

## Regolazione e anticorruzione

*Maria De Benedetto*

*L'articolo cerca di tracciare criticamente un bilancio del sistema anticorruzione italiano, a dieci anni dalla sua introduzione, nell'idea che la corruzione amministrativa, come altri tipi di comportamenti illeciti, presupponga sia l'esistenza che l'inefficacia delle regole e che una prospettiva regolatoria possa aiutare a prevenire sia la corruzione che altri illeciti. Infatti, poiché la prevenzione della corruzione ha presentato effetti collaterali indesiderati, una reale prevenzione della corruzione – più che da ulteriore burocrazia o da sanzioni aggiuntive – può conseguirsi grazie ad una regolazione effettiva. Questo cambiamento nell'approccio alla corruzione e alla sua prevenzione suggerisce di lavorare nel contesto di una visione sistemica adottando strategie regolatorie integrate che mirino a individuare e prevenire il più precocemente possibile le opportunità di corruzione offerte dalle regole (cioè la loro corruttibilità). Queste strategie includono un forte impegno istituzionale per la semplificazione e per la qualità della regolazione, la fornitura di poteri di advocacy alle autorità anticorruzione nonché la tracciabilità e trasparenza degli interessi nella legislazione.*

### *1. Dieci anni di prevenzione della corruzione in Italia: l'utilità (e la difficoltà) di un bilancio*

Se i dieci anni dell'anticorruzione italiana possono ritenersi un lasso di tempo utile per abbozzare un bilancio, il bilancio è al contempo necessario per pensare il decennio a venire. Una prima doverosa consi-

derazione riguarda gli indubbi meriti della legge n. 190/2012<sup>1</sup>: questa ha contribuito a consolidare nell'opinione pubblica e nel sistema economico-istituzionale sia l'idea (nuova) che la corruzione si debba prevenire sia l'idea (non scontata) che la corruzione possa essere prevenuta in sede amministrativa. Insomma, anche per la rilevanza che il tema ha acquisito in sede internazionale<sup>2</sup>, la corruzione oggi non è più solo un fatto di natura criminale, da sanzionare *ex post* grazie ad un'azione accertativa; la corruzione ha ormai assunto anche la configurazione di rischio amministrativo ed è divenuta oggetto di una nuova funzione (l'anticorruzione) la quale consiste in attività amministrative di tipo diverso, svolte a diversi livelli (in Italia l'ANAC, a livello centrale<sup>3</sup> e i *responsabili della prevenzione della corruzione*, presso le singole amministrazioni), comunque unificate da uno scopo preventivo.

I benefici derivanti dal concreto esercizio di questa nuova funzione sono sufficienti per giustificare i costi che (pure) l'anticorruzione ha prodotto? Questa nuova funzione, sovrapponendosi all'amministrazione ordinaria, non ha forse creato anche effetti disfunzionali? Davvero il sistema così come è stato concepito riesce ad intercettare e a prevenire i casi di corruzione<sup>4</sup>?

<sup>1</sup> Legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. In Italia, già nel 1996 era stato elaborato un importante rapporto del Comitato di Studio sulla prevenzione della corruzione, *Rapporto al Presidente della Camera dei deputati*, doc. CXI, n. 1, presentato al Presidente della Camera il 23 ottobre 1996. Successivamente, ha operato la Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, producendo un nuovo rapporto, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, 2012.

<sup>2</sup> È qui sufficiente richiamare la *United Nations Convention against Corruption-UNCAC* del 2003, art. 5 (*preventive anticorruption policies and practices*) in cui si stabilisce che gli Stati «develop and implement or maintain effective, coordinated anticorruption policies that promote the participation of society and reflect the principles of the rule of law, proper management of public affairs and public property, integrity, transparency and accountability».

<sup>3</sup> Cfr. R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015.

<sup>4</sup> A. VANNUCCI, *Il bilancio in chiaroscuro dell'anticorruzione: la Relazione dell'Anac al Parlamento*, 15 luglio 2015, in <https://www.avvisopubblico.it/home/il-bilancio-in-chiaroscuro-dell-anticorruzione-la-relazione-dell-anac-al-parlamento/>. Si veda anche R. CANTONE, N. PARISI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la vita di relazione internazionale. L'esperienza innovativa di ANAC dal 2014 al 2020*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

Il bilancio è tutt'altro che semplice, presenta luci e ombre, anche perché le scelte legislative e le pratiche amministrative non sempre hanno fatto ricorso ai contributi, anche molto avanzati, che vengono da una letteratura sterminata in materia di *regulatory compliance*, che è multi-disciplinare e non di rado sostenuta da evidenze sperimentali: ad esempio, non sempre si è considerato che l'innalzamento delle sanzioni non genera necessariamente un disincentivo dall'illecito; oppure che la configurazione penalistica di un illecito non è di per sé un elemento di deterrenza; o, infine, che i controlli non necessariamente riducono le occasioni di corruzione, potendole anzi accrescere<sup>5</sup>. Insomma, quello che sappiamo oggi di illeciti e corruzione grazie agli apporti di diverse prospettive disciplinari, è "di più" ma talvolta anche "altro" rispetto a quanto sapevamo in passato. Di questa maggiore conoscenza non abbiamo però ancora tratto tutte le conseguenze istituzionali.

Si potrebbe argomentare che il sistema di anticorruzione, introdotto in Italia dieci anni fa, tutto sommato funziona. Se guardiamo al noto indice di *Transparency International*<sup>6</sup>, la situazione sembrerebbe migliorata, passando da uno *score* di 42 del 2012 al 56 del 2021. Ma questo è sufficiente per sostenere che vi sia effettivamente un maggiore capacità di tenere sotto controllo i fatti di corruzione? L'indice di *Transparency International*, infatti, è un indice di corruzione percepita, nulla ci dice riguardo alla corruzione reale, ai fatti di corruzione effettivamente perpetrati nel nostro sistema<sup>7</sup>. Questi sono caratterizzati (come tutti gli illeciti) da segretezza, dunque sfuggono ad una rilevazione quantitativa<sup>8</sup>. Anche la conoscenza

<sup>5</sup> Per i riferimenti su questi aspetti, sia consentito il rinvio alla trattazione in M. DE BENEDETTO, *Corruption from a regulatory perspective*, Hart, 2021.

<sup>6</sup> Il *Transparency International Annual Report* è basato sul *Corruption Perception Index* (CPI), introdotto nel 1995, che mette a confronto 180 Paesi «by their perceived levels of public sector corruption according to experts and businesspeople» ([www.transparency.it/corruption-perceptions-index/](http://www.transparency.it/corruption-perceptions-index/)). Riguardo l'indice dei diversi Paesi: «A country's score is the perceived level of public sector corruption on a scale of 0-100, where 0 means highly corrupt and 100 means very clean» (<https://www.transparency.org/en/news/how-cpi-scores-are-calculated>).

<sup>7</sup> Cfr. B.A. OLKEN, *Corruption perceptions vs. corruption reality*, in *Journal of Public Economics*, 93(7-8), 2009, p. 950.

<sup>8</sup> Sul punto, cfr. D. SERRA, *Empirical determinants of corruption: A sensitive analysis*, in *Public Choice*, 2006, p. 225 e T. ANDREI, B. OANCEA, F. DANANAU, *The analysis of corruption in public administration. A quantitative method*, in *Lex et Scientia*, 17(1), 2010, p. 435. Nell'ambito della Presidenza italiana del G7, il 27 ottobre 2017 il Ministero degli Affari Esteri ha ospitato il semi-

qualitativa del fenomeno è comunque difficoltosa, perché ad oggi non abbiamo un trattamento sistematico delle informazioni ricavabili dal contenzioso penale, dove sono custoditi (per ora criptati) preziosi elementi ricognitivi sul modo in cui si sono integrati i fatti di corruzione da un punto di vista squisitamente amministrativo.

Insomma, se la corruzione che conosciamo e misuriamo è prevalentemente quella percepita, è difficile fare un vero e proprio bilancio dell'anticorruzione<sup>9</sup>. Pertanto, si tenterà di ragionare adottando una chiave di lettura diversa, radicalmente preventiva, spostando l'attenzione dalle molteplici attività amministrative in cui la corruzione potrebbe integrarsi (oggetto dell'anticorruzione convenzionale, come oggi è) al disegno di quelle funzioni, dei correlati controlli e delle previste sanzioni (oggetto dell'anticorruzione regolatoria)<sup>10</sup>. Accanto al mantenimento del sistema di anticorruzione vigente, tre sono le ragioni che suggeriscono l'utilità di rafforzarlo: la prima è contenere le risorse necessarie per conseguire l'effetto preventivo; la seconda è temperare gli effetti collaterali dell'anticorruzione convenzionale, come l'amministrazione difensiva; la terza è coniugare anticorruzione ed effettività della regolazione perché la corruzione è proprio una delle possibili forme della ineffettività<sup>11</sup>.

Quindi, per svolgere il ragionamento che ci proponiamo si dovrà dapprima definire la corruzione in modo funzionale agli scopi dell'anticorruzione (par. 2), poi enumerare i rischi che emergono dalle attività di prevenzione della corruzione (par. 3), nonché delineare la questione della corruzione come problema eminentemente regolatorio (par. 4), dando conto di come la corruzione prenda vita dalle regole e di come

nario *High level Workshop on Corruption Measurement*, 27 Ottobre 2017, in [https://www.esteri.it/en/sala\\_stamp/archivionotizie/approfondimenti/2017/10/presidenza-italiana-g7-seminario-2/](https://www.esteri.it/en/sala_stamp/archivionotizie/approfondimenti/2017/10/presidenza-italiana-g7-seminario-2/).

<sup>9</sup> Un contributo recentissimo e completo sul tema dell'anticorruzione italiana è quello di E. CARLONI, *Anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, il Mulino, 2023. Si vedano anche E. CARLONI, R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2017, p. 903 e M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista Trimestrale Di Diritto Pubblico*, 1, 2019, p. 61.

<sup>10</sup> Si veda, al riguardo, F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 2019, p. 805.

<sup>11</sup> Così, nel volume G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 116-117

la corruzione possa essere contrastata attraverso le regole. Ancora, verrà illustrato il contributo che all'anticorruzione convenzionale (focalizzata sulla prevenzione di condotte amministrative a valle) può venire dall'anticorruzione regolatoria, in cui si ricercano anche effettività amministrativa e prevenzione della corruttibilità, operando sulla genetica delle transazioni corrotte, con un intervento (a monte) sulle regole che disegnano le funzioni amministrative (par. 5). Si descriverà, in seguito, la pratica dell'analisi di corruttibilità (par. 6), concludendo con l'indicazione della necessità di una strategia integrata imperniata su una azione sistematica di semplificazione (normativa e amministrativa), sulla qualità della regolazione e sull'effettività di controlli e sanzioni, non solo in vista della prevenzione della corruzione ma della effettività della regolazione e dell'amministrazione (par. 7).

## 2. *Definire la corruzione a fini di anticorruzione*

La nozione di corruzione è controversa<sup>12</sup> e «irt[a] di complessità interpretative»<sup>13</sup>. Questa è fenomeno che ha puntualmente attraversato i sistemi istituzionali ed economici, le epoche storiche e le culture<sup>14</sup> ma è anche fenomeno relativo, fortemente condizionato dal contesto in cui si manifesta: un fatto può essere considerato corruzione in un certo luogo e in un certo periodo storico e non esserlo altrove e altrimenti<sup>15</sup>.

Il dibattito intorno alla definizione di corruzione si è sviluppato negli anni Sessanta del secolo scorso e ha visto schierarsi, da una parte, coloro i quali ponevano l'accento sul profilo morale<sup>16</sup> e, dall'altra, coloro i quali ne proponevano invece una valutazione più obiettiva, tenendo conto

<sup>12</sup> Per una ricostruzione del dibattito sulla definizione di corruzione, sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *Administrative Corruption*, in J. BACKHAUS (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer on line, 2014, pp. 1-2. Sul punto v. anche F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli editore, 2010. Si veda anche A. LA SPINA, *Mafia e corruzione. Differenze concettuali, connessioni, strumenti di contrasto*, in *Sicurezza e scienze sociali*, 2, 2016, p. 47.

<sup>13</sup> E. CARLONI, *Anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, cit., p. 31.

<sup>14</sup> Cfr. R. KLITGAARD, *Controlling Corruption*, University of California Press, 1988, p. 7.

<sup>15</sup> Cfr. F. ANECHIARICO, J.B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*, The University of Chicago Press, 1996, p. 3.

<sup>16</sup> Cfr. E.C. BANFIELD, *The Moral basis of Backward Society*, New York, Free Press, 1958.

delle possibili spiegazioni e dei possibili effetti positivi della corruzione, basandosi su valutazioni economiche<sup>17</sup> (la corruzione come «*greasing the wheels*»<sup>18</sup>). Insomma, la corruzione è stata sempre più frequentemente oggetto di studi e analisi empiriche, di volta in volta orientate a ricostruirne le determinanti<sup>19</sup> e a comprenderne le dinamiche per approntare risposte istituzionali capaci di contenere il problema<sup>20</sup>.

La definizione di corruzione adottata dagli organismi internazionali è comprensibilmente scarna, poiché deve essere applicata nei sistemi istituzionali più diversi: «*abuse of public power for private benefit*»<sup>21</sup>.

La nozione di corruzione che meglio sembra servire al diritto amministrativo in un'ottica di prevenzione, ci viene però dall'applicazione del modello Principale-Agente(-Cliente), cui hanno fatto ricorso molti studiosi del tema<sup>22</sup>. Attraverso tale modello è possibile una migliore comprensione dei diversi ambiti in cui si muovono le transazioni illecite (in generale) e quelle corrotte (in particolare) tutte caratterizzate da due elementi: la ricerca di profitto (*rent-seeking*)<sup>23</sup> e la segretezza.

<sup>17</sup> S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. XI: («*economics is a powerful tool for the analysis of corruption*»).

<sup>18</sup> Cfr. N. LEFF, *Economic Development Through Bureaucratic Corruption*, in *The American Behavioral Scientist*, 10 November 1964, p. 11: «*If the government has erred in its decision, the course made possible by corruption may well be the better one*». Si veda anche S.P. HUNTINGTON, *Political order in changing societies*, Yale University Press, 1968, p. 69: «*In terms of economic growth, the only thing worse than a society with a rigid, over-centralised, dishonest bureaucracy is one with a rigid, over-centralised, honest bureaucracy*». Si vedano anche le considerazioni di G. D'ALESSIO, *Normativa anticorruzione e concorsi pubblici*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 269 ss.

<sup>19</sup> Cfr. D. SERRA, *Empirical determinants of corruption: A sensitive analysis*, cit., p. 225.

<sup>20</sup> Cfr. E. CARLONI, *Anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, cit., p. 44. Cfr. anche A. GREYCAR, T. PRENZLER, *Understanding and preventing corruption*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2013.

<sup>21</sup> World Bank, *Writing an effective anticorruption law*, October 2001, Washington, 1; World Bank, *Helping countries combat corruption: progress at the World Bank since 1997*, Washington, 2000.

<sup>22</sup> Cfr. E.C. BANFIELD, *The Moral basis of Backward Society*, cit., S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption. A Study in Political Economy*, London, Russel Sage, 1978, R. Klitgaard, *Controlling Corruption* cit., D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *The hidden order of corruption. An institutional approach*, Farnham, Ashgate Publishing, 2012.

<sup>23</sup> Cfr. J.G. LAMBSORFF, *Corruption and Rent-seeking*, in *Public Choice*, 2002, vol. 113, p. 97.

Nelle transazioni tra Principale e Agente, possono emergere illeciti diversi dalla corruzione, quali frodi interne o uso illecito di beni pubblici. Lungo il diverso asse delle transazioni tra Principale e Cliente (impresa o privato) vengono integrate violazioni dirette di prescrizioni normative che prevedono obblighi e divieti a carico di privati: evasione fiscale, norme *antitrust*, illeciti in materia di riciclaggio, frodi di qualsiasi natura. In tutti questi casi si tratta di violazioni che non sono corruzione perché la corruzione in senso proprio richiede l'elemento della collusione tra Agente (pubblico) e Cliente (privato)<sup>24</sup>.

La prevenzione della corruzione, che utilizza strumenti di diritto amministrativo, deve così intervenire precocemente, interessando (oggi) tutte le transazioni illecite, anche quelle di natura non corruttiva, in modo da gestire tempestivamente il rischio della corruzione. Ogni illecito, infatti, può dar luogo (domani) a transazioni corrotte, quando sarà oggetto di controlli della più diversa natura, perché nel controllo si concretizza una opportunità di contatto tra un Agente pubblico e un Cliente (cittadino o impresa): i controlli, infatti, hanno una natura ibrida, non sono solo un modo per combattere o prevenire la corruzione ma possono essere essi stessi una reale occasione per transazioni corrotte<sup>25</sup>.

Insomma, la nozione di corruzione che meglio serve gli scopi della prevenzione amministrativa è quella che la inquadra come «dis-funzione»<sup>26</sup> adottando una prospettiva regolatoria, proprio perché considera le regole che pongono obblighi e divieti e quelle che disciplinano poteri amministrativi. Il loro impatto deve essere monitorato e valutato in modo da evitarne, per quanto possibile, effetti perversi<sup>27</sup> e da catalizzarne effetti

<sup>24</sup> Sul punto v. M. ROBINSON (eds.) *Corruption and Development*, London, Routledge, 2004, p. 110, dove si afferma che non può darsi corruzione «since it does not include the active (or passive) collusion of an agent of the state». V. anche R. BOWLES, *Corruption*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. V. *The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 476.

<sup>25</sup> Sul punto v. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunito: vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 86. Sull'argomento, rinvio a quanto sostenuto in M. DE BENEDETTO, *Corruption and controls*, in *European Journal of Law Reform*, vol. 17, n. 4, 2015, p. 488.

<sup>26</sup> COSÌ, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, nella III edizione 2017, p. 384 ha introdotto proprio un paragrafo dedicato alla corruzione nell'ambito del capitolo sulle «disfunzioni amministrative».

<sup>27</sup> R. BOUDON, *Effets pervers et ordre social*, Puf, 1977.

compatibili con gli obiettivi della regolazione<sup>28</sup>. In questo senso, l'effettività della regolazione contribuisce alla prevenzione della corruzione, cioè tende a rendere residuali le ipotesi di vera e propria corruzione: «*when rules are effective there is very limited space for infringements and administrative corruption*»<sup>29</sup>.

### 3. La prevenzione della corruzione non è immune da rischi

Come si è visto, la corruzione è fenomeno in cui l'atto di rilevanza criminale giunge solo a conclusione di un più ampio processo, per cui si richiederebbe - nel quadro delle emergenti politiche di prevenzione - un intervento precoce<sup>30</sup>. Occorre, peraltro, considerare che la prevenzione della corruzione di tipo convenzionale (quella che prevalentemente si orienta a considerare i procedimenti in cui la corruzione potrebbe integrarsi) comporta un incremento di attività amministrative e di controllo, le quali non sono esenti da rischi.

Un primo rischio riguarda la possibilità che *la prevenzione possa essere ridotta ad un'apparenza*<sup>31</sup>, esattamente per le stesse ragioni per cui abbiamo della corruzione solo una contezza obliqua, garantita dagli indicatori di percezione. Certamente, questi sono molto utili nell'ambito delle periodiche comparazioni tra paesi ma nel dibattito a livello internazionale (ma anche a livello nazionale, dalla nostra ANAC<sup>32</sup>) è sentita l'urgenza di indicatori quantitativi che rappresentino il livello reale di

<sup>28</sup> Sul punto, Y. LEROY, *La notion d'effectivité du droit*, in *Droit et société*, 79(3), 2011, p. 731. Parlano di «*positive regulation*» R. BALDWIN, M. CAVE, *Taming the corporation. How to regulate for success*, p. 15: «*regulatory success is achieved when a regulator delivers the right outcome (for businesses, consumers and society) by acceptable procedures at the lowest feasible cost*».

<sup>29</sup> M. DE BENEDETTO, *Corruption from a regulatory perspective*, cit., p. 3.

<sup>30</sup> Cfr. T. VANDER BEKEN, *A Multidisciplinary Approach for detection and Investigation of Corruption*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, Kluwer Law International, 2002, p. 275: «*a very early detection and intervention method*».

<sup>31</sup> Cfr. J. JACOBS, *Dilemmas of Corruption Controls*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, cit, p. 287.

<sup>32</sup> L'ANAC ha in corso un programma finanziato dal Programma Operativo Nazionale Governance e Capacità istituzionale 2014-2020 per la «Misurazione del rischio di corruzione a livello territoriale e promozione della trasparenza», con «l'obiettivo di rendere disponibile un insieme di indicatori in grado di misurare il rischio di corruzione nei territori» all'interno di cui sono stati sviluppati indicatori di contesto (<https://www.anticorruzione.it/il-progetto>).



corruzione nei diversi sistemi<sup>33</sup>. Insomma, se la segretezza è aspetto costitutivo della corruzione e se non è facile consolidare una sufficiente conoscenza e comprensione dei processi corruttivi, la mancanza di dati e le difficoltà di misurazione in questo campo rischiano di caratterizzare inevitabilmente anche la prevenzione della corruzione.

Un secondo rischio è quello della *metastasi burocratica*. Già riguardo ai controlli per la prevenzione della corruzione si è osservato che questi possono risolversi più che in minore corruzione in maggiore burocrazia<sup>34</sup>. L'anticorruzione tende a produrre adempimenti amministrativi ma la burocrazia che ne segue è considerata una delle cause della stessa corruzione, di modo che si crea una sorta di circolo vizioso<sup>35</sup>. Insomma, vi è una contraddizione (che quanto meno andrebbe considerata e gestita) nell'idea che per prevenire la corruzione (la quale consegue alla burocrazia) sia necessario ricorrere a ulteriore burocrazia.

Strettamente correlato è il terzo rischio, quello dell'*amministrazione difensiva*. È opinione ampiamente condivisa che il sistema dell'anticorruzione abbia contribuito alla diffusione di condotte di *defensive*

<sup>33</sup> Sul punto L. HOLMES, *Corruption. A very short introduction*, Oxford University Press, 2015 che indica diversi tipi di misurazione: *official statistics, perception surveys and experience-based surveys*. Si veda anche M.A. GOLDEN, L. PICCI, *Proposal for a new measure of corruption, illustrated with Italian data*, in *Economics & Politics*, 11, 2005, p. 37. Si veda, inoltre, United Nations Office on Drugs and Crime, *Manual on Corruption Surveys – Methodological guidelines on the measurement of bribery and other forms of corruption through sample surveys*, 2018. Per la prima volta l'Istat ha introdotto una serie di quesiti nell'indagine sulla sicurezza dei cittadini 2015-2016 per studiare il fenomeno della corruzione, <https://www.istat.it/it/files//2017/10/La-corruzione-in-Italia.pdf>. Si vedano, infine, A. MUNGIU-PIPPIDI, *For a New Generation of Objective Indicators in Governance and Corruption Studies in European*, in *Journal of Criminal Policy Research*, 22, 2016, p. 363 e D. KAUFMANN, A. KRAAY, M. MASTRUZZI, *Measuring Corruption: Myths and Realities*, The World Bank, 2006, [www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corecourse2007/Myths.pdf](http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corecourse2007/Myths.pdf).

<sup>34</sup> F. ANECHARICO, *Law Enforcement or a Community-Oriented Strategy Toward Corruption Control*, cit., p. 300. V. anche, F. BLANC, *Regulation, Regulatory Delivery, Trust and Distrust: Avoiding Vicious Circles*, in M. DE BENEDETTO, N. LUPO, N. RANGONE (eds.), *The Crisis of Confidence in Legislation*, Nomos/Hart, 2020, pp. 318-319.

<sup>35</sup> Cfr. F. ANECHARICO, J.B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*, cit., p. 204 e F. ANECHARICO, *Law Enforcement or a Community-Oriented Strategy Toward Corruption Control*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, cit., p. 299: in cui «*corruption control and bureaucracy are mutually dependent*».

*decision-making*, specialmente in alcuni sistemi<sup>36</sup>. Infatti, regolazioni molto stringenti e dettagliate non sempre producono risultati desiderabili, potendo stimolare risposte difensive<sup>37</sup>. Si consideri un *responsabile della prevenzione della corruzione*, ai sensi della legge n. 190/2012. Questo è tenuto all'osservanza di numerose regole, tra cui quella con cui si dispone che, nei casi di corruzione accertati in giudizio all'interno della sua amministrazione, verrà considerato triplamente responsabile (a titolo di responsabilità dirigenziale, disciplinare oltre che per danno erariale e per danno all'immagine della pubblica amministrazione) a meno che non dia prova di aver dato pieno adempimento ed osservanza alle norme che disciplinano la sua funzione<sup>38</sup>. A prima vista, sembrerebbe che la precisione della regola possa contribuire a rendere l'obbligazione più severa, richiedendo esattamente cosa deve fare un responsabile della prevenzione della corruzione (coordinare attività; promuovere l'adozione di codici etici; svolgere un certo numero di controlli e di vigilanza sui piani anticorruzione etc.). A ben vedere, però, regole stringenti non impediscono da sole condotte opportunistiche ed illecite perché le regole ci dicono quello che bisogna fare e non quello che faremo<sup>39</sup>; inoltre, i funzionari onesti potrebbero essere disincentivati dall'adottare decisioni pur opportune che siano caratterizzate dalla presenza di un qualche tipo di rischio. Infatti, dalla norma si ricava la preferibilità di un comportamen-

<sup>36</sup> Sulla *«defensive administration»*, cfr. F. ARTINGER, S. ARTINGER, G. GIGERENZER, C. Y. A.: *frequency and causes of defensive decisions in public administration*, in *Business Research*, 2018, p. 10: *le defensive decisions «occur when professionals opt for the second-best option rather than (what they believe to be) the best option for their organization or client in order to protect themselves from potential negative consequences in the future»*. Con riguardo all'Italia, cfr. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2019, p. 293.

<sup>37</sup> Cfr. B.E. ASHFORTH, R.T. LEE, *Defensive behavior in organizations. A preliminary model*, in *Human Relations*, 43, 7, 1990, p. 621.

<sup>38</sup> Legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, art. 1, co. 12: «In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze: a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo; b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano».

<sup>39</sup> G. VEDEL, *Le hasard et la nécessité*, in *Pouvoirs*, 50, 1989, p. 27.

to amministrativo pedissequamente conforme, l'unico che può garantire di preservare il funzionario da conseguenze indesiderabili<sup>40</sup>.

Così la regolazione rischia di fallire: da un lato, vengono prescritti adempimenti formali la cui utilità – in vista dell'obiettivo sostanziale della riduzione della corruzione – è difficile da misurare; dall'altro, il lavoro prevalente dei funzionari diviene l'approntamento della prova dell'adempiamento degli obblighi normativi che li riguardano. Le regole, in buona sostanza, sono percorsi guidati e funzionano come incentivi per ottenere vantaggi o evitare svantaggi.

Vi è poi il quarto e ultimo rischio, registrato dapprima dalla dottrina statunitense: quello per cui le politiche anticorruzione rendono *più difficile il reclutamento di amministratori competenti e onesti* per lo svolgimento di compiti di governo<sup>41</sup>. È importante aver contezza di questa evidenza non solo in vista di una migliore definizione delle politiche di prevenzione della corruzione ma anche per evitare l'effetto collaterale indesiderabile di “*skills drain*” dalle istituzioni. *Perché si produce questo effetto? Di cosa dovrebbe aver timore un funzionario se intende comportarsi correttamente?*

Un importante contributo sul tema ci viene dagli studi comportamentali<sup>42</sup> e dalla letteratura in materia di fiducia<sup>43</sup>. Questa è indispensabile per la cooperazione, sia nelle relazioni interpersonali che in quelle istituzionali.

<sup>40</sup> F. ARTINGER, S. ARTINGER, G. GIGERENZER, C. Y. A.: *frequency and causes of defensive decisions in public administration*, cit., p. 11: «*In organizations where failures are wrongly attributed to the decision maker, managers feel threatened and in need of protecting themselves*».

<sup>41</sup> Cfr. J. JACOBS, *Dilemmas of Corruption Controls*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, cit., p. 285. Sul punto v. anche S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, cit., p. 68; S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and conflicts of interest*, in J.B. AUBY, E. BREEN, T. PERRAUD (eds.), *Corruption and Conflicts of Interest. A comparative Law Approach*, Edward Elgar, 2014, p. 5. V., infine, R.E. MESSICK, *Policy consideration when drafting conflicts of interest legislation*, in J.B. AUBY, E. BREEN, T. PERRAUD (eds.), *Corruption and Conflicts of Interest. A comparative Law Approach*, cit., p. 123.

<sup>42</sup> In generale sul punto, cfr. N. RANGONE, *A Behavioural Approach to Administrative Corruption Prevention*, in A. CERRILLO I MARTÍNEZ, J. PONCE (eds.), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, Bruylant, 2017, p. 69.

<sup>43</sup> Sull'argomento, per un quadro di sintesi, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021. Si vedano anche N. LUHMANN, *Trust and Power*, Polity Press, 2017, prima edizione in tedesco 1973; D. GAMBETTA (eds.) *Trust. Making and breaking cooperative relations*, Blackwell, 1988, p. 49; E.M. USLANER, *The Moral Foundations of Trust*, Cambridge University Press, 2002.

Le regole invece operano alla stregua di un surrogato<sup>44</sup>, dove ci sono regole, non c'è fiducia<sup>45</sup>. Talvolta regolare è necessario per ricostruire un contesto di affidamento che si basi sulla deterrenza, in esito a controlli e sanzioni. Ma una quota di fiducia serve alla funzionalità del sistema, serve per mantenere vivo il coinvolgimento morale degli agenti, pubblici o privati, che è frutto di libertà: infatti, se io *devo* comportarmi *per osservare un obbligo* nel modo in cui *mi sarei comunque comportato, per libera determinazione* (così da rispondere al mio personale sistema di valori) la natura morale del mio comportamento tende ad affievolirsi<sup>46</sup>. I funzionari pubblici onesti ed esperti sono fortemente motivati dalla fiducia nelle loro competenze e nella loro integrità<sup>47</sup>: si nutrono cioè del riconoscimento sociale, rispondono ad una struttura specifica di incentivi, che si muove nel lungo periodo e si impernia sul prestigio professionale<sup>48</sup>. Ebbene, la letteratura ha evidenziato che la fiducia non è soggetta a consumo come un bene materiale, ma cresce con l'uso e si riduce quando non è usata<sup>49</sup>. Questo forse contribuisce a spiegare perché un sistema di anticorruzione troppo stringente influenza negativamente la presenza

<sup>44</sup> M.E. WARREN, *Democracy and trust*, Cambridge University Press, 1999, p. 266.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>46</sup> Sul punto si veda un interessante esempio di standard intrusivi, definiti tra gli esempi riportati in coda al codice di condotta dei dipendenti dell'International Monetary Fund-IMF, *Code of Conduct for Staff*, July 31, 1998, VII. *Examples*: «*Conduct within the IMF*: 4. *I am taking orders for Girl Scout cookies on behalf of my daughter. May I ask colleagues whether they wish to place an order? Yes, so long as there is no coercion or pressure placed on colleagues to make a purchase*». Si veda F. CARNELUTTI, *Morale e diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, Cedam, 1953, p. 41: «Sulla libertà in luogo che sul dovere la morale è fondata; né altro è la libertà che potere morale» e p. 43: «i caratteri differenziali della morale in confronto col diritto sono veramente quelli che il senso comune intuisce: assenza della legge e assenza della coazione». Sul punto v. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 190, dove – parlando di norme morali – le descrive come «norme la cui sanzione è puramente interiore». V., anche, F. VON HAYEK, *Studi di filosofia, politica ed economia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, p. 408: «La moralità e i valori morali crescono solo in un ambiente libero».

<sup>47</sup> F.D. SCHOORMAN, R.C. MAYER, J.H. DAVIS, *An Integrative Model of Organizational Trust: Past, Present and Future*, in *The Academy of Management Review*, vol. 32, 2, 2007, p. 345.

<sup>48</sup> Sulla differente struttura dei sistemi d'incentivo per i burocrati e i politici cfr. A. ALESINA, G. TABELLINI, *Bureaucrats or Politicians? Part I: A Single Policy Task*, in *The American Economic Review*, 97, 2007, p. 169 e *Bureaucrats or Politicians? Part II: Multiple Policy Tasks*, in *Journal of Public Economics*, 92, 2008, p. 426.

<sup>49</sup> Sul punto, A.O. HIRSCHMAN, *Against Parsimony: Three Easy Ways of Complicating Some Categories of Economic Discourse*, in *The American Economic Review*, vol. 74, no. 2, Papers and

di fiducia, rende più difficile reclutare *honest and competent people in Government* e creare le condizioni per cui funzionari di valore possano lavorare agevolmente.

#### 4. *La prevenzione della corruzione è un problema regolatorio*

L'idea centrale del ragionamento che qui si propone (ed estensivamente trattata altrove<sup>50</sup>) è che la corruzione amministrativa, come gli altri comportamenti illeciti, presupponga sia l'esistenza che l'ineffettività delle regole: ne consegue che una prospettiva regolatoria può aiutare a prevenire sia la corruzione che altri tipi di violazione.

Le relazioni tra regole e corruzione sono state già studiate da autori come Anthony Ogus<sup>51</sup> e Marco D'Alberty<sup>52</sup>. Dunque, l'anticorruzione regolatoria si propone di ampliare la logica delle correnti politiche di prevenzione, basate sull'anticorruzione convenzionale, che si concentrano sulla corruzione (il sintomo) e che dovrebbero essere riorientate per includere le regole, che sono le determinanti di qualsiasi processo di corruzione: infatti, in uno stato di diritto, senza regole non si instaura alcun potere pubblico, non ci sono funzioni amministrative, nessun agente pubblico può essere titolare di competenze in qualsivoglia procedura amministrativa e, di conseguenza, nessuna corruzione potrebbe essere integrata.

Per questo motivo, le regole possono essere utilizzate per arricchire lo strumentario anticorruzione. Insomma, la corruzione amministrativa può essere affrontata prendendo in considerazione le regole durante il loro intero ciclo di vita, rafforzandone l'effettività e riducendo drasticamente lo spazio per le violazioni e la corruzione amministrativa. La ricerca

Proceedings of the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1984), p. 93.

<sup>50</sup> Il riferimento è a M. DE BENEDETTO, *Corruption from a regulatory perspective*, cit. per i profili specifici e a G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit. per i profili più generali.

<sup>51</sup> A. OGUS, *Corruption and regulatory structures*, in *Law & Policy*, 26, 2004, p. 329.

<sup>52</sup> M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016 e Id (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017. Sul punto si vedano B.G. MATTARELLA, *Il contributo di Marco D'Alberty agli studi sulla corruzione pubblica*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberty*, cit., p. 233 e C. PINELLI, *La scabrosa ipotesi della corruzione sociale*, *ivi*, p. 320.

dell'effettività delle regole diviene così l'antecedente logico delle politiche anticorruzione<sup>53</sup>.

#### 4.1 Cosa significa che la corruzione inizia dalle regole?

La regolazione viene considerata il primo e il più rilevante strumento di prevenzione e lotta alla corruzione: in altre parole, l'adozione di regole (soprattutto quelle che prevedono sanzioni più severe) viene percepita dai governi e dall'opinione pubblica come il modo corretto di reagire ad uno scandalo di corruzione. Molte delle riforme istituzionali, dovunque varate, possono essere considerate come risposte a episodi di corruzione o al timore di corruzione. Si pensi alla regolazione finanziaria<sup>54</sup>, alla legislazione nel campo degli appalti pubblici<sup>55</sup>, alla disciplina in materia

<sup>53</sup> Si veda, in proposito, Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Relazione, 7 dicembre 2022, p. 10, dove si afferma chiaramente che è necessario rendere effettiva la riforma, oltre il testo normativo: «occorre avverare, attraverso una intensa attività operativa, almeno tre condizioni essenziali 'non legislative', che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche».

<sup>54</sup> I.A. MOOSA, *Good Regulation, Bad Regulation: The Anatomy of Financial Regulation and Financial Regulation as a Response to Corruption and Fraud*, in *Contemporary Issues in the Post-Crisis Regulatory Landscape*, 2016, p. 89. Anche lo scandalo della Banca Romana fu l'occasione per adottare una nuova legge bancaria, cfr. V. ZAMAGNI, *The Economic History of Italy. 1860-1990. Recovery After Decline*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 143. Si veda anche R. LEVINE, *The Governance of Financial Regulation: Reform Lessons from the Recent Crisis*, in *International Review of Finance*, vol. 12, issue 1, March 2012, p. 39, dove si sostiene che le regole costituiscono contro-misure per i «defects in the governance of financial regulation [which] allowed regulators to deviate from the public interest».

<sup>55</sup> Sul punto, T. SØREIDE, *Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures*, Report 2002, Michelsen Institute. Si veda anche OECD, *Preventing Corruption in Public Procurement*, 2016; S. WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment measures*, Hart Publishing, 2012. Più in generale, sul punto J.J. LAFFONT, J. TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993. Anche nella recente riforma del codice degli appalti, si considera e intende prevenire il rischio dei fenomeni corruttivi, Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Relazione, 7 dicembre 2022, p. 10, dove si richiama «la semplificazione, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il *goldplating* ovunque possibile. Il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione».

di pubblico impiego e dirigenza pubblica<sup>56</sup>, per finire ai complessi normativi specificamente dedicati all'anticorruzione.

D'altra parte, si è già anticipato, la regolazione ha una grande responsabilità nel produrre opportunità per le transazioni corrotte. L'idea non è nuova. Basti ricordare il contributo di San Paolo nella sua Lettera ai Romani, dove espone la dottrina su legge e peccato<sup>57</sup>; o quello di Tacito nei suoi Annali, dove si esprime lo stesso concetto da una diversa prospettiva («*plurimae leges corruptissima republica*»)<sup>58</sup>.

Se l'idea non è nuova, tuttavia questa è stata recentemente rinnovata in alcuni studi che hanno preparato il terreno per un vero e proprio approccio regolatorio alla corruzione: partendo dall'idea (e dall'evidenza) che la regolazione ha un effetto importante e causale sulla corruzione<sup>59</sup>, si potrebbero ridisegnare le politiche anticorruzione sviluppando uno strumentario di prevenzione più efficace.

A tal fine occorre tenere presenti tre aspetti.

In primo luogo, la regolazione può fallire rivelandosi «*counterproductive*»<sup>60</sup>. La corruzione, da questo punto di vista, può essere considerata come un effetto collaterale indesiderato, che i regolatori dovrebbero considerare.

<sup>56</sup> Cfr. S. ROSE-ACKERMAN, *Which Bureaucracies are Less Corruptible?*, in A.J. HEIDENHEIMER, M. JOHNSTON, V.T. LEVINE (eds.), *Political Corruption. A Handbook*, Transaction Publishers (third printing, first printing 1989), 1993, p. 803; v. anche R. KLITGAARD, *Cleaning Up and Invigorating the Civil Service*, World Bank Operations Evaluation Department, November 1996.

<sup>57</sup> SAN PAOLO, *Lettera ai Romani*, cap. 7: «Che diremo dunque? Che la Legge è peccato? No, certamente! Però io non ho conosciuto il peccato se non mediante la Legge. Infatti, non avrei conosciuto la concupiscenza, se la Legge non avesse detto: *Non desiderare*.<sup>8</sup>Ma, presa l'occasione, il peccato scatenò in me, mediante il comandamento, ogni sorta di desideri. Senza la Legge infatti il peccato è morto.<sup>9</sup>E un tempo io vivevo senza la Legge ma, sopraggiunto il precetto, il peccato ha ripreso vita<sup>10</sup>e io sono morto».

Sul punto, cfr. O. CONE, *The Pauline Doctrine of Sin*, in *The American Journal of Theology*, vol. 2, no. 2 (Apr. 1898), p. 241.

<sup>58</sup> TACITO, *Annali*, Libro 3, p. 27.

<sup>59</sup> G.R.G. CLARKE, *Does over-regulation lead to corruption? Evidence from a multi-country survey*, in *Southern Business Administration Journal*, vol. 14, issue 1, 2014, p. 28.

<sup>60</sup> Cfr. P. GRABOSKY, *Counterproductive regulation*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 23, 1995, p. 347.

Infatti, la trasgressione è «*inscribed into the law as hidden possibility*»: e in ciò consisterebbe «*the secret of law*»<sup>61</sup>.

In secondo luogo, alcuni studiosi hanno introdotto la già richiamata idea che la corruzione non debba essere valutata solo in modo negativo perché esprimerebbe anche un effetto positivo, quando è necessario contrastare qualche impatto negativo di una regolamentazione di cattiva qualità<sup>62</sup>.

Infine, la corruzione è *strettamente legata alle «regulatory structures»*, alla dimensione procedurale<sup>63</sup> e all'attuazione delle regole: più alto è il tasso di inflazione regolatoria, maggiori sono inevitabilmente le opportunità di contatto tra Agenti e Clienti, più sono possibili violazioni e corruzione<sup>64</sup>. Questo significa che i sistemi giuridici dovrebbero essere eliminati per sradicare la corruzione? Certamente no. Piuttosto, se le transazioni illecite e corrotte sono orientate a ottenere un profitto indebito sfruttando le opportunità correlate alle regole, sarebbe importante comprendere il modo in cui queste producono rendite e, in questo senso, preparano il terreno alla corruzione<sup>65</sup>. Non vi è dubbio che esista un vero e proprio «mercato»<sup>66</sup> della legislazione<sup>67</sup> e che i gruppi di interesse esercitano

<sup>61</sup> M. NUIJTEN, G. ANDERS (eds), *Corruption and the Secret of law. A Legal Anthropological Perspective*, Ashgate Publishing, 2007, p. 12.

<sup>62</sup> Cfr. A. OGUS, *Corruption and regulatory structures*, cit., pp. 330-331.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 329.

<sup>64</sup> Cfr. V. TANZI, *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*, IMF Staff Papers, vol. 45, no. 4 (December), 1998; v. anche J. POPE, *Parliament and Anti-Corruption legislation*, in R. STAPENHURST, N. JOHNSTON, R. PELIZZO (eds.), *The role of Parliament in curbing corruption*, WBI Development Studies, 2006 e B.M. MITNICK, *Capturing "Capture": Definition and Mechanisms*, in D. LEVI-FAUR (eds.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 34.

<sup>65</sup> Cfr. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *The hidden order of corruption. An institutional approach*, Ashgate Publishing, 2012, p. 58.

<sup>66</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 163 ss. Sul punto, v. M. OLSON, *The logic of collective action. Public goods and the theory of groups*, Harvard University Press, 1965, p. 144: «*When a large firm is interested in legislation or administrative regulations of unique importance to itself, there is little doubt that it will act in its interest (...)*». V., infine, R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, voll. I-II, Bologna, Il Mulino, 2006.

<sup>67</sup> G.R.G. CLARKE, *Does over-regulation lead to corruption? Evidence from a multi-country survey*, cit., p. 29: «*regulation might lead to corruption (...) corruption might lead to more regulation*».



pressioni sui legislatori e sui regolatori per ottenere (a volte “comprare”<sup>68</sup>) norme favorevoli. Così, è ragionevole ritenere che «*program elimination is sometimes better than more subtle reform strategies*»<sup>69</sup>.

Ma come si consegue un extra-reddito (illecito) attraverso le regole?

Primo, *violando un dovere*, per evitare un costo (come nel caso dell’evasione fiscale); secondo, *ottenendo un beneficio non dovuto* (ad esempio, un sussidio ricevuto senza averne diritto); terzo, *ottenendo una regolazione che favorisca un certo interesse*. Vi è, poi, un caso diverso, quello dell’elusione (la *creative compliance*): qui i destinatari delle regole ne aggirano lo scopo, facilitati dalla amplissima disponibilità di schemi normativi<sup>70</sup> che possono variamente combinare, così da conseguire i vantaggi desiderati senza incorrere in violazioni frontali.

Ora, se le regole possono essere utilizzate come strumento di profitto illecito, i regolatori e i funzionari pubblici devono essere consapevoli di questa possibilità latente ed evitare, per quanto possibile, che all’adozione di una regola seguano la non conformità (l’inottemperanza di un obbligo o la violazione di un divieto) ovvero l’elusione<sup>71</sup>.

Di conseguenza, le regole che impongono doveri e stabiliscono benefici dovrebbero essere adottate con particolare cautela e monitorate nella loro applicazione a livello amministrativo; le regole che favoriscono interessi specifici dovrebbero essere tracciabili e realmente trasparenti; l’elusione dovrebbe essere prevenuta, per quanto possibile, grazie a consultazioni e valutazioni prognostiche; infine, le misure anticorruzione dovrebbero essere disciplinate e monitorate al fine di verificarne il funzionamento concreto e l’effettività<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Si pensi al “*Cash for law scandal*” che nel 2011 ha coinvolto il Parlamento europeo, evidenziando l’esistenza di un tariffario praticato per la presentazione di emendamenti, cfr. B. WALTERFIELD, *European Parliament member resigns over “cash for laws” scandal*, in *The Telegraph*, 20 March 2011.

<sup>69</sup> S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999, p. 39.

<sup>70</sup> Sul punto, cfr. S. ENG, *Legislative inflation and the quality of law*, in L. WINTGENS (eds.), *Legisprudence*, Hart Publishing, 2002, p. 65 ss.

<sup>71</sup> Cfr. B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 67, dove si parla di «disobbedienza incentivata».

<sup>72</sup> Sul punto cfr. N. RANGONE, *A behavioural approach to administrative corruption prevention*, in A. CERILLO-I-MARTÍNEZ, J. PONCE (eds.), *Preventing Corruption and Promoting good Government*

#### 4.2 *Come si previene la corruzione partendo dalle regole?*

Se l'eccesso di regole è foriero di corruzione, un sistema corrotto è spesso caratterizzato anche da inflazione legislativa. D'altro canto, una regolazione di buona qualità potrebbe esprimere un forte potenziale come strumento per combattere e prevenire illeciti e transazioni corrotte, invertendo la direzione del circolo vizioso tra eccessiva regolamentazione e corruzione<sup>73</sup>, grazie ad una diagnosi precoce delle potenziali e pericolose connessioni tra regole, interessi e opportunità di profitto. Da un punto di vista regolatorio, l'anticorruzione è l'effetto di una «*comprehensive strategy*»<sup>74</sup> che include un certo numero di strumenti volti a individuare precocemente le occasioni di *rent-seeking* offerte dalla regolazione. Tra gli strumenti anticorruzione di matrice regolatoria, distinguiamo quelli applicabili principalmente al *regulatory stock* (la normativa vigente) e quelli utilizzabili per il *regulatory flow* (la normativa in corso di adozione).

Per quanto riguarda il *regulatory stock*, il primo strumento da considerare è senz'altro la *semplificazione*, cui si può ricorrere per politiche di liberalizzazione o per quelle di miglioramento dei rapporti tra amministrazione e cittadini, ma che può essere utilizzato anche nel contesto delle politiche anticorruzione. La semplificazione può essere normativa (dando luogo ad attività di codificazione, di *cutting legislation*, di riforma) o può consistere in una semplificazione amministrativa (programmi di riduzione degli oneri amministrativi, di reingegnerizzazione delle procedure, etc.). Le politiche di semplificazione sono attive nei paesi di area

*and Public Integrity*, Bruylant, 2017, p. 70: «*while such measures are widely recognised as crucial corruption prevention tools, their effectiveness is strictly related to the juridical regime adopted.*»

<sup>73</sup> J.G. LAMBSDORFF, *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*, Cambridge University Press, 2008, p. 60: «*A vicious circle can exist whereby inefficient regulation leads to corruption, which in turn cultivates the further spread of troublesome regulation so as to enhance administrative power and the opportunity to exact further payoffs*»; v. anche p. 61: «*Considering this vicious circle a welfare analysis of corruption must incorporate the investigation of institutions and regulation and must not consider them exogenous to the analysis*». Sul punto, cfr. F. ANECHIARICO, J. B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective* cit., p. 173: «*in many circumstances, red tape is a response to corruption and an attempt to control it. And yet the very complexities and time-consuming factors introduced by a red-tape control system invite enterprising people to find or bore shortcuts*».

<sup>74</sup> S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, cit., p. 6.

OCSE e coinvolgono i Parlamenti, i Governi, le Regioni, altre autorità di regolazione, Unità/Commissioni incaricate di compiti di semplificazione. A volte le politiche di semplificazione e quelle anticorruzione possono entrare in conflitto: quando si riducono o si eliminano garanzie e *standard* di legalità, si può facilitare un maggior numero di violazioni e di corruzione; l'anticorruzione, d'altro canto, tende a produrre, inevitabilmente, ulteriore complicazione. Invece di lavorare in parallelo, come politiche concorrenti (a volte in conflitto), la semplificazione e l'anticorruzione dovrebbero cooperare nel comune quadro dell'anticorruzione regolatoria: la semplificazione può rappresentare un importante strumento anticorruzione e l'anticorruzione può costituire un criterio per selezionare le priorità della semplificazione e calibrare i relativi interventi<sup>75</sup>.

I poteri di *advocacy* – già noti e centrali nel settore della tutela della concorrenza – rappresentano un secondo strumento utilizzabile per il *regulatory stock*, con uno specifico orientamento alle finalità dell'anticorruzione regolatoria. Si tratta di attività diverse, «*beyond merely enforcing*»<sup>76</sup> e che si comprendono bene nel contesto del rinnovamento delle tradizionali politiche<sup>77</sup> verso un «*enforcement style*»<sup>78</sup> di tipo cooperativo<sup>79</sup>,

<sup>75</sup> Riguardo la semplificazione degli adempimenti anticorruzione si veda ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione 2022*, delibera n. 7 del 17 gennaio 2023, p. 17: «Valutando come prioritario, da una parte, garantire l'effettività dei presidi anticorruzione e, dall'altra, limitare oneri alle amministrazioni, l'Autorità ha introdotto semplificazioni, specie per le amministrazioni di piccole dimensioni. Già la disciplina sul PIAO ha previsto che per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti si debba fare un piano semplificato. In questo l'Autorità è andata oltre prevedendo, salvo casi eccezionali indicati, un'unica programmazione per il triennio per tutti gli enti, non solo per quelli che adottano il PIAO ma anche per quelli tenuti al PTPCT o al MOG 231, con meno di 50 dipendenti e rafforzando, di contro, le attività di monitoraggio con soluzioni differenziate per enti da 1 a 15 dipendenti, da 16 a 30 e da 31 a 49».

<sup>76</sup> J. CLARK, *Competition Advocacy: challenges for developing countries*, in *OECD Journal: Competition Law and Policy*, vol 6, issue 4, 2005, p. 70.

<sup>77</sup> Sul punto, cfr. R.A. POSNER, *Antitrust in the New Economy*, in *Antitrust Law Journal*, 68, 2001, p. 925.

<sup>78</sup> R.A. KAGAN, *Understanding Regulatory Enforcement*, in *Law and Policy*, 11, 1989, p. 91.

<sup>79</sup> Cfr. J. ALM, E. KIRCHLER, S. MUEHLBACHER, *Combining Psychology and Economics in the Analysis of Compliance: From Enforcement to Cooperation*, in *Economic Analysis and Policy*, vol. 42, issue 2, 2012, p. 133. Si veda anche J.T. SCHOLZ, *Voluntary compliance and Regulatory enforcement*, cit., p. 385: «*enforcement strategy that potentially can reduce both enforcement and compliance costs by encouraging cooperation rather than confrontation between agencies and regulated firms.*»

mirando a promuovere adempimento e ottemperanza<sup>80</sup> e cercando di approntare uno strumentario amministrativo più ampio, completo ed efficace, quale componente per il successo delle politiche pubbliche. Rientrano in quest'ambito i poteri di segnalazione, raccomandazione, quelli consultivi, quelli di referto e altro ancora. Elettivamente questi poteri apparterrebbero alle Autorità anticorruzione nel loro ruolo di consulenza a Parlamenti, Governi, ad altre autorità di regolazione. Peraltro, anche organismi titolari di compiti di semplificazione normativa ben potrebbero raccomandare revisioni, riforme o interventi di tipo attuativo che consentano di limitare i casi di corruzione occasionati da atti legislativi/regolamentari. L'importanza dei poteri di *advocacy* specificamente orientate alla prevenzione della corruzione ha trovato un primo<sup>81</sup> accoglimento all'interno del Piano nazionale di ripresa e resilienza, dove tra le riforme abilitanti è stata prevista la «abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione»<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Cfr. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour un sociologie du droit sans rigueur*, X edition, LGDJ, 2001.

<sup>81</sup> In realtà, l'ANAC ha ampi poteri consultivi e di analisi ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. c), legge 6 novembre 2012, n. 190 (dove si prevede che l'Autorità «analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto») e ha poteri di segnalazione in materia di contratti pubblici, già ai sensi del previgente codice (art. 6, comma 7, lett. e) ed f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), poi confermati dal codice corrente (art. 213, comma 3, lett. c) e d) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dove si richiama il potere di segnalare «al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore» e quello di formulare «al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore») e di recente dallo schema del nuovo codice (art. 222, comma 3, lett. a) e b), Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici», 7 dicembre 2022).

<sup>82</sup> Piano nazionale di ripresa e resilienza, p. 73: «La corruzione può trovare alimento nell'eccesso e nella complicazione delle leggi. La semplificazione normativa, dunque, è in via generale un rimedio efficace per evitare la moltiplicazione di fenomeni corruttivi. Vi sono, in particolare, alcune norme di legge che possono favorire più di altre la corruzione. Si rende, dunque, necessario individuare prioritariamente alcune di queste norme e procedere alla loro abrogazione o revisione. Ad esempio, vanno riviste e razionalizzate le norme sui controlli pubblici di attività private, come le ispezioni, che da antidoti alla corruzione sono divenute spesso occasione di corruzione. È necessario eliminare le duplicazioni e le interferenze tra le diverse tipologie di ispezioni».

Riguardo al *regulatory flow*, l'anticorruzione regolatoria opera, innanzi tutto, attraverso la ricerca della *qualità della regolazione*<sup>83</sup>. Con questa formula ci si riferisce ad un quadro unitario per attività concernenti l'istruttoria normativa, da tempo conosciute e diffuse. La qualità della regolazione è orientata alla produzione di buone regole in vista dell'effettività, cioè all'adozione di regole *osservate, attuate e foriere di risultati coerenti con gli obiettivi per cui sono state previste*, in questo senso capaci di prevenire esiti illeciti e corruzione. Si tratta di regole orientate a conseguire i loro scopi<sup>84</sup> perché "fabbricate"<sup>85</sup> seguendo specifiche regole di qualità: obiettivi chiari, istruttoria accurata, consultazioni dei destinatari, valutazione *ex ante* (Analisi d'impatto della regolazione – Air) ma anche *ex post* (Verifica dell'impatto della regolazione – Vir) degli impatti prodotti. Questo strumentario è ben noto nei Paesi dell'area OCSE, anche se talvolta viene utilizzato in modo meramente formalistico. Accanto alla qualità della regolazione in senso stretto, in alcuni Paesi è stato introdotto anche un nuovo strumento, con lo scopo specifico di valutare la legislazione/regolazione da una prospettiva anticorruzione (Valutazione d'impatto sulla corruzione o *Corruption proofing*)<sup>86</sup>. La responsabilità di ricorrere a strumenti di qualità della regolazione (in generale) è condivisa tra Parlamenti, Governi ed autorità di regolazione, la valutazione

<sup>83</sup> Essendo la regolazione un concetto risultante, cfr. C. COGLIANESE, *Measuring Regulatory Performance. Evaluating the impact of regulation and regulatory policy*, OECD Expert Paper, 1, 2012, p. 8 dove si definisce la regolazione come «collection of rules». Sul punto si veda F. MERLONI, *Semplificazioni e discrezionalità. Qualità della normazione e qualità dell'amministrazione, in Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, cit., p. 465.

<sup>84</sup> Sul punto v. R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 2012, e C. COGLIANESE, R.A. KAGAN, *Regulation and Regulatory Processes*, Ashgate, 2007. Sull'argomento, v. N. RANGONE, voce *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, in S. CASSESE (diretto da), V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5057.

<sup>85</sup> Sul punto si veda F. PATRONI GRIFFI, *La «fabbrica delle leggi» e la qualità della normazione in Italia*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2000, p. 97. Si veda anche F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, Cedam, 1950, p. 494 dove si afferma che «fabbricare leggi è diventato come un servizio pubblico, forse il maggiore dei servizi pubblici». Parla di «fabbricare diritto» anche F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere legislativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 4, parte II, 1947, p. 204.

<sup>86</sup> Cfr. L. DI DONATO, *The Quality of Regulation in the Service of Preventing Corruption*, in *European Journal of Law Reform*, 2, 2016, e anche *Better regulation to prevent corruption: The Corruption Impact Assessment (CIA)*, in A. CERILLO-I-MARTINEZ, J. PONCE (eds), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, Bruylant, 2017, p. 101.

dell'impatto della corruzione chiama in causa anche le competenze delle Autorità anticorruzione.

Il secondo intervento sul *regulatory flow* in funzione di prevenzione della corruzione riguarda la *tracciabilità degli interessi nelle regole*. Si tratta di qualcosa di diverso sia dalle consultazioni dei destinatari delle regole che dalla regolamentazione del *lobbying*. Come noto, in alcuni sistemi giuridici esistono albi di gruppi di interesse, registri di trasparenza o forme di *legislative footprint*<sup>87</sup>, costosi adempimenti che non sempre hanno evitato condotte improprie e scandali (si pensi al già richiamato caso del Parlamento europeo). Così, meglio che regolare il *lobbying* è capire cosa la pressione degli interessi ha prodotto, cioè chi paga e chi beneficia per ogni regola contenuta in un atto legislativo, non solo in termini finanziari ma in termini di impatti regolatori. Tracciare gli interessi consente di realizzare una maggiore trasparenza del processo legislativo/regolatorio e al contempo di rafforzare la prevenzione della corruzione grazie all'individuazione precoce delle previsioni suscettibili di procurare vantaggi<sup>88</sup>. Grazie alle competenze di diagnostica della regolazione (che

<sup>87</sup> Sull'argomento, cfr. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the role of extra-institutional actors in the democratic system*, Adopted by the Venice Commission at its 94th Plenary Session (Venice, 8-9 March 2013) p. 16, dove vengono descritti i diversi «types of [lobbying] regulatory systems and their effectiveness». Sul *legislative footprint*, cfr. J. BERG, D. FREUND, *EU legislative footprint: What's the real influence of lobbying?*, Transparency International, 2016. Per una ricognizione completa delle iniziative legislative in materia di rappresentanza degli interessi in Italia, cfr. L. SACCHI, *La regolazione della rappresentanza di interessi in Italia*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 199-200, 2018, p. 71.

<sup>88</sup> Si dia il caso di un decreto governativo che interviene in via di urgenza a ridefinire il criterio demografico (*quorum*) utilizzato per la pianta organica delle farmacie con l'obiettivo di una regolazione pro-concorrenziale che, pur nel mantenimento della pianificazione quantitativa, si traduca in un incremento delle autorizzazioni consentibili. La regolazione precedente, che prevedeva essenzialmente una farmacia ogni 5000 abitanti (art. 1, l. 2 aprile 1968, n. 475, Norme concernenti il servizio farmaceutico), viene così modificata nel senso della possibilità di apertura di una farmacia ogni 3000 abitanti (art. 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività). In sede di conversione del decreto-legge è stato introdotto solo un piccolo aggiustamento del criterio demografico, portandolo da 3000 a 3300 (l. 24 marzo 2012, n. 27, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1). Ne risulta che, in Comuni con popolazione maggiore a 12.500 abitanti, il sistema precedente consentiva l'apertura di tre farmacie, il decreto (prima formulazione), di cinque, il decreto (come convertito), di quattro farmacie. È evidente come un piccolo intervento possa generare un serio ridimensionamento dell'effetto pro-concorrenziale della legislazione: questo intervento dovrebbe essere tracciato nell'istruttoria normativa, forse proprio grazie all'attività degli uffici delle Camere (cfr. N. LUPO, *Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei mutamenti dell'assetto istituzionale, nazionale e sovranazionale*, in *Ras-*

i portatori di interessi esercitano regolarmente), occorre entrare nelle singole regole per rendere palese la creazione di rendite, etichettandole proprio come si fa per gli alimenti. La tracciabilità degli interessi si realizza (grazie ai sistemi di consultazione digitalizzati) rispondendo alle domande: *chi ha proposto per primo la regola in questione? Chi ha proposto emendamenti? Cosa è cambiato da una versione all'altra della legislazione?* E soprattutto: *quali sono le conseguenze in termini di distribuzione dei costi/benefici che deriveranno dall'applicazione della regola come era stata concepita e come è nella sua versione finale?*

Insomma, tra una versione e l'altra di un testo legislativo, un numero che cambia, un elenco che si allunga, una parola che appare o scompare indicano che per qualcuno vi sono conseguenze puntuali, valutabili in termini di svantaggi o vantaggi. La trasparenza consiste nel rendere comprensibili queste conseguenze.

##### ***5. Prevenzione della corruzione, prevenzione della corruttibilità***

Quando si verifica la corruzione “la frittata è fatta”, si possono solo accertare responsabilità e comminare sanzioni. Sarebbe, peraltro, molto utile che i regolatori comprendano il modo in cui sono state compiute le infrazioni corruttive, traendo da quanto accaduto lezione per il futuro. La corruzione già commessa presenta, infatti, un grande interesse, perché costituisce una conoscenza indispensabile per migliorare la capacità di regolare e di prevenire illeciti e transazioni corrotte. La corruzione, sappiamo, non rileva solo in termini penalistici, ma è anche un rischio amministrativo: prima che “la frittata sia fatta” vi sono ampi spazi di intervento. Questo è l'ambito della corruttibilità, la corruzione che non si è ancora verificata, quella che possiamo aspettarci in termini prognostici perché esiste un rischio misurabile che possa verificarsi. Questa è la corruzione che, in qualche modo, si può prevenire grazie ad una regolazione e ad una amministrazione effettive.

A ben vedere, esistono due tipi di corruzione e due tipi di corruttibilità.

La corruzione può riferirsi a persone i cui comportamenti<sup>89</sup> siano repressibili: in quel caso si definisce *in senso soggettivo* (*«the quality of being corruptible»*<sup>90</sup>), concentrandosi sugli individui, principalmente da un punto di vista morale e/o penale. Questa può essere di grande interesse anche dal punto di vista regolatorio, perché può rappresentare una *proxy* della corruzione (consentendo di aver contezza delle probabilità di commissione di fatti di corruzione in relazione a variabili come: uomo/donna; categoria professionale; età; area geografica di residenza; rapporto con indicatori di pericolosità fiscale; etc.).

La corruzione può anche riferirsi ad altri fattori, come il sistema istituzionale, la sua organizzazione e le sue regole<sup>91</sup>, e in questo senso deve essere considerata *in senso oggettivo*: la corruzione è più probabile in determinate situazioni, in presenza di un determinato quadro normativo, durante specifiche procedure amministrative o quando le persone entrano in contatto con determinati tipi di amministrazioni pubbliche, come ben sappiamo dai piani di prevenzione della corruzione<sup>92</sup>.

Nella lotta alla corruzione si deve tenere conto sia della corruzione soggettiva che di quella oggettiva, perché entrambe aiutano a spiegare le ragioni per cui si è verificato un determinato incidente. Se si adottano le lenti del diritto amministrativo, la corrottibilità in senso oggettivo non presenta però sempre la stessa struttura: talvolta è riferita a *poteri amministrativi*, talaltra ai *controlli*.

La *corrottibilità*, nasce insieme con i *poteri amministrativi*. In un certo senso, è l'altra faccia della medaglia dell'amministrazione. Un Cliente (cittadino o impresa) ha bisogno di permessi, chiede sussidi o altre prestazioni amministrative, atti necessari per operare sul mercato o sempli-

<sup>89</sup> Cfr. M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte* cit., p. 12.

<sup>90</sup> *Webster's Dictionary*, 1913.

<sup>91</sup> M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, cit., p. 12 dove si richiama Jeremy Bentham che parla di una corruzione *«inherent in the system of governance»*, distinguendola da quella personale. Peraltro, si veda già M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI, *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994.

<sup>92</sup> Sul punto, cfr. S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 2014, p. 21 e L. LORENZONI, *La pianificazione dei controlli nel contrasto agli illeciti e alla corruzione*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e Pubblica Amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017.



cemente per vivere (viaggiare, vendere un appartamento, essere curati in un ospedale pubblico, iscriversi ad una scuola, guidare, fare lavori di ristrutturazione nel proprio appartamento, e così via). Un Agente pubblico che per qualche ragione di interesse pubblico ha il potere di rilasciare licenze, permessi, passaporti, visti, sovvenzioni o qualsiasi altro tipo di autorizzazione amministrativa discrezionale, può abusare della propria posizione<sup>93</sup>.

Così, alcuni studiosi hanno sostenuto che per ridurre definitivamente la corruzione, il ruolo del governo nell'economia dovrebbe essere drasticamente ridotto<sup>94</sup>. Tuttavia, la semplice riduzione dei poteri amministrativi non garantisce che il taglio sia efficiente, cioè che procuri meno costi e meno corruzione. Servono valutazioni *ad hoc* e attenta calibratura, perché alcuni poteri discrezionali sono indispensabili<sup>95</sup>. Per questo motivo, è necessario prestare attenzione soprattutto quando si stabilisce una regolazione che presenta più rischi di altre<sup>96</sup>, ad esempio perché crea o rafforza monopoli e poteri autorizzativi, permettendo agli agenti pubblici di gestire incentivi e disincentivi per altri funzionari, cittadini o imprese<sup>97</sup>. Le transazioni corrotte, che intercorrono tra l'Agente e il Cliente (cittadini o imprese), possono riguardare più di un aspetto della *performance* amministrativa (che sia un provvedimento o una prestazione di servizio pubblico): l'*an*, il *quando* e il *quomodo*.

Si faccia il caso di un atto amministrativo, come una licenza edilizia. L'interesse del cittadino non è solo quello di avere il permesso (*an*), ma anche di ottenerlo in tempi ragionevoli (*quando*) e di avere un permesso

<sup>93</sup> A. SHLEIFER, R.W. VISHNY, *Corruption*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 108, 3, 1993, p. 492: «*insofar as government officials have discretion over the provision of these goods [licenses, permits, passports and visas], they can collect bribes from private agents*».

<sup>94</sup> G.S. BECKER, *Want to Squelch Corruption? Try Passing Out Raises*, in *Business Week*, 3551, 3 Nov 1997, p. 26: «*the only way to reduce corruption permanently is to drastically cut back government's role in the economy*».

<sup>95</sup> K.C. DAVIS, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Greenwood Press, 1980, p. 217: «*to eliminate unnecessary discretionary power in government, not to eliminate all discretionary power*».

<sup>96</sup> R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice* cit., p. 236, in particolare dove si parla di «*predicting compliance*».

<sup>97</sup> S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, cit., 39.

che copra tutti gli elementi della richiesta, possibilmente ad un costo accettabile (*quomodo*).

Si faccia il caso di una prestazione di servizio pubblico, come un intervento di chirurgia in un ospedale. L'interesse del cittadino non è solo quello di essere operato in un buon ospedale (*an*), ma anche di essere operato il prima possibile, con riguardo all'urgenza reale e a quella percepita (*quando*), possibilmente dal chirurgo più rinomato (*quomodo*). Tutti questi elementi (*an*, *quando* e *quomodo*) hanno una tale rilevanza da potersi quantificare in denaro o altri valori, divenendo il prezzo illecito di un permesso per il quale non ci sarebbe alcun diritto o per ottenere il permesso cui si ha diritto in tempi ragionevoli; oppure il prezzo di un'operazione fatta in un buon ospedale, in tempi brevi e con l'intervento del miglior chirurgo. Immaginiamo quanto possa essere complessa questa analisi quando il Cliente sia una impresa, nei numerosissimi casi di licenze, sovvenzioni, certificazioni, registri, autorizzazioni per impianti produttivi e così via.

La *corruttibilità* è, poi, correlata allo svolgimento di *controlli*, i quali sono in attuazione di regole che prevedono comandi e divieti<sup>98</sup>, nel senso che ne verificano l'osservanza; al contempo i controlli si possono dirigere anche a possibili infrazioni e trasgressioni legate al previo esercizio di poteri amministrativi, ad esempio un controllo su una licenza rilasciata. I controlli sulle attività private possono consistere in vari tipi di *audit*, verifiche, ispezioni. Cosa succede quando arriva un'ispezione o un altro tipo di controllo? È possibile che i Clienti (cittadini o imprese) non abbiano commesso alcuna violazione sostanziale. Ciononostante, gli ispettori in fase di controllo potrebbero abusare dei loro poteri, cercando di ottenere un vantaggio illecito, in presenza di mere infrazioni minori, formali (magari sanabili) o addirittura immaginarie.

È anche possibile che i Clienti (cittadini o imprese) abbiano commesso delle infrazioni o addirittura un'evasione fiscale significativa. Essi hanno interesse a trattenere il reddito extra derivante da attività illecite (o evasione fiscale), che viene messo a rischio dall'ispezione. Indipendentemente da chi prende l'iniziativa, il contatto concreto tra l'Agente e il

<sup>98</sup> Sul rapporto tra comandi, divieti e permessi cfr. J. BENTHAM, *Collected Works*, in H.L.A. HART (eds.), *Principles of Legislation*, vol 2, Athlone Press, 1945, in particolare p. 111.

Cliente durante le ispezioni crea l'opportunità di accordi corruttivi, la cui consistenza è normalmente quantificata in proporzione al reddito extra illecito<sup>99</sup>.

L'importanza di affrontare la corruzione anche come corruttibilità deriva dall'evidenza che le transazioni tra Agenti e Clienti giungono nel corso di una procedura amministrativa o di un controllo, dove la corruzione si manifesta e quando è troppo tardi per parlare di prevenzione. Un approccio preventivo richiede una «*very early detection*»<sup>100</sup>, perché la corruzione si prepara da lontano e deve essere fermata sul nascere.

### 6. *L'analisi di corruttibilità, in pratica*

La corruttibilità può essere disvelata ed essere oggetto di analisi. Il *Corruptibility Assessment* applica le intuizioni dell'anticorruzione regolatoria allo *stock* di legislazione (e in questo costituisce la metodologia che può sostenere i poteri di *advocacy*). L'analisi funziona in modo molto semplice, segue una *checklist* di domande, per rispondere alle quali è richiesta una competenza regolatoria nei settori oggetto di valutazione. La prima domanda della checklist è: *questa legislazione è mai stata occasione di casi di violazione o corruzione?* È appena il caso di rilevare che la risposta a questa domanda potrebbe essere data assai facilmente se disponessimo di un certo tipo di trattamento delle informazioni relative al contenzioso penale<sup>101</sup>. Ad oggi, però, le banche dati criminali sono prodotte e gestite dal Ministero dell'Interno (per i profili investigativi e di denuncia) e dal Ministero della Giustizia (per ciò che riguarda il contenzioso penale). Di fatto, al momento vi è una certa difficoltà a referenziare con modalità utili alla prevenzione le informazioni relative agli incidenti di corruzione, perché queste banche dati non sono in grado di

<sup>99</sup> Cfr. J. SCHULTZ, T. SØREIDE, *Corruption in emergency procurement*, in *Disasters*, 32(4), 2008, p. 521: «*bribes are often calculated as percentages of the total contract amount. The bigger the potential contract, the more important it is for a firm to acquire it, and the more willing they might be to take risks in the form of corruption*». Cfr. anche S. HAMEED, *The Costs of Corruption*, CSIS, 2014, pp. 34-35.

<sup>100</sup> T.VANDER BEKEN, *A Multidisciplinary Approach for detection and Investigation of Corruption*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, Springer Netherlands, 2002, p. 275.

<sup>101</sup> ANAC, *Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione e prime evidenze empiriche*, dicembre 2013.

fornire risposte a domande che sarebbero molto rilevanti<sup>102</sup>: *quale legge ha dato l'opportunità per la transazione corrotta oggetto di denuncia o di procedimento giurisdizionale? Quali meccanismi amministrativi l'hanno resa possibile? perché i controlli previsti non hanno funzionato?* Comunque, se la risposta alla domanda *questa legislazione è mai stata occasione di casi di violazione o corruzione?* è negativa, la legislazione può essere confermata da un punto di vista strettamente anticorruzione (senza pregiudizio per altre possibili valutazioni di effettività). Se la risposta è invece positiva, occorre verificare accuratamente se la legislazione sia tuttora essenziale, a causa dell'esistenza di vincoli normativi (ad esempio, una direttiva europea che richiede una regolazione nazionale), di fallimenti del mercato (ad esempio, la necessità di obblighi di informazione), di altre finalità sociali (ad esempio, la necessità di fornire un servizio pubblico) e così via.

Se la risposta alla seconda domanda – *questa legislazione è ancora necessaria?* – è negativa, si può procedere al taglio della legislazione, previa verifica di *attualità, necessità e proporzionalità* delle singole regole. Se la risposta è positiva, la fase successiva consiste nel considerare le possibili alternative a tale legislazione che – pur essendo necessaria – ha procurato occasioni di corruzione.

Se la risposta alla domanda *Esiste un'alternativa a tale legislazione?* è negativa, la legislazione deve essere mantenuta e valutata dal un punto di vista anticorruzione, ad esempio, introducendo controlli o richiedendo la rotazione del personale, riformando il sistema delle sanzioni, ricorrendo a incentivi positivi: insomma, misure che tendano a contenere i casi di corruzione. Se invece la risposta è positiva, occorre identificare le alternative utili a ridurre la corruttibilità, le quali richiederanno un monitoraggio accurato.

Una volta chiarita la struttura del ragionamento da condurre occorre accedere al merito. Per un intervento sullo stock di regolazione volto a ridurre il rischio di integrazione di illeciti e corruzione, *da quali leggi bisogna iniziare? Quali sono le regole che possono essere considerate*

<sup>102</sup> Sul punto per un approfondimento sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *Corruzione e controlli: una introduzione*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 396-397.

*strumenti di una qualche forma di profitto, tale da scatenare propensione all'illecito e appetiti corruttivi?*

Purtroppo, si è già visto, un ragionamento sistematico basato sulle informazioni che vengono dal contenzioso penale ancora non è possibile. Così, occorre operare partendo dalle cd. *norme sensibili*, quelle che presentano un maggior rischio di corruzione<sup>103</sup> perché impongono costi (imposte, contributi); prevedono benefici (sussidi, esenzioni, agevolazioni, incentivi); impongono proibizioni o restrizioni; attribuiscono poteri di regolazione; intervengono sulla capacità amministrativa (ad esempio, incidendo, positivamente o negativamente, sul rischio di incorrere in un controllo). Insomma, non solo tenendo presenti (genericamente) i settori considerati ad alto rischio di corruzione ma (in modo mirato) dirigendosi a valutare quel numero circoscritto di regole puntuali che all'interno delle discipline settoriali operano rendendoli così corruttibili. Si prenda il caso delle autorizzazioni, provvedimenti amministrativi ampliativi necessari per lo svolgimento delle più diverse attività, dunque possibile oggetto di transazioni corrotte. Cittadini ed imprese che non hanno i requisiti richiesti possono violare la legge per ottenere una autorizzazione, con una falsa dichiarazione sui requisiti oppure conducendo transazioni corrotte con gli agenti pubblici incaricati di rilasciare il titolo amministrativo. D'altro canto, anche i cittadini e le imprese che hanno i requisiti stabiliti, possono risolversi alla corruzione, magari per ottenere un'autorizzazione più celermente. Infine, possono esservi estorsioni da parte di agenti pubblici che ostacolano il rilascio di licenze, autorizzazioni o permessi legittimi.

<sup>103</sup> Sull'argomento cfr. J.G. LAMBSDORFF, *Corruption and Rent-seeking*, in *Public Choice*, 113, 2002, p. 97 e T. VANDER BEKEN, *A Multidisciplinary Approach for detection and Investigation of Corruption*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, Law International, 2002, p. 275. Gli indicatori di rischio di violazione sono stati sviluppati nel contesto del MARC Project (*Mechanism for Assessing the Risk of Crime*), finanziato dalla Commissione Europea nel contesto del Sixth European Union Framework Programme. Sull'argomento, cfr. E.U. SAVONA, *The Crime Risk Assessment Mechanism (CRAM) for proofing EU and National legislation against crime, Final Report of Project MARC – Developing Mechanisms for Assessing the Risk of Crime due to legislation and products in order to proof them against crime at an EU level, June 2006*, Università Cattolica del Sacro Cuore and Transcrime. Si veda, infine, T. VANDER BEKEN, A. BALCAEN, *Crime Opportunities Provided by Legislation in Market Sectors: Mobile Phones, Waste Disposal, Banking, Pharmaceuticals*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 12(3-4), 2006, p. 299.

Per stabilire e disciplinare tali poteri amministrativi autorizzativi, sono necessarie fonti primarie, regolamenti governativi, linee guida e manuali. Concentriamoci sulla legislazione primaria, sul *testo normativo*, formulato in linguaggio prescrittivo: ogni potere autorizzatorio stabilito in ogni possibile atto legislativo di rango primario è così identificabile anche grazie ad indicatori linguistici, perché il lessico giuridico – caratterizzato da una limitata sostituibilità – è necessario sia per stabilire che per regolare tali poteri.

Dall'analisi in via automatizzata del testo legislativo è ricavabile la previsione di poteri di autorizzazione, che possono essere stabiliti utilizzando parole e schemi diversi: autorizzazione, licenza, permesso, approvazione, firma, accettazione, ammissione, accordo, consenso, dispensa, *imprimatur*, riconoscimento. Tutti questi termini dovrebbero essere considerati come *proxy* della presenza di un potere amministrativo di natura autorizzatoria e dunque della natura sensibile delle regole che lo prevedono. In altre parole, in una legge il testo/linguaggio è un ancoraggio se si provvedono adeguate "tavole lessicali" che a certe condizioni possono fungere da indicatori per la valutazione della potenziale corruttibilità delle regole.

Lo stesso ragionamento può valere per concessioni e sussidi; imposte, tasse e altri obblighi; sanzioni, multe e altre pene; controlli e ispezioni; sussidi e incentivi economici. L'idea alla base della valutazione della corruttibilità è, così, quella di identificare potenziali *red flags* nella legislazione statale (o di qualsiasi altro tipo) grazie alle quali si circostanzi il rischio di episodi di corruzione amministrativa prodotti da singole norme, al fine di attivare le contromisure necessarie, prevedere controlli adeguati o avviare interventi di riforma.

Non tutte le possibili risposte anticorruzione sono però uguali.

Quando i cittadini e le imprese non soddisfano i requisiti stabiliti, i controlli e le sanzioni sono indispensabili, ma se le trasgressioni e i casi di corruzione sono troppi (dunque, se siamo in presenza di una diffusa ineffettività delle regole), probabilmente sarebbe importante anche una risposta di tipo regolatorio, che riconsideri la disciplina attraverso una riforma (*le restrizioni previste sono ancora giustificate? Una diversa regolazione/attuazione in sede amministrativa può essere più adatta allo scopo di tenere sotto controllo infrazioni e corruzione o di tutelare l'interesse pubblico che ha giustificato l'obbligo/divieto?*). Poi, quando i cittadini e le imprese soddisfano i requisiti stabiliti e tuttavia vi sono casi

corruzione, ad esempio per ottenere un'autorizzazione più rapidamente, occorre lavorare sul *coté* della buona amministrazione.

Comunque, le politiche anticorruzione dovrebbero oggi ritessere un'azione integrata di prevenzione che parta dalla realtà, che sia piantata sull'informazione relativa agli illeciti e alle trasgressioni corrotte. Pertanto, occorre con urgenza "tradurre" in linguaggio amministrativo la conoscenza che proviene dalle banche dati penali e che possono essere utilizzabili per le attività amministrative di prevenzione. Gli incidenti di corruzione dovrebbero essere analizzati statisticamente<sup>104</sup> ma le rappresentazioni statistiche della corruzione sono utilizzabili solo se corrispondono anche a categorie amministrative<sup>105</sup> e se le metodologie statistiche<sup>106</sup> (e i miglioramenti in termini di apprendimento automatico<sup>107</sup>) possono supportare le attività di *intelligence* amministrativa<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Su «*statistics and statistical thinking*», cfr. P. STARR, *The sociology of official statistics*, in W. ALONSO, P. STARR (eds.), *The Politics of Numbers*, Russel Sage Foundations, 1987, p. 16. Si veda anche A. DESROSIÈRES, *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, 3e éd, La Découverte, 2010.

<sup>105</sup> Il linguaggio usato dagli statistici è considerato uno dei maggiori limiti della statistica, W.F. OGBURN, *Limitations of Statistics*, in *American Journal of Sociology*, vol. 40, 1, 1934, p. 17: «*a certain amount of explanation is necessary to make the language of coefficients intelligible*». Si veda anche OECD, *Statistics, Knowledge and Policy: Key Indicators to Inform Decision Making*, OECD, 2005; si veda ancora T.M. PORTER, *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, Princeton University Press, 1995 e, ancora, A. DESROSIÈRES, *Statistics and social critique*, in *The Open Journal of Sociopolitical Studies*, vol. 7, 2, 2014, p. 348.

<sup>106</sup> Per valutare la corruttilità delle norme, esperti in materia di regolazione dovrebbero innanzitutto estrarre un campione di norme anomale (norme che hanno generato episodi di corruzione) e un campione di norme di controllo (norme che non hanno generato episodi di corruzione). In secondo luogo, le norme ricorrenti nei casi di corruzione esaminati dovrebbero essere analizzate in relazione a indicatori quali il tipo di intervento normativo, l'amministrazione pubblica interessata, i controlli stabiliti, gli incentivi che muovo condotte di amministrazione difensiva. In particolare, l'analisi dovrebbe includere la definizione di indicatori di sintesi che facciano riferimento alle caratteristiche principali delle norme campionate. Ogni norma deve essere classificata in base a una serie di variabili qualitative (tipo di costi, benefici, divieti, restrizioni, ecc.). L'analisi è orientata alla stima dell'effetto degli indicatori sintetici sulla probabilità che una norma generi corruzione. La valutazione dei risultati finali sarà alla base di linee guida e possibili misure correttive per i regolatori.

<sup>107</sup> Sul punto cfr. F. MERENDA, *Legalità, algoritmi e corruzione: le tecniche di intelligenza artificiale potrebbero essere utilizzate nel e per il sistema di prevenzione della corruzione?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2022, p. 23.

<sup>108</sup> O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, *Las herramientas inteligentes anticorrupción: entre la aventura tecnológica y el orden jurídico*, in *Revista Geeral de Derecho Administrativo*, 50, 2019.

### *7. Semplificare, regolare, controllare: prevenire la corruzione in una visione di sistema*

Vi è ampio accordo in letteratura circa il fatto che il potere degli agenti pubblici di allocare benefici scarsi e di imporre costi onerosi<sup>109</sup> sia strettamente connesso alle regole con cui si stabiliscono divieti o restrizioni, si prevedono costi o benefici, si attribuiscono compiti di regolazione o si incide sulla capacità amministrativa di un ufficio (ad esempio, aumentando o riducendo una pianta organica). In presenza di questi tipi di regole (abbiamo visto) è ben possibile che si muova da parte di privati una ricerca di rendita (*rent-seeking*), così contribuendo alla possibilità di transazioni corrotte. Independentemente dai loro specifici obiettivi, infatti, queste regole, una volta approvate, volenti o nolenti, contribuiscono a strutturare un mercato della corruzione. Per questa ragione, dovrebbero essere adottate solo quando strettamente necessario (coerentemente con i principi di necessità, residualità e proporzionalità della regolazione) e i loro impatti dovrebbero essere accuratamente ragionati in chiave prognostica nonché monitorati e valutati *ex post*.

Se questa è la premessa, per prevenire la corruzione non è sufficiente la pur meritoria azione di una amministrazione centrale specializzata che funge da specchio per tutte le innumerevoli altre. Occorre anche una strategia integrata in cui chi regola lo faccia con la contezza degli incentivi/disincentivi che sta mettendo in campo<sup>110</sup> e con la capacità di rendere l'adempimento più conveniente dell'illecito o della corruzione<sup>111</sup>. In questo senso, l'anticorruzione regolatoria dovrebbe operare a tre distinti livelli.

In primo luogo, con un'opera sistematica di *semplificazione* (e razionalizzazione) dell'ordinamento, che ha bisogno di manutenzione perché ne sia assicurata la fruibilità da parte dei consociati<sup>112</sup>, come avviene in alcuni

<sup>109</sup> S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government: causes, consequences and reform*, cit., p. 39 «*corrupt incentives exist because state officials have the power to allocate scarce benefits and impose onerous costs*».

<sup>110</sup> J.A. GARDINER, *Controlling official corruption and fraud: Bureaucratic incentives and disincentives*, in *Corruption and Reform*, 1, 1986, p. 33.

<sup>111</sup> J.A. GARDINER, T.R. LYMAN, *The logic of corruption control*, in A.J. HEIDENHEIMER, M. JOHNSTON, V.T. LEVINE (eds.), *Political Corruption. A Handbook*, p. 833.

<sup>112</sup> Sul punto, E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, cit., p. 263 ss.



ordinamenti anglofoni<sup>113</sup>. Nel sistema italiano, i pur significativi interventi di codificazione, il ricorso allo strumento del taglia-leggi<sup>114</sup>, l'introduzione di Unità e strutture dedicate<sup>115</sup>, hanno consentito di conseguire alcuni risultati ma non hanno contribuito a consolidare una cultura istituzionale diffusa della manutenzione come seconda gamba della legislazione e quale aspetto fisiologico della produzione normativa<sup>116</sup>. L'ordinamento cresce per superfetazione, il coordinamento delle fonti e dei regimi normativi è arduo, il ricorso ad intermediari degli adempimenti non è evitabile, tanto per i cittadini che per le imprese. L'inflazione legislativa è difficile da contrastare, il contenzioso che può attribuirsi alla scarsa qualità delle fonti è imponente. Semplificare è essenziale ma decisamente complicato<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> In questi ordinamenti, si ricorre ad atti normativi con contenuto tipico (*Statute Law Repeal Act*) che funzionano come una sorta di ghigliottina legislativa. Quanto al ruolo delle *Law Commissions*, cfr. F. CAPORALE, *La semplificazione normativa e il modello delle law commissions come strumento per prevenire la corruzione*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017, p. 255 ss. Anche in Francia è sentita la preoccupazione di contenere disordine normativo e inflazione legislativa assicurando al contempo la *securité juridique*, grazie ad un lavoro di codificazione *à droit constant*. Cfr. G. BRAIBANT, A. ZARADNY, *L'action de la Commission supérieure de codification*, in *Actualité Juridique: Droit Administratif*, 2004, p. 1856: «la codification actuelle apparaît comme un besoin d'une société démocratique au bord de l'asphyxie normative». Si veda anche *Conseil d'État, Rapport public – Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006.

<sup>114</sup> Sul punto, cfr. N. LUPO, B. MATTARELLA, *Gli sviluppi del "taglia-leggi": per ora molta immagine e poca sostanza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 161-162, 2008, p. 7.

<sup>115</sup> Recentemente si pensi alla *Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione*, struttura di missione nell'ambito del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi-DAGL della Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 5 decreto-legge n. 77/2021 – Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, conv. con modif. dalla legge n. 108/2021). La c.d. *Regulation Unit* italiana ha diversi compiti: elaborare proposte per superare le disfunzioni derivanti dalla normativa vigente e dalle relative misure attuative, *garantire* maggiore coerenza ed efficacia della normazione; curare l'elaborazione di un programma di azioni prioritarie ai fini della razionalizzazione e revisione normativa. Ma la *Regulation Unit* opera in presenza di altre strutture con competenze contigue, quale l'*Unità per la semplificazione*, presso il Dipartimento per la Funzione Pubblica (decreto-legge 18 maggio 2006, n. 181, conv. con modif., dalla legge 17 luglio 2006, n. 233, come modificato dall'articolo 36 del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152).

<sup>116</sup> M. DE BENEDETTO, *Maintenance of Rules*, in U. KARPEN, H. XANTACHI (eds.), *Legislation and Legisprudence in Europe. A Comprehensive Guide*, Hart Publishing, 2017, p. 226.

<sup>117</sup> G. CORSO, *Perché la «complicazione»?», in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, p. 325.*

In secondo luogo, una strategia integrata la prevenzione della corruzione dovrebbe essere associata in modo strutturale agli obiettivi di *qualità della regolazione*, quel sistema di prescrizioni con funzione di auto-vincolo del legislatore volto a razionalizzare il modo di produzione delle regole<sup>118</sup> in vista della loro effettività. L'introduzione della disciplina in materia di qualità della regolazione si è realizzata nel nostro ordinamento lungo quasi un quarto di secolo (a partire dalla prima legge di semplificazione, nel 1999)<sup>119</sup>: è oggetto di *fonti di diverso rango* (leggi, d.p.c.m., direttive, circolari); riguarda *tutti i tipi di regolatori* (il Parlamento; il Governo; le autorità indipendenti); comporta *l'adozione di una serie di documenti istruttori*<sup>120</sup>. Purtroppo, l'utilizzazione degli strumenti orientati alla valutazione degli impatti è episodica, formalistica, non sempre adeguata rispetto allo scopo di migliorare la qualità delle regole<sup>121</sup>.

Infine, la prevenzione della corruzione può essere conseguita solo con un profondo cambiamento del modo in cui vengono trattati i *controlli* e le *sanzioni*, elementi costitutivi dell'*enforcement* della regolazione, dunque essenziali per l'effettività.

<sup>118</sup> R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, cit., p. 63: «il legislatore ha dettato regole al legislatore futuro (o se preferite ha dettato regole a se stesso)». Si veda anche A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 72, dove si riporta l'opinione di Norbert Wimmer sostenendo che la razionalizzazione della decisione legislativa (e dunque la produzione delle regole e l'uso non formale delle tecniche di analisi economica della regolazione) è, innanzi tutto, un problema politico. Anche il PNRR è stato considerato un auto-vincolo, cfr. N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, 7 settembre 2022, pp. 3-4.

<sup>119</sup> Per una ricostruzione, sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, vol. V, D. SORACE, L. FERRARA (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze University Press, 2016, p. 135.

<sup>120</sup> La relazione illustrativa; la relazione tecnica/relazione tecnico-finanziaria; la relazione sull'analisi tecnico-normativa – ATN; la relazione sull'analisi di impatto della regolamentazione – AIR, Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 26 febbraio 2009, *Istruttoria degli atti normativi del Governo*.

<sup>121</sup> Con riferimento all'attività normativa del Governo, il Consiglio di Stato, sezione Atti normativi del Governo, ha dato conto di un ricorso non soddisfacente da parte delle amministrazioni agli strumenti di qualità della regolazione (perché l'Air è mancante; perché è un adempimento formalistico; perché è utilizzata come giustificazione *ex post*; perché non vi sono indicatori che preparano la valutazione, etc.), cfr. I. ORSINI, *L'istruttoria per gli atti normativi: analisi dei pareri del Consiglio di Stato nel triennio 2018-2020*, tesi Master in Management e Politiche delle Pubbliche Amministrazioni, Luiss Guido Carli, a.a. 2020-2021, *paper*.

Il settore dei controlli è indicato come uno di quelli a più alto rischio di integrazione di illeciti<sup>122</sup>, sia negli studi che nei contributi istituzionali in materia di prevenzione della corruzione. Anche riguardo alle sanzioni occorre raffinare conoscenze e pratiche. La stessa irrogazione di una sanzione dovrebbe poter essere valutata come *extrema ratio*, là dove interventi meno invasivi non hanno funzionato.

In ogni caso, tutte le attività orientate all'attuazione delle regole (il c.d. *regulatory delivery*) dovrebbero essere intese a conseguire la *compliance* evitando, per quanto possibile, di stimolare il contenzioso, non di rado correlato alla cattiva esperienza regolatoria vissuta da cittadini e imprese. *Cosa occorre perché i controlli (e le sanzioni) siano effettivi nell'individuare (e colpire) inadempimenti e illeciti, perché si produca un effetto di deterrenza e perché i controlli (seguiti da sanzioni) contribuiscano a conseguire l'effetto di tutela e prevenzione per cui sono previsti (tutela dell'ambiente, entrate fiscali, adempimento contributivo, sicurezza della circolazione stradale, tutela del mercato, ecc.) limitando al contempo la corruzione?*

Molte sono le indicazioni che riguardano i controlli e che vengono da fonti tipiche e *soft regulation* nei più diversi settori di regolazione: dalla *pianificazione* (basata sul rischio) alle *modalità attuative* (improntate a criteri di *procedural justice*, a meccanismi di rotazione o all'adozione di manuali e linee guida), per giungere al *monitoraggio* e alla trasparenza circa gli esiti dei controlli<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> Cfr. B. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, Il Mulino, 2009, 38 ss.; v. ancora A. MOLITERNI, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione* in *Diritto pubblico*, 1, 2016, p. 191. Si vedano, anche, Comitato di Studio sulla prevenzione della Corruzione, *Rapporto al Presidente della Camera dei deputati*, Doc. CXI, n. 1, presentato al Presidente della Camera il 23 ottobre 1996, in particolare le parti in cui si raccomanda «che si liberino da vincoli pubblici le attività private e si riducano e semplifichino i procedimenti amministrativi di controllo» (42) e «che si disciplinino i procedimenti ispettivi e di verifica» (63); e Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, 2012, in cui i controlli sono uno specifico settore di analisi, p. 171 ss.

<sup>123</sup> Per una ricognizione, sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *Corruption and controls*, in *European Journal of Law Reform*, issue 4, 2015, p. 479 e a M. DE BENEDETTO, *Controlli della Pubblica Amministrazione sui privati: disfunzioni e rimedi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2019, p. 855. Si vedano anche L. LORENZONI, *I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione*, in *Diritto Pubblico*, 2017, p. 779 e R. CIFARELLI, *Corruzione ammi-*

Molte anche le indicazioni per le sanzioni: una loro attenta *quantificazione* quando monetarie (altrimenti consistono in “prezzi” della violazione); un ricorso a *sanzioni interdittive* quando necessario; percorsi di *incentivazione dell'adempimento* per un *enforcement* cooperativo, ogni volta che sia possibile<sup>124</sup>.

Insomma, controlli e sanzioni devono costituire un disincentivo all'inadempiamento, assicurando la funzionalità complessiva del settore regolato grazie ad un numero circoscritto di controlli mirati<sup>125</sup>. Per questo, occorre *semplificare, regolare e controllare* in una visione d'insieme, se si intende conseguire l'effetto di prevenzione e tutela<sup>126</sup> correlato alla previsione di un potere amministrativo prevenendo, per quanto possibile, illeciti e corruzione. Infatti, l'effettività *non si riferisce alla sola amministrazione* ma guarda alla filiera integrata dell'azione istituzionale: dall'istruttoria delle regole, al *regulatory delivery*, al *regulatory impact*, alla *regulatory reform*. In altri termini, prevenire la corruzione a valle, correndo dietro alle numerosissime attività potenzialmente suscettibili di transazioni corrotte è molto più dispendioso e rischia di essere meno efficiente che adottare una strategia a monte, costituita anche da un *coté* regolatorio<sup>127</sup>, operando una diagnosi genetica della corruzione, approntando contromisure fin dall'*institutional design* dei pubblici poteri e mirando con precisione i controlli necessari a rendere vivo l'effetto di deterrenza. Il *fine tuning* dell'anticorruzione cui si lavorerà nel decennio a venire, dovrà considerare, infine, anche lo spazio della fiducia. Se questa è

*nistrativa e controlli: spunti di riflessione, in Amministrazione in cammino*, 2013, [https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2013/04/Gifarelli\\_corruzione-amministrativa-controlli.pdf](https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2013/04/Gifarelli_corruzione-amministrativa-controlli.pdf).daccessario ficiletoatariseguire) ricercato, Le autorità indipendenti e gli enti pubblici, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11/2014, 1050err

roving the Governance of Risk, nzioneecui queste rispondono l'e vuoti),

<sup>124</sup> Per una ricognizione sia consentito il rinvio a G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione* cit., pp. 107-108 e (con riferimento al settore della fiscalità) p. 282 ss.

<sup>125</sup> Cfr. T.R. TYLER, *Why people obey the law*, Yale University Press, 1990.

<sup>126</sup> Sull'argomento, cfr. L.M. FRIEDMAN, *Impact. How Law Affects Behaviour*, Harvard University Press, 2016.

<sup>127</sup> F. BLANC, *From Chasing Violations to Managing Risks*, Edward Elgar, 2018.

(come si è visto) fattore intangibile dell'effettività regolatoria<sup>128</sup>, questa promette di funzionare da terapia, sperabilmente di riattivare qualche difesa organica e di contribuire a fronteggiare, per quanto possibile, le manifestazioni insidiose e gli effetti nefasti della corruzione<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit., p. 115.

<sup>129</sup> Così, già dieci anni fa, OCSE, *Rapporto sull'integrità in Italia. Rafforzare l'integrità nel settore pubblico, ripristinare la fiducia per una crescita sostenibile*, 2013.