regole e il contesto*. Sottolineo la parola "regole": non sono un giurista, ed utilizzerò la parola "regole" in un senso ampio, fino a farle diventare quasi sinonimo di "istituzioni". La definizione che proporrò di "corruzione" si concentrerà sul concetto di "*corruzione come infrazione di una regola per ottenere un vantaggio privato*". Dopo questa prima "ammissione di impotenza" (la ricerca è indietro rispetto alla pratica anticorruzione), proverò a rispondere a quattro domande: la prima ha a che fare con la *definizione* del fenomeno "corruzione", che sia però utile, cioè da un lato abbastanza astratta; dall'altra, non troppo generica, come quella

dell'azione nascosta di cui sopra. La seconda domanda cui tenterò di rispondere è: *quali sono le cause della corruzione?* Come mai l'Italia, così come è stato ricordato, appare in basso alle classifiche? Per rispondere a questa domanda cercherò di affrontarla dal punto di vista empirico ed anche con qualche considerazione di tipo teorico, e torneremo al problema delle istituzioni. Terza domanda, piuttosto impegnativa: *quali politiche funzionano per ridurre la corruzione? E' meglio controllare o dare incentivi oppure modificare le regole e le istituzioni?* Ed infine arriverò al tema centrale della tavola rotonda di oggi: qual è la relazione tra anticorruzione e concorrenza? Si tratta, in realtà, di una relazione piuttosto complicata. Cominciamo dalla definizione. Rispetto al modello semplificato principale-agente, può essere più utile pensare alla corruzione come ad una situazione in cui il problema fondamentale è allocare dei beni, delle licenze e slots a degli agenti eterogenei, che sono i cittadini e le imprese. Esempi: un ospedale deve allocare i posti letto a chi è effettivamente più malato e non a chi ha semplicemente un raffreddore o può permettersi di pagare di più un letto in ospedale. Scegliere un fornitore di beni e servizi in modo efficiente, e cioè non chi è disposto a pagare una tangente, bensì chi fornisce beni o presta servizi di qualità maggiore e ad un prezzo più basso. Per l'ufficio della motorizzazione civile il problema è quello di rilasciare le patenti. Quasi tutti i casi – non tutti, ma moltissimi – possono ridursi a questo tipo di problema: allocare questi beni alle *persone giuste*.

Il problema “economico” di informazione imperfetta: le caratteristiche degli agenti ai quali vanno allocate queste risorse non sono facilmente osservabili. In particolare, sono osservabili in modo impreciso da parte del burocrate/politico. Lo Stato per fare in modo che queste risorse vengano allocate alle persone che ritiene giuste, fissa delle regole. Tipicamente queste regole hanno a che fare con il prezzo che gli agenti devono pagare per avere queste risorse; in secondo luogo, lo Stato deve anche occuparsi di dire al burocrate/politico quali sono i tipi cui allocare queste risorse (lo Stato ha interesse a che i letti vengano assegnati a *chi* ne ha effettivamente necessità, perché malato, indipendentemente dalla sua disponibilità a pagare). E deve anche decidere quanti controlli deve fare il burocrate/politico: lo Stato deve dire al burocrate o al politico come verificare che si tratti realmente di un soggetto che presenta le caratteristiche che lo Stato ritiene necessarie per l'attribuzione della risorsa, dal momento che tali caratteristiche sono difficilmente osservabili. A questo punto, il burocrate politico ha due possibilità: può o rispettare le regole che gli ha dato lo Stato (prezzo, a chi allocare e quanti controlli svolgere) o non rispettarle per ottenere un vantaggio privato. In questa schematizzazione, la corruzione è la seconda scelta: sono sicuro che molti dei presenti non siano completamente d'accordo con questa definizione, però in questo tipo di modello teorico la corruzione significa non rispettare queste tre regole.

L'eterogeneità degli agenti ha a che fare con, prima di tutto, il *valore sociale* (il valore sociale di un malato è alto se è *effettivamente malato*); però gli agenti sono anche eterogenei sotto il profilo del *valore privato* e per la loro disponibilità a pagare il bene. Svolgo una prima considerazione intorno alla relazione tra corruzione e concorrenza: purtroppo questa relazione è complicata dal fatto che spesso dove vi è corruzione vi è anche la scelta dello Stato di non allocare, per ragioni di efficienza, le risorse secondo le regole della concorrenza economica (disponibilità a pagare per l'attribuzione dei posti letto). Questo schema permette di arrivare ad una prima classificazione del fenomeno che ha a che fare con le regole che non vengono rispettate: se l'agente non rispetta la regola del prezzo si ha una prima manifestazione, la più comune, che riguarda le *tangenti*. Se un burocrate si fa pagare un prezzo più alto di quello fissato dallo Stato, sta ricevendo una tangente. Se invece svolge troppi controlli sul tipo di agente che ha di fronte rispetto a quelli stabiliti dallo Stato, si ha un eccesso di burocrazia, che in inglese si definisce “*red tape*”. Se invece svolge un numero di controlli inferiore a quello stabilito, allora si ha il fenomeno del burocrate lassista o assenteista. E infine c'è l'ultimo di corruzione, il più grave di tutti per l'efficienza economica,

che è quello che si verifica quando il bene viene assegnato al soggetto sbagliato (non alla persona malata). Qual è il vantaggio di questo tipo di definizione? Prima di tutto, secondo questa definizione ciò che è corrotto non dipende da motivi etico – morali soggettivi, ma *dalle regole*. Possiamo discutere se è utile o meno. Ma pensiamo al caso del nepotismo: è un caso in cui non è ovvio se esso consiste in una forma di corruzione, ma quando si misura il fenomeno “corruzione” è fondamentale essere precisi su ciò che si sta misurando. O pensiamo all’esempio di una stazione appaltante che appalta ad un’azienda di proprietà di un parente. *Se ci sono delle regole che proibiscono queste condotte, allora siamo di fronte ad un fenomeno di corruzione. Se non ci sono, secondo questa definizione, non è corruzione.* Questo non significa che si arriva ad un risultato efficiente. Sicuramente si tratta di una definizione molto chiara.

In secondo luogo, questa definizione permette di studiare con precisione la correlazione tra diversi tipi di corruzione. Spesso l’eccesso di burocrazia è correlato con il pagamento di tangenti: non per caso, ma perché spesso è il burocrate che genera volutamente un eccesso di controlli, proprio perché vuole il pagamento di una tangente. Il terzo vantaggio di questo approccio è che ci consente di focalizzarsi sulle *regole*. E’ ovvio che le regole siano importanti. Tuttavia, in un modello Principale-Agente questo non è sempre ovvio. L’approccio proposto, invece, costringe a chiedersi: *con quali obiettivi sono state definite queste regole?* E rende abbastanza chiaro che quando si fissano delle regole c’è spesso un *trade-off* tra il raggiungimento dei risultati efficienti e il rischio corruzione. In questo approccio, per definizione, più *regole* aumentano il rischio corruzione.

L’opposto di aggiungere regole è concedere discrezionalità. Paradossalmente se lo Stato, anziché fissare le regole per l’allocazione delle risorse, desse piena discrezionalità all’agente, non vi sarebbe più corruzione, *perché non vi sarebbero più regole da infrangere*. Ma questo in moltissimi casi diminuirebbe l’efficienza.

Infine, l’ultimo vantaggio di questo approccio è che ci permette di studiare un caso molto particolare: nelle discussioni sulla corruzione, è un caso che viene spesso fuori. Spesso si dice che la corruzione è efficiente perché consente di *oliare il sistema*. Questo approccio consente di confinare questa possibilità a situazioni ben specifiche. Il modello consente di chiarire che si tratta di fattispecie molto limitate.

Infine – e questo è uno dei punti da cui ero partito – il modello in esame permette di affrontare le politiche che non hanno soltanto a che fare con il controllo e con gli incentivi, ma *quali sono le regole che si stabiliscono*.

Passiamo alla seconda domanda alla quale vorrei rispondere, che è, appunto, *“quali sono le cause della corruzione”*. Per capire le cause, è necessario poter misurare il fenomeno. Mentre a livello microeconomico, si è arrivati a misure molto convincenti, purtroppo, a livello macroeconomico, ci si deve affidare ad indicatori abbastanza limitati, che sono sostanzialmente di tre tipi. Il primo proviene da imprese private interessate a misurare il “rischio Paese” per le imprese; e in questo rischio “Paese” c’è il rischio corruzione. L’*Intelligence Unit dell’Economist* è stata la prima che ha misurato questo rischio “Paese”. Un secondo insieme di indicatori prova a misurare la corruzione attraverso la percezione della corruzione: spesso si tratta di percezione di esperti, e non di singoli cittadini. Di solito sono organizzazioni non governative che misurano la corruzione in questo modo. Il più noto è quello di *Transparency International*, ma ritengo che il più completo è l’indice di corruzione percepita misurato dalla Banca Mondiale che ha dei vantaggi rispetto al primo. E’ molto importante comprendere la differenza tra misura del rischio e misura della percezione della corruzione. La misura di rischio è, in un certo senso, la misura di un risultato, di un *outcome*; la misura di percezione ha a che fare con quanto gli individui percepiscono che sia grave il problema.

Infine esiste un terzo insieme di indicatori, molto più precisi ma anche più rari, che invece sono *indicatori cardinali*, calcolati su indagini più precise: *quante tangenti hai dovuto pagare?*

Quante volte ti hanno chiesto una tangente? A volte si arriva a misurare anche l'ammontare delle tangenti. Purtroppo sono disponibili per pochi Paesi.

Tutti questi indicatori hanno tantissimi limiti ma sono molto correlati tra di loro; e questo ci dice che sono relativamente affidabili.

Detto questo, *con cosa sono correlate queste misure?* In genere, l'approccio generale, più diffuso, è quello di correlare questi indicatori con le misure di qualità delle istituzioni (*rule of law, efficienza del sistema giudiziario*). Questo esercizio può essere fatto con due approcci leggermente diversi: il primo approccio parte dalla relazione che va *dalle misure di benessere economico verso la qualità delle istituzioni*, per cui sono i fattori economici che migliorano la qualità delle istituzioni. E' la crescita economica che da sola migliorerebbe la situazione.

La seconda versione di queste teorie (Acemoglu & Robinson, 2012), forse più interessante, guarda le istituzioni come un qualcosa di meno plastico, che non muta velocemente con il progresso economico, inquadrando le istituzioni come una vera e propria *eredità della storia*. Di solito il nesso causale è "*migliori istituzioni*" (migliori politiche per la concorrenza, ad esempio) che possono portare ad una riduzione della corruzione.

Analizziamo un grafico che mette in relazione il PIL pro capite (2013), sull'asse delle x, che indica il grado di benessere, e sull'asse delle y il tasso di corruzione percepita misurato dalla Banca Mondiale. Questo indice assume valori alti per Paesi poco corrotti e valori bassi per Paesi più corrotti. Questa semplice correlazione ci dice che l'Italia è un Paese *relativamente corrotto*; ma ci dice anche che l'Italia, a parità di livello di sviluppo, è molto corrotto. L'Italia non soltanto è un paese corrotto, ma *a parità di PIL pro capite*, è molto corrotto. E' vero che questo grafico ci dice che lo sviluppo economico è correlato con la corruzione. Ma ci dice anche che c'è una grande varietà per lo stesso livello di PIL pro capite. Il grafico suggerisce, in maniera assolutamente impressionistica, che le istituzioni sono importanti.

Passiamo alla terza domanda. *Quali sono le migliori politiche per la corruzione, cosa dicono le evidenze internazionali?*

Può essere utile, se vi convince il mio approccio, distinguere tra due tipi di politiche. Le politiche che riguardano i controlli e gli incentivi, che sono quelle politiche che venivano quasi naturali dall'approccio *principale-agente*; e invece quegli approcci che puntano a cambiare le regole, a cambiare le istituzioni. Cosa dicono le evidenze disponibili a livello internazionale. Dicono che nel breve periodo il controllo-incentivi sono davvero molto efficaci. Ci sono anche degli esempi di grande successo, che vengono citati spesso, che sono quelli di Singapore e Hong Kong, che grazie a istituzioni anticorruzione davvero credibili sono riusciti a ridurre incredibilmente il loro livello di corruzione. Ovviamente queste evidenze dicono anche che questi controlli e questi incentivi – qui per incentivi si deve pensare alla gravità delle pene – sono efficaci soprattutto se vengono utilizzati congiuntamente; occorre quindi non soltanto aumentare la pena ma anche aumentare il controllo. Ma le evidenze sono evidenze che si basano soprattutto su dati di paesi in via di sviluppo, dicono anche che nel lungo periodo però che questi controlli e questi incentivi funzionano per un po' ma poi smettono di funzionare, perché se non vengono cambiate le regole che hanno a che fare con il prezzo i controlli e a chi si assegnano le risorse questi controlli e questi incentivi non sono più sufficienti; a volte addirittura vengono le regole stesse cambiate. Uno dei libri più interessanti scritto sulla corruzione in Italia ha studiato in profondità la vicenda del Mose, dove in realtà sono stati arrestati soltanto gli stupidi, perché gran parte della corruzione (che con il mio approccio non si chiamerebbe corruzione) è avvenuta attraverso il cambiamento delle regole. Quindi non sono stati compiuti atti di vera e propria corruzione. Il titolo del libro di cui vi volevo è *Corruzione a norma di legge*, di Francesco Giavazzi. Se volessi trarre una breve lezione: nel breve periodo vanno benissimo, anzi sono necessari più controlli e più incentivi, ma nel lungo periodo sono importantissime le istituzioni e le regole. In alcuni casi queste evidenze empiriche hanno mostrato che dare più responsabilità, che mi sembrava uno dei suggerimenti dati precedentemente, funziona molto, funziona bene, soprattutto ovviamente se viene data quella che viene chiamata *accountability*. Anche qui dico una cosa non troppo originale, ma studi empirici dimostrano che più

decentramento e quindi più discrezionalità dell'agente burocrate funziona solo quando c'è più *accountability*.

E la concorrenza?

Una prima cosa che mi sento di dire è che bisogna stare molto attenti; ovviamente se correlissimo quella misura di corruzione che vi ho fatto vedere con qualsiasi indicatore di concorrenza c'è una fortissima correlazione. Ma ovviamente dobbiamo stare attenti nel capire da dove viene questa correlazione; è la maggiore concorrenza che diminuisce la corruzione, o è la corruzione che ha un fortissimo effetto sulla concorrenza. E direi che sul primo lato della relazione causale non ci sono dubbi: è abbastanza ovvio che più corruzione diminuisce la concorrenza; ecco perché l'autorità antitrust giustamente deve occuparsi di corruzione e deve aiutare a far suonare quei campanelli dei quali parlavamo prima. E' più difficile rispondere all'altra domanda. E' vero anche il contrario, cioè che aumentare la concorrenza migliorerebbe la corruzione? Qui c'è da distinguere tra due aspetti della corruzione. La prima è la corruzione su quelli che abbiamo chiamato agenti, e quindi tra imprese o tra cittadini; e questa concorrenza da un lato sembra abbastanza ovvio che diminuisca la corruzione, perché se non ci sono rendite che le imprese non possono pagare tangenti e quindi non ci sarebbe corruzione; questo è il legame ovvio. Ci sono però legami più complicati ai quali si può pensare perché a volte se ci sono più rendite, ad esempio nel caso degli ex monopoli naturali, ci sono maggiori controlli e quindi non è automatico che minore concorrenza automaticamente porti a minore (maggiore?) corruzione. Questo è un punto importante e spesso ha a che fare con l'ambiente stesso nel quale si genera corruzione. Comunque diciamo quando c'è un problema teorico ci potrebbero essere entrambe: da un lato più concorrenza, meno rendite e quindi meno soldi per pagare le tangenti; dall'altro, in alcuni casi, quando ci sono rendite il principale sa bene che deve controllare con molta attenzione l'agente e quindi potrebbe esserci meno corruzione. Dal punto di vista empirici, uno dei paper più robusti che è stato pubblicato su questo tema supporta soprattutto la prima ipotesi; quindi la seconda, che a livello teorico ci può essere, sembra essere più debole. L'altro aspetto più importante ha a che fare con un altro aspetto di concorrenza del quale si è parlato poco che ha a che fare con la concorrenza dei burocrati e dei politici, di quelli che appunto possono essere corrotti. E qui anche i primi contributi che sono stati dati alla letteratura sulla corruzione puntavano molto sul fatto che mettere dei burocrati in concorrenza fra loro potesse favorire l'eliminazione della corruzione, in realtà sia alcuni contributi teorici che alcuni contributi empirici hanno mostrato che non è sempre così. In particolare pensiamo a quello che è successo nelle conferenze dei servizi o a poteri dati a più agenti pubblici. A volte se questi burocrati o questi politici hanno poteri di veto è ragionevole pensare che possono fare molto peggio di invece una singola autorità che ha potere discrezionale. Quindi se dovessi dire qual è la bottom line di questa slide finale è prima di tutto attenzione ad ambo i lati del legame causale. Sicuramente più corruzione diminuisce il livello di concorrenza e quindi fa benissimo l'antitrust ad occuparsene; tutte le evidenze mostrano che nel caso di concorrenza tra quelli che ho chiamato agenti, e quindi tra imprese, vale lo stesso, e quindi un'autorità antitrust più efficace aiuterebbe anche a diminuire (aumentare?) la concorrenza. Attenzione invece all'altro tipo di concorrenza: mettere troppi burocrati in concorrenza tra loro per fare controlli potrebbe avere degli effetti indesiderati sul livello di corruzione.

Intervento del Dott. S. Del Corso

Allora io vorrei partire da una domanda che pongo a tutti voi e che è questa; perché finora noi abbiamo parlato di corruzione; a questo punto dobbiamo parlare e dobbiamo chiarire a mio giudizio in modo molto netto che stiamo parlando di corruzione nella Pubblica Amministrazione.

Sembra probabilmente una banalità questa ma forse non è tanto una banalità, non solo per le ultime considerazioni che Mauro svolgeva in rapporto alla necessità forse di prevedere anche una corruzione in campo privato e che sicuramente non può essere risolta da quella normicina che è stata introdotta dalla Legge Severino sulla corruzione tra privati ma anche perché parlare di

corruzione nella pubblica amministrazione obbliga inevitabilmente - e questo è il primo punto - a definire che cos'è la pubblica amministrazione.

Perché questo è il primo problema che si pone e che non può non porsi; perché prima di andare a vedere poi l'assetto che si è voluto dare con la riforma del 2012 alla normativa sulla corruzione in materia dei diritti dei pubblici ufficiali il problema che sorge è evidentemente anche quello di identificare la figura del pubblico agente; e allora qui - ed è un problema che io pongo soprattutto ai colleghi amministrativisti - noi abbiamo una riforma piuttosto vecchiotta che risale al 1990 in cui si convinse tutta la platea degli operatori giuridici, tutti i giuristi, che forse si doveva andare a edificare su basi teoriche straordinariamente alte, così alte, ma così alte che probabilmente poi dal punto di vista applicativo si rendeva sostanzialmente difficile la definizione e l'individuazione del pubblico agente. Perché io credo che non esista al mondo in nessun ordinamento giuridico una nozione di pubblico agente che si basa sulla nozione di attività pubblica che viene a sua volta ad essere definita - questa è la nozione che ci consegna l'articolo 357 del Codice Penale - come "attività disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi". Io penso che una riforma concepita in questi termini meritasse probabilmente un premio per quanto riguarda la qualità teorica, ma edificare dicendo che un'attività è pubblica quando è disciplinata da norme di diritto pubblico sinceramente mi è parsa una scelta appena appena avventata. Tant'è vero che la domanda immediatamente successiva è questa: ma questo significa che quando la pubblica amministrazione agisce sulla base di norme di diritto privato improvvisamente non è più pubblica amministrazione? Perché quella riforma era nata, non ce lo scordiamo, per la necessità di espungere dall'ambito della pubblica amministrazione quelli che erano gli istituti di credito e di diritto pubblico; perché siccome ogni norma ha una sua storia, questa storia ha segnato anche la definizione di pubblica attività e di pubblico agente. Dico questo perché evidentemente le considerazioni che faceva Roberto Chieppa e che facevano tutti i relatori erano considerazioni chiaramente tarate su quel fenomeno che poi costituisce il cuore probabilmente di questo seminario rappresentato dal rapporto fra anticorruzione e concorrenza con particolare riferimento agli appalti. Perché poi è soprattutto nel settore degli appalti che si può andare a cercare anche di misurare l'incidenza del fenomeno corruttivo rispetto all'economia ma il fenomeno corruttivo certo non si esaurisce negli appalti e voi sapete benissimo che dal 1990 in poi con la trasformazione anche della pubblica amministrazione non soltanto con l'uso da parte della pubblica amministrazione di strumenti di diritto privato ma col moltiplicarsi di società *in house* oppure addirittura di società a prevalente partecipazione pubblica che però si occupano di e svolgono pubblici servizi il problema dell'applicabilità anche a quei soggetti delle norme che riguardano la corruzione o che riguardano comunque i delitti dei pubblici ufficiali, dei pubblici agenti contro la pubblica amministrazione è un problema che ha affannato chiaramente la giurisprudenza di tutti i giorni. Con un'incertezza applicativa di non poco conto e con il fatto che sul versante giurisprudenziale si è risolto il problema andando a vedere quello che era il profilo contenutistico e dire: se tu comunque sei in maggioranza in una società a partecipazione (per azione, di capitali), tu pubblico soggetto sei maggioranza in quella società, evidentemente la tua presenza connota - e non può connotare - di una finalità in qualche misura pubblicistica l'attività stessa e quindi recuperare per questa via quello che si era cercato di espellere sul versante della qualificazione e della individuazione normativa della nozione di pubblica attività.

Io mi scuso se ho fatto questa premessa ma secondo me è una premessa indispensabile perché se non si delimita il campo di applicazione anche delle norme di cui andiamo a parlare rischiamo poi di non capire a quale fenomeno vogliamo interessarci.

Allora, la riforma del 2012: Corruzione e concussione... Io vorrei occuparmi soltanto della corruzione ma è inevitabile che poi un piccolo sconfinamento sul versante della concussione è evidente e inevitabile.

Costituiscono chiaramente il cuore della risposta repressiva in materia di reati contro la pubblica amministrazione e allora se questo è: **corruzione**.

Teniamo presente e cerchiamo di vedere quali sono le modifiche che sono state introdotte perché queste modifiche chiaramente son modifiche che interessano anche sul versante della domanda che

dobbiamo farci che segue quella di *“Individuiamo che cosa si intende per pubblica amministrazione”*: perché si reprime il fenomeno corruttivo?

Io non mi voglio avventurare dicendo: si reprime il fenomeno corruttivo perché quanto più reprimiamo la corruzione quanto più si sviluppa un'attività concorrenziale tanto più ritorneremo alla crescita perché sono tre passaggi sui quali ci sarebbe da dire, e molto; la ratio di qualunque disposizione penale va ricercata. Si deve capire perché si vuole e si deve reprimere. Allora, attenzione: nello schema anteriore alla riforma del 2012 qualunque manuale di diritto penale voi aveste letto, non dico studiato, soltanto letto, vi avrebbe detto e vi avrebbe illustrato che esistevano nel nostro ordinamento quattro ipotesi di corruzione. Innanzitutto c'era la corruzione propria e la corruzione impropria, la prima distinzione basilare. A seconda che questa corruzione riguardasse un atto contrario ai doveri di ufficio oppure, ecco la corruzione impropria, un atto conforme ai doveri di ufficio. Ma poi, non pago il legislatore del '30 e di questo tipo di distinzione, la distinzione ulteriore veniva operata a seconda che la corruzione avvenisse – corruzione che evidentemente riguardava, essendo un reato per capirci accordo fra pubblico agente e il privato – avvenisse anteriormente o successivamente alla adozione di quell'atto (poi sul discorso dell'atto ritornerò), per cui avevamo una corruzione antecedente e una corruzione susseguente. Quindi volendo incastrare e giocare su queste due costruzioni avevamo una corruzione propria antecedente, una corruzione propria susseguente, una corruzione impropria antecedente, una corruzione impropria susseguente.

Ma – e questo mi permetto di sottolinearlo perché poi è importante sul versante della modifica introdotta nel 2012 – mentre il privato veniva a rispondere delle ipotesi di corruzione propria sia antecedente che susseguente fra l'altro sanzionate sul versante della repressione penale con la stessa identica pena perché si diceva “non interessa se ti accordi per o retribuisci dopo perché è stato compiuto”; quando si arrivava a prendere in considerazione la corruzione impropria – cioè la corruzione per un atto conforme ai doveri di ufficio e che quindi è una corruzione (attenzione Mauro) che evidentemente va a vedere non tanto un profilo di efficienza perché il pubblico ufficiale sta per adottare o ha già adottato un atto conforme ai doveri d'ufficio, il privato veniva incriminato soltanto nel caso di corruzione antecedente, non nel caso di corruzione susseguente. Si diceva “tu pubblico agente rispondi del reato di corruzione – nel caso della corruzione impropria susseguente – perché comunque vada tu quel denaro – “sterco del denaro” per dirla con Le Goff – non lo devi toccare, mai e poi mai”; ma il privato non risponde. Sarà stato un legislatore bislacco, sarà stato un legislatore poco attento. A mio avviso era un legislatore che probabilmente tutto sommato aveva le idee anche abbastanza chiare. Perché, senza andare a invocare nel 1930 quei principi costituzionali che poi la dottrina penalistica ha cercato di porre alla base dell'incriminazione delle due forme di corruzione, se noi andiamo a cercare una logica dell'incriminazione, la logica dell'incriminazione voleva essere comunque una logica di repressione di condotte che andavano a inficiare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. E un privato che paga dopo un pubblico ufficiale per un atto conforme ai doveri di ufficio che ha posto in essere, non tocca, non viola né il principio di buon andamento né quello di imparzialità. Se la vogliamo estremizzare, che cosa succede? Succede che nel 2012 – vado molto per sommi capi, anche per consentire al pubblico di intervenire prima delle 18 – nel 2012 l'intervento, il primo intervento che si compie con riferimento alla corruzione propria – cioè quella per atti contrari ai doveri d'ufficio – è quello di aumentare la pena. Quindi l'unico intervento sulla corruzione propria nel 2012 è quello dell'aumento della pena; si aumenta la pena della corruzione propria. La corruzione impropria – per come ve l'ho descritta prima – chi diligentemente ha preso appunti, può metterla da parte perché non c'è più; perché viene completamente riscritta la disposizione e viene riscritta in questi termini (lo leggo perché è utilissimo): articolo 318, corruzione per l'esercizio della funzione:

“Il pubblico ufficiale, che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.” Cioè una reclusione significativamente inferiore rispetto a quella prevista per la corruzione propria che oscilla invece da 4 a 8 anni.

Corruzione per l'esercizio della funzione; prima domanda (perché poi l'assetto diventa un assetto estremamente importante): ma la corruzione per l'esercizio della funzione ha raccolto l'eredità della vecchia corruzione impropria?

Per qualcuno la risposta è netta: sì, certo, ma aggiungendo: non solo l'ha raccolta; addirittura, avrebbe ampliato l'ambito di operatività, l'ambito di incriminazione della corruzione impropria. In che senso? Nel senso che essendo formulata nei termini – poi, i giuristi sono una razza cattivissima, una razza da cui bisogna sempre stare attenti – *per* l'esercizio delle sue funzioni e dei suoi poteri. Lunghe disquisizioni sul *per*, lunghe disquisizioni sul *per*. Ma ha una dimensione, come si dice, finale, o ha una dimensione causale? Perché, se la dimensione è esclusivamente quella finale evidentemente si incrimina soltanto la corruzione tra virgolette “impropria” – uso questo termine ma non è corretto – per qualcosa che dovrà venire, cioè un esercizio di una funzione da parte di un ufficiale. Ma se lo si interpreta, quel *per*, nella dimensione causale, ecco allora che potrebbe essere per qualcosa che è già avvenuto; ma se questo è vuol dire che a questo punto l'ordinamento (il legislatore del 2012) avrebbe incriminato anche il privato il quale paga dopo per qualcosa che è già avvenuto e che potrebbe essere anche, e sicuramente lo è, conforme (in molti casi) ai doveri di ufficio, con buona pace della logica repressiva.

Fra l'altro, tutti hanno salutato questo articolo 318 non solo aderendo alla tesi secondo la quale il *per* avrebbe avuto una dimensione finalistica e causale, cioè entrambe le dimensioni, ma perché viene introdotta questa fattispecie? Viene introdotta questa fattispecie in questi termini (scritti un po' malino tutto sommato), per una ragione molto semplice. E la ragione è questa: perché, vedete, fino a tutto il periodo di applicazione della vecchia normativa, delle vecchie fattispecie, l'accusa andava alla ricerca dell'atto contrario; con la lanterna, era alla ricerca dell'atto contrario. C'era stato un tentativo, tentativo questo pacificamente, risolto in modo positivo, cioè nel senso dell'applicabilità, non circoscrivendo l'atto, la nozione di atto, a quello che dal punto di vista amministrativo è un atto, un provvedimento amministrativo, ma si era detto che per atto si intende comunque un comportamento, anche un comportamento materiale cioè non c'è la necessità di una concretizzazione in un atto, basta anche un comportamento materiale. Ma tante volte il fenomeno che si era verificato era un fenomeno particolarmente diffuso, ma soprattutto un fenomeno – per essere chiari – di difficile traduzione nell'ambito della corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio, che il pubblico ufficiale non si trovava l'atto, che non si trovava il comportamento; cioè il pubblico ufficiale in altre parole era sul libro paga. Io sono qui, pronto, in termini di atletica leggera “ai blocchi di partenza”, pronto, sono sul tuo libro paga: quando hai bisogno di me io sono a tua disposizione. Quindi un fenomeno che da un certo punto di vista, se ci pensate bene, era ancora molto più grave rispetto alla corruzione propria in senso stretto; la giurisprudenza, la giurisprudenza della Cassazione, pacificamente riportava nella corruzione propria cioè nella corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio anche questi fenomeni che erano fenomeni che meritavano e a mio avviso giustamente una repressione penale. Ora che cosa succede: che, con questo nuovo articolo 318 “Corruzione per l'esercizio della funzione” abbiamo creato una fattispecie-contenitore che, oltre a essere straordinariamente incerta quanto all'ambito di applicazione (se cioè il privato risponde anche nel caso in cui remuneri il pubblico agente dopo che è stato compiuto l'atto) abbiamo la corruzione – per capirci, la vecchia “corruzione per atto conforme”, quindi un atto che sul versante del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione potrebbe non aver prodotto nessun danno – ma abbiamo (o avremmo avuto, o dovremmo avere) anche l'incriminazione del pubblico agente che è a libro paga, cioè un fenomeno molto molto molto più grave, tant'è vero che - potrà esser curioso – ma le poche, pochissime decisioni giurisprudenziali che si sono avute sulla corruzione successivamente all'entrata in vigore della cosiddetta Legge Severino, si sono poste il problema (la giurisprudenza di legittimità subito ha bacchettato il legislatore, sulla base anche di osservazioni che erano state fatte dalla magistratura in sede di redazione della legge) che quel fenomeno, del pubblico ufficiale al libro paga, non può essere ricondotto nell'ambito dell'articolo 318 e quindi forzando si è voluto riportarlo un'altra volta nella corruzione propria perché quella è la corruzione carica di disvalore, a dispetto di quello che è il

dettato normativo; e tant'è vero che i primi interpreti, che cosa avevano cercato di fare e di dire (con qualcosa che sinceramente fa anche un po' rabbrivire) che, siccome questa fattispecie è una fattispecie-contenitore che rischiava di creare, rischiava di portare al suo interno, di ricapitolare e di ricondurre al suo interno fenomeni completamente diversi tra loro come la corruzione per un atto conforme e contemporaneamente la messa a libro paga, dice: sapete come si risolve? Si risolve che ci penserà chi applica la norma che, siccome ha una reclusione da 1 a 5 anni, in qualche caso andrà verso il minimo in qualche caso andrà verso il massimo con buona pace dell'applicazione stessa.

Allora voi vedete già che un primo grande problema si pone, ma non solo, e questo si collega anche al profilo del senso della repressione che si è voluto dare, alla ratio della repressione dei fenomeni di corruzione: nell'articolo 318 scompare un riferimento che era contenuto nella vecchia corruzione impropria. Qual era il riferimento: il fatto che nella vecchia corruzione impropria si faceva riferimento al fatto che il denaro e l'utilità che il privato finiva per corrispondere o per promettere al pubblico agente dovesse costituire una retribuzione non dovuta; e, allora, il punto è: ma questo denaro o questa utilità che il pubblico agente riceve deve ancora oggi essere connotata in termini di retribuzione, che evocava sostanzialmente un corrispettivo - per usare un'espressione civilistica - oppure il fatto che il legislatore l'abbia cancellato dall'articolo 318 omologando l'articolo 318 all'articolo 319 cioè la corruzione propria dove non si faceva riferimento alla retribuzione, significa soltanto che non si deve più guardare all'eventuale dimensione di corrispettivo di quello che il pubblico agente riceve?

Perché noi siamo abituati - ricordavo a Mauro prima - a fenomeni nei quali le tangenti non sono costituite - come vi posso garantire qualche volta succede - dall'olio di seconda scelta che viene regalato a Natale all'agente della motorizzazione per chiudere un occhio su una verifica di un mezzo, cioè, per intenderci, una corruzione neanche da supermercato, da discount. Ma a fenomeni che sono obiettivamente degni di ben altra nota. Allora, per il problema della retribuzione io sono convinto - e qui, devo dire che a mio giudizio le considerazioni più serie sono le considerazioni che, sul piano dottrinale, svolge Pagliaro - che bisognerebbe risolverlo anche in termini di buon senso il tema della retribuzione.

In che senso: nel senso che se è vero che c'è una matrice storica della corruzione, che è una matrice che riporta - sono ricerche che, sinceramente, non sono state approfondite fino a un livello tale per poter dire con certezza che è così. Si dice che nella matrice del diritto romano poi la corruzione fosse un'incriminazione che trovava la sua ragione nel fatto che il pubblico agente non potesse ricevere nulla, neanche la famosa bottiglia d'olio di seconda scelta. Secondo invece una matrice storica che si ricondurrebbe al diritto germanico si incriminerebbe il corrispettivo in rapporto al compimento di un atto contrario. Ora voi vedete il codice di comportamento che si sarebbe dovuto adottare in riferimento ai pubblici dipendenti dice tu poi accettare dei regali purché siano dei regali di modico valore. Insomma la bottiglia di natale ma non oltre. Pagliaro è chiarissimo, dice: "attenzione, non esaltiamo il profilo della retribuzione perché tutte le volte che passa del denaro ogni uomo ha il suo prezzo". Non possiamo andare a cercare un corrispettivo che sia un corrispettivo "parametrato", se ti sei venduto per un mezzo piatto di lenticchie il problema è tuo, non è dell'ordinamento, vuol dire che eri disposto a venderti per molto molto meno. [...]

Per quanto riguarda ciò che è diverso dal denaro allora il problema del corrispettivo assume un diverso significato perché non si può pensare che ci sia la corruzione se per un appalto di centinaia di migliaia di euro hai ricevuto delle bottiglie a natale. Non può esser questo, non può essere.

Tutto questo per dirvi che secondo me le questioni sono tutte ancora aperte, soprattutto perché poi il problema ulteriore -e qui concludo- è il problema del rapporto che è venuto a stabilirsi e che è diventato molto più delicato da affrontare è quello fra la corruzione e la concussione. Perché? Perché - due battute- nell'approccio originario al tema della concussione, la concussione altro non era, nella lettura del legislatore del '30, se non la sommatoria di due fattispecie comuni, che erano da una parte l'estorsione e dall'altra la truffa. Estorsione e truffa. Il pubblico ufficiale che commette estorsione, e commette estorsione non come la può commettere il mafioso usando violenza, ma abusando del suo potere; o che commette una truffa, cioè induce in errore il povero diavolo che ha

di fronte, risponde di concussione. Il fenomeno dell'induzione via via si è svaporato fino a diventare nulla di più che una forma di pressione un po' più leggera. È una pressioncina. In termini di dosimetria la pressione che fa il pubblico ufficiale è una pressione un po' meno forte. Allora Mani Pulite nasce, e questo storicamente è indubitabile, dal fatto che di fronte al pubblico ministero la persona, il privato si sedeva e gli veniva chiesto sostanzialmente su quale sedia preferisse sedersi. Se la sedia era quella lì nessun problema, lui era chiaramente un concusso. Se però timidamente raccontava un'altra storia, la sedia diventava quella della cella di San Vittore. Cioè la storia è questa. Oggi cosa si dice, che l'induzione deve essere espunta anche questa dalla concussione che altro non è oggi, la sentenza delle Sezioni Unite è chiarissima –l'estorsione qualificata- la vecchia induzione ha dato origine a quell'altra fattispecie che voi conoscete benissimo e che l'art. 319 quater del codice penale che è l'induzione indebita è dare e promettere utilità. Rispetto alla quale l'elemento di novità è costituito dal fatto che la stessa induzione- che la stessa Cassazione qualifica in termini di pressione lieve, pressioncina- fa sì che il privato risponda anche lui dell'induzione. Per capirci, citando Don Giovanni, vorrei o non vorrei mi trema un poco il cuore. Cioè il privato è un po' premuto ma è premuto per qualcosa che gli fa piacere. Allora a questo punto voi capite che succede, succede che con la creazione di questa figura intermedia ormai completamente sganciata dalla concussione come estorsione più truffa, abbiamo creato una sorta di mostriciattolo, non solo perché qualcuno si sta ponendo il problema di cosa succede, perché il privato dovrebbe andare a raccontare questo briciolo di pressioncina ma soprattutto si è arrivati anche a una soluzione assolutamente paradossale che se lo vediamo nella prospettiva della gravità del comportamento del pubblico agente, per il pubblico agente la concussione è un reato molto più grave rispetto alla corruzione perché come si dice il pubblico agente sta sul piedistallo, sta in una posizione di superiorità, usa e abusa dei suoi poteri pubblicistici per ottenere un vantaggio che altrimenti non avrebbe potuto avere. Quindi per l'induzione dice se in fondo il privato, in fondo, un vantaggio l'ha avuto è certo non si può più parlare di concussione questo è un nuovo reato eccetera eccetera. Però, vedetelo nella prospettiva del pubblico ufficiale, il pubblico ufficiale sullo stesso piano del privato - corruzione. Il pubblico ufficiale abusa dei suoi poteri, concussione, minaccia. Quando preme un po' meno risponde, questo è l'aspetto paradossale, con una pena inferiore a quella della corruzione perché sul versante sanzionatorio, la corruzione (sto parlando della corruzione per un atto contrario va da quattro a otto anni), l'induzione indebita di dare o promettere la pena va da tre a otto anni. È vero che il massimo è lo stesso, ma il minimo è inferiore. Quindi se preme un po' meno tutto sommato può avere una convenienza a preme un po' meno piuttosto che dire mi sono messo sullo stesso piano del privato. Questa è la riforma che dovrebbe cercare di risolvere i problemi del nostro paese, anche grazie all'autorità che si occupa della concorrenza e della corruzione. Rimango con un punto interrogativo.

Intervento del Prof. A. Vannucci

Ed è proprio la prima considerazione che mi viene da fare dopo aver ascoltato l'ultimo intervento. Io avevo una pessima opinione della legge Severino. Ritenevo che averla definita legge anticorruzione fosse un piccolo spot che era stato utile all'allora presidente del Consiglio per scendere in campo, perché io ragiono da politologo, perché per me il legislatore ha un nome un cognome e una faccia e degli interessi che mette in campo, questa è la mia opinione e ti ringrazio perché mi hai dato molti spunti per vedere che era molto peggio di quello che io pensavo e hai toccato appena quello che secondo me è uno dei nodi cardine, il famigerato spacchettamento, anche lì sta avendo dei nomi e cognomi tra l'altro con equilibrio bipartisan di centro-destra e centro-sinistra che grazie a questa legge anno assolti e vanno prescritti e noi sappiamo la vecchia fattispecie di concussione con tutti i limiti che giustamente descrivevi e con tutti gli artifici di fatto, nell'utilizzo che ne hanno fatto durante mani pulite è stato quello (strumento per indurre la repressione e la confessione, bastava raccogliarlo prevedendo la non punibilità proprio come

proposero i magistrati di mani pulite e che non ha fatto la riforma Severino però era l'unica fattispecie penale che creava una certa apprensione nei soggetti che se la vedevano imputare, soggetti quali agenti pubblici, funzionari, politici. Perché tutele altre fattispecie di corruzione scompaiono, spariscono in questa nebbia della prescrizione, le statistiche non ci sono d'aiuto, ma che porta a un altissimo grado di estinzione, molto alto, l'hanno fatto per i procedimenti di corruzione internazionale, 'ha fatto l'Ocse l'ultima mappatura e in quel caso siamo il paese che ha la corruzione più alta per la corruzione internazionale, per gli altri tipi di corruzione ogni procuratore capo ha le sue statistiche, tutte molto diverse tra loro, che sono molto allarmanti. L'altra considerazione che facevo è finché la lotta alla corruzione sarà affidata a all'interpretazione di una preposizione il per che interpretiamo in un modo o nell'altro io temo che, boh, si farà poca strada cioè una delle raccomandazioni più importanti che veniva dal Grecò nei confronti dell'Italia era quella di semplificare le fattispecie giuridiche relative ai fatti di corruzione che si diceva son troppe sono contorte, creano un contesto complesso in cui i magistrati si orientano a fatica. Pane quotidiano degli avvocati, per cui in qualche senso di questa complessità traggono vantaggio perché permette di tirare alla lunga le cause, le interpretazioni eccetera. Però, questa semplificazione non c'è stata, c'è stato un incremento di fattispecie, lo spacchettamento della concussione, ne facciamo una ne facciamo due, la moltiplicazione dei pani e dei pesci, delle fattispecie, si sono introdotte quelle che chiedevano però si sono introdotte con modalità [...]. corruzione privata c'è nel nostro ordinamento è il traffico di influenza illecita, una sorta di intermediazione di potere finalizzata alla corruzione che comunque prevedono pene talmente basse da risultare anch'esse strumenti poco efficaci di repressione penale. E quindi questa anticorruzione, bah, a questo punto io la eliminerei la Severino, è stata una legge diciamo per certi versi pro corruzione dal mio punto di vista, cioè di chi studia l'output di questo processo decisionale. Ci sarebbe molto da dire anche sul lato della prevenzione che è l'altro pilastro della Severino e anche da qui ci sarebbe da dire poco di buono perché io sto facendo tutta una serie di incontri con dirigenti, soprattutto con i capri espiatori di questa legge che sono i responsabili anticorruzione ed è palese la loro frustrazione di fronte a una normativa (legge Severino) che impone tutta un'enorme massa di adempimenti burocratici e procedurali, quindi di un anticorruzione che rimane sulla carta, peraltro dando linee guida all'autorità nazionale anticorruzione che son empiricamente sbagliate, danno indicatori di rischio corruzione che per chiunque abbia una minima conoscenza dei meccanismi per cui il fenomeno si sviluppa, danno indicazioni diametralmente opposte, danno un segnale sbagliato del rischio corruzione dei diversi processi decisionali. Questo è il versante della prevenzione. Ci sarebbe molto da fare, il legislatore in questo senso avrebbe, secondo me, e anche i suggerimenti del presidente dell'autorità anticorruzione Raffaele Cantone sta dando su alcuni punti (è chiaro Cantone da magistrato ha una prospettiva che punta molto sul fronte repressivo, una sorta di assimilazione dei reati di corruzione ai reati di associazione mafiosa e infatti ripropone l'utilizzazione degli stessi strumenti o di strumenti analoghi, e quindi una misura estrema e che quindi danno l'idea che ci si preoccupa della realtà che il fenomeno ha assunto e la dimensione è questa. Quando si parla di corruzione utilizzando le fattispecie del codice penale per altro dopo aver ignorato l'ennesima raccomandazione alla semplificazione, si è ulteriormente ispessita la rete di norme, disposizioni, interpretazioni, preposizioni e così via. Secondo me si rischia di fare un esercizio per molti versi inutile perché per come si manifesta, per come la osserviamo, per come ricostruiamo alcune vicende emerse e altre che sono sommerse, e temo che siano la gran parte (metterei agli atti la dichiarazione di uno degli imprenditori Expo: sono stato coinvolto in mani pulite, poi ho smesso di pagare tangenti perché semplicemente invece di lavorare in Italia sono andato all'estero, poi sono tornato in Italia e ho realizzato che per tutti gli appalti, esiste la soglia di valore dettata dalla comunità europea, e esiste anche la soglia corruzione, ecco per tutti gli appalti al di sopra di un certo valore pagare la soglia è la regola, nessuna eccezione. Come la regola meravigliosa dei cinquanta euro per la patente farcita. Quella è stata una regola che mi è stata raccontata dagli intervistati, autotrasportatori, che dicono che chi fa questo mestiere infila 50 euro nella bustina della patente e la consegna nel momento in cui viene fermato. È una regola che va avanti da anni. Prima erano 50 euro. E quando

gli ho chiesto a questo autotrasportatore, ma qualcuno te l'ha mai restituiti, mai una volta. Una volta uno mi diede venti euro di resto e mi disse cinquanta sono troppi,. Questa è una regola che governa le condotte, le relazioni tra corrotti e corruttori minimizzando- Mauro capisci di cosa parlo- i costi di transazione. C'è questa regola, la osserviamo tutti, viviamo tutti felici e contenti. Quindi non sono i cinquanta euro la piccola somma perché se quello ha preso cinquanta euro significa che ha aderito a questa regola e che ogni verifica a un altro autotrasportatore comporta l'incasso di altri cinquanta euro. Conoscere queste regole aiuterebbe, in qualche modo, a coglierne quello che ci sta dietro e che non è immediatamente evidente. Queste sono le reti della corruzione sistemica, vuol dire reti in cui sono coinvolte una pluralità di soggetti, non c'è più il corrotto e il corruttore e i ruoli diventano cangianti, le risorse non sono più atto d'ufficio o atto contrario ai doveri d'ufficio in cambio di denaro o altra utilità. Magari, così i magistrati avrebbero una certa facilità nell'individuare meccanismi sinallagmatici che stanno dietro al loro rapporto e poi eventualmente non è così, se andiamo a ricostruirci le dinamiche concrete e i meccanismi di scambio che osserviamo vediamo che si è venuto, ahimè formando e consolidando, grazie alla presenza di quelle regole (la regola della patente farcita) e molte altre, mi sto leggendo gli atti, le ordinanze di custodia cautele della vicenda Mose in cui ci sono le regole che sanciscono come ci si deve comportare, tutti gli imprenditori centinaia di imprenditori che finanziavano le tangenti che poi andavano ridistribuire ai vari protagonisti e vi dice regulate in un modo vorrei dire scientifico. E i protagonisti sono tanti, occupano diversi ruoli. Questa è una rappresentazione molto semplificata sia chiaro, sembra un intrico indistinguibile, è una rappresentazione semplificata perché in realtà si moltiplicano gli attori per ciascuna categoria, le risorse non sono quelle che vi dico, non ci sono solo tangenti, atti d'ufficio, decisioni. Scusate, è saltata, questa è l'interpretazione del "Vernacoliere" sulla corruzione: "con le tangenti ci si puole mangiar tutti". Tutti coloro che sono in questa rete hanno di che mangiare, questa è la ragione per cui è difficile scalfire questo muro d'omertà. Volete sapere quanto mangiavano quelli del Mose? Lì, lo possiamo quantificare esattamente. Tute le imprese che dal consorzio, che a sua volta era fatto di imprese che organizzavano e regolavano la corruzione ad alto livello si vedevano assegnati appalti, retrocedevano al consorzio, in nero, la metà esatta di quello che avevano incassato. La metà esatta, che veniva canalizzata attraverso tutti i meccanismi di scambio. Anche qui, considerate, c'erano stipendi fissi e tre modalità di pagamento: stipendio fisso ad alcuni pubblici ufficiali, i pagamenti ricorrenti ma occasionali, c'era bisogno del servizio del magistrato della corte dei conti, lo si pagava, e le vicende eccezionali. Erano proprio regolati tutti i meccanismi. E questo ingente ammontare di risorse pubbliche. Vi ricordo che il Mose ad oggi è costato poco meno di sei miliardi di euro. Con le tangenti ci si pole mangiar tutti, ci hanno mangiato intorno i tre miliardi di euro, per ora. Poi siccome i lavori andranno avanti perché la grande opera va conclusa, poi presumo ci sia anche la manutenzione. Una delle cose che emerge e che è particolarmente interessante è che nell'architettare questo meccanismo spartitorio occulto era previsto che costi successivi di manutenzione, immaginatevi queste paratie mobili sepolte in fondo alla laguna avranno dei costi, ecco quella era la prospettiva costante nel tempo, il flusso di tangenti attese. Finiscono i lavori, tranquilli, ci fanno le manutenzione e mangeremo con quelle. Ecco questa era proprio la filosofia che ispirava il progetto. Cosa volevo dire? Questa è la rete della corruzione sistemica, i protagonisti sono molteplici. In un'altra sede l'avevo chiamata l'orgia della corruzione sistemica perché non voleva richiamare attività sessuali ma un film "Zeta. L'orgia del potere" che racconta la presa di potere da parte dei colonnelli di Costa Gaves. "L'orgia" è la corruzione sistemica, è un'orgia perché i protagonisti sono molti, entrano in campo con ruoli interscambiabili, si scambiano tra loro risorse diverse, informazioni, il consenso c'è anche la corruzione elettorale; parte dei soldi andavano nei fondi elettorali dei politici che grazie a quelle risorse vedevano moltiplicate le possibilità di successo. Un lavoro di un'economista anche piuttosto famoso, Giavazzi, è proprio "corruzione a norma di legge". Una legge come molte altre nel nostro ordinamento che è semplicemente criminogena perché crea le condizioni.[...] La ragione per cui la corruzione è a norma di legge, poi un po' della corruzione diventata contro la norma di legge (stanno patteggiando tutti quindi effettivamente il ... è schiacciante perché proprio uno degli

elementi che emergono quando si studia la corruzione sistemica è che questa ha al suo interno delle dinamiche di accrescimento progressivo, che è un accrescimento della scala dei soggetti che partecipano alla spartizione ma anche, vorrei dire degli appetiti dei soggetti coinvolti. A un certo punto la corruzione a norma di legge non bastava più. Se volevamo attivare questi flussi costanti e sempre più ingenti di risorse a un certo punto cambiano i meccanismi di allocazione e bisogna pagare pure Roma e allora la corruzione a norma di legge diventa anche “*contra legem*” occasionalmente. Però qual è uno dei molti punti che si potrebbero toccare quando si sviluppa una rete di questo tipo, in cui tanti attori, politici, talvolta occasionalmente oggi sempre di meno, il modello con cui i partiti regolano l’attività dei politici è il modello tradizionale di corruzione sistemica emerso con mani pulite, oggi i partiti occasionalmente riescono a giocare un ruolo di questo tipo o quasi mai; la componente di carriera, amministratori di carriera, quindi burocrati dirigenti funzionari eccetera; sul lato basso la corruzione elettorale, gli elettori, i clienti che forniscono risorse di consenso che a volte diventano merce di scambio per i politici corrotti; i faccendieri, gli intermediari, i mediatori che non a caso avevano un ruolo cruciale proprio nelle vicende Expo, non ne bastava uno, ce ne volevano tre di mediatori, di faccendieri, fra l’altro tutti e tre con una reputazione certificata dal vecchio coinvolgimento in mani pulite, dal quale erano transitati anche con condanne ma tenendo la bocca chiusa, e quindi con una reputazione immacolata, nel senso che era completamente nera non c’era neanche una macchiolina bianca, e loro erano quelli che connettevano questa rete di scambio. Sul lato privato, lato destro, gli imprenditori, quasi mai operanti singolarmente, la regola è che chi ha a che fare con la pubblica amministrazione si accorda coi propri potenziali concorrenti, questo è un incontro su corruzione e concorrenza, e la concorrenza non c’è perché semplicemente mettersi d’accordo moltiplica esponenzialmente l’ammontare di risorse alle quali si può avere in qualche modo accesso appunto, tramite anche non necessariamente la corruzione anche accordandosi tra di loro. Ci sono i professionisti, che giocano un ruolo di supporto per loro competenze tecniche su certi passaggi che chiamano in causa i mediatori, gli imprenditori, gli stessi politici. Naturalmente ci sono le organizzazioni criminali, e questa è una specificità italiana – lo cito sempre, però secondo me descrive esemplarmente il ruolo delle mafie in questa rete di corruzione sistemica: un imprenditore del nord vince la sua prima gara d’appalto a Palermo, conosce le regole, in quel caso non c’è la patente farcita, le regole sono in termini di percentuali quindi come chi e quanto si deve pagare, e quindi va a pagare al primo appalto la tangente ai politici che sovrintendevano la procedura alla componente burocratica e in quel caso naturalmente alla famiglia mafiosa sovrana del territorio dove svolgeva la gara. Il pubblico ministero chiede “Mi scusi ma lei come faceva nel primo appalto a sapere esattamente chi come dove pagare”, “Vede dottore il sistema degli appalti funziona in Sicilia come funziona nel resto d’Italia, ergo ci sono delle regole, le conosco, le rispetto, l’unica differenza è che in Sicilia c’è più disciplina, perché ogni tanto ci scappa il morto e la disciplina ne è una conseguenza”. Ci sono le regole ma come accade nell’ordinamento legale, ci sono incentivi a defezionare queste regole, a violare i patti, a tradire gli impegni presi in questo mondo e naturalmente in questo caso è pure peggio perché non ti puoi rivolgere al giudice. Allora il ruolo cardine del sistema diventa quello del garante, del protettore che, ove disponibile, c’è in questo senso una fortissima “domanda di mafia”, domanda di servizi delle organizzazioni mafiose a regolare quindi a porre, proseguiva l’imprenditore, ogni appalto in Sicilia si gioca in un triangolo di rapporti in cui ci sono, gli imprenditori, i politici, i funzionari. La mafia non c’è in questo triangolo ma c’è eccome al di sopra di questo. La mia ipotesi è che descrivere i meccanismi all’interno della corruzione di scambio come un sistema sia un po’ ottimistico perché nelle reti della corruzione voi potete immaginare tutte le configurazioni geometriche che volete, poligoni con n lati. E aggiungerei un altro elemento: rapporto sinallagmatico, lo scambio, il *do ut des*, tangenti, atti d’ufficio, atti contrari al dovere d’ufficio, non catturano l’evidenza più sofisticata che noi ricaviamo da come queste reti si sviluppano. Perché richiedono due frecce che vanno da un attore all’altro in direzioni opposte: denaro, o altre utilità, atto d’ufficio/atto contrario al dovere d’ufficio, o magari informazioni riservate, in qualche caso ti dico i criteri della commissione giudicatrice che poi

giudicherà l'appalto, tu calibri su quello la tua offerta e poi vinci la gara –atti d'ufficio non ce ne sono. Il punto qual è: immaginiamoci che io sia il politico. A un certo punto mi regalano una casa a mia insaputa e nessuno si sogna di configurare il reato di corruzione perché l'imprenditore che peraltro era lo stesso che ha fatto i lavori della Maddalena, era ben inserito in certi giri, proprio quell'imprenditore lì, da me non ha ricevuto assolutamente niente, non si trova evidenza, non ci sono mai state vicende nelle quali questo politico ha potuto avvantaggiare direttamente quell'imprenditore, però riceve, c'è la freccia che va dall'imprenditore direttamente al politico, e sicuramente il denaro ha dato utilità circa 800 milioni di euro, il valore extra rispetto a quello che l'ingenuo politico pensava fosse il prezzo da pagare. Io mi immagino, è una ricostruzione ovviamente basata su pure illazioni, il politico non reciproca l'imprenditore, ma promuove la carriera di un dirigente. Questo dirigente ha un atteggiamento molto solidale, scambia informazioni, con un mediatore, con un faccendiere, gli garantisce l'accesso a tutte le reti di rapporti che permette di avere il Ministero dove lavora. Questo mediatore ha una freccia che va verso il professionista, gli assicura di entrare in certi circuiti dove si fanno progetti, quindi gli garantisce prestazioni professionali, magari ci può scappare anche l'assunzione di un figlio o di una figlia, i figli sono fondamentali, la famiglia è tutto nella rete della corruzione sistemica, gli fai un bel contratto di consulenza, basta non esagerare, in una vicenda che è emersa recentemente, la vicenda dell'expo, è venuto fuori, sì dovevamo pagare la tangente facendo una consulenza il figlio del dirigente X, però veramente era un caprone tale non sapevamo su cosa fargliela sta consulenza ci siamo vergognati, quindi avete figli, fateli studiare e poi fategli fare contratti fittizi di consulenza, questo è quello che si impara dalla corruzione sistemica. Il professionista a sua volta offre i servizi all'imprenditore, quindi avete tutta una serie di freccette che vanno in una direzione sola e poi all'imprenditore che ha pagato qualcosa in cambio gli torna, se la rete è abbastanza ampia, se la regolazione sufficientemente forte e per quel che sembra, per quel che è dato di vedere nelle vicende più importanti e rilevanti di evoluzione che sono emerse questa rete era molto forte, o meglio il meccanismo di controllo e di *enforcement* di garanzia, di adempimento dei rapporti che nascevano all'interno di questa rete era sufficientemente forte da permettere un'estensione molto ampia, e alla fine io temo che i magistrati ammesso che vogliamo restare in questa prospettiva secondo me fallimentare della repressione penale ma comunque la repressione penale è senza armi, questo sistema non lo scardini. Scajola è stato assolto pure per il reato hanno provato a configurare un lecito finanziamento di partiti, ma assolto pure da quello. Ma perché mai un imprenditore dovrebbe pagare 800 mila euro a un autorevole esponente di un partito ma stiamo scherzando? Per inciso e così chiudo facendo riferimento a una vicenda molto interessante, c'è il richiamo a vicenda la descrizione di quella che era l'approccio dottrinario rispetto al mio approccio che è essenzialmente empirico a questi fenomeni, spero permetta a entrambi [...]ad esempio questo caso della preposizione il per la corruzione per l'esercizio della funzione. Proprio ieri mi guardavo l'ordinazione di custodia cautelare proprio della vicenda expo e viene fuori un caso meraviglioso che secondo me rientra perfettamente in questa fattispecie e aiuta a capire di che cosa stiamo parlando e perché gli strumenti del codice penale rischiano di essere vuoti inutili. Il regolatore del sistema corruzione è forse quello che tutti i protagonisti riconoscono come tale quello che detta le regole che provvede a risolvere eventuali conflitti e controversie all'interno della rete degli attori coinvolti nel consorzio, centinaia di imprenditori, politici locali, regionali, nazionali, magistrati della corte dei conti, magistrati alle acque, questo soggetto che tutti chiamano doge, grande capo, *pater familias*, a un certo punto deve spiegare perché lui teneva libro paga, siccome ha patteggiato si può fare il nome, Galan, governatore della regione veneto, e lui per un po' annaspa. La funzione quale era, non riusciva a trovare atti d'ufficio né atti contrari ai doveri di ufficio, poi a un certo punto gli viene in mente, ecco perché lo pagavamo perché mi ricordo che una volta emerse un problema perché a noi ci stavano facendo questi scavi e stavamo buttando tonnellate di pietre per fare che le navi si avvicinavano senza che ci fossero le onde così potevano fare i lavori e quei rompicoglioni dei Verdi cominciano a dire che stiamo sfasciando tutto, e allora questa diatriba politica coi Verdi rischiava di bloccare i lavori e se si bloccano i lavori siamo rovinati perché si

bloccano i finanziamenti e tutto sto meccanismo si inceppa. E a quel punto ci siamo ricordati dello stipendio mensile che versavamo al governatore Galan e gli abbiamo detto “Giancarlo ora è il momento”. Galan era all’esterno, rientra di volata e muovendo tutte le sue leve, magari ha corrotto pure i Verdi, interviene con efficacia perché la cosa che risolve dice abbiamo scoperto.. allora per cosa pagava, Mazzacurati, il *pater familias* della rete corruttiva del Mose, questo referente politico? Lo pagava per avere una sorta di protezione, un contratto assicurativo, se ci sono problemi, controversie io so che posso rivolgermi a te, però mi chiedo, se queste controversie non ci sono, perché la corruzione è talmente ben regolata che pure i verdi vengono pagati, il regolatore c’è e però questo formalmente non fa nulla si limita a incassare, forse finanziamento illecito, magari poi si può sempre accomodare, però vorrei dire che sempre più spesso di fronte alla pluralità di risorse che entrano in gioco e l’articolazione dei meccanismi di scambio che emergono, gli strumenti del codice penale sono poco efficaci. Come se ne esce? Non ne ho la più pallida idea, perché se non sarei molto più saggio di quello che sono. Abbiamo fatto un master proprio per confrontare le diverse visioni di tanti soggetti, 65 docenti che vengono ognuno con la sua prospettiva. Combinando le diverse prospettive qualcosa di buono lo possiamo tirare fuori e il modesto approccio che forse questo tipo di analisi può fornire, è che mentre la repressione penale mira in qualche modo alla prevenzione, ma forse nella cassetta degli attrezzi degli strumenti di contrasto che potremmo utilizzare per questa rete di corruzione sistemica, quegli strumenti che conosciamo, occorre provare a introdurre sabbia in questi ingranaggi, far sì che corrotti e corruttori si fidino sempre meno gli uni degli altri. Questa è una strategia di contrasto che è assolutamente ignorata dal codice penale e non solo da quello. Il mio timore è che le difficoltà incontrate nelle politiche anti-corruzione che sono state espresse in modo esemplare nell’intervento sui limiti della legge Severino, legge che doveva essere anti-corruzione, l’unica dopo mani punite, e i limiti che si sommano a quelli di cui non hai parlato ma ci sono, lo dimostra, è che queste politiche anti-corruzione soffrono di una debolezza intrinseca, sono quelle che politiche che appunto gli analisti delle politiche pubbliche chiamano politiche a “benefici diffusi e costi concentrati”. Però sono peggio di quelle, le politiche più difficili da attuare, perché benefici diffusi vuol dire che se tu attui quella politica i beneficiari sono tanti e spesso inconsapevoli, ci sono le vittime della corruzione, ci possono mangiare tutti quelli che sono nella rete, ma quelli che sono fuori non si accorgono di quanto stanno mangiando dentro. Se tu fai un’efficace politica anti-corruzione fai sì che ci sia meno corruzione e questi benefici li diffondi su tutta la popolazione che spesso non se ne accorge quindi non da un sostegno, salvo le fasi parossistiche, lo scandalo, l’inchiesta, l’indignazione, un sostegno costante dell’opinione pubblica sulle politiche anti-corruzione non c’è. Nel ’94, prime elezioni politiche la quesitone dell’anti-corruzione era la seconda più importante considerata dagli elettori (34%); passano 5 anni e questa percentuale è lo 0,8%, e quindi con le politiche anti-corruzione non ce li prendi i voti, ce li prendi di più mettendo 50 euro sotto il piatto dopo la cena elettorale come faceva Fiorito. Quindi se questa strada non porta da nessuna parte allora dobbiamo prendere atto del fatto che quelli che invece sarebbero coloro che sostengono i costi della corruzione, costi concentrati, sono precisamente i protagonisti di questa rete, questi sono quelli che subiscono i costi di un efficace politica anti-corruzione e come vedete all’interno di questa rete ci sono alcuni tra i principali protagonisti, quelli che hai chiamato con eleganza “il legislatore” che è l’usuale terminologia del giurista a cui il politologo tende a dare etichette un po’ più empiricamente definite che forse ci spiegano perché in Italia le politiche anticorruzione non si sono fatte dopo Mani Pulite, non si sono fatte con la legge Severino, e temo non si faranno neanche nei prossimi anni. L’unica speranza, credo, è quella di attivare, per questo che domattina vado a Roma a presentare la carta di Pisa, un processo dal basso. La carta di Pisa è rivolta agli amministratori locali che sono migliaia e che possono forse attivare un circuito virtuoso che è l’unico che può dare un po’ di speranza a questo paese.

Intervento del Prof. R. Pardolesi

Nel tentare di ricostruire il tema del rapporto tra corruzione e concorrenza ci si imbatte in una difficoltà di fondo, rappresentata dalla circostanza che la corruzione si pone come male assoluto, come un qualcosa che, parafrasando il brocardo latino *fraus omnia corrumpit*, occupa l'intero campo. E, a tal proposito, mi sovviene il libro di Loretta Napoleoni sulla "Economia canaglia", in cui la corruzione viene vista come uno dei momenti apicali della ricostituzione della nuova realtà economica.

La tematica in questione si presta ad una serie di osservazioni preliminari...

La prima è che la corruzione costituisce un dato centrale e , pervasivo; tuttavia, concordo con Del Corso, che ha richiamato l'attenzione sul gap insito nella riflessione sul rapporto tra corruzione e concorrenza.

Dal mio punto di vista la corruzione passa attraverso una definizione in parte diversa da quella fornita da quasi tutti i relatori che mi hanno preceduto e, in particolare, da Sylos Labini, secondo cui le regole poste a presidio della concorrenza dovrebbero servire a governare la corruzione e a disciplinarla, al fine di ridurne, in qualche modo, le ragioni di fondo.

A mio avviso la corruzione dovrebbe essere definita in termini nettamente più ampi, quale forma di manipolazione volta ad alterare, dietro corresponsione di un qualsiasi tipo di corrispettivo, il fisiologico processo decisionale. L'utilizzo di uno schema particolarmente ampio è imposto dalla circostanza che la corruzione è onnipresente, manifestandosi sia nei rapporti familiari, sia in vari contesti sociali; in sostanza, com'è stato giustamente sottolineato in precedenza, essa deriva in via diretta da fenomeni di nepotismo;

La seconda considerazione di rilievo è che, se è vero che la corruzione rileva in modo particolare sotto il versante pubblicistico-amministrativo, non si possono non prenderne in esame i profili civilistici e, soprattutto, quelli di stampo politico, che pure sono stati evocati in diversi modi. Qui il discorso si fa invero più complicato. Infatti, la mancata disciplina di fenomeni di lobby rappresenta un indizio del fatto che la corruzione, intesa come manipolazione del processo politico e cioè come il fatto che il politico si adegui alla richiesta, all'istanza e alla pressione del supporter, in realtà è la magnificazione estrema della politica, cioè la sua realizzazione democratica. Tuttavia, se questo processo invece di essere condotto dalla maggioranza viene, per la legge dei piccoli numeri, forzato da una minoranza particolarmente attiva, allora si arriva ad un risultato contro intuitivo, che ridisegniamo in termini di corruzione.

Al fine di rinvenire un nesso tra il fenomeno della corruzione e le dinamiche competitive non si può prescindere dall'esame della corruzione sotto il versante politico-amministrativo.

In prima battuta preme precisare che la ricostruzione proposta da Sylos Labini, secondo cui i comportamenti amministrativi possono essere ricostruiti utilizzando lo schema del rapporto *principal-agent* desta invero qualche perplessità. Pur essendo un adepto dell'approccio di *law and economics*, faccio infatti difficoltà a sostituire la concezione tradizionale, che vede la burocrazia come organizzazione verticale nel segno della gerarchia e del principio di autorità, con la logica del *public servant*, che mira al conseguimento del pubblico interesse. Ricorrere al rapporto *principal-agent* vuol dire ribaltare completamente l'impostazione classica, ipotizzando l'esistenza di una sorta di rendita monopolistica, che immagino debba funzionare secondo un meccanismo da *public choice*, applicata però alla pubblica amministrazione.

Nello scenario delineato l'unico metodo per far sì che l'amministratore eserciti un potere concreto sulla controparte politica è costituito dal possesso di un maggior numero di informazioni rispetto al *principal* o, sotto un diverso profilo, dalla possibilità di decretare le sorti di un disegno politico, nel senso di farlo fallire o meno.

Sicché, se dovessi ricostruire in termini economici la logica sottesa al comportamento amministrativo mi troverei in seria difficoltà, anche se ritengo che probabilmente il rapporto *principal-agent* non sia in grado di aiutarci a decodificare l'intero fenomeno.

Tuttavia, sebbene la logica del comportamento amministrativo non sia particolarmente chiara, le patologie sono decisamente chiare. A tal proposito, emergono in particolare: la cattura del soggetto

che dovrebbe dettare le regole da parte di colui che è in posizione dominante, la deviazione dal mandato amministrativo, che potrebbe essere un *political drift*, o semplicemente un *bureaucratic drift*, e, come ovvio, la corruzione.

Se, come ho proposto all'inizio, utilizziamo un'accezione ampia di corruzione, quale deviazione dallo svolgimento fisiologico di un processo decisionale dietro corrispettivo, è evidente come la terza patologia inglobi al suo interno le altre due.

Invero, si dice usualmente che la corruzione genera costi-distorsioni e che è associata, soprattutto quando elevata, a bassi livelli di crescita e di concorrenza. quest'ultima non è però una correlazione necessaria, ma non lo è, a mio modo di vedere, nemmeno la prima.

Vannucci ha sottolineato in maniera estremamente incisiva che i soldi circolano, ma non ha spiegato qual è esattamente l'incidenza della corruzione in termini di inefficienza allocativa, né che tipo di distorsione si verifica in una prospettiva macroeconomica. I soldi circolano e se li togliamo da questo canale abbiamo semplicemente drenato risorse che servivano ad alimentare l'economia, compiendo una operazione sostanzialmente redistributiva. Ebbene, siffatto ragionamento potrebbe essere utilizzato, a mio parere, anche per la concorrenza.

In passato ho provato a verificare se fosse possibile, con riguardo ai paesi in via di sviluppo, stabilire una forma di correlazione tra l'esistenza di un dato livello di concorrenza e la crescita in senso economico. Il risultato è stato che potrebbe essere, ma che non ne abbiamo la certezza, perché le variabili sono tali e tante che non è possibile trovare in nessun modo una forma di analisi che ci consenta di validare la loro robustezza.

Finisco con il dire che, se avessi potuto dipanare il discorso, sarei andato nella direzione della rendita economica, alla maniera di David Ricardo, quindi intendendo per rendita economica lo *spread* tra il prezzo dell'*input* e il suo costo. In sé per sé la rendita economica è la caratteristica economica di un bene utilizzato nella produzione. Il petrolio di Rockefeller era estratto a 3 dollari al barile quando gli altri lo estraevano a 5000 metri sotto il livello del mare; è ovvio che i costi sono drammaticamente diversi. Quello è *economic rent*; chi ce l'ha ha semplicemente estratto il biglietto della lotteria. Il problema, quello che alimenta il *rent seeking* e la sua cattiva fama, è il fatto che la rendita economica può essere il risultato di acume, abilità, fortuna, capacità innovativa protetta da un diritto di proprietà intellettuale, ma può anche essere il frutto della regolazione. In quest'ottica mi sarei potuto occupare della sentenza della Corte Costituzionale n. 125/2014, relativa ad una legge della Regione Umbria che ha approfittato di una modifica da apportare alle proprie disposizioni in materia di commercio in virtù di interventi del legislatore nazionale, per riorganizzare la disciplina regionale sui poli commerciali. La Corte ha dichiarato illegittima la legge per contrarietà ai principi di concorrenza, perché la regione aveva utilizzato la riformulazione su un punto specifico delle previsioni in materia di commercio per introdurre una serie di ulteriori adempimenti in capo a coloro che volessero aprire un ipermercato, con la conseguenza di complicare viepiù la procedura di autorizzazione con una serie di bizantini interventi e richieste.

In questo frangente si colloca il punto nodale del discorso. In un ambiente competitivo la rendita economica può essere agilmente assicurata avvalendosi di una regolamentazione che persegua fini virtuosi; tuttavia, il nostro problema è esattamente quello di disporre di una pluralità di valori e di obiettivi, che normalmente vengono tutelati attraverso un impianto regolatorio forte, che rispecchia un approccio burocratico particolarmente penetrante. E' proprio nelle pieghe di questo approccio burocratico che si creano le maggiori opportunità *rent seeking*, nei due sensi della corruzione o concussione e dell'ottenimento di un vantaggio indebito; ma, nelle pieghe della realizzazione di un processo regolamentare particolarmente complesso, si determinano anche le occasioni più disparate per riuscire a creare una rendita economica, che si tradurrà in una rendita monopolistica in grado di attivare il circuito virtuoso di cui ci parlava Vannucci.

Qualcuno alla fine pagherà. Ed è ciò che ho cercato di mettere in evidenza nell'analizzare il nesso tra corruzione e concorrenza.

