

Università degli Studi Roma Tre

L'unità del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

**TRASPARENZA NELLA P.A.
E NORME ANTICORRUZIONE:
DALLA PREVENZIONE ALLA REPRESSIONE**

a cura di

ANTONELLA MASSARO e MARTINA SINISI



Roma TrE-Press

2017

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

8

TRASPARENZA NELLA P.A.
E NORME ANTICORRUZIONE:
DALLA PREVENZIONE ALLA REPRESSIONE

a cura di
ANTONELLA MASSARO
MARTINA SINISI



Roma TrE-Press

2017

Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma *TrE-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Impaginazione:

Tipografia Colitti - Roma

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, dicembre 2017

ISBN: 978-88-94885-57-6

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Immagine di copertina: elaborazione grafica tratta da *L'albero grigio* (di Piet Mondrian).

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

PRESENTAZIONE

CARLO COLAPIETRO - L'“IMPORTAZIONE” DEL DIRITTO DI ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO NEL NOSTRO ORDINAMENTO IN BILICO TRA LEGITTIME PRETESE E IMPOSSIBILI (O QUASI) IMPRESE

1. *La nascita della “terza generazione” della trasparenza amministrativa ad opera del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, secondo il modello del Freedom of Information Act* 11
2. *L'introduzione di un diritto di accesso civico “generalizzato” al patrimonio informativo pubblico* 15
3. *La disciplina sull'esercizio della nuova forma di accesso civico “generalizzato”* 16
4. *Profili problematici nell'individuazione dei limiti al diritto di accesso civico “generalizzato”* 23
5. *Le Linee guida dell'ANAC per la definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico “generalizzato”* 25

MARIA BARBARA CAVALLO - INCOMPATIBILITÀ E INCONFERIBILITÀ DI INCARICHI

1. *Disciplina generale e definizioni* 31
2. *Il d.lgs. n. 39 del 2012* 38
3. *I rilievi dell'ANAC* 43

MARTINA SINISI - CONTRATTI PUBBLICI E RUOLO DELL'ANAC:
UN BILANCIO SUL SISTEMA ANTICORRUZIONE

1. *La corruzione nel settore dei contratti pubblici e il ruolo dell'ANAC* 51
2. *I nuovi compiti attribuiti all'ANAC e gli altri piani di intervento: la ricerca di un equilibrio* 55
3. *La disciplina anticorruzione come strumento di prevenzione e la tutela giurisdizionale come strumento “rimediale”: criticità e “fallimenti” nel raggiungimento dell'obiettivo comune* 59

MARCO GAMBARDELLA - LE NUOVE FATTISPECIE DI CORRUZIONE E CONCUSSIONE

1. <i>Le leggi di riforma del sottosistema penale della corruzione</i>	63
2. <i>La corruzione per l'esercizio della funzione e la scomparsa dell'atto</i>	68
2.1. <i>La relazione cronologica tra la corruzione per la funzione, la previgente corruzione impropria e la corruzione propria</i>	72
2.2. <i>Specialità, sussidiarietà o terzo criterio misto nei rapporti tra la corruzione per la funzione e la corruzione propria?</i>	78
3. <i>La suddivisione del delitto di concussione in due autonome disposizioni incriminatrici e la rottura della rigida alternativa tra concussione e corruzione</i>	82
3.1. <i>Il concetto "normativo" di costrizione</i>	84
3.2. <i>L'induzione e la tipicità "aggiuntiva"</i>	86
3.3. <i>I casi ambigui e il riemergere del criterio di distinzione "soggettivo"</i>	88
4. <i>L'art. 319-quater c.p.: verso una nuova ipotesi di corruzione?</i>	90

ANTONELLA MASSARO - IL TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE

1. <i>Il traffico di influenze illecite tra passato e futuro</i>	95
2. <i>Traffico di influenze illecite e delitti di corruzione. Il rapporto con l'art. 322 c.p. e con il tentativo di corruzione</i>	97
2.1. <i>L'esclusione dell'art. 318 c.p. dalla clausola di riserva</i>	99
3. <i>Traffico di influenze illecite e millantato credito</i>	106
4. <i>Art. 346-bis c.p.: fattispecie inutile o fattispecie pericolosa?</i>	111

Presentazione

Il 13 ottobre 2016, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre", si è tenuto il Convegno *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, di cui il presente volume raccoglie gli atti.

È quasi superfluo sottolineare la complessità del fenomeno genericamente ricondotto all'etichetta della corruzione, le cui cause hanno radici socio-culturali ormai pressoché unanimemente riconosciute e i cui effetti si traducono (anzitutto) in evidenti distorsioni sul piano economico. Si tratta di una complessità che inevitabilmente si riflette sulla risposta elaborata dall'ordinamento giuridico, la quale, per poter raggiungere gli obiettivi sperati, deve necessariamente intervenire sull'intera "filiera corruttiva".

L'incontro intendeva proprio offrire un'occasione di dialogo e di confronto tra i due volti che, in maniera sempre più evidente, caratterizzano la normativa anticorruzione: da una parte il diritto amministrativo e dell'altra parte il diritto penale. La legge n. 190 del 2012 (c.d. legge Severino) ha del resto confermato l'esigenza di un intervento "integrato", che, coinvolgendo tanto la prospettiva amministrativistica quando quella penalistica, persegue il sia pur ambizioso obiettivo di una riforma organica, capace di "affrontare" il complesso fenomeno della corruzione dai prodromi fino agli epigoni.

La tendenza in questione è anche alla base del d.lgs. n. 97 del 25 maggio 2016, adottato in attuazione della legge n. 124 del 2015 (c.d. legge Madia), il quale rappresenta un nuovo banco di prova per le questioni che attengono alla trasparenza nella pubblica amministrazione e al grado di efficienza del sistema anticorruzione.

Da un punto di vista "preventivo", il riferimento immediato è alle norme sulla trasparenza, che hanno rappresentato uno dei pilastri delle recenti riforme: la nuova disciplina dell'accesso civico, solo per restare agli aspetti più evidenti, intende segnare un'autentica svolta "ideologica" dell'ambito dei rapporti tra il singolo e la pubblica amministrazione. Il riferimento obbligato è poi al sistema di incompatibilità e inconfiribilità di incarichi, la cui disciplina ha trovato ingresso nel nostro ordinamento con la richiamata legge n. 190 del 2012, che, all'art. 1 co. 49 delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi diretti a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato sottoposti a controllo

pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, implicanti funzioni di amministrazione e gestione, nonché a modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate. Ciò evidentemente al fine di una maggiore garanzia di imparzialità e di buon andamento.

I recenti interventi legislativi hanno infine interessato, in maniera consistente, il settore degli appalti pubblici, che, anche storicamente, si rivela esposto a un elevato rischio di condotte corruttive: il riferimento è, in particolare, al nuovo Codice, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, poi modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. “correttivo al Codice”).

Il ruolo dell'ANAC, i cui poteri erano stati già ampliati dalla legge n. 114 del 2014, manifesta però ancora molti aspetti problematici, che sono espressione delle numerose incertezze correlate alla messa a punto dei recenti interventi di riforma (sulle quali è intervenuto più volte anche il Consiglio di Stato in sede consultiva).

Sul versante “repressivo”, si tratta di valutare in che modo il “nuovo” sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione riesca a soddisfare le esigenze di tutela a fronte di un fenomeno che sempre più spesso sfugge agli schemi tradizionali, a partire dal pagamento della classica tangente come corrispettivo per il compimento di un singolo e specifico atto da parte dell'agente pubblico.

La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, realizzata nel 2012 e perfezionata nel 2015, ruota attorno a tre interventi fondamentali. Anzitutto il legislatore ha ridefinito i contorni della fattispecie (tutta italiana) di concussione, introducendo il nuovo delitto di “induzione indebita a dare o promettere utilità” (art. 319-*quater* c.p.) più vicino, forse, agli schemi e alle logiche propri della corruzione che a quelli della concussione. La corruzione, dal canto suo, è stata affrancata dal tradizionale modello mercantile che ne rappresentava uno dei più evidenti limiti sul piano applicativo, anche se, per quanto è dato osservare fino a questo momento, la giurisprudenza parrebbe attestata su una gelosa conservazione dello *status quo*, paralizzando buona parte della portata innovativa del nuovo sistema. Il legislatore italiano, adeguandosi alle sollecitazioni provenienti dal contesto sovranazionale, ha infine inserito nel codice penale il delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.). Quest'ultima fattispecie, tralasciando le criticità derivanti dalla sua formulazione, evidenzia chiaramente come un'operazione volta

confinare il diritto penale nella sola prospettiva della repressione in senso stretto rischierebbe di peccare per difetto: emerge allora una predilezione per forme di tutela anticipata che, punendo momenti di pericolosa contiguità tra faccendieri e pubblici agenti, si colloca in una prospettiva preventiva, sia pur guardata attraverso la lente del “braccio armato” dell’ordinamento giuridico.

Più in generale, solo la visione integrata degli interventi che hanno coinvolto il diritto amministrativo e di quelli che hanno invece interessato il diritto penale consente di verificare la sostenibilità del sistema e la sua valutazione in termini di efficacia, evidenziando al contempo le criticità ancora presenti e individuando i margini di un possibile miglioramento.

Un ringraziamento doveroso va ai relatori del Convegno, per aver accettato il nostro invito e per aver accolto con immediato favore il progetto della pubblicazione dei relativi atti. Ringraziamo poi il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università “Roma Tre”, tanto per il supporto logistico offertoci in occasione del Convegno quanto per la possibilità di realizzare questo volume e di inserirlo nella collana “L’unità del diritto”.

Antonella Massaro
Martina Sinisi

Carlo Colapietro*

L'“importazione” del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento, in bilico tra legittime pretese e impossibili (o quasi) imprese

SOMMARIO: 1. La nascita della “terza generazione” della trasparenza amministrativa ad opera del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, secondo il modello del *Freedom of Information Act* – 2. L'introduzione di un diritto di accesso civico “generalizzato” al patrimonio informativo pubblico – 3. La disciplina sull'esercizio della nuova forma di accesso civico “generalizzato” – 4. Profili problematici nell'individuazione dei limiti al diritto di accesso civico “generalizzato” – 5. Le *Linee guida* dell'ANAC per la definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico “generalizzato”

1. *La nascita della “terza generazione” della trasparenza amministrativa ad opera del D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, secondo il modello del Freedom of Information Act*

La recente adozione del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, meglio noto come “decreto FOIA (*Freedom of Information Act*)”¹, segna nel nostro ordinamento un'ulteriore tappa nel cammino della trasparenza amministrativa, avviato a partire dalla legge n. 241 del 1990.

Il provvedimento si inserisce nell'ambito della Riforma della Pubblica Amministrazione² e persegue il duplice obiettivo di razionalizzare gli obblighi

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi “Roma Tre”

¹ Sul recente ed innovativo d.lgs. n. 97 del 2016 in materia di trasparenza cfr. M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 5; A. Marchetti, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma ‘Madia’*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017; ed il commento sistematico operato nei volumi collettanei *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, a cura di P. Canaparo, Roma, 2016 e *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, a cura di B. Ponti, Santarcangelo di Romagna, 2016.

² Cfr. la legge 7 agosto 2015, n. 124, recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche” (c.d. Riforma Madia). In particolare, l'art. 7,

informativi previsti dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e di ampliare lo spettro di conoscibilità dell'azione amministrativa, attraverso il riconoscimento a chiunque di un *diritto di accesso civico "generalizzato"* al patrimonio informativo pubblico, secondo il modello del *Freedom of Information Act* di matrice statunitense³, modello che a buon diritto può essere considerato come matrice di affermazione di una "terza generazione"⁴ di trasparenza amministrativa.

La spinta del legislatore a riformare l'impianto normativo previsto dal d.lgs. n. 33 del 2013 deriva dalle difficoltà applicative ed organizzative che tali disposizioni hanno ingenerato sin dalla loro prima attuazione⁵.

Infatti, la massimizzazione degli obblighi di pubblicazione e l'estensione del relativo ambito soggettivo di applicazione hanno determinato un'eccessiva «burocratizzazione della trasparenza»⁶, favorito fenomeni di «opacità per confusione»⁷ ed irrigidito le procedure organizzative delle amministrazioni, le quali, di conseguenza, non sono riuscite ad adattarsi ai cambiamenti imposti dai nuovi istituti⁸. Al riguardo, è stato rilevato che «l'errore – ammesso che tale possa definirsi – in cui è incorso il legislatore è stato

rubricato "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza" dispone alla lettera *h*) i principi e criteri direttivi per il recepimento del *Freedom of Information Act* nel sistema amministrativo italiano.

³ Sul quale si rinvia ad A. MARCHETTI, *Il Freedom of Information Act statunitense: l'equilibrio "instabile" di un modello virtuoso di pubblicità e trasparenza amministrativa*, in *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, a cura di L. Califano e C. Colapietro, Napoli, 2014, 69 ss.

⁴ Sulla nozione di "generazione di diritti", si rinvia alle illuminanti pagine di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 26 ss., più di recente riprese anche da F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova "generazione" di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1387 ss.

⁵ Al riguardo, è utile richiamare il Rapporto dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012, dove si pongono in evidenza le prime concrete criticità riscontrate nell'attuazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 33 del 2013 (in *www.anticorruzione.it*, ultimo accesso 14.09.2017).

⁶ Cfr. A. NATALINI, G. VESPERINI, *Le troppe trasparenze*, in *Il big bang della trasparenza*, a cura di A. Natalini, G. Vesperini, Napoli, 2015, 28.

⁷ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2013, 3. Il rischio che l'eccesso di informazioni possa determinare casi di opacità per confusione è stato altresì evidenziato dal Presidente del Garante per la protezione dei dati personali Antonello Soro, in occasione del discorso di presentazione della Relazione annuale alle Camere sull'attività svolta dall'Autorità nel 2014 (in *www.garanteprivacy.it*, ultimo accesso 14.09.2017).

⁸ Cfr. sul punto B. G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2015, 624 e F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in *Astrid Rassegna*, n. 9/2015.

quello di ritenere che la trasparenza fosse sinonimo di pubblicità e, quindi, dimensione di tipo quantitativo da potersi sostanziare per accumulazione, vale a dire progressivamente, imponendo la pubblicazione della più ampia congerie di informazioni varie»⁹. Tali criticità hanno in parte svilito l'intento del legislatore di dare una vera svolta al processo di democratizzazione e di apertura ai cittadini dell'apparato pubblico, che non è riuscito a cogliere il "reale substrato sostanziale" di una riforma che si sperava potesse produrre una sorta di rivoluzione in ambito amministrativo.

Pertanto, si è reso necessario intervenire per rivedere e rafforzare il sistema di trasparenza amministrativa mediante la semplificazione e la riduzione degli oneri gravanti sulle amministrazioni e, soprattutto, attraverso l'ampliamento dei confini di accessibilità alle informazioni concernenti lo svolgimento delle funzioni pubbliche.

Il d.lgs. n. 97 del 2016 amplia così la nozione e la portata del principio di trasparenza, ora declinato come «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni», finalizzata non soltanto «a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche», ma anche a garantire una maggiore tutela dei diritti dei cittadini e a promuovere la partecipazione dei medesimi allo svolgimento dell'attività amministrativa (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013).

L'espressa riconduzione del principio di trasparenza alle finalità di garanzia dei diritti e di promozione della partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa è frutto delle modifiche apportate dal legislatore delegato all'originario schema di decreto, sulla base delle indicazioni fornite – in sede di parere – dal Consiglio di Stato, in ordine all'opportunità di arricchire il riferimento generico alla tutela dei diritti con il richiamo al «valore fondante in sé della partecipazione dei cittadini, come mezzo di esplicazione dei diritti riconosciuti dall'articolo 2 della Costituzione»¹⁰.

Proprio il riferimento alla partecipazione dei cittadini consente di cogliere il legame inscindibile tra trasparenza, informazione, partecipazione, collaborazione ed esercizio e tutela dei diritti, in funzione del controllo democratico sul buon andamento dell'azione amministrativa. Infatti, come autorevolmente ribadito dal Consiglio di Stato nel richiamato parere di propria competenza, «la trasparenza può diventare, così, un "punto di confluenza" dei principi giuridici, costituzionalmente posti, dell'azione

⁹ P. CANAPARO, *La delega dell'art. 7 della legge n. 124/2015 e l'adozione del decreto legislativo n. 97/2016*, in *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, a cura di P. Canaparo, cit., 5.

¹⁰ Cons. St., Sez. Cons. per gli Atti Normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515, punto 7.

amministrativa (...)); ciò in quanto, l'interesse pubblico non può essere rigidamente predeterminato, ma deve costituire il risultato «di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della comunità». A tal fine, si rende allora indispensabile informare la collettività circa «il modo di formazione dell'interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell'atto, nonché “rendere conoscibili” i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate». Per queste ragioni, la trasparenza non può risolversi in uno strumento di prevenzione di fenomeni corruttivi, ma deve rappresentare lo «strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una “casa di vetro”, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri»¹¹.

Pertanto, l'estensione normativa delle finalità sottese al provvedimento attribuisce una maggiore enfasi alla dimensione costituzionale del principio di trasparenza, che non può esaurirsi in uno strumento di prevenzione della corruzione o di mero controllo dell'agire amministrativo, ma deve essere fonte di legittimazione e responsabilizzazione dell'operato dei pubblici uffici e, al contempo, favorire l'informazione e la partecipazione dei cittadini, nonché la fiducia di quest'ultimi nelle istituzioni.

Il fulcro delle disposizioni in materia di trasparenza deve, dunque, individuarsi nella finalità di realizzare un'azione amministrativa più democratica e conforme ai canoni costituzionali. Infatti, le asimmetrie informative esistenti tra titolari e destinatari delle funzioni pubbliche limitano l'effettiva partecipazione degli interessati alla gestione amministrativa, impedendo la piena realizzazione della libertà e dell'eguaglianza dei cittadini. Non a caso, il secondo comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 specifica che la trasparenza «concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione» e che essa è «condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino».

¹¹ Cons. St., Sez. Cons. per gli Atti Normativi, cit., punto 4.1.

2. *L'introduzione di un diritto di accesso civico "generalizzato" al patrimonio informativo pubblico*

Per assicurare la piena realizzazione della dimensione costituzionale della trasparenza, il d.lgs. n. 97 del 2016 estende i confini di conoscibilità dell'azione amministrativa a tutti i dati e i documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, eliminando nella nozione di trasparenza fornita dall'art. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 il riferimento specifico alle informazioni concernenti l'attività e l'organizzazione (che invece viene mantenuto in relazione agli obblighi di pubblicazione).

Con l'enucleazione di un nuovo *diritto di accesso civico "generalizzato"*, il legislatore ha inteso porre le basi per l'introduzione nel nostro ordinamento della citata forma di accesso che caratterizza i sistemi che adottano il modello del *Freedom of Information Act* americano. Infatti, attraverso l'art. 3 del d.lgs. n. 97 del 2016, che modifica l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 33 del 2013, al vigente regime di pubblicità viene affiancato un nuovo regime di accessibilità: all'esito di tale operazione viene sancita «la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all'articolo 2 *bis*, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e le modalità per la loro realizzazione».

Il riconoscimento di un vero e proprio diritto di accesso "totale" rappresenta la più significativa novità introdotta dalla riforma, dal momento che consente il superamento del "tradizionale" principio di pubblicità limitata delle informazioni, favorendo la c.d. *full disclosure* dei dati e dei documenti posseduti dalla pubblica amministrazione. E tale *libertà di accesso alle informazioni amministrative* – sebbene ancora in attesa di un esplicito ancoraggio costituzionale – è ormai qualificata e tutelata alla stregua di un vero e proprio *diritto fondamentale*.

Si delinea così, come già osservato, una nuova dimensione del principio di trasparenza, che si estrinseca attraverso la previsione nel d.lgs. n. 33 del 2013 di un "doppio binario" di conoscibilità dell'azione amministrativa: da una parte, l'*accesso civico "generalizzato"* ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e, dall'altra, la *pubblicazione* di documenti, informazioni e dati concernenti l'attività e l'organizzazione amministrativa.

Lo "sdoppiamento" dei canali di accessibilità alle informazioni concernenti l'esercizio dell'azione amministrativa ribalta la precedente impostazione

normativa che risultava imperniata sugli obblighi di pubblicazione.

Infatti, si attribuisce a tutti i cittadini un vero e proprio diritto di accesso ai documenti amministrativi, esercitabile dagli amministrati a qualunque fine e senza necessità di motivazione dell'istanza. In tal modo, la *disclosure* non è più circoscritta alle sole informazioni rispetto alle quali vige un obbligo specifico di diffusione *on line* o ai documenti ostensibili sulla base dei presupposti individuati dalla legge n. 241 del 1990¹², ma è estesa all'intero patrimonio informativo pubblico, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti.

Pertanto, la novella legislativa implementa il preesistente modello di trasparenza di tipo "proattivo" – che si concretizza mediante la predeterminazione delle ipotesi di pubblicazione obbligatoria – attraverso l'introduzione di un inedito, ulteriore modello di tipo "reattivo", deputato ad assolvere in via diretta le istanze di conoscenza avanzate dai cittadini. Di conseguenza, come osserva il Consiglio di Stato, si realizza «il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere», che «rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una "casa di vetro"»¹³.

Il modello di trasparenza previsto nella nuova versione del d.lgs. n. 33 del 2013 non risulta dunque essere più incentrato sulla specifica individuazione degli obblighi di pubblicazione – rispetto ai quali il diritto dei singoli all'informazione svolge un ruolo strumentale (come nel caso dell'accesso civico) – ma nella figura dell'accesso "generalizzato", che è elevata a cardine dell'intero sistema.

3. *La disciplina sull'esercizio della nuova forma di accesso civico "generalizzato"*

Prima di procedere all'esame della specifica disciplina inerente la nuova forma di accesso civico "generalizzato", appare utile richiamare brevemente i principi generali e le disposizioni che l'intervento di riforma definisce proprio in considerazione delle nuove modalità di realizzazione del principio di trasparenza.

In particolare, il nuovo art. 2-*bis*, introdotto dal d.lgs. n. 97 del 2016, ridefinisce – di fatto estendendolo – l'ambito soggettivo di applicazione

¹² Cfr. la legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 22 ss.

¹³ Cons. St., Sez. Cons. per gli Atti Normativi, cit., punto 11.2.

delle disposizioni, precedentemente disciplinato dall'articolo 11, del d.lgs. n. 33 del 2013, che viene abrogato.

Al successivo art. 3, comma 1, inoltre, si prevede che «tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'articolo 7», ossia in formato di tipo aperto e nel rispetto della disciplina sul riutilizzo ed in materia di protezione dei dati personali¹⁴. Anche in questo caso si ribadisce che chiunque ha diritto di conoscere, di fruire gratuitamente, utilizzare e riutilizzare non soltanto i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, ma anche quelli conoscibili attraverso la nuova forma di accesso civico “generalizzato”.

Al medesimo articolo vengono poi inseriti due nuovi commi, volti a ridurre in parte gli oneri a carico delle amministrazioni attraverso una “cauta” razionalizzazione degli obblighi di pubblicazione, affidata a due previsioni di carattere generale¹⁵: il comma 1-*bis* attribuisce all'Autorità Nazionale Anticorruzione, sentito il Garante per la protezione dei dati personali qualora siano coinvolti dati personali¹⁶, il potere di identificare i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, ferma restando la possibilità di accedere ai dati nella loro interezza mediante l'accesso civico; il successivo comma 1-*ter*, invece, attribuisce all'Autorità Nazionale Anticorruzione, in sede di redazione del Piano nazionale anticorruzione, il potere di «precisare gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione, in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte, prevedendo in particolare modalità semplificate per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, per gli ordini e collegi professionali». Pertanto, tali previsioni consentono all'Autorità Nazionale Anticorruzione di puntualizzare gli

¹⁴ Si fa riferimento all'art. 68 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il «Codice dell'amministrazione digitale»; al d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, relativo al riutilizzo di documenti nel settore pubblico ed al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante il «Codice in materia di protezione dei dati personali».

¹⁵ Il legislatore delegato si è, infatti, limitato ad eliminare solo «alcuni specifici obblighi di pubblicazione ritenuti manifestamente superflui o sproporzionati»: cfr. in proposito M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.

¹⁶ Il Garante per la protezione dei dati personali, nel parere reso il 3 marzo 2016 sullo schema del decreto in esame, aveva evidenziato l'opportunità di prevedere un'intesa in tutti i casi in cui sono coinvolti dati personali, richiesta che poi non è stata accolta in sede di approvazione finale del decreto (doc. web n. 4772830, in www.garanteprivacy.it, ultimo accesso 14.09.2017).

obblighi di pubblicazione in relazione al grado di esposizione del singolo organo al rischio corruttivo e alle esigenze di tutela dei dati personali.

Ciò premesso, si passa all'analisi delle disposizioni che presiedono all'esercizio del diritto di accesso civico "generalizzato", su cui è intervenuta di recente la Circolare n. 2 del 30 maggio 2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, emanata al fine di promuovere una coerente e uniforme attuazione della nuova disciplina¹⁷.

Il Capo I-*bis* del novellato d.lgs. n. 33 del 2013, rubricato «Diritto di accesso a dati e documenti», stabilisce che «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-*bis*» (art. 5, comma 2).

Questa nuova modalità di accesso civico "generalizzato", che prescinde dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, assicura un ampio regime di conoscibilità, risultando interamente slegata dalla previsione di specifici obblighi informativi in capo all'amministrazione. Tale autonomia, pertanto, differenzia questa figura dal distinto accesso civico, già previsto nella precedente formulazione del d.lgs. n. 33 del 2013 e mantenuto dalla riforma al primo comma dell'art. 5, che resta limitato alle sole informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria.

Inoltre, come già rilevato, a differenza di quanto previsto dagli artt. 22 ss. della legge n. 241 del 1990, il soggetto che propone un'istanza di accesso civico "generalizzato" non deve dimostrare di possedere un interesse «diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso», dal momento che l'esercizio di questo diritto non richiede alcuna motivazione e non è condizionato all'allegazione di alcun titolo di legittimazione soggettiva. Tuttavia, i limiti applicabili alla nuova forma di accesso "generalizzato" risultano più ampi e dettagliati rispetto a quelli individuati in relazione all'accesso "documentale".

Ciò premesso, si osserva che l'art. 5, oltre a fornire la definizione dell'istituto, delinea un articolato procedimento per l'esercizio del diritto

¹⁷ La Circolare n. 2/2017, recante "Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)", è stata redatta in accordo con l'Autorità Nazionale Anticorruzione ed è consultabile sul sito istituzionale del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (www.funzionepubblica.gov.it, ultimo accesso 14.09.2017).

di accesso civico “generalizzato”¹⁸.

Innanzitutto, si prevede che l’istanza non deve identificare con precisione i dati o i documenti richiesti¹⁹ e che questa può essere trasmessa, anche per via telematica (art. 5, comma 3):

- all’Ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti;
- all’Ufficio relazioni con il pubblico (URP);
- ad altro Ufficio indicato dall’amministrazione nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale;
- al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ove l’istanza abbia a oggetto dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria (accesso civico *ex art.* 5, comma 1)²⁰.

Il procedimento deve concludersi con un provvedimento espresso e motivato, entro trenta giorni dalla presentazione dell’istanza.

¹⁸ La disciplina presenta molteplici caratteristiche che consentono di assimilarla a quella prevista dalla legge n. 241 del 1990 per l’accesso ai documenti amministrativi. Del resto, il Consiglio di Stato consigliava nel citato parere al Governo «di ridurre al minimo necessario, in tutti i profili sopra descritti, l’impatto derogatorio (già rilevante in termini di legittimazione e presupposti dell’accesso) rispetto alle disposizioni procedurali previste per l’accesso ordinario dalla legge n. 241 del 1990, in quanto compatibili».

¹⁹ Si segnala che nel testo finale del provvedimento è stato espunto il riferimento relativo alla necessità di individuare “*chiaramente*” i dati, le informazioni o i documenti richiesti. Tale incongruità era stata oggetto di osservazione nel richiamato parere del Consiglio di Stato, nel quale si sottolinea come una simile previsione avrebbe contravvenuto allo scopo per cui l’istituto di accesso civico è stato oggetto di implementazione. Resta sempre comunque il fatto che dal momento che «l’istanza di accesso civico *identifica* i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione» (corsivo nostro), è difficile negare che si fornisce alla Pubblica Amministrazione la facoltà di negare l’accesso quando non viene indicato chiaramente quanto richiesto.

²⁰ Cfr. Cons. St., Sez. Cons. per gli Atti Normativi, cit., punto 11.4. La disposizione è stata oggetto di svariate osservazioni da parte dei soggetti coinvolti nella redazione del decreto. In particolare, il Consiglio di Stato aveva rilevato la necessità di «istituire un percorso più semplice, efficiente e lineare», anche attraverso l’istituzione «di un unico ufficio-sportello, per ogni amministrazione, deputato alla ricezione ed alla prima gestione delle istanze, correttamente segnalato nella sezione del sito istituzionale, che agisca come una sorta di “*desk telematico unico per la trasparenza*”, costituendo così l’interfaccia naturale, facilmente individuabile, per il cittadino che intende accedere». La stessa proposta era stata avanzata dalla Conferenza Unificata e dalle Commissioni parlamentari. Tuttavia, l’invito ad istituire un “*desk telematico unico per la trasparenza*” non è stato accolto dal legislatore delegato, che non ha ritenuto di «procedere in via legislativa poiché per molte amministrazioni la materia organizzativa rientra nella sfera di autonomia di ciascuna amministrazione e la sua istituzione determinerebbe ulteriori oneri organizzativi ed economici a carico delle amministrazioni, contravvenendo alla logica di semplificazione», rimanendo ad ogni modo ferma la possibilità per ciascuna amministrazione di organizzarsi secondo tali indicazioni (così, il Governo nella *Relazione illustrativa allegata al d.lgs. n. 97/2016*, 8).

Al riguardo, si evidenzia che, nell'originario schema di decreto licenziato dal Governo, si prevedeva l'applicazione dell'istituto del silenzio-rigetto per entrambe le tipologie di accesso civico. Tale opzione era stata probabilmente introdotta per mitigare l'estensione dell'ambito oggettivo di operatività del nuovo accesso civico "generalizzato". Tuttavia, è certo che una tale misura, se mantenuta nel testo del provvedimento finale, avrebbe determinato il paradosso che un intervento finalizzato a recepire un modello più ampio di trasparenza impedisse all'istante di conoscere, in maniera trasparente, le ragioni poste a fondamento della decisione dell'amministrazione che preclude l'accesso. Ciò avrebbe indubbiamente costretto il cittadino, decorsi invano i trenta giorni, ad agire "al buio" in giudizio per tentare di far valere le proprie ragioni, senza conoscere le motivazioni per cui l'amministrazione gli ha impedito di accedere a determinate informazioni.

Invece, coerentemente al modello di *disclosure* perseguito, il Governo è tornato sui suoi passi prevedendo, a fronte dell'attribuzione ai singoli del diritto di richiedere informazioni alle amministrazioni, il corrispondente obbligo di quest'ultime di esternare i motivi posti alla base dell'eventuale provvedimento di diniego.

Proseguendo con l'analisi della procedura d'accesso, si rileva che l'art. 5, comma 5 del riformato d.lgs. n. 33 del 2013 prevede che, fuori dai casi di pubblicazione obbligatoria (ossia in caso di attivazione dell'accesso civico "generalizzato" di cui all'art. 5, comma 2), l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso è tenuta a darne comunicazione agli eventuali controinteressati²¹, i quali, entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, possono presentare opposizione. A decorrere dalla comunicazione ai controinteressati, il termine di trenta giorni, entro cui l'amministrazione deve decidere sull'istanza, è sospeso fino all'eventuale opposizione. Decorso tale termine, l'amministrazione si pronuncia sulla richiesta.

Nel caso di accoglimento della domanda in assenza di controinteressati o in mancanza di una loro opposizione, l'amministrazione deve trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti (nel caso dell'accesso civico "generalizzato", di cui all'art. 5, comma 2), ovvero deve provvedere a pubblicare sul proprio sito istituzionale il dato e comunicare altresì al richiedente l'avvenuta pubblicazione dello stesso, indicando il

²¹ Ai fini di una corretta individuazione dei controinteressati, la Circolare n. 2/2017 osserva che l'amministrazione deve valutare attentamente la natura dei dati e dei documenti oggetto della domanda, in quanto il fatto che quest'ultimi siano riferibili a soggetti terzi non comporta di per sé che questi debbano essere considerati come controinteressati (Punto 6.1).

relativo collegamento ipertestuale (accesso civico “semplice”, o “sanzione”, ex art. 5, comma 1).

Nella diversa ipotesi di accoglimento dell’istanza di accesso civico generalizzato a seguito di opposizione del controinteressato, salvi i casi di comprovata indifferibilità, l’amministrazione informa preliminarmente quest’ultimo della decisione e, successivamente, trasmette al richiedente i dati richiesti, comunque non prima di quindici giorni dalla ricezione della stessa comunicazione da parte del controinteressato, al fine di consentire allo stesso l’esercizio della facoltà di presentare ricorso.

Il rilascio di dati e documenti è *gratuito*, salva la facoltà dell’amministrazione di richiedere il rimborso del solo costo sostenuto per la riproduzione dei documenti su supporti materiali.

L’istante o il controinteressato, che si vede negare la propria istanza di accesso civico o la propria opposizione, ha a disposizione *un duplice meccanismo di tutela*.

Per quanto concerne la *tutela amministrativa*, viene prevista la possibilità di presentare una richiesta di riesame: infatti, nei casi di diniego totale o parziale dell’accesso o di mancata risposta entro il termine previsto, il richiedente (o il controinteressato che ha fatto opposizione) può presentare istanza di riesame al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che decide con provvedimento motivato, entro il termine di 20 giorni. Tuttavia, occorre evidenziare che questo termine è prorogato di 15 giorni se il suddetto Responsabile chiede il parere dell’Autorità Nazionale Anticorruzione. Inoltre, se l’accesso è negato o differito per ragioni inerenti la protezione di dati personali, il medesimo Responsabile deve chiedere il parere del Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta (durante i quali il termine per provvedere è sospeso).

Tuttavia, il rimedio amministrativo appena delineato non sembra poter garantire all’interessato – che vede respinta la propria istanza di accesso civico – una tutela giustiziale effettiva e sostanziale, che abbia effetti realmente deflattivi del contenzioso, dal momento che si prevede un sistema diffuso (anziché accentrato) di ricorsi amministrativi, che finisce per favorire di fatto la via giudiziale e conseguentemente il contenzioso davanti al giudice amministrativo. In considerazione delle criticità appena rilevate, il legislatore delegato, come avviene anche in altri sistemi FOIA, avrebbe ben potuto creare *un sistema accentrato di ricorsi amministrativi*, affidando ad un’apposita Autorità indipendente «il compito di decidere

in ultima istanza sui ricorsi amministrativi»²², sulla scorta della positiva esperienza sinora maturata dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, sulla base del procedimento delineato dall'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990 in relazione all'accesso documentale²³.

Ad ogni modo, in alternativa o successivamente al sopra illustrato meccanismo di riesame, il soggetto interessato può sempre agire in via giurisdizionale: infatti, la tutela offerta in sede amministrativa è alternativa o superiore rispetto alla *tutela giurisdizionale*, che è sempre ammessa – ai sensi dell'art. 113 Cost. – contro ogni atto della pubblica amministrazione.

Pertanto, avverso le decisioni dell'amministrazione competente o del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente o il controinteressato può proporre ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, ai sensi dell'art. 116 del Codice del processo amministrativo.

La tutela giurisdizionale del diritto di accesso civico è dunque rimessa alla disciplina del Codice del processo amministrativo già prevista per il diritto di accesso ai documenti amministrativi (come modificata dall'art. 52, comma 4), che consente, tra l'altro, di stare in giudizio personalmente, anche senza patrocinio legale, la trattazione in camera di consiglio e la decisione in forma semplificata.

Infine, si segnala che il comma 10 dell'art. 5 rimette alla competenza del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza – chiamato istituzionalmente a vigilare, insieme ai dirigenti responsabili dell'amministrazione, sulla regolare attuazione dell'accesso civico (art. 43, comma 4) – il compito di segnalare i casi di inadempimento totale o parziale degli obblighi in materia di pubblicazione di documenti, informazioni o dati previsti dalla normativa vigente. La segnalazione va effettuata, da un lato, all'organo di vertice politico dell'amministrazione, all'Organismo indipendente di valutazione (OIV) ed alla Autorità Nazionale

²² Così M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.

²³ In verità, il legislatore delegato avrebbe potuto affidare il rimedio del riesame anche alla cognizione della stessa Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, che tuttavia, nella composizione e con la struttura di supporto di cui attualmente dispone, non sarebbe riuscita a far fronte a questa ulteriore competenza, stante l'inevitabile aumento esponenziale del carico di lavoro che ne sarebbe derivato, atteso che l'accesso civico, a differenza dell'accesso documentale, è garantito a chiunque – a prescindere dalla necessità di dimostrare un interesse specifico, concreto e attuale – e può riguardare non solo documenti amministrativi ma anche dati e informazioni. Di conseguenza, ove si fosse attribuita alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi la competenza giustiziale anche in materia di accesso civico, sarebbe stato necessario ampliare la sua composizione, attribuirle risorse idonee, nonché riconoscere alla medesima i poteri ordinatori, sostitutivi e sanzionatori, indispensabili a garantire l'effettività delle sue statuizioni.

Anticorruzione, ai fini dell'attivazione delle diverse forme di responsabilità dirigenziale (legate in particolare al conseguimento degli obiettivi assegnati in fase di programmazione ed alla conseguente valutazione connessa al riconoscimento dell'indennità di risultato), dall'altro, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina, ai fini dell'eventuale attivazione del procedimento disciplinare (art. 43, comma 5).

Tuttavia, la responsabilità specifica derivante dal mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione investe sul piano disciplinare e della responsabilità amministrativa, oltre al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, anche gli altri dirigenti e i funzionari dotati di autonomia decisionale che non hanno, con la dovuta diligenza, concorso, ciascuno per la propria sfera di competenza, a realizzare le prescrizioni normative in materia di pubblicità, al fine di garantire «il tempestivo e regolare flusso delle informazioni da pubblicare» (art. 43, comma 3). A tal riguardo l'art. 46, comma 1, riconnette, all'inadempimento degli obblighi di pubblicazione e al rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 5-*bis*, specifiche fattispecie di violazione degli obblighi della trasparenza, che costituiscono elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale, anche per eventuali danni all'immagine dell'amministrazione, rilevanti ai fini del riconoscimento della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio della *performance* individuale, a meno che il soggetto responsabile non dimostri che il mancato rispetto degli adempimenti non derivi da causa a lui non imputabile.

4. *Profili problematici nell'individuazione dei limiti al diritto di accesso civico "generalizzato"*

In relazione ai limiti di operatività dell'accesso civico "generalizzato" si pongono diverse questioni interpretative.

A differenza, infatti, della previgente disciplina fondata sugli obblighi di pubblicazione, che affidava al legislatore il compito di bilanciare *ex ante* l'interesse alla conoscenza con eventuali interessi antagonisti, il nuovo art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33 del 2013 prevede un elenco di ipotesi in cui l'amministrazione destinataria della richiesta può negare l'ostensione in caso di pregiudizio *concreto* arrecato all'interesse (pubblico o privato) protetto dalle limitazioni normativamente previste, spostando così *ex post* il

momento del bilanciamento²⁴.

In particolare, la norma, nell'individuare distintamente gli interessi pubblici e gli interessi privati a tutela dei quali è possibile rifiutare la richiesta di accesso civico "generalizzato", precisa che, in ogni caso, questo è escluso «nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990» (art. 5-*bis*, comma 3).

Con riferimento alle limitazioni inerenti la necessità di salvaguardare esigenze di pubblico interesse, il primo comma dell'art. 5-*bis* stabilisce che l'accesso è rifiutato «se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;
- b) la sicurezza nazionale;
- c) la difesa e le questioni militari;
- d) le relazioni internazionali;
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;
- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive».

Il secondo comma chiarisce, inoltre, che l'accesso è altresì rifiutato ove «il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali».

È facile intuire che, sebbene le potenziali restrizioni all'accesso civico "generalizzato" siano necessarie ed opportune, queste risultano, numerose, indeterminate, vaghe e generiche²⁵. Il rischio è, pertanto, quello che le amministrazioni, «in mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati (...)», possano «essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza», favorendo, in tal modo, l'insorgenza di contenzioso e aumentando «le perplessità circa la

²⁴ V. sul punto M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.

²⁵ Così E. CARLONI, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid Rassegna*, n. 4/2016, 7.

concreta efficacia del provvedimento in esame»²⁶. In altre parole, il pericolo che si corre in concreto è quello di «un tradimento del modello prefigurato dal legislatore delegante»²⁷.

Tuttavia, si è fatto anche rilevare come «il numero e la formulazione degli interessi-limite indicati dal legislatore delegato» sono in linea con l'elencazione presente nella maggioranza dei FOIA europei e, soprattutto, con quella del FOIA dell'Unione europea, con la conseguenza che questo dato comune alla maggior parte dei FOIA relativo alla «formulazione ampia delle eccezioni [...] sposta l'attenzione sulle modalità di applicazione delle stesse»²⁸.

Peraltro, proprio per porre rimedio a tali criticità, l'ultimo comma dell'art. 5-*bis* in esame introduce un ulteriore correttivo: una norma di chiusura che affida all'Autorità Nazionale Anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza Unificata, il compito di adottare specifiche Linee guida per la definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2 del novellato d.lgs. n. 33 del 2013²⁹.

5. *Le Linee guida dell'ANAC per la definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico "generalizzato"*

Con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, ed in attuazione di quanto previsto dal sopra richiamato art. 5-*bis*, comma 6 del d.lgs. n. 33 del 2013, l'ANAC ha adottato le tanto attese *Linee guida per la definizione delle esclusioni e dei limiti al nuovo accesso civico generalizzato*³⁰.

Le *Linee guida* – predisposte d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali³¹ e rispetto alle quali è stato acquisito il parere della

²⁶ Cfr. Cons. St., Sez. Cons. per gli Atti Normativi, cit., punto 11.14.

²⁷ B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato, in Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, a cura di B. Ponti, cit., 58, il cui timore è che nei fatti quella che dovrebbe rappresentare l'eccezione diventi la regola, con buona pace dell'accessibilità.

²⁸ M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.

²⁹ Si rileva che, in realtà, il Garante nel suo parere aveva espresso l'opportunità che il Governo adottasse un regolamento attuativo volto ad individuare nel dettaglio le categorie di dati e documenti suscettibili di accesso, nonché i casi di rigetto dell'istanza.

³⁰ Le richiamate *Linee guida* sono reperibili sul sito istituzionale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione www.anticorruzione.it (ultimo accesso 14.09.2017).

³¹ Provvedimento n. 521 del 15 dicembre 2016 del Garante per la protezione dei dati personali, avente ad oggetto "*Intesa sullo schema delle Linee guida ANAC recanti indicazioni*

Conferenza Unificata Stato, Regioni e Autonomie locali – rappresentano un *ausilio* per le amministrazioni, prima ancora che un *vincolo*, e quindi una *guida* «su come esercitare ed applicare in concreto il margine di apprezzamento (effettivamente, ampio e complesso) nell'applicazione delle eccezioni al diritto di accesso indicate dal legislatore»³², cercando altresì di porre in evidenza in modo organico e coordinato le differenze tra le tre tipologie di accesso che attualmente coesistono.

Dopo una breve introduzione volta ad evidenziare le funzioni e le caratteristiche del nuovo istituto dell'accesso generalizzato che distinguono il medesimo dalle già vigenti forme di conoscibilità dell'azione amministrativa, l'ANAC raccomanda fortemente ai soggetti tenuti all'applicazione del d.lgs. n. 33 del 2013 di dotarsi di un regolamento interno volto a fornire agli utenti una disciplina chiara ed organica delle tre differenti tipologie di accesso³³. Infatti, la definizione di una disciplina procedimentale interna per la trattazione delle istanze di accesso consente una più efficace attuazione del principio di trasparenza e limita la possibilità che si verifichino comportamenti disomogenei tra uffici diversi della medesima amministrazione. A tal fine, le *Linee guida* suggeriscono di affidare ad unico ufficio la competenza a decidere sulle istanze di accesso, dotando la struttura di risorse professionali adeguate ed in grado di dialogare con i diversi uffici che detengono i dati oggetto delle richieste, sebbene la realtà delle organizzazioni pubbliche difficilmente consente di raccogliere il suggerimento stante la cronica insufficienza di dotazione organica e finanziaria.

Le *Linee guida* proseguono chiarendo l'ambito *oggettivo* ed *oggettivo* di applicazione delle norme in materia di trasparenza amministrativa.

Quanto al primo profilo, l'ANAC riassume l'ambito dei soggetti nei confronti dei quali è possibile attivare l'accesso civico, richiamando il nuovo art. 2-*bis* del d.lgs. n. 33 del 2013.

operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico” (consultabile sul sito www.garanteprivacy.it, ultimo accesso 14.09.2017).

³² B. PONTI, *La trasparenza ed i suoi strumenti: dalla pubblicità all'accesso generalizzato*, cit., 59, che sottolinea l'ambiguità del testo normativo nel definire il compito delle *Linee guida*: mentre da un lato dovrebbero concorrere alla “definizione” delle esclusioni e dei limiti all'accesso (lasciando intendere «un contenuto ed una capacità decisionale di primario livello»), dall'altro questo dovrebbe avvenire «mediante la formulazione di meno impegnative ... indicazioni di carattere operativo».

³³ Al riguardo, la Circolare n. 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione evidenzia che, qualora le amministrazioni ritenessero di accogliere il suggerimento dell'ANAC, i regolamenti interni potrebbero esclusivamente limitarsi a disciplinare i profili procedurali e operativi di carattere interno, non potendo estendere la portata delle eccezioni legislativamente previste (Punto 2.2, lett. *iii*).

Sul piano oggettivo, le *Linee guida* precisano la differenza tra “documenti amministrativi” e “dati”, affermando la legittimità delle richieste che si limitano ad indicare i dati desiderati senza anche identificare i documenti in cui essi sono riportati. Molto spesso, infatti, l’utente non è in grado di conoscere con esattezza gli estremi o i riferimenti dei documenti in cui le informazioni richieste sono contenute e, pertanto, tale asimmetria informativa non può costituire un limite all’esercizio del diritto alla conoscibilità dell’attività amministrativa. Tuttavia, al riguardo l’ANAC chiarisce che devono ritenersi inammissibili le richieste meramente esplorative (ossia presentate al solo fine di scoprire di quali informazioni l’amministrazione dispone), alla pari di quelle formulate in modo del tutto generico o riguardanti un numero manifestamente irragionevole e sproporzionato di documenti³⁴. Infine, viene precisato che l’amministrazione non ha l’obbligo di evadere richieste aventi ad oggetto “informazioni”, intese come la «rielaborazione di dati detenuti dalle amministrazioni effettuate per propri fini contenuti in distinti documenti»³⁵. Tale assunto deriva, a parere dell’ANAC, dal fatto che l’art. 5, comma 2 del nuovo testo del d.lgs. n. 33 del 2013 fa esclusivo riferimento ai dati ed ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e non anche alle informazioni: da tale interpretazione letterale della norma deriva, pertanto, che sull’amministrazione non grava alcun obbligo di rielaborazione dei dati dalla stessa detenuti ai fini dell’accesso generalizzato, dovendo al contrario in tali ipotesi consentire semplicemente l’accesso ai documenti nei quali sono contenute le informazioni che si richiedono.

Poste le necessarie premesse iniziali, la delibera affronta il tema centrale oggetto del proprio intervento, muovendo dalla distinzione fra *eccezioni assolute* ed *eccezioni relative* (o qualificate) all’accesso generalizzato³⁶. Infatti, la lettura combinata dei commi 1, 2 e 3 dell’art. 5-*bis* consente di distinguere due tipi di eccezioni, al ricorrere delle quali le amministrazioni devono o possono negare la richiesta di accesso generalizzato.

Tuttavia, come già evidenziato nel paragrafo precedente, l’art. 5-*bis* pone

³⁴ Tuttavia, la medesima Circolare n. 2/2017 precisa che, nei casi di richieste generiche o meramente esplorative, prima di dichiarare la domanda inammissibile, le amministrazioni sono tenute ad invitare per iscritto il richiedente a precisare l’oggetto della richiesta, fornendogli l’assistenza necessaria ad individuare i dati o i documenti d’interesse (Punto 3.1). Invece, in relazione alle richieste massive o manifestamente irragionevoli, sia le *Linee guida* (Allegato, § 5) che la *Circolare* (Punto 7, lett. *d*) chiariscono che le amministrazioni possono dichiarare l’inammissibilità della domanda solo nelle ipotesi in cui, all’esito di un’adeguata valutazione, risulti evidente che la trattazione della richiesta comporterebbe uno sforzo organizzativo tale da compromettere il buon funzionamento dell’azione amministrativa.

³⁵ Punto 4.2 delle *Linee guida*.

³⁶ Punto 5 delle *Linee guida*.

diverse questioni interpretative, dal momento che la mera elencazione delle ipotesi in cui l'amministrazione precedente può negare l'ostensione dei dati o dei documenti richiesti non consente in taluni casi di individuare con esattezza il corretto ambito di applicazione dell'accesso generalizzato. Cosicché, il legislatore delegato, ben consapevole dei limiti di applicabilità diretta di tali definizioni, ha rimesso all'ANAC, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, il compito di circoscrivere con maggior precisione l'ambito di operatività delle esclusioni e dei limiti al diritto di accesso generalizzato. La chiara individuazione di tali eccezioni assume, infatti, importanza fondamentale, poiché consente la corretta applicazione dell'istituto in esame e, dunque, la piena operatività della regola generale della accessibilità totale (*full disclosure*), che ammette le sole eccezioni volte ad impedire la lesione di interessi pubblici e privati che possono essere pregiudicati dalla diffusione generalizzata di talune informazioni.

Ciò premesso, nel rinviare al testo delle *Linee guida* per una più dettagliata disamina delle varie eccezioni assolute o relative al diritto di accesso generalizzato, in questa sede appare utile soffermarsi sul procedimento di valutazione delle istanze di accesso da parte delle amministrazioni, come delineato nella delibera in esame dall'ANAC³⁷.

Infatti, nell'intervento correttivo del d.lgs. n. 33 del 2013, il legislatore delegato non fornisce, come nel caso delle eccezioni assolute, una generale e preventiva definizione delle eccezioni relative all'esercizio dell'accesso civico generalizzato, dal momento che tale attività non può che essere rimessa alle amministrazioni, che devono valutare, caso per caso e secondo la tecnica del bilanciamento, se l'ostensione dei documenti o dei dati richiesti possa arrecare un pregiudizio concreto agli interessi pubblici e privati individuati in via astratta dal legislatore.

Tuttavia, si osserva che, nel definire le modalità di svolgimento di tale attività discrezionale, l'ANAC sembra richiedere alle amministrazioni una attività sicuramente utile sul piano operativo, ma difficilmente realizzabile in concreto in buona parte dei casi. Infatti, considerato che l'esercizio di questo diritto non richiede alcuna motivazione e non è condizionato all'allegazione di alcun titolo di legittimazione soggettiva da parte del richiedente, appare difficile comprendere come l'amministrazione possa verificare la sussistenza di un "*preciso nesso di causalità*" tra l'ostensione del documento ed un eventuale pregiudizio agli interessi contemplati all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 33/2013, dal momento che non è dato conoscere le finalità effettive rispetto alle quali l'accesso è preordinato e,

³⁷ Punto 5.2 delle *Linee guida*.

dunque, l'utilizzo che farà il richiedente dei dati forniti.

In altre parole, le perplessità riguardano la possibilità per l'amministrazione di prefigurare il verificarsi di un pregiudizio "diretto", "concreto" e "altamente probabile" agli interessi salvaguardati dalla norma in commento, attraverso una valutazione che, vista l'assenza di motivazione e di altri elementi esterni, non può per forza di cose svolgersi in astratto³⁸.

Di conseguenza, pur rilevando l'utilità per le amministrazioni di tali indicazioni su un piano prettamente procedurale, per poter esprimere un giudizio effettivo sulla nuova normativa in materia di trasparenza amministrativa e sulle sopra illustrate *Linee guida* occorrerà attendere l'affermazione delle prime *best practices* amministrative e dei primi orientamenti giurisprudenziali in materia, oltre che un più meditato contributo della dottrina e, soprattutto, dell'ANAC nella fondamentale opera di razionalizzazione e semplificazione della normativa *de qua*, nella consapevolezza che la maggiore responsabilità dell'attuazione di questa riforma della trasparenza amministrativa grava proprio sull'ANAC, che verosimilmente avrà necessità di risorse e competenze aggiuntive «per semplificare il contenuto degli obblighi di pubblicazione e per orientare (insieme ai giudici amministrativi) il delicato processo di applicazione delle eccezioni all'accesso»³⁹.

In definitiva, come si è correttamente rilevato, a tutt'oggi nel nostro ordinamento siamo in presenza di un sistema di *open government* "in potenza", ma non ancora "in fatto", per la cui concreta realizzazione bisogna ancora attendere ulteriori «interventi e chiarimenti da parte dello stesso legislatore, ma soprattutto di una sperimentazione adeguata all'interno delle amministrazioni coinvolte»⁴⁰.

³⁸ F. ADDANTE, *Ottimi i miglioramenti dell'ANAC, ma occorre fare ancora tanto per un vero FOIA*, in *www.forumpa.it*, 11 gennaio 2017, osserva come «nonostante gli sforzi di miglioramento presenti nella versione definitiva, mancano ancora delle direttive dettagliate di comportamento che siano in grado di guidare compiutamente le PA ad effettuare un adeguato bilanciamento tra gli interessi alla divulgazione delle informazioni rispetto a quelli contrapposti, consentendo, di fatto, ai fruitori il pieno esercizio dei loro diritti alla "conoscenza"».

³⁹ M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, cit.

⁴⁰ Così A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma 'Madia'*, cit., 33.

Maria Barbara Cavallo*

Incompatibilità e inconfiribilità di incarichi

SOMMARIO: 1. Disciplina generale e definizioni – 2. Il d.lgs. n. 39 del 2012. – 3. I rilievi dell'ANAC

1. Disciplina generale e definizioni

La disciplina della incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi fa la sua comparsa nel nostro ordinamento con la legge 6 novembre 2012 n. 190 “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione” (cd. legge anticorruzione), la quale all’art. 1 co. 49 delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi diretti a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e negli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, da conferire a soggetti interni o esterni alle pubbliche amministrazioni, che comportano funzioni di amministrazione e gestione, nonché a modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l’esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate.

Il comma 50 stabilisce, nello specifico, i principi e criteri direttivi a cui vanno informati i futuri decreti e in particolare:

a) prevedere in modo esplicito, ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione, i casi di non conferibilità di incarichi dirigenziali, adottando in via

* Consigliere TAR Campania-Napoli. Addetta all’Ufficio servizi del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa.

generale il criterio della non conferibilità per coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale;

b) prevedere in modo esplicito, ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione, i casi di non conferibilità di incarichi dirigenziali, adottando in via generale il criterio della non conferibilità per coloro che per un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno, antecedente al conferimento abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato sottoposti a controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che conferisce l'incarico;

c) disciplinare i criteri di conferimento nonché i casi di non conferibilità di incarichi dirigenziali ai soggetti estranei alle amministrazioni che, per un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno, antecedente al conferimento abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive.

I casi di non conferibilità devono essere graduati e regolati in rapporto alla rilevanza delle cariche di carattere politico ricoperte, all'ente di riferimento e al collegamento, anche territoriale, con l'amministrazione che conferisce l'incarico. È escluso in ogni caso, fatta eccezione per gli incarichi di responsabile degli uffici di diretta collaborazione degli organi di indirizzo politico, il conferimento di incarichi dirigenziali a coloro che presso le medesime amministrazioni abbiano svolto incarichi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive nel periodo, comunque non inferiore ad un anno, immediatamente precedente al conferimento dell'incarico;

d) comprendere tra gli incarichi oggetto della disciplina:

1) gli incarichi amministrativi di vertice nonché gli incarichi dirigenziali, anche conferiti a soggetti estranei alle pubbliche amministrazioni, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione;

2) gli incarichi di direttore generale, sanitario e amministrativo delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere;

3) gli incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico;

e) disciplinare i casi di incompatibilità tra gli incarichi di cui alla lettera d) già conferiti e lo svolgimento di attività, retribuite o no, presso enti di diritto privato sottoposti a regolazione, a controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che ha conferito l'incarico o lo svolgimento in proprio di attività professionali, se l'ente o l'attività professionale sono soggetti a regolazione o finanziati da parte dell'amministrazione;

f) disciplinare i casi di incompatibilità tra gli incarichi di cui alla lettera d) già conferiti e l'esercizio di cariche negli organi di indirizzo politico.

In attuazione della suesposta disciplina, è stato emanato il d.lgs. 8 aprile 2013 n. 39, il quale all'art. 1 lett. g) e h) contiene le definizioni espresse di "inconferibilità" e "incompatibilità".¹

Per «inconferibilità» si intende "la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico".

Per «incompatibilità» si intende l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico.

Nell'impianto della legge 190 del 2012, le disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità sono inserite in una politica volta a garantire l'imparzialità soggettiva del funzionario amministrativo che comprende anche la riscrittura dei doveri di comportamento dei dipendenti pubblici.

I divieti post-mandato devono riguardare in modo omogeneo, ancorché graduato, la generalità dei titolari di cariche di indirizzo politico, dai membri del parlamento fino agli amministratori locali; la proibizione, di durata non inferiore ad un anno, deve riferirsi ad ogni carica amministrativa apicale, nell'ambito di un bacino territoriale rapportato alla importanza ed alla influenza della carica politica, senza che abbiano rilevanza le competenze che siano state specificamente attribuite all'ex organo di indirizzo politico; la violazione del divieto comporta, a norma del decreto delegato, serie conseguenze (nullità dell'atto di conferimento; sanzioni a carico di coloro che hanno conferito l'incarico).

La legislazione anteriore al 39 riconosce un *favor* per la cumulabilità tra pubblico impiego e cariche politiche, che trova il suo principale fondamento nell'art. 51 Cost; solo particolari categorie di dipendenti pubblici (magistrati, militari di carriera, funzionari e agenti di polizia, rappresentanti diplomatici

¹ Tra i primi commenti critici, vedi P. COSMAI, *Resta fuori dalla legge delega di riforma della p.a. la disciplina delle incompatibilità auspicata dall'ANAC*, in *Azienditalia* 2015, 10, 485; S. KRANZ, *Quale futuro li attende nel nuovo sistema delle inconferibilità*, in *Azienditalia*, 2014, 3; S. POZZOLI, C. BONADUCE, S. NADEZDA, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso gli enti privati di controllo pubblico*, in *Azienditalia*, 2014.

e consolari all'estero) subiscono limitazioni parziali nella fruizione dei diritti politici (art. 98, c. 3 Cost.), in ragione delle specificità proprie degli uffici ricoperti, o dello *jus imperii* di cui sono investiti.

Le incompatibilità con le cariche politiche prescritte dagli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 39 relativamente alla titolarità di cariche in seno alla amministrazione (ci riferiamo agli "incarichi amministrativi di vertice" e agli "incarichi dirigenziali") non hanno alcuna relazione col rapporto di pubblico impiego, che può anche mancare nel caso della dirigenza esterna. Le nuove incompatibilità sono cioè puramente funzionali, in quanto correlate non al rapporto di servizio, ma a quello d'ufficio.

Dunque, il decreto non mette in discussione la tradizionale regola della compatibilità tra cariche politiche e rapporto di pubblico impiego, ma intende piuttosto introdurre una incompatibilità generale riservata ai soli uffici apicali della amministrazione, lasciando del tutto immutato il regime (art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001) in essere per gli altri pubblici dipendenti. La introduzione del nuovo divieto di cumulo, si deve notare per inciso, comporterebbe la necessità di integrare l'art. 68 del d.lgs. n. 165 del 2001 al fine di assicurare a quei titolari di cariche dirigenziali o di vertice che, essendo anche pubblici dipendenti, intendessero optare per l'esercizio della carica politica, la garanzia di conseguire il collocamento in aspettativa non retribuita, o, in alternativa, la possibilità di rinunciare in via temporanea alla titolarità dell'incarico dirigenziale.

Relativamente al secondo aspetto (quello della compatibilità tra cariche politiche e cariche presso enti variamente operanti sotto controllo politico) va ricordato che la legislazione elettorale e quella amministrativa sono, in effetti, disseminate di un gran numero di divieti, che possono riguardare sia specifici enti, sia una serie di enti individuati sulla base di caratteristiche comuni, e rispondono principalmente alla necessità di impedire la sovrapposizione di controllore e controllato.

Il decreto legislativo, pur non abrogando espressamente la legislazione preesistente, innova la materia introducendo un regime di incompatibilità non più speciale, ma generale, esteso a tutte le cariche di amministratore sia degli enti pubblici (art. 11), sia degli enti privati in controllo pubblico (art. 13) presenti in un dato bacino politico-territoriale, che non sembra lasciare spazio ad eccezioni o deroghe.

Chiaramente la legge delega prefigura un regime di inconfiribilità volto a moralizzare le condotte degli attori politici ed a salvaguardare la professionalità degli amministratori, limitando i passaggi da cariche politiche a cariche

amministrative e la colonizzazione di queste ultime².

Inconferibilità ed incompatibilità assumono un carattere reciprocamente complementare, rispetto al fine unitario di una accresciuta garanzia della imparzialità e del buon andamento. I titolari di cariche amministrative apicali non possono cumulare cariche politiche, e i titolari di cariche politiche non possono a fine mandato, per un certo tempo ed in un dato spazio, essere nominati al vertice delle amministrazioni, degli enti pubblici, degli enti privati in controllo pubblico.

Quanto, invece, all'accesso e alla permanenza negli incarichi amministrativi, la legge n. 190 sceglie di innovare radicalmente la precedente disciplina che, sia per i funzionari onorari (soprattutto i componenti di organi politici) sia per i funzionari amministrativi presentava limiti evidenti, in quanto vi era un approccio indifferenziato che non permetteva di distinguere la particolare posizione dei titolari di incarichi amministrativi e non valutava se gli incarichi esterni che il dipendente eventualmente assumesse, potessero comprometterne l'imparzialità³.

La scelta di fondo della legge n. 190/2012 è di intervenire su questo regime nei seguenti modi⁴:

a) con una revisione del sistema dell'autorizzazione degli incarichi esterni;

² Va detto però che i componenti degli organi di indirizzo politico sono esclusi dall'applicazione della legge che non ha disciplinato ex novo la materia dell'accesso a tutte le cariche pubbliche, che comportino l'adozione di decisioni di cura dell'interesse pubblico, consistenti in atti di indirizzo politico, ovvero in atti di amministrazione e gestione.

³ La legislazione preesistente conteneva esigui vincoli post-mandato nei confronti dei titolari di cariche politiche. L'esempio maggiore è dato dalle norme relative ai ministri, contenute dapprima nella legge Sturzo e successivamente, in forma più blanda, dalla legge Frattini sicché si è affermata una volontà di allestire una barriera capace di distanziare temporaneamente tutte le cariche politiche da quelle amministrative, scoraggiando, secondo modelli internazionalmente diffusi, le cattive pratiche di *post-employment* (quelle poste in essere da politici che non solo utilizzano la loro carica per precostituirsi incarichi futuri, ma che, dopo essersi trasformati in dirigenti o in amministratori di enti, esercitano in modo distorto anche il nuovo ufficio, per saldare i debiti di patronage politico precedentemente contratti). La legge Frattini vieta ai titolari di cariche di governo, nei dodici mesi successivi al termine del mandato, la possibilità di accedere a cariche ed uffici nell'ambito di enti di diritto pubblico, anche economici e di società lucrative e di prestare attività professionali e di lavoro autonomo. L'ambito di questa limitazione è però circoscritto unicamente alle cariche presso gli enti pubblici ed alle imprese che operano in misura prevalente nei settori connessi con la carica di governo ricoperta in precedenza (si deve cioè far riferimento alle specifiche attribuzioni esercitate dal titolare della carica di governo); a questo limite se ne accompagna un secondo, più grave, derivante dalla assenza di sanzioni a carico dei trasgressori.

⁴ F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giornale dir. Ammin.*, 8-9/2013.

tra gli incarichi da sottoporre al nuovo regime, sono stati ricompresi anche gli incarichi amministrativi di vertice, sulla base dalla semplice constatazione che tali incarichi, anche se non devono comportare competenze di gestione, hanno spesso un influsso rilevante sullo svolgimento dell'azione da parte dei dirigenti (si pensi ai compiti di coordinamento, spesso ravvicinato, dell'azione dei dirigenti). Altrettanto significativa la comprensione, tra gli incarichi da disciplinare, dell'"amministratore di enti pubblici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico" (c. 50, lett. d), punto 3 l. 190/2012).

b) con la nuova "incompatibilità successiva", cioè il divieto di assumere cariche in imprese private successivamente alla cessazione del servizio svolto presso le amministrazioni pubbliche che possano far dubitare, retrospettivamente, dell'imparzialità del funzionario nell'esercizio delle funzioni affidate (art. 53 co. 16 ter d.lgs. 165/2001);⁵

c) con una riscrittura del regime di incompatibilità, questa volta calibrato non più con riferimento alla condizione generale del dipendente pubblico (per il quale il regime di dedizione esclusiva al lavoro per l'amministrazione è mantenuto), ma agli incarichi dirigenziali. Con l'introduzione del principio di distinzione tra le competenze degli organi di indirizzo politico e gli organi amministrativi, è su questi ultimi che ricade la responsabilità principale per l'adozione degli atti amministrativi e di gestione. L'imparzialità non può più essere un carattere del solo atto amministrativo in sede di azione, né un carattere genericamente riferito all'intera amministrazione: deve essere garantito specificamente agli incarichi amministrativi (ai titolari degli incarichi e, spesso, di organi delle amministrazioni pubbliche).

d) non considerando più sufficiente un regime di sole incompatibilità, per passare ad un regime che disciplini l'accesso all'incarico, cioè la stessa possibilità di conferire l'incarico a soggetti che provengano da posizioni che possano pregiudicare l'aspettativa di un esercizio imparziale (non condizionato dagli interessi e dalle posizioni di provenienza) dell'incarico. Pertanto, anche l'aver avuto, nel periodo immediatamente precedente all'incarico nell'amministrazione, un interesse privato in potenziale conflitto (caso azienda farmaceutica- Ministero della Salute) può costituire causa di

⁵ L'art. 21 del d.lgs. 39/2013 stabilisce che ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16-ter dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. Tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico.

esclusione dall'incarico⁶.

Se dunque l'inconferibilità assume così, per la prima volta, una dimensione di strumento di prevenzione della corruzione e di imparzialità, ad applicazione generale, per il regime delle incompatibilità, la legge delega distingue nettamente tra due categorie di cause:

1) l'eventuale assunzione, dopo il conferimento dell'incarico, di "attività, retribuite o no, presso enti di diritto privato sottoposti a regolazione, controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che ha conferito l'incarico, o lo svolgimento in proprio di attività professionali, se l'ente o l'attività sono soggetti a regolazione o finanziati da parte dell'amministrazione" (c. 50, lett. e)). La disciplina delle incompatibilità, in questi casi, mira a completare l'approccio fin qui seguito (garanzia del pieno adempimento della prestazione lavorativa) con una considerazione dei casi in cui il funzionario possa assumere, nel corso del mandato, direttamente, o per il tramite di congiunti, interessi in potenziale conflitto, che pregiudichino la sua posizione di imparzialità soggettiva;

2) l'eventuale assunzione, nel corso dell'incarico, di cariche negli organi di indirizzo politico. Anche in questo caso la nuova disciplina deve farsi carico della posizione del titolare dell'incarico, per il quale l'esplicita appartenenza ad un organo di indirizzo politico può pregiudicare l'immagine di imparzialità (del funzionario e dell'amministrazione).

L'inconferibilità pertanto non comporta un'esclusione permanente dal conferimento dell'incarico, ma solo temporanea. La legge vuole impedire che il soggetto che si trovi in una posizione tale da compromettere l'imparzialità acceda all'incarico senza soluzione di continuità, rendendo necessario un *periodo di raffreddamento*, utile a garantire la condizione di imparzialità all'incarico⁷.

⁶ Da questa esigenza di fondo (evitare lo stesso sorgere di un conflitto tra interessi privati e interesse generale), la legge passa poi a considerare altre cause di inconferibilità, legate da un lato a comportamenti impropri del funzionario che comportino l'impossibilità del conferimento di un incarico dirigenziale (si pensi al caso della condanna penale del funzionario per reati contro la pubblica amministrazione, anche non definitiva, perché in grado di compromettere la fiducia nella sua imparzialità) e dall'altro alla provenienza, sempre immediata, da cariche in organi di indirizzo politico (in questo caso l'esclusione non è fondata né su potenziali conflitti, né su pregressi comportamenti impropri, ma sulla compromissione dell'affidamento del cittadino sull'imparzialità di un funzionario che abbia ricoperto cariche politiche).

⁷ Nel caso della condanna non definitiva si vuole impedire il permanere nell'incarico amministrativo di un soggetto possa compromettere l'immagine dell'incarico affidato. Nel caso della provenienza da interessi privati in conflitto, il periodo di raffreddamento

Ma la legge delega non si occupa di incarichi dei dirigenti o dei direttori di tutti gli enti di diritto privato così definiti, bensì soltanto di quegli enti di tale tipologia, che svolgano appunto “funzioni amministrative” o di “produzione di beni e servizi a favore delle PA” o infine di quelli che “per conto delle PA gestiscano servizi pubblici”, esclusi pertanto gli enti di diritto privato sottoposti a controllo di una PA che non gestiscano servizi pubblici, non producano beni e non erogino servizi ad una PA, o non svolgano per conto di essa funzioni amministrative, per tali intendendosi, attività concrete rivolte a soddisfare bisogni collettivi in maniera diretta e immediata.

2. Il d.lgs. n. 39 del 2012

Come detto, l’approccio del d.lgs. 39 è innovativo e consiste in quello di perseguire l’imparzialità della p.a. non attraverso la imposizione di nuovi vincoli e divieti speciali (riguardanti cioè particolari categorie di politici - parlamentari, sindaci, ministri – in relazione ad un altrettanto specifici uffici della p.a.), ma nella forma della introduzione di una limitazione generale ed orizzontale, estesa ad ogni organo politico, in rapporto a tutti i più importanti uffici amministrativi che risultano compresi nell’ambito del bacino della sua sfera territoriale di influenza.

Le cariche politiche comportanti inconfiribilità ed incompatibilità sono individuate dall’art. 1, c.1 lett. f), del decreto delegato, in ragione delle indicazioni fornite dalla delega, nei “componenti di organi di indirizzo politico”. Tali sono “le persone che partecipano, in via elettiva o di nomina a organi di indirizzo politico presso le amministrazioni statali, regionali e locali”, come pure i componenti degli organi di indirizzo politico “di enti pubblici, o di enti di diritto privato in controllo pubblico, nazionali, regionali e locali”. Le inconfiribilità e le incompatibilità riguardano dunque ogni carica politica, per il fatto stesso di racchiudere la titolarità di una funzione di indirizzo politico.

Le cariche amministrative che si intende proteggere mediante incompatibilità e inconfiribilità rispetto alle cariche politiche sono

serve ad allentare i legami dell’aspirante all’incarico con gli interessi privati in conflitto. Nel caso della provenienza da organi politici, la possibilità di conferire l’incarico, decorso il periodo di raffreddamento, a persona scelta in virtù dei propri meriti professionali e non dell’appartenenza a organi politici I periodi di raffreddamento, poi, non devono essere eccessivamente lunghi. La previsione di base stabilisce un periodo antecedente all’incarico “non inferiore ad un anno”.

individuate dalla legge-delega (c. 50, lett.d) in quattro tipologie, meglio precisate dal decreto delegato (art.1, lett. i), j),k),l)), e cioè: a) gli incarichi amministrativi di vertice; b) gli incarichi dirigenziali (interni ed esterni); c) gli incarichi di amministratore di enti pubblici; d) gli incarichi di amministratore di enti di diritto privato in controllo pubblico.

Anche in questo caso le cariche sono cioè indicate orizzontalmente, non in base alle competenze, ma in ragione della natura della funzione che è ad esse propria.

Si comprende dunque come la scelta del legislatore di allestire un regime di incompatibilità e di inconferibilità orizzontale e generale risulti inseparabilmente legata alla applicazione di un assetto organizzativo della pubblica amministrazione nel quale al modello gerarchico subentra quello di una coerente distinzione tra funzione di indirizzo politico e funzione di gestione.

Il tutto nel rispetto di quanto stabilito alla lett. c) del comma 50 della l. 190/2012, ossia che “I casi di non conferibilità devono essere graduati e regolati in rapporto alla rilevanza delle cariche di carattere politico ricoperte, all’ente di riferimento e al collegamento, anche territoriale, con l’amministrazione che conferisce l’incarico.” Le incompatibilità e le inconferibilità non possono cioè essere estese ad ogni possibile situazione in modo meccanico ed automatico, ma devono rispondere ad un criterio di proporzionalità e ragionevolezza, in un corretto bilanciamento tra i delicati interessi in gioco (artt. 3, 51, 97 Cost.). Il raggio territoriale delle incompatibilità e delle inconferibilità deve quindi essere tanto più esteso quanto maggiore sono la rilevanza ed il bacino di influenza della carica politica.

Il decreto legislativo si articola in otto capi e la sua struttura riflette da vicino l’articolazione della legge delega. Infatti, salvo il Capo I, (principi generali), il Capo VII, (vigilanza e sanzioni), il Capo VIII, (norme transitorie e finali, tre Capi, il II, il III e il IV sono dedicati alle tre categorie di cause di inconferibilità degli incarichi (rispettivamente le condanne penali, Capo II, la provenienza da incarichi e cariche in enti privati, capo III, la provenienza da organi di indirizzo politico, Capo IV), mentre altri due, il V e il VI sono dedicati alle due cause di incompatibilità (rispettivamente il Capo V all’incompatibilità con incarichi e cariche in soggetti privati e il capo VI all’incompatibilità con cariche in organi di indirizzo politico).

Il decreto doveva soddisfare i criteri che imponevano di considerare, insieme, le cause di inconferibilità e incompatibilità e gli incarichi, in modo che risultasse chiaro che ciascuna sua disposizione era stata fissata in

rapporto ai caratteri dell'incarico dirigenziale. In conseguenza, all'interno di ciascuno dei Capi in cui si articola il decreto si ritrovano distinti articoli dedicati ai caratteri degli incarichi e alla provenienza dei soggetti. Va sottolineata anche l'importanza della parte (Capo VII) dedicata alla vigilanza e alle sanzioni, che mira a superare uno dei difetti più diffusi nella disciplina previgente: fissare cause, quasi sempre di incompatibilità, quasi mai assistite da un attento strumentario di vigilanza, nell'assenza di effettive conseguenze per la violazione delle disposizioni di legge.

Il Capo I è rubricato "Principi generali" e riguarda l'ambito di applicazione del testo di legge.

In particolare, i soggetti interessati -che sono espressamente definiti alle lett. a-b-c dell'art. 1 - sono, espressamente

- 1- le pubbliche amministrazioni,
- 2- gli enti pubblici⁸
- 3- gli enti di diritto privato in controllo pubblico⁹⁻¹⁰.

I Capi da II a IV riguardano la "inconferibilità di incarichi"¹¹ e precisamente:

- Inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione (capo II) ¹²
- Inconferibilità di incarichi a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni (Capo III),

⁸ Definiti come "gli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati".

⁹ Definiti come " le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi".

¹⁰ Il 18 gennaio 2017 il Consiglio dell'Autorità Anticorruzione (ANAC) ha approvato un Atto di segnalazione con cui chiede un intervento correttivo da parte del legislatore volto ad adeguare la definizione di amministrazione di ente di diritto privato in controllo pubblico, di cui all'art. 1, comma 2, lett. e), del d.lgs. 39/2013.

¹¹ Ossia la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale (delitti contro la PA), a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico.

¹² La disposizione, variamente articolata, disciplina la durata del periodo di inconferibilità in base al reato commesso. In alcuni casi essa è permanente.

distinguendosi tra livelli territoriali ¹³

- Inconferibilità di incarichi a componenti di organi di indirizzo politico (capo IV) ¹⁴

I Capi da V a VI riguardano la disciplina delle incompatibilità:

- Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni nonché lo svolgimento di attività professionale (capo V); ¹⁵
- Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche di componenti di organi di indirizzo politico (Capo VI) ¹⁶

Il Capo VII è rubricato “*Vigilanza e Sanzioni*”

La vigilanza sul rispetto delle disposizioni del decreto è affidata (art. 15) in primo luogo al RPC dell’amministrazione che conferisce l’incarico o presso la quale è svolto l’incarico incompatibile.

In seconda battuta la vigilanza è affidata (art. 16) all’ANAC, che può esercitare i poteri ispettivi e di accertamento, nonché i poteri di ordine (in applicazione del comma 3 dell’art. 1 della legge n. 190).

L’Autorità può poi intervenire nel corso dei procedimenti di conferimento degli incarichi sospendendo le procedure e sollevando rilievi e osservazioni di cui l’amministrazione conferente deve tenere conto (art.

¹³ Da un lato inconferibilità di incarichi nelle amministrazioni statali, regionali e locali a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati (art. 4); dall’altro inconferibilità di incarichi di direzione nelle Aziende sanitarie locali a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati (art. 5).

¹⁴ Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello nazionale (art. 6); Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale e locale (art. 7); Inconferibilità di incarichi di direzione nelle Aziende sanitarie locali (art. 8).

¹⁵ Incompatibilità tra incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati nonché tra gli stessi incarichi e le attività professionali (art. 9); Incompatibilità tra le cariche direttive nelle aziende sanitarie locali, le cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati e lo svolgimento di attività professionali (art. 10).

¹⁶ Incompatibilità tra incarichi amministrativi di vertice e di amministratore di ente pubblico e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali (art. 11); Incompatibilità tra incarichi dirigenziali interni e esterni e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali (art. 12); Incompatibilità tra incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico e cariche di componenti degli organi di indirizzo politico nelle amministrazioni statali, regionali e locali (art. 13); Incompatibilità tra incarichi di direzione nelle Aziende sanitarie locali e cariche di componenti degli organi di indirizzo politico nelle amministrazioni statali, regionali e locali (art. 14).

16, comma 2).

L'art. 17 dispone la nullità degli incarichi conferiti in violazione del decreto.¹⁷

L'art. 18 dispone la sanzione dell'automatica sospensione degli organi che abbiano conferito incarichi "dichiarati nulli" dal potere di conferire "incarichi di loro competenza" per tre mesi e prevede norme sulla competenza a conferire incarichi nel periodo di sospensione: il Presidente del Consiglio per i Ministeri, le amministrazioni vigilanti per gli enti pubblici, gli organi individuati con proprio provvedimento per regioni e enti locali.

L'art. 19 dispone la decadenza dall'incarico incompatibile con altro incarico in caso di mancata opzione dell'interessato nel termine perentorio di 15 giorni dalla contestazione.

L'art. 20 disciplina la *dichiarazione sulla insussistenza di cause di inconfiribilità o incompatibilità*; tale dichiarazione va pubblicata nel sito della pubblica amministrazione, ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico che ha conferito l'incarico ed è condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico.¹⁸

5. Ferma restando ogni altra responsabilità, la dichiarazione mendace, accertata dalla stessa amministrazione, nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio dell'interessato, comporta la inconfiribilità di qualsivoglia incarico di cui al presente decreto per un periodo di 5 anni.

Sul punto l'ANAC ha emanato la Determinazione n. 241 del 08/03/2017, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 70 del 24-3-2017), "Linee guida recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14 del d.lgs. 33/2013 «Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali» come modificato dall'art. 13 del d.lgs. 97/2016."

¹⁷ Sul punto in giurisprudenza Tar Lazio, sez. II, 4 maggio 2016 n. 5063, che sancisce la nullità di un incarico di presidente di commissione giudicatrice conferito a un dirigente che era anche consigliere comunale.

¹⁸ L'art. 14 del d.lgs. n. 33 del 2013, come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n. 97 del 2016, disciplina gli obblighi di trasparenza riguardanti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali nelle amministrazioni pubbliche. Nell'Allegato n. 1 alle Linee guida sono individuati, a titolo meramente esemplificativo, i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali in alcune tipologie di amministrazioni pubbliche. Per quanto riguarda i dati da pubblicare, il d. lgs. n. 97 del 2016 non ha introdotto alcuna modifica alle informazioni e alle dichiarazioni oggetto di pubblicazione ai sensi dell'art. 14, comma 1 lettere da a) a f), cui si rinvia. Per i soli dirigenti, invece, è stato introdotto un ulteriore obbligo di pubblicazione riferito al dato sugli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica (art. 14, comma 1-ter).

L'art. 21 affronta la questione relativa all'ambito soggettivo di applicazione della ipotesi di incompatibilità successiva sancita nell'art. 53, c. 16 -ter del d.lgs. n. 165/2001, la quale vieta ai dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di svolgere - nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego - attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri.

Il tenore testuale della disposizione ("dipendenti"; "cessazione del rapporto di impiego pubblico") sembrava limitarne l'applicazione ai soli dipendenti con rapporto a tempo indeterminato, con esclusione di tutti quei soggetti "esterni" che si trovassero ad esercitare i medesimi poteri in base ad un contratto di lavoro subordinato o autonomo a tempo determinato.

Tale esito applicativo tuttavia era deleterio, dal momento che proprio questo tipo di soggetti incaricati di funzioni dirigenziali risultano maggiormente esposti a rischi di condizionamento (ed a conflitti di interesse) meritevoli di regolamentazione (c.d. *pantouflage* o *revolving door*).

A tale limite l'art. 21 fornisce una soluzione, poiché estende l'istituto a tutti i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al d.lgs. 39, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo.

3. I rilievi dell'ANAC

L'ANAC si è espressa più volte sulla normativa in materia di incompatibilità e inconferibilità degli incarichi.

Nel parere dell'ANAC approvato il 9 settembre 2015 esse sono così elencate:

1) Assenza di specifiche disposizioni che impongano alle amministrazioni competenti di effettuare controlli in ordine alla insussistenza di cause di inconferibilità prima del conferimento dell'incarico

L'art. 20 prevede che all'atto del conferimento dell'incarico l'interessato presenti una dichiarazione sulla insussistenza delle cause di inconferibilità, che costituisce condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico. Tale dichiarazione non esime l'organo che conferisce l'incarico dalla responsabilità di cui all'art. 18 che sancisce la sospensione automatica dal

potere di conferire ulteriori incarichi per un periodo di tre mesi qualora l'incarico sia stato dichiarato nullo.

Ben può darsi, infatti, che l'autodichiarazione contenga elementi fuorvianti anche qualora non si configuri quale deliberata dichiarazione mendace, perché fondata su personali interpretazioni sulla sussistenza o meno dell'inconferibilità.

Ciò comporta, alla luce di quanto disposto dal Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), approvato con delibera Civit dell'11 settembre 2013, n. 72, al punto 3.1.8. (riferito alle verifiche delle situazioni di incompatibilità, ma applicabile anche alle inconferibilità), la necessità di una sistematica verifica sulla insussistenza di cause di inconferibilità. Secondo questo orientamento l'organo competente dovrebbe procedere al conferimento solo sulla base di un'attenta verifica svolta dall'amministrazione. A questo fine potrebbe essere utile affidare al RPC, in sede di predisposizione del Piano triennale per la prevenzione della corruzione dell'amministrazione, il coordinamento della attività di verifica svolte dagli uffici.

L'Autorità si riserva sul punto di contribuire con un proprio intervento a carattere regolatorio diretto a fornire indicazioni sulle modalità operative con le quali le diverse amministrazioni possono comunque svolgere in ottemperanza al PNA un'azione di controllo preventivo più capillare, con il coordinamento del RPC. Nelle more di una modifica normativa, sempre al fine di agevolare ed incentivare i controlli preventivi da parte delle amministrazioni, l'Autorità potrà, altresì, fornire alle amministrazioni dei modelli per la presentazione delle dichiarazioni di insussistenza delle cause di inconferibilità, nei quali sia esplicita l'indicazione delle situazioni di cui si attesta l'insussistenza.

2) Assenza di una disciplina del procedimento di accertamento delle inconferibilità

L'art. 15 prevede una "contestazione" della situazione di inconferibilità, ma nulla dice sul procedimento che il RPC deve seguire (contestazione come atto del procedimento, accertamento, dichiarazione di nullità). Nulla si dice sul procedimento che l'ANAC deve seguire nei casi in cui gli venga richiesto, su segnalazione dei cittadini, su richiesta dell'amministrazione, d'ufficio, di intervenire sui procedimenti in corso. Nulla si dice, poi, per i casi in cui l'ANAC sia chiamata a pronunciarsi sull'esistenza della situazione di inconferibilità; inoltre, non è chiarito se si tratti di un procedimento autonomo, che si conclude con l'accertamento della situazione o se essa debba, una volta accertata la situazione, sempre rivolgersi al RPC, affinché dichiari l'inconferibilità.

L'Autorità ha finora interpretato il proprio ruolo come quello di sollecitatore del RPC, perché questo accerti (e dichiari) la nullità del

conferimento. L'Autorità è consapevole, in virtù di una serie di casi anche recenti nei quali è stata chiamata ad intervenire, degli effetti che derivano dall'accertamento/dichiarazione di nullità (sanzione automatica di cui all'art.18). L'Autorità si propone di disciplinare il proprio procedimento di accertamento, al fine di dare sia all'interessato che all'organo che ha conferito l'incarico, le garanzie procedurali e di contraddittorio necessarie, fermo restando che l'attività di accertamento dell'Autorità, allo stato della disciplina vigente, ha ad oggetto solo la sussistenza di eventuali cause di inconferibilità, senza includere alcuna valutazione sulle singole condotte e conseguenti responsabilità.

3) *Incertezza sulla necessità o meno di una “dichiarazione di nullità”*

L'art. 17 sembra optare per una nullità *ex lege*, direttamente disposta dalla legge. La volontà del legislatore sembra andare verso il massimo dell'automaticità: accertata la violazione delle disposizioni del decreto, le conseguenze deriverebbero dall'accertamento, senza bisogno di un distinto atto di dichiarazione di nullità. In caso di sufficienza del solo accertamento la nullità del conferimento e la sanzione di cui all'art. 18 sarebbero operanti dalla data dell'accertamento.

L'art. 18, invece, sembra dare rilevanza proprio alla dichiarazione (“organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli”). In questo secondo caso le conseguenze (nullità dell'incarico e sanzione della sospensione) deriverebbero solo dal momento dell'adozione dell'atto di dichiarazione.

4) *Incertezza sulla attribuzione della competenza alla eventuale dichiarazione di nullità*

Se si segue la via interpretativa della necessità di un atto di dichiarazione di nullità, in coerenza con l'art. 15, si deve ritenere che il RPC, che ha la competenza a “contestare”, debba, all'esito del procedimento di accertamento, dichiarare la situazione di inconfiribilità e contestarla all'organo che ha conferito l'incarico. Una tale interpretazione, però, deve scontare la oggettiva difficoltà in cui si trova il RPC (nominato dall'organo di indirizzo dell'amministrazione) quando deve dichiarare la nullità, con la conseguente automatica applicazione della sanzione della sospensione per tre mesi dal potere di conferire incarichi.

Tuttavia, si sono riscontrati casi nei quali le amministrazioni hanno optato per soluzioni procedurali alternative nelle quali il RPC si è limitato ad attivare il procedimento, con atto di incerta natura (avvio del procedimento o atto accertativo autonomo), seguito poi dalla dichiarazione di nullità da parte dello stesso organo che ha conferito l'incarico.

Non va esclusa del tutto la possibilità che sia la stessa ANAC a dichiarare la nullità, soprattutto nei casi in cui il RPC si sia limitato a segnalare il caso all'Autorità. Infatti, l'intervento dell'Autorità può limitarsi ad un accertamento propedeutico alla dichiarazione di nullità, che continua a spettare al RPC ovvero, a fini di speditezza, arrivare fino alla rilevazione di una causa di inconfiribilità e alla contestuale e dichiarazione della nullità dell'incarico. L'ANAC, si ribadisce, non ha ancora accolto questa interpretazione, ma essa non potrebbe essere esclusa nel futuro, soprattutto in caso di inerzia del RPC; infatti, in questi casi, anche il potere d'ordine di cui alla deliberazione n. 146/2014, può rivelarsi insufficiente.

5) Incertezza del termine entro il quale la dichiarazione deve essere effettuata

Il decreto è evidentemente impostato sulla tempestività degli accertamenti e delle dichiarazioni di nullità. Si tenga conto che la dichiarazione di nullità dell'incarico travolge non solo l'annesso contratto, ma anche gli atti compiuti dal funzionario che ha avuto un illegittimo accesso all'incarico. I problemi si pongono soprattutto qualora sia la stessa amministrazione ad adottare la dichiarazione di nullità.

Se la competenza è del RPC, questi potrebbe subire pressioni volte a procrastinare nel tempo la dichiarazione, per rinviare l'applicazione della sospensione; attualmente, infatti, l'unico strumento di tutela è quella di cui all'art. 15, comma 3, che prescrive l'obbligo di comunicare all'Autorità l'eventuale revoca dell'incarico al RPC disposta dagli organi di vertice dell'amministrazione.

Nel caso in cui la dichiarazione è effettuata dallo stesso organo che è destinato a subire la sanzione della sospensione, aumentano i rischi di ritardi impropri nella dichiarazione, anche se, va ribadito, qui si tratterebbe di prendere atto di un accertamento già fatto dal RPC (o dall'ANAC, su richiesta del RPC).

I rischi richiamati non si avrebbero se la dichiarazione di nullità fosse di competenza anche dell'ANAC, in caso di inerzia del RPC, all'esito di un accertamento compiuto dalla stessa Autorità.

La scelta è quella di affidare tale accertamento alla stessa amministrazione, in particolare al RPC, che ha il potere di contestare le situazioni all'interessato, mentre l'intervento dell'ANAC è del tutto marginale.

Esso può avvenire in via preventiva (sui procedimenti in corso) o su richiesta di parere da parte delle amministrazioni.

6) Automaticità della sanzione della sospensione

La criticità sicuramente più rilevante sta nell'automatica applicazione della misura della sospensione in conseguenza della dichiarazione di nullità dell'incarico. La norma è frutto di una situazione di emergenza nella quale il legislatore del 2013 ha optato per una sanzione automatica, proprio perché l'accertamento della violazione era, in gran parte, affidato alla stessa amministrazione che ha conferito l'incarico. Ma l'automaticità retroagisce in modo negativo proprio sul potere di accertamento.

Il RPC e l'organo di indirizzo, consapevoli dell'applicazione automatica, tendono a non accertare o ad accertare in ritardo.

Altro grave limite della sanzione automatica è che essa si applica senza alcuna valutazione dei comportamenti individuali dei componen-

ti dell'organo che ha conferito l'incarico. Si pensi all'accertamento che sarebbe necessario sull'accuratezza con la quale l'organo conferente ha verificato l'assenza di situazioni di inconferibilità. Se esso possa affidarsi sulle dichiarazioni dell'interessato sulla non sussistenza di cause ostative al conferimento (ai sensi dell'art. 20, che tende a dare forza a questa dichiarazioni con la previsione di pesanti sanzioni in caso di dichiarazione mendace) o se debba sempre disporre propri autonomi accertamenti. Si pensi alla tempestività con la quale l'organo ha rimosso le situazioni di inconferibilità, che deve essere considerata come elemento che riduce la gravità della responsabilità.

Tutte situazioni che potrebbero dare luogo ad una graduazione della sanzione in rapporto al comportamento tenuto.

I casi di applicazione finora verificati dall'Autorità dimostrano che la disciplina vigente conduce ad una applicazione che frustra le esigenze di contraddittorio con l'interessato e con l'organo che ha conferito l'incarico. Il contrasto con norme costituzionali e con elementari principi di civiltà giuridica diviene stridente, sia per il mero accertamento della oggettiva violazione, sia per la valutazione dei comportamenti tenuti, nel procedimento di conferimento e nella fase di applicazione delle misure conseguenti alla dichiarazione di nullità.

7) Incertezza nella individuazione dell'organo competente a conferire gli incarichi nel periodo della sospensione

Come si è visto, solo in alcuni casi la legge provvede ad individuare direttamente l'organo competente, mentre in molti altri rinvia a decisioni autonome delle stesse amministrazioni, da adottarsi entro tre mesi dall'entrata in vigore del decreto n. 39. Le amministrazioni regionali e locali, ad esempio, non hanno, in larghissima misura, dato attuazione alla legge e non hanno provveduto ad individuare l'organo competente. Nella gran parte delle amministrazioni pubbliche, quindi, in seguito alla dichiarazione di nullità, l'automatica sospensione dal potere di conferire incarichi conduce di fatto ad una grave interruzione nell'ordinato processo di conferimento di incarichi amministrativi alla scadenza e a una disapplicazione di fatto della sanzione. Benché anche su tale punto l'Autorità si riserva di emanare apposite linee guida, un intervento chiarificatore del legislatore appare necessario, anche con riferimento alla concreta applicazione dell'articolo 18, comma 4, laddove prevede che, decorso inutilmente il termine entro cui regioni province e comuni sono tenute ad adeguare i propri ordinamenti ai sensi del medesimo articolo 18, comma 3, trova applicazione la procedura sostitutiva di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003 n. 131

(“Attuazione dell’articolo 120 della Costituzione sul potere sostitutivo”).

8) *Incertezza in caso di violazione della sospensione*

Tra le criticità si segnala anche la grave incertezza relativa alle conseguenze della violazione della sanzione della sospensione di tre mesi. Qualora l’organo sospeso automaticamente continui, soprattutto in assenza di una esplicita dichiarazione di nullità, a conferire incarichi di sua competenza, si pongono diversi ordini di problemi: a) chi e come debba intervenire per accertare la violazione; b) come intervenire per porre un limite alla violazione; c) quale sia il destino dei conferimenti comunque disposti ovvero se gli stessi debbano intendersi anch’essi nulli per difetto assoluto di competenza dell’organo sospeso ovvero annullabili. Tutti punti sui quali la disciplina è totalmente carente.

In materia di incompatibilità, si producono alcune delle criticità già segnalate. La vigilanza sul rispetto delle disposizioni del decreto spetta in prima battuta al RPC dell’amministrazione, che potrebbe avere tutte le remore già segnalate ad effettuare la contestazione all’interessato dell’esistenza di una situazione di incompatibilità, soprattutto se a trovarsi in tali situazioni siano componenti degli organi di indirizzo della sua amministrazione.

L’ANAC può accertare, su segnalazione, su richiesta dell’amministrazione o d’ufficio, ma non ha il potere diretto di contestare la situazione. Qualora accerti l’incompatibilità si deve rivolgere al RPC perché proceda alla contestazione.

In tutti i casi non è regolato, ai fini del contraddittorio, il procedimento di accertamento, né è fissato un termine per procedere, concluso l’accertamento, alla contestazione. Non è regolata, poi, la competenza a dichiarare la decadenza dalla carica incompatibile né è fissato un termine per procedere a tale dichiarazione.

Non sono, infine, previste sanzioni per l’interessato che non abbia provveduto a optare entro i 15 giorni di termine perentorio e sia rimasto illegittimamente in carica; né per il RPC che non provveda a dichiarare la decadenza in caso di mancata opzione.

Alla luce delle susposte criticità, l’ANAC suggerisce di procedere in due direzioni di fondo. Da un lato, eliminare il carattere automatico della sanzione dell’art. 18. Dall’altro, concentrare nell’ANAC i poteri di vigilanza, accertamento, ordine e sanzione così insufficientemente regolati nell’attuale disciplina del d.lgs. n. 39 del 2013. Se nel 2013 il legislatore non aveva ancora costruito l’allora CIVIT/ANAC come vera autorità indipendente e la stessa Commissione non era sicuramente in grado di fare fronte a questi adempimenti, ora la situazione è radicalmente mutata, grazie soprattutto al d. l. n. 90 del 2014.

L'Autorità, se chiamata a svolgere il ruolo di vigilanza e sanzione, può oggi garantire un corretto e imparziale svolgimento di questi compiti, considerato che, rafforzando soprattutto la fase di controllo preventivo, anche il numero dei procedimenti potrebbe ridursi sensibilmente.

Pertanto, si elencano, di seguito, alcune specifiche proposte di modifica.

a) Eliminazione del carattere automatico della sanzione in caso di conferimenti dichiarati nulli

La sanzione automatica della sospensione per tre mesi dovrebbe essere sostituita da una sanzione amministrativa da irrogare nel rispetto delle disposizioni della l. 24 novembre 1981, n. 689 ("Modifiche al sistema penale"). La sanzione dovrebbe essere irrogata ai componenti degli organi di indirizzo delle amministrazioni e graduata in rapporto al grado di partecipazione alla condotta e ai comportamenti tenuti, anche in seguito alla constatazione della nullità, da accertarsi con uno specifico procedimento sanzionatorio, in contraddittorio con i soggetti interessati.

La sanzione dovrebbe essere fundamentalmente di tipo pecuniario, salvo prevedere, nei casi più gravi (per estensione e per ripetizione nel tempo), una sanzione interdittiva, graduata sia nella durata (da 1 a 6 mesi) che nell'oggetto (tipologia di incarichi cui si applica).

b) Affidamento all'ANAC di un potere suppletivo di accertamento delle situazioni di inconferibilità e incompatibilità

Propedeutico al procedimento sanzionatorio è l'accertamento della violazione delle disposizioni del decreto n. 39, con un procedimento aperto alla partecipazione degli interessati, all'esito del quale viene dichiarata la nullità dell'incarico conferito e del relativo contratto.

Il potere di accertamento/dichiarazione di nullità potrebbe essere lasciato ai RPC delle amministrazioni (ma solo a loro con esclusione di un potere dello stesso organo che ha conferito l'incarico), ma con un ampio potere suppletivo dell'ANAC che potrebbe procedere ad un proprio accertamento (con dichiarazione di nullità) quando agisca su segnalazione di cittadini, d'ufficio o su richiesta degli stessi RPC.

Anche in materia di incompatibilità l'accertamento della situazione, la contestazione all'interessato perché opti tra i due incarichi e la dichiarazione di decadenza dell'incarico presso l'amministrazione che accerta, potrebbero essere lasciati al RPC, salvo il potere suppletivo dell'ANAC. L'Autorità, in caso di intervento, potrebbe procedere direttamente alla contestazione e alla dichiarazione di decadenza.

Oltre alle modifiche sopra indicate andrebbero previste, come evidenziato

in precedenza, delle disposizioni che impongano alle amministrazioni di effettuare controlli in ordine alla insussistenza di cause di inconferibilità prima del conferimento dell'incarico.

Martina Sinisi*

Contratti pubblici e ruolo dell'ANAC: un bilancio sul sistema anticorruzione

SOMMARIO: 1. La corruzione nel settore dei contratti pubblici e il ruolo dell'ANAC – 2. I nuovi compiti attribuiti all'ANAC e gli altri piani di intervento: la ricerca di un equilibrio – 3. La disciplina anticorruzione come strumento di prevenzione e la tutela giurisdizionale come strumento “rimediale”: criticità e “fallimenti” nel raggiungimento dell’obiettivo comune

1. La corruzione nel settore dei contratti pubblici e il ruolo dell'ANAC

Il tema della corruzione è un tema che è stato particolarmente attenzionato negli ultimi anni. Su di esso il legislatore ha più volte posato il proprio sguardo sia con la normativa sulla trasparenza, che rappresenta il più importante presidio per il contrasto della corruzione, che con quella in tema di responsabilità amministrativa e disciplinare che ha previsto nuove fattispecie collegate alla figura del responsabile per la prevenzione della corruzione.

In quest’ultimo caso ha addirittura previsto l’imputazione a un soggetto “non-agente”, la cui responsabilità deriva in via presuntiva per il ruolo ricoperto per il solo fatto che sia accertata la commissione di un reato da parte di un funzionario della medesima p.a. con sentenza passata in giudicato (intendendo il riferimento al reato di corruzione in senso improprio in considerazione dell’interpretazione di tale concetto in senso ampio, con riferimento, dunque, anche ai reati di concussione, accomunati ai primi per pari disvalore¹), indipendentemente dall’esistenza di un coinvolgimento personale (a titolo di concorso) nel reato e con inversione, dunque, dell’onere probatorio che grava sul responsabile che intenda disculparsi.

Questo indirizzo normativo è dovuto al fatto che la “cattiva amministrazione”

* Ricamatore confermato di Diritto Amministrativo-Abilitato II fascia e Professore aggregato – Università degli Studi “Roma Tre”.

¹ Determinazione ANAC 28 ottobre 2015, n. 12.

è sotto gli occhi di tutti ed è ormai un fenomeno tristemente dilagante. In proposito è stato dedicato al tema anche un convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo sotto la presidenza della Professoressa Maria Alessandra Sandulli.

Ne è uscito un quadro poco incoraggiante nonostante le riforme e le ottime intenzioni che hanno guidato il legislatore. Il dato di partenza, con il quale si devono purtroppo fare i conti è quello della presenza di un «malaffare legale», così come è stato definito, che si sviluppa sempre più spesso senza la palese violazione di norme ma attraverso la prassi degli scambi di favore e di indebite promesse².

Emergono cioè vere e proprie prassi non conformi alla legge, che hanno indotto alcuni a definire il fenomeno in termini di malamministrazione «sistemica»³.

Significativamente, l'ANAC, con comunicato del 9 dicembre 2016 ha dato atto della fondazione a Parigi, per iniziativa dell'*Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique*, in occasione della giornata internazionale contro la corruzione, di un rete internazionale di cooperazione fra quattordici Autorità nazionali, fra cui anche quella italiana, di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.

L'obiettivo del network è la promozione di una cultura internazionale sulla trasparenza.

Uno dei settori più esposti alla corruzione è senza dubbio quello degli appalti pubblici, che dovrebbero invece rappresentare un fattore strategico per il rilancio economico e per lo sviluppo dell'Europa.

La stessa Unione, nella Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 2014, recante «Relazione dell'Unione nella lotta alla corruzione»⁴ fornisce una analisi della corruzione negli Stati membri e delle misure adottate per prevenirla e combatterla, rilevando il (triste)

² L'espressione è del Pres. Luigi Gili, Corte dei Conti Piemonte che, nella Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016, denuncia il contesto normativo ed amministrativo «fragile, contraddittorio ed incerto» che può costituire un terreno fertile per l'esplicitarsi di condotte corruttive, favorendo ambiguità interpretative per illeciti comportamenti, ritardi e/o accelerazioni di procedimenti, tanto da essere arrivati al paradosso che non si riescono a fare appalti pubblici per la farraginosità delle norme al riguardo, ravvisando in ciò il «fallimento della legalità».

³ Da ultimo, sul punto, V. Berlingò, Cattiva amministrazione «sistemica» e nuove funzioni della responsabilità per danno erariale, in AA.Vv., *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Atti del convegno preliminare AIPDA tenutosi nell'Università degli studi di Bergamo il 7 giugno 2016, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, Torino, Giappichelli, 2016.

⁴ COM 2014 (38).

primato dell'Italia.

In questa relazione, significativamente, si legge che gli Stati membri dispongono di strumenti giuridici per contrastare la corruzione ma i risultati ottenuti spesso non sono soddisfacenti. Ciò in quanto le norme sulla corruzione «non sempre vengono applicate con determinazione e i problemi sistemici non sono affrontati in modo abbastanza incisivo», per cui le intenzioni dichiarate sono ancora lontane dal produrre i risultati concreti e spesso sembra mancare una volontà politica effettiva di eliminare i fenomeni corruttivi.

Questo senza voler anticipare le conclusioni della mia relazione. Il ruolo svolto dagli appalti nell'economia del Paese rende la situazione, se possibile, ancor più difficoltosa.

L'incidenza della spesa per gli appalti pubblici a livello nazionale negli ultimi anni in Italia ha inciso sul PIL per oltre il 10%.

A ciò si aggiunga che spesso, proprio per fenomeni corruttivi, gravano sugli appalti pubblici costi aggiuntivi che raggiungono il 20-25% del valore dell'appalto (e spesso anche valori più elevati, fin anche al 50%)⁵.

La prassi è tanto radicata da aver portato la giurisprudenza più risalente a configurare il concetto di “traslazione” dell'importo delle tangenti sui prezzi di aggiudicazione dei contratti, ravvisando un automatismo tra la percezione della tangente e la configurazione del relativo danno⁶.

Il legislatore, già con l'introduzione del reato di cui all'art. 346-*bis* c.p. aveva cercato di contrastare la corruzione “endemic”, anticipando la soglia della tutela punendo il traffico di influenze illecite, così colpendo l'atteggiamento di chi, sfruttando rapporti o conoscenze con il decisore pubblico, cercasse di ottenere o farsi promettere una qualche utilità al fine di influenzare il decisore. Vediamo allora cosa è stato fatto dal legislatore dalla legge del 2012 ad oggi.

Il settore degli appalti pubblici è stato inoltre oggetto di nuova disciplina per effetto del recepimento delle direttive europee del 2014.

L'art. 1, lett. q) della legge per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (recepite con il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs n. 50/2016) indicava tra i principi e

⁵ Così si legge nella Relazione COM2014 (38), cit.

⁶ Posizione, questa che è stata abbandonata dalla più recente e prudente giurisprudenza, secondo cui la percezione di tangenti non è di per sé prova dell'esistenza di un danno erariale. *Amplius*, sia consentito rinviare a M. SINISI, *Sistema anticorruzione e responsabilità amministrativa: vecchie e nuove fattispecie e tipologie di danno erariale*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, a cura di M. ANDREIS e R. MORZENTI PELLEGRINI, Torino, 2016.

criteri direttivi: l'«armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti di interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione». Tra le misure di armonizzazione, indicava: (i) l'espressa individuazione dei casi in cui, in via eccezionale, sarebbe stato possibile ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara; (ii) la previsione di un «sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese» .

Nonostante gli interventi degli ultimi quattro anni, il Pres. Luigi Gili, Corte dei Conti Piemonte, nella Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016, denuncia il contesto normativo ed amministrativo in quanto «fragile, contraddittorio ed incerto», tale da costituire un terreno fertile per l'esplicitarsi di condotte corruttive, favorendo ambiguità interpretative per illeciti comportamenti, ritardi e/o accelerazioni di procedimenti, tanto da essere arrivati al paradosso che non si riescono a fare appalti pubblici per la farraginosità delle norme al riguardo, ravvisando in ciò il «fallimento della legalità».

Nell'ambito dei contratti pubblici vorrei allora verificare, dati alla mano, l'adeguatezza delle politiche di gestione del rischio di corruzione e dell'attività svolta dall'ANAC in termini di obiettivi e di risultati conseguiti.

Partiamo da alcuni dati ufficiali: quelli indicati dal Pres. Cantone nella Relazione del 2015 sull'attività svolta dall'ANAC, che ha adottato numerosi atti a carattere generale con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici, attraverso i quali ha tentato di fornire agli operatori del settore indicazioni utili a risolvere dubbi interpretativi o a colmare lacune normative, fornendo loro criteri e modelli di gestione delle procedure di gara in grado di orientarli verso condotte idonee al corretto funzionamento del mercato. L'obiettivo è sicuramente auspicabile, ma il risultato sperato può dirsi raggiunto?

La stessa ANAC afferma che nell'attuazione pratica delle disposizioni normative volte a contrastare i fenomeni corruttivi ci sono state «luci e ombre», precisando ad esempio che la vigilanza relativa all'ambito dei servizi e delle forniture ha evidenziato «molteplici anomalie e disfunzioni». Si legge, ad esempio, che, «un'indagine su un campione di stazioni appaltanti, volta a verificare l'attività contrattuale su taluni servizi nel settore sanitario, ha rivelato un utilizzo eccessivo e illegittimo delle proroghe - in molti casi attivate senza che la procedura per l'affidamento del servizio avesse avuto alcun inizio - con opzioni giunte anche a tre volte la durata contrattuale originaria

(e in un caso pari addirittura a 13 volte), evidenziando complessivamente 5.694 mesi di proroga, ben il 203% delle durate originarie».

La verifica per un bilancio sul sistema va effettuata, a mio parere, su più piani: quello legislativo, quello di vigilanza e, *ex post*, quello della tutela rimediale, perché solo l'esame congiunto di questi piani può rendere merito agli sforzi normativi o, viceversa, palesare l'inadeguatezza delle misure predisposte.

Il quadro di valutazione deve tenere conto delle funzioni attribuite all'ANAC nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs 50/2016 e dal d.lgs. 97/2016, (decreto delegato attuativo dell'art. 7 della l. 124/2015, c.d. Legge Madia), che interviene sia sul decreto 33/2013 in materia di trasparenza che sulla legge 190/2012, e in particolare, sulle disposizioni relative alla disciplina dei programmi di prevenzione della corruzione, nazionale e delle singole amministrazioni.

I compiti dell'ANAC sono stati descritti attribuendo alla stessa un potere di intervento più ampio e integrato per quanto riguarda le funzioni finalizzate ad assicurare un'azione coordinata dell'attività di controllo, di prevenzione e di contrasto alla corruzione, cui è strumentale la funzione di vigilanza "preventiva", da attuarsi mediante atti interpretativi e integrativi della normativa, strumenti di regolazione flessibile e raccomandazioni in grado di orientare le condotte delle stazioni appaltanti e di conformare alle *best practice* le procedure di affidamento da queste poste in essere (si pensi ai nuovi poteri di vigilanza sull'affidamento dei lavori da parte dei concessionari, alla tenuta dell'albo dei commissari di gara e delle società *in-house*, alla qualificazione delle stazioni appaltanti, al sistema di premialità e penalità degli operatori economici, il c.d. *rating*).

L'ANAC ne esce rafforzata nelle proprie competenze con poteri volti a "rendere più flessibile l'attuazione delle norme e favorire una regolamentazione che offra meno il fianco ad anomalie e corruzione"⁷.

2. I nuovi compiti attribuiti all'ANAC e gli altri piani di intervento: alla ricerca di un equilibrio

Ci si chiede però se i nuovi compiti attribuiti all'ANAC siano in linea con gli altri piani di intervento oppure no.

Si analizzeranno solo due esempi, per ragioni di tempo.

⁷ Cfr. Relazione del Pres. Cantone, 2015.

1) Gli strumenti di precontenzioso che il nuovo codice ha previsto (art. 211) finalizzato a risolvere, su istanza delle parti interessate, le “*questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*”, che ha le caratteristiche proprie di uno strumento di *alternative dispute resolution*, configurandosi come un meccanismo finalizzato a risolvere una controversia prima del suo insorgere e in modo alternativo alla lite giudiziaria.

L'articolo prevede(va) il parere vincolante sull'accordo delle parti (evoluzione dell'originario parere di precontenzioso non vincolante) e l'atto di raccomandazione alle stazioni appaltanti di rimuovere atti in autotutela, non solo nell'ambito del procedimento di precontenzioso, i vizi di legittimità degli atti di una procedura di gara.

Tale potere è tra l'altro rafforzato dalla previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria posta direttamente a carico del dirigente responsabile della stazione appaltante nonché dalla previsione della sua incidenza sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti⁸.

In proposito il Consiglio di Stato lo scorso 14 settembre ha reso il parere sullo schema di regolamento, volto a disciplinare il procedimento di cui all'art. 211 Cod. contratti pubblici.

In tale circostanza sono state poste in luce anche le criticità della normativa primaria (art. 211) ed è stata evidenziata la necessità che l'ANAC adottasse una ulteriore e specifica disciplina regolamentare per delimitare i presupposti e l'ambito di applicazione del potere di “raccomandazione” all'esercizio dell'autotutela nei confronti delle stazioni appaltanti attribuito, alla stessa Autorità, dal secondo comma dell'art. 211 (successivamente abrogato dal d.lgs. n. 56/2017, c.d. Corretto al codice), esprimendo perplessità sull'eccessiva contrazione dell'istruttoria e delle garanzie partecipative, dovute al breve termine di conclusione del procedimento (30 giorni). A tal proposito il Consiglio di Stato ha significativamente ricordato che le garanzie di partecipazione non possono essere “ridotte al di sotto dello *standard* minimo, che è quello della legge sul procedimento amministrativo”.

La delicata questione attiene alla correlazione tra legalità sostanziale e

⁸ Ai sensi dell'(ormai abrogato)art. 211, co. 1, del nuovo Codice, l'ANAC, su iniziativa della SA o di una o più delle altre parti, esprime parere relativamente alle questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro 30 giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*, nel seguito anche *Codice del processo amministrativo*). In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del *Codice del processo amministrativo*.

legalità procedurale e alla necessità che, quanto meno è garantita la prima per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri regolatori e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori economici.

Le criticità in proposito sono varie; non da ultimo il fatto che il parere precontenzioso vincola unicamente chi ha espresso una volontà in tal senso, mentre le altre parti saranno libere di eccepirne l'inefficacia nei loro confronti. Dunque, la parte che non si fosse "vincolata" e che volesse rimanere estranea al precontenzioso o all'eventuale successivo contenzioso determinato dall'impugnazione del parere, resterà "pur sempre pregiudicata dal provvedimento adottato sulla base di tale parere, ragion per cui dovrà impugnarlo, ciò dando luogo a un problematico rapporto tra i due giudizi".

Il Consiglio di Stato è stato nuovamente a chiamato a rendere il proprio parere il 28 dicembre 2016 (n. 2777) sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2 (che, come sopra accennato, è stato abrogato dall'art. 123 del d.lg. n. 56/2017, c.d. "correttivo al Codice dei contratti pubblici") e 213 del codice dei contratti.

In tale circostanza ha ribadito che l'istituto delle raccomandazioni vincolanti è un istituto "di difficile inquadramento nel nostro sistema" e che sussistono "motivate riserve sull'introduzione del nuovo istituto", definito di «*annullamento mascherato*», "non facilmente compatibile con il riparto delle competenze riconosciute alle singole amministrazioni e con il sistema delle autonomie, e ne ha evidenziato in particolare l'anomalia della portata, sul piano della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi sino a loro annullamento, in quanto la sanzione amministrativa, prevista dall'art. 211, comma 2, del codice colpisce il rifiuto di autotutela e, cioè, un provvedimento di cui deve presumersi la legittimità, sino a prova contraria, quasi a prefigurare una inedita «*responsabilità da atto legittimo*»⁹.

⁹ Tra le criticità evidenziate nel parere vi erano le seguenti: (i) la legge delega – l. n. 11 del 2016 – nella sua generica formulazione, non sembrava voler attribuire all'ANAC di un sostanziale potere di annullamento, seppure nella forma della raccomandazione vincolante (ciò peraltro si scontrava con il potere di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, che può essere esercitato solo «*dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*», mentre la legge delega non contiene alcuna espresa⁹); (ii) la collocazione del potere di raccomandazione vincolante nell'ambito di un articolo – il 211 – rubricato «*pareri di precontenzioso*»: l'istituto delle raccomandazioni vincolanti era differente, per finalità, presupposti ed effetti, dal parere di precontenzioso; (iii) la raccomandazione vincolante si inseriva in una fattispecie complessa, a formazione

2) La disciplina delle false dichiarazioni. L'art. 80, comma 12, del nuovo Codice (*ex art. 38 d.lgs 163/2006 sm.i.*) prevede che «In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, *se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave* in considerazione della *rilevanza* o della *gravità* dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, *dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara* e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia».

L'art. 213 del nuovo Codice, comma 13 (riprende l'art. 6 d.lgs 163/2006 s.m.i.) prevede la possibilità per l'Autorità di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie «(...) nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, *dati o documenti non veritieri* circa il *possesso dei requisiti di qualificazione* (...)».

La sanzione pecuniaria prescinde, dunque, dalla connotazione dolosa o gravemente colposa della condotta.

Cosa succede se viene resa una dichiarazione falsa, del tutto irrilevante ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto perché relativa a un soggetto che non sarebbe tenuto per legge a renderla?

Il caso è realmente accaduto. La stazione appaltante non ha ritenuto rilevante il falso, tanto da procedere all'esclusione dell'impresa ma, anzi, la medesima impresa è risultata poi aggiudicataria. Allo stesso tempo però, per obbligo di legge, ha comunicato all'Autorità la falsa dichiarazione e l'Autorità ha irrogato una sanzione pecuniaria.

Allora mi chiedo: qual è il bene che si vuole tutelare? Il “disvalore” della falsa dichiarazione è senz'altro suscettibile di sanzione in sede penale. Ma ha un senso non escludere l'impresa e, anzi, aggiudicare l'appalto alla stessa, e, per altro profilo, sanzionarla?

La legge, per la verità, limita le ipotesi di sanzione alle false dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di qualificazione. Può essere considerata a tal fine rilevante una dichiarazione (pur falsa) resa da un soggetto non tenuto? Quali sono i margini di valutazione rimessi all'Autorità?

In questo non ci aiuta la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, che con sentenza del 7 luglio 2016, n. 3014 ha negato l'applicabilità del falso innocuo nelle procedure ad evidenza pubblica.

progressiva, che culminava nell'esercizio di un'autotutela doverosa che richiedeva coerenza con l'ordinamento nel suo complesso. Come anticipato nel testo, il comma 2 dell'art. 211 è stato successivamente abrogato dall'art. 123 del d.lgs. n. 56/2017.

Il Collegio ha chiarito che nelle procedure a evidenza pubblica il c.d. falso innocuo è un istituto insussistente dal momento che «la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione; pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare.» (cfr. *ex multis* CGA 710/2013 Cons.St. V Sez. n. 3397 del 2013).

Torniamo allora alla domanda di partenza: qual è il valore tutelato dalla norma? L'ANAC può sanzionare la violazione del principio di autoresponsabilità per cui le dichiarazioni sostitutive devono essere rese con diligenza e veridicità anche a fronte di un indirizzo opposto da parte della stazione appaltante?

Ammettendo che l'ANAC sia legittimata a comminare una sanzione pecuniaria, quale risultato si ottiene sul piano pratico? La questione di è di particolare evidenza nel caso in cui l'aggiudicazione sia disposta proprio in favore di tale impresa. Le soluzioni possibili, almeno quelle di buon senso, sembrano essere due: o la procedura non ha condotto alla scelta del contraente migliore, e allora comunque è stato leso un interesse non solo della stazione appaltante ma anche dell'intera collettività (senza porvi rimedio perché la sanzione pecuniaria non cancella l'aggiudicazione), oppure si ammette l'irrelevanza della falsità, avallata dall'aggiudicazione disposta e, in questo caso, altrettanto oscuro rimane il fine della sanzione irrogata.

Questo e (molti) altri sono i dubbi.

Dunque, nonostante il sistema sia stato strutturato in senso "anticorruptivo", più di una criticità viene in rilievo con riferimento ai diversi piani fin qui esaminati.

3. La disciplina anticorruzione come strumento di prevenzione e la tutela giurisdizionale come strumento "rimediale": criticità e "fallimenti" nel raggiungimento dell'obiettivo comune

Occorre valutare, da ultimo il piano della tutela giurisdizionale per dare una risposta alla domanda iniziale: tutto volge a contrastare la possibilità che gli errori o le irregolarità si traducano in fatti di *maladministration* o di vera e propria corruzione o piuttosto il sistema globalmente inteso manifesta

un disallineamento tra obiettivi e risultati?

La tutela giurisdizionale è tutela rimediale fondamentale per ripristinare il vincolo di legalità che orienta l'azione della pubblica amministrazione e dei soggetti alla stessa equiparati.

A tal proposito, ai fini di un bilancio sul carattere “deterrente” delle nuove misure, va fatto anche con riferimento alle corrispondenti riforme sul piano giurisdizionale, in cui ricordo solo che il comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a., introdotto dall'art. 204 del d.lgs 50/2016, prevede un nuovo rito “superspeciale” che impone di impugnare nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante il provvedimento di esclusione dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, prescindendo da ogni riferimento alla (piena) conoscenza del provvedimento e delle motivazioni dello stesso¹⁰. Decorso tale termine gli atti diventano inoppugnabili.

Già il Consiglio di Stato aveva evidenziato nel parere reso sullo schema di decreto la necessità che l'immediata impugnazione degli atti di ammissione ed esclusione dalla gara fosse accompagnata da tempi certi di conoscenza e accesso agli stessi¹¹.

Inoltre, ai sensi del comma 6-*bis* all'art. 120 c.p.a., non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo; ciò sembra costituire un forte deterrente alla proposizione di un ricorso.

Un altro limite è posto dalla preclusione contenuta nel comma 11-*bis* alla proposizione di un ricorso cumulativo nel caso di presentazione di offerte per più lotti, salvo che vengano dedotti «identici motivi di ricorso». Tale previsione rischia di tradursi in una lesione del diritto di difesa.

Da ultimo, merita un cenno la previsione di cui all'introdotta comma 8-*bis*, in virtù del quale, nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1 e 122 e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione contrattuale ..dandone atto nella motivazione, che ancora una volta segna la prevalenza *ex lege* dell'interesse

¹⁰ M.A. SANDULLI, *I nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto euromunitario e la Costituzione*, in www.lamministrativista.it; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in www.giustizia-amministrativa.it. Sia inoltre consentito rinviare *amplius* a M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017.

¹¹ Cons. St., comm. Spec., parere 1 aprile 2016, n. 855.

all'esecuzione del contratto, con sfavore per il ricorrente, laddove la preminenza dovrebbe essere assegnata all'offerta che rispetti i requisiti di legge e che soddisfi, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, le esigenze del committente e della collettività.

Tutte queste previsioni sembrano piuttosto scoraggiare la proposizione di un ricorso avverso un affidamento illegittimo.

Il quadro allora, nonostante gli sforzi compiuti nella direzione del contrasto alla corruzione, sembra in più di un punto, manifestare incertezze e inadeguatezze che, ove non opportunamente corrette, rischiano di vanificare ogni sforzo in tal senso.

Marco Gambardella*

Le nuove fattispecie di corruzione e concussione

SOMMARIO: 1. Le leggi di riforma del sottosistema penale della corruzione – 2. La corruzione per l'esercizio della funzione e la scomparsa dell'atto – 2.1. La relazione cronologica tra la corruzione per la funzione, la previgente corruzione impropria e la corruzione propria – 2.2. Specialità, sussidiarietà o terzo criterio misto nei rapporti tra la corruzione per la funzione e la corruzione propria? – 3. La suddivisione del delitto di concussione in due autonome disposizioni incriminatrici e la rottura della rigida alternativa tra concussione e corruzione – 3.1. Il concetto "normativo" di costrizione – 3.2. L'induzione e la tipicità "aggiuntiva". – 3.3. I casi ambigui e il riemergere del criterio di distinzione "soggettivo" – 4. L'art. 319-*quater* c.p.: verso una nuova ipotesi di corruzione?

1. Le leggi di riforma del sottosistema penale della corruzione

Negli ultimi anni molteplici avvenimenti hanno reso impellente nel nostro Paese la riforma del sottosistema penale della corruzione; facendo così divenire questo tema un "luogo" costante del dibattito politico-criminale, e talvolta il terreno dove si è svolto un acceso confronto tra classe politica e magistratura.

Per un verso, l'uscita dal periodo di Tangentopoli e l'esaurimento dell'esperienza di "Mani pulite"¹, insieme alle nuove realtà criminologiche sottese al fenomeno corruttivo (ad esempio: dimensione sistemica, messa a libro paga del funzionario ecc.), hanno evidenziato l'inadeguatezza della disciplina nazionale nella prevenzione e contrasto dell'illegalità nell'azione

* Professore Associato di Diritto penale – Sapienza Università di Roma

¹ In proposito, cfr. le riflessioni di D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Legge anticorruzione*, in *Cass. pen.*, supplemento 11/2012, 3 ss.; e più in generale le ricche analisi di P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Laterza, 2007, XIII ss., 133 ss.; A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella, M. Pelissero, Torino, 2013, 25 ss.

dei pubblici poteri².

Per altro verso, le spinte provenienti da importanti organismi quali OCSE e Consiglio d'Europa e dagli obblighi discendenti da strumenti sovranazionali ratificati dall'Italia (Convenzione ONU di Merida del 2003 e Convenzione sulla corruzione di Strasburgo del 1999) hanno costituito potenti sollecitazioni riformistiche nei confronti del legislatore italiano³.

Occorre, inoltre, tener conto della metamorfosi avvenuta negli ultimi decenni dei beni offesi dalla corruzione: non solo imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, bensì pure il valore della libera concorrenza; l'offerta di tangenti distorce infatti il mercato, generando iniquità e sfiducia nelle istituzioni pubbliche⁴. E più in generale, gli studiosi delle materie economiche e di scienze politiche hanno mostrato lo stretto nesso negativo tra corruzione e crescita economica e ricchezza di un territorio: non solo aumenta la spesa per le opere pubbliche a cagione del sovrapprezzo (soprattutto l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è un settore ad alto rischio corruttivo), ma le pratiche corruttive scoraggiano gli investimenti dall'estero: equivalendo a una tassa occulta l'incertezza sui tempi di risposta della burocrazia⁵.

Ora a distanza di circa vent'anni dalle inchieste di "Mani pulite", una profonda e organica riforma del microsystema normativo della corruzione/concussione – volta a un più efficace contrasto e prevenzione all'illegalità e il malaffare nell'attività dell'amministrazione pubblica – è stata posta in essere con la legge "Severino" del 2012 (l. n. 190/2012); riforma che ha avuto nuovo impulso tramite la successiva novella anticorruzione del 2015

² F. PALAZZO, *Gli effetti "preterintenzionali" delle nuove norme penali contro la corruzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 15 ss.; M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, M. Pelissero, Milano, 2015, 245 ss.; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, Torino, 2012, 9 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2013, 133 ss.

³ Sugli obiettivi della riforma e gli obblighi internazionali, cfr. P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 7 ss.; E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* 1/2012, 232 ss. E per un'ampia panoramica, si veda A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 355 ss.

⁴ Cfr. al riguardo G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in AA. VV., *Il prezzo della tangente*, a cura di G. Forti, Milano, 2003, 129 ss.; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, cit., 35 ss. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, 40 ss.

⁵ Ampiamente, cfr. A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012, 195 ss.; R. COPPIER, *Corruzione e crescita economica*, Bari, 2005; M. ARNONE, E. ILIOPULOS, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005.

(l. n. 69/2015), e infine con la riforma del codice antimafia del 2017.

L'assetto normativo preso in considerazione dalle due leggi anticorruzione del 2012 e 2015 è quello scaturito dalle importanti innovazioni della legge n. 86 del 1990. Quest'ultimo provvedimento, pur apportando novità significative quali le inedite fattispecie della corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.) e l'istigazione alla corruzione da parte dell'agente pubblico (art. 322 commi 3 e 4 c.p.), aveva nondimeno lasciato inalterato l'impianto tipico della versione originaria del codice Rocco⁶.

La nuova configurazione del minisistema dei delitti di corruzione/concuSSIONE è avvenuta – per effetto delle modifiche scaturite dalle due novelle anticorruzione del 2012 e 2015 (e dalla riforma del codice antimafia) – seguendo grosso modo tre direttrici principali:

(i) In primo luogo, il legislatore ha abbandonato il “modello mercantile” (in favore del “modello clientelare”) – ossia, l'accordo tra le parti contraenti, una pubblica e l'altra privata, avente ad oggetto la compravendita illecita di un atto amministrativo – sul quale poggiava la divaricazione tra corruzione impropria (atto d'ufficio legittimo: art. 318 c.p.) e propria (atto contrario ai doveri d'ufficio: art. 319 c.p.): si è riformulato il delitto di cui all'art. 318 c.p. sostituito oggi dalla figura della corruzione per l'esercizio della funzione, ipotesi svincolata dal riferimento a uno specifico atto e nella quale sono ormai indistinte le forme antecedente e susseguente;

(ii) In secondo luogo, si è tentato di superare la tradizionale e rigida distinzione “tutta italiana” tra la fattispecie di corruzione e quella di concuSSIONE. Si è tenuto conto delle pressioni provenienti da organismi internazionali, preoccupati che il nostro delitto di concuSSIONE – soprattutto nella forma di matrice giurisprudenziale della c.d. “concuSSIONE ambientale” – potesse costituire un meccanismo esimente della condotta del privato cittadino che, in assenza di una effettiva costrizione o minaccia, avesse commesso una “corruzione” offrendo una tangente nell'ambito di transazioni commerciali internazionali⁷.

È stato così sdoppiato il delitto di concuSSIONE in due figure autonome: la concuSSIONE vera e propria (ormai solo “per costrizione”, rimasta nell'art. 317 c.p.) e l'inedito reato di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* c.p.), che con la punibilità del privato sembra assumere

⁶ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, 136 ss. Sulla scarsa incisività dell'intervento riformatore del 1990, v. G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli, 2003, 20 ss.

⁷ Cfr. la chiara ricostruzione di S. SEMINARA, *I delitti di concuSSIONE e induzione indebita*, in *La legge anticorruzione*, cit., 384 ss. V. inoltre M. PELISSERO, *ConcuSSIONE e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 173 ss.

una posizione intermedia tra i due modelli classici di incriminazione della concussione/corruzione; infrangendo così quel rigido dualismo su cui era imperniato il sistema del codice penale del 1930;

(iii) Infine, la linea seguita dal legislatore si è caratterizzata formalmente per l'inasprimento del trattamento sanzionatorio (pene principali, pene accessorie, confisca, confisca "allargata" e responsabilità degli enti), l'inserimento di nuove sanzioni a contenuto patrimoniale (la c.d. "riparazione pecuniaria") e la previsione di una nuova disciplina mirante a rendere più difficile il ricorso al patteggiamento e all'istituto della sospensione condizionale della pena.

Dapprima, attraverso la legge n. 190 del 2012 sono stati apportati aumenti delle pene detentive sia nei minimi che nei massimi: per i delitti di corruzione *ex art.* 318 c.p., corruzione propria (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.); e innalzato il solo minimo edittale per la concussione (per costrizione *ex art.* 317 c.p.). Si sono inoltre potenziate le pene accessorie, implementando l'art. 317-*bis* c.p. con il riferimento espresso alla corruzione propria e in atti giudiziari⁸.

Successivamente, il legislatore con la legge n. 69 del 2015 incidendo sul codice penale ha inasprito tanto le pene principali quanto le pene accessorie (artt. 32-*ter*, 32-*quinquies* e 35 c.p.). Sono state in particolare incrementate le cornici edittali, elevando la pena massima per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione; e aumentando sia la pena minima che quella massima per la corruzione propria, la corruzione in atti giudiziari e l'induzione indebita a dare o promettere utilità⁹.

Se è certo che l'aumento dei limiti massimi di pena edittale ha determinato un generale e significativo incremento dei termini di prescrizione dei delitti di corruzione legati, dopo la riforma del 2005, ai limiti edittali massimi di pena comminati; tuttavia l'esito per i primi processi che sono giunti al cospetto

⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 5 ss.; M. PELISSERO, *Introduzione*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 11 ss.; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, t. I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2013, 27 ss., 629 ss.

⁹ Cfr. F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2015, 808 ss.; G. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2 ss. Il legislatore del 2015 ha inoltre introdotto al comma 2 dell'art. 323-*bis* c.p. la nuova attenuante del "ravedimento operoso". Si è osservato in proposito che il microsistema di concussione, induzione indebita e corruzione registra l'accostamento sanzionatorio di fatti provvisti di dimensioni offensive nettamente diverse (S. SEMINARA, *Corruzione e anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1126 ss.).

della Corte di cassazione è stato in molti casi nel senso di una non preventivata dichiarazione di prescrizione. Invero, avendo previsto il legislatore per il delitto di induzione indebita una pena massima edittale inferiore rispetto alla originaria concussione (in cui era ricompreso prima della novella del 2012), la qualificazione giuridica dei fatti come concussione *ex art. 317 c.p.* ovvero come induzione indebita *ex art. 319-quater c.p.* è diventata una questione da esaminare ai fini della possibile declaratoria di estinzione del reato per prescrizione¹⁰.

Ebbene, si è verificata una perdita di cinque anni di termine di prescrizione massimo (in presenza di atti interruttivi *ex art. 161, comma 2, c.p.*) per i fatti inquadrabili al momento in cui sono stati commessi nella fattispecie della previgente concussione per induzione *ex art. 317 c.p.*, e poi riconducibili al nuovo *art. 319-quater c.p.*: per questa figura criminosa la durata del tempo necessario a prescrivere non può essere superiore a dieci anni, mentre in precedenza tale termine era di quindici anni; e ciò ha condotto la Corte Suprema in numerosi procedimenti a prosciogliere l'imputato per l'intervenuta prescrizione.

La legge Orlando (l. n. 103 del 2017) ha poi modificato il secondo comma dell'*art. 161 c.p.*, inserendo ulteriori ipotesi di deroga al tetto massimo di un quarto dell'aumento del tempo necessario a prescrivere. Si tratta di una serie di reati in materia di corruzione che, in una più ristretta composizione (*artt. 318, 319 e 319-ter c.p.*), nell'originario disegno di legge A.S. n. 1844 già approvato dalla Camera dei deputati, vedevano accrescere della metà i tempi di prescrizione.

Il legislatore ha così previsto che – come per la recidiva aggravata – l'interruzione della prescrizione non può comportare l'aumento di più della metà del termine prescrizionale per i seguenti delitti legati al fenomeno corruttivo: corruzione per l'esercizio della funzione (*art. 318 c.p.*), corruzione propria (*art. 319 c.p.*), corruzione in atti giudiziari (*art. 319-ter c.p.*), induzione indebita a dare o promettere utilità (*art. 319-quater c.p.*), corruzione internazionale (*art. 322-bis c.p.*) e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (*art. 640-bis c.p.*).

Con le modifiche al codice antimafia del 2017, si è estesa la disciplina delle misure di prevenzione anche ai reati contro la pubblica amministrazione, a patto però che sia contestata l'associazione per delinquere (*art. 416 c.p.*). In chiave semplificatoria, si è parlato – soprattutto sui media – di una equiparazione tra mafiosi e corrotti.

¹⁰ Cass., Sez. VI pen., 4 dicembre 2012, n. 8695, in *C.E.D. Cass.*, rv. 254114; Cass., Sez. VI pen., 18 dicembre 2012, n. 3093, *ivi*, rv. 253947; Cass., Sez. VI pen., 25 febbraio 2013, n. 13047, *ivi*, rv. 254466.

Soggetto destinatario di una confisca di prevenzione, a seguito della riforma del codice antimafia, può così essere la persona indiziata del delitto di associazione per delinquere finalizzato alla commissione di alcuni significativi delitti contro l'amministrazione pubblica, tra i quali sono compresi i diversi reati di corruzione, la concussione e l'induzione indebita.

Limitandosi a queste poche indicazioni per quanto concerne la terza direttrice di cambiamento (riguardante il generale inasprimento del trattamento sanzionatorio), nel prosieguo del lavoro saranno affrontati i due restanti itinerari di innovazione legislativa e di dibattito politico criminale che negli ultimi hanno avuto ad oggetto i fenomeni corruttivi.

2. *La corruzione per l'esercizio della funzione e la scomparsa dell'atto*

La prima direttrice percorsa dal legislatore del 2012 è dunque costituita dal distacco dall'esclusivo "modello mercantile" della corruzione basato sulla compravendita dell'atto d'ufficio, schema al quale la tradizione giuridica italiana era saldamente ancorata. Si è giunti oggi a prendere in considerazione anche il "modello clientelare" della corruzione, che si radica nella semplice infedeltà del pubblico agente e postula pertanto l'esclusione del momento sinallagmatico tra la dazione (o promessa) e uno specifico atto d'ufficio¹¹.

L'abbandono del requisito dell'atto ha provocato quindi un vero e proprio mutamento di paradigma: tramite il distacco dalla "concezione mercantile" il richiamo non è più al singolo atto (o anche ad una pluralità determinabile di atti), ma più genericamente all'esercizio della funzione, col superamento dell'ancoraggio della corruzione ad uno specifico atto quale oggetto di mercimonio¹².

Si tratta di ipotesi in cui vi è la mera accettazione di utilità da parte dell'agente pubblico in relazione all'esercizio delle sue funzioni o poteri, attività riconducibile perciò ad uno schema corruttivo di tipo "clientelare". Il contenuto offensivo è qui incentrato essenzialmente sul patto e il pericolo per il corretto funzionamento della pubblica amministrazione è solamente eventuale. L'oggetto del *pactum sceleris* non è precisamente determinabile.

La nuova corruzione per asservimento della funzione sanziona gli accordi tra privato e soggetto pubblico, allorché la dazione o la promessa siano finalizzati al compimento di generici servigi da parte di quest'ultimo

¹¹ A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, Milano, 2003, p. 20 ss., 564 ss.

¹² A. SPENA, *op. cit.*, 576 ss.

a favore del primo; quando cioè il pubblico agente, dietro compenso, si impegni a porsi o a restare a disposizione del privato per presenti o future necessità di varia natura¹³.

A livello di codice penale, il legislatore ha tentato di conseguire gli obiettivi della “prevenzione” e “repressione” della corruzione indicati espressamente dalla “legge anticorruzione” n. 190 del novembre 2012, sostituendo integralmente il previgente art. 318 c.p. con una nuova disposizione, intitolata “corruzione per l’esercizio della funzione” (art. 1, comma 75, lett. f, l. n. 190 del 2012)¹⁴.

In sostanza, si è omologata alla figura della corruzione per atto conforme ai doveri d’ufficio quella della corruzione per “mero asservimento della funzione pubblica agli interessi del privato”: assemblando in un nuovo enunciato legislativo le previgenti classi di fattispecie con quelle nuove relative ai casi in cui il pubblico ufficiale si pone a disposizione del corruttore in violazione dei doveri di imparzialità, onestà e vigilanza che in virtù della legge incombono su di lui.

Nonostante il legislatore abbia messo insieme figure criminose portatrici di disvalore non del tutto assimilabile, l’ampia forbice edittale (la reclusione da uno a sei anni) dovrebbe permettere al giudice, evitando possibili censure di irragionevolezza della norma, di commisurare la pena in relazione al differente disvalore del concreto fatto commesso¹⁵. Il vantaggio della riunione in una disposizione incriminatrice delle differenti ipotesi, appare risiedere inoltre nella conseguente semplificazione sul piano pratico e probatorio¹⁶.

Nella descrizione della fattispecie tipica è scomparso il riferimento all’atto d’ufficio legittimo già adottato o ancora da adottare da parte del pubblico agente¹⁷. In giurisprudenza si riteneva configurabile la corruzione impropria non soltanto riguardo agli atti vincolati del pubblico ufficiale, ma anche con riguardo a quelli discrezionali, sempre che questi non siano contrari ai doveri

¹³ In tal senso, espressamente, M. ROMANO, *op. cit.*, 187 ss.

¹⁴ Cfr. D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *Federalismi*, 5 ss.; M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, cit., 284 ss.; C. BENUSSI, *op. cit.*, 653 ss.

¹⁵ In senso critico, cfr. G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, 7 ss.

¹⁶ Cfr. F. PALAZZO, *ConcuSSIONE, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2012, 228 ss.; R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, 2013, 745 ss.

¹⁷ Cfr. M. GAMBARDILLA, *Dall’atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione “impropria”*, in *Arch. pen.*, 1/2013, 51 ss.

d'ufficio¹⁸. E più di recente si è sostenuto che l'atto d'ufficio non deve essere inteso in senso strettamente formale, poiché esso è integrato anche da un comportamento materiale che sia esplicitazione di poteri-doveri inerenti alla funzione concretamente esercitata¹⁹.

La nuova fattispecie è oggi imperniata sull'esercizio delle funzioni o dei poteri. In particolare ai fini della configurazione della corruzione impropria, con il sintagma "atto d'ufficio", in precedenza si designava non solo l'atto legittimo di natura formalmente legislativa, amministrativa o giudiziaria, ma altresì qualsiasi atto che costituisse concreto esercizio di poteri inerenti all'ufficio o al servizio (e quindi pure un comportamento materiale)²⁰.

Si è rotta dunque la simmetria sulla quale era stato costruito il minisistema codicistico dei delitti di corruzione: il riferimento binario all'atto d'ufficio legittimo nella corruzione impropria (art. 318 c.p.) e illegittimo nella corruzione propria (art. 319 c.p.)²¹.

La scelta di prescindere dal riferimento specifico all'atto è stata giustificata, in primo luogo, in ragione dell'ormai acquisita consapevolezza "del processo di progressiva "smaterializzazione" dell'elemento dell'atto d'ufficio". E soprattutto poi con la necessità di ricostruire in maniera maggiormente precisa i confini tra le diverse figure di corruzione: la corruzione propria, ancorata tutt'oggi in modo espresso all'adozione di un atto amministrativo illegittimo; la nuova corruzione per l'esercizio della funzione che prescinde dal riferimento a un atto dell'ufficio, che tuttavia mantiene il rapporto di corrispettività riferito adesso all'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico agente²².

Ora, l'indispensabile presenza dell'atto d'ufficio in tutte le ipotesi di corruzione ha costituito nel recente passato uno degli aspetti più problematici del rapporto tra il "modello mercantile", su cui è stata fondata la tutela penale nel codice Rocco, e le trasformazioni empirico-criminologiche subite negli ultimi decenni dal fenomeno corruttivo²³.

Il requisito dell'atto d'ufficio nella configurazione delle diverse figure di

¹⁸ Cass., Sez. VI pen., 8 novembre 1996, n. 10851, in *Cass. pen.*, 1998, p. 71; Cass., Sez. VI pen., 17 novembre 1994, *ivi*, 1995, 2129.

¹⁹ Cass., Sez. V pen., 16 gennaio 2013, n. 36859, in *C.E.D. Cass.*, rv. 258040.

²⁰ Cass., Sez. VI pen., 13 dicembre 1989, n. 5843, in *Cass. pen.*, 1991, 944; Cass., Sez. II pen., 21 novembre 1983, n. 3264, in *Riv. pen.*, 1984, 1078.

²¹ Cfr. F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., p. 406 ss.; M. RONCO, *L'imputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 1/2013, 47 ss.

²² Così P. SEVERINO, *op. cit.*, 8.

²³ Sulle due diverse concezioni: mercantile e clientelare della corruzione, cfr. A. SPENA, *op. cit.*, 20 ss.

corruzione presenti nel nostro codice penale, come vedremo meglio, ha reso poco agevole e talvolta incerto nel recente passato l'utilizzo dello strumento criminale nei confronti delle ipotesi di cosiddetta corruzione "sistemica"; fenomenologia criminosa che prescinde appunto dalla compravendita di un atto d'ufficio. Siffatte vicende dunque hanno luogo allorché la tangente sia pagata in relazione all'esercizio della funzione dell'agente pubblico e non per uno specifico atto d'ufficio, come nel caso in cui quest'ultimo sia messo a libro paga dal privato corruttore²⁴.

Si è trattato quindi di ripensare i delitti di corruzione sulla scorta della realtà criminologica ultimamente emersa: la tendenza dei fatti di corruzione a diventare "sistemici"; fatti penalmente illeciti volti, cioè, non solo a diffondersi capillarmente e in modo diffuso all'interno dell'azione dei pubblici poteri ("la corruzione regolarizzata e istituzionalizzata"), ma in grado di istituire una relazione stabile nel tempo di interdipendenza d'interesse fra privati e funzionari pubblici e politici, anche attraverso la creazione di reti di complicità fra corruttori, corrotti ed eventuali terzi intermediari²⁵.

Ciò che lascia perplessi è l'aver reputato, in sede di riforma, la corruzione per l'esercizio della funzione "oggettivamente meno grave"²⁶ della corruzione propria, soltanto perché non si fa riferimento ad un determinato atto illegittimo dell'ufficio quale oggetto del *pactum sceleris*; con la previsione, dunque, di un trattamento sanzionatorio più mite per la novellata corruzione ex art. 318 c.p.²⁷ Come dire che anche quando l'attività corruttiva è circoscritta al mercimonio di un singolo atto, essa è sicuramente più grave della condotta dell'agente pubblico che sottomette agli interessi del privato la sua attività²⁸. Né ciò può essere sostenuto semplicemente con l'argomento comparatistico: affermando, cioè, che nelle legislazioni spagnole e tedesche la figura della corruzione per l'esercizio della funzione è sanzionata in modo più lieve della corruzione propria²⁹.

Una diversa soluzione è contenuta nel Progetto di legge "Ferranti" del 2012, dove si introducono ben due nuove figure di corruzione per lo svolgimento della funzione: la prima e meno grave figura, è costituita dalla

²⁴In tal senso, cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica*, cit., 104 ss.; M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, cit., 247 ss.

²⁵Cfr. A. SPENA, *op. cit.*, 578 ss.; G. FORTI, *op. cit.*, 73 ss.; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *op. cit.*, 272 ss.

²⁶In tal senso P. SEVERINO, *op. cit.*, 8 ss. In senso critico, invece, P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, in *Resp. amm. soc.*, 1/2013, 15.

²⁷Sulla stessa linea, v. P. IELO, *op. cit.*, 15.

²⁸Cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *op. cit.*, 294 ss.

²⁹Sui modelli di lotta alla corruzione spagnoli e tedeschi, cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione*, cit., 55 ss.

corruzione “in relazione allo svolgimento della funzione”, che prescinde dal legame tra un atto predeterminato e l’utilità indebitamente corrisposta o promessa; la seconda fattispecie punisce, in modo più severo della precedente (e della corruzione propria), “l’asservimento continuativo, totale o parziale, della funzione”³⁰.

2.1. *La relazione cronologica tra la corruzione per la funzione, la previgente corruzione impropria e la corruzione propria*

Dal punto di vista intertemporale, l’art. 318 c.p. contiene una “norma diacronicamente generale” rispetto alla norma speciale espressa dalla versione previgente dell’art. 318 c.p.³¹. Inoltre, il novellato art. 318 c.p. esprime una “norma sincronicamente generale” rispetto alla coesistente norma speciale ricavabile dall’art. 319 c.p.³².

In tal senso, si è orientata la giurisprudenza, asserendo che la fattispecie di cui all’art. 319 c.p. è in rapporto di specialità unilaterale per specificazione rispetto a quella prevista dall’art. 318 c.p., poiché mentre questa punisce la generica condotta di vendita della funzione pubblica, la prima richiede, invece, un preciso atto contrario ai doveri d’ufficio, oggetto di illecito mercimonio³³.

Quanto ai rapporti tra le due norme ricavabili dall’avvicendamento delle due versioni dell’art. 318 c.p., l’elemento del “generico” esercizio delle funzioni o dei poteri ha sostituito, nella struttura linguistica della disposizione, lo “specifico” compimento dell’atto “non illegittimo”, requisito quest’ultimo ormai scomparso.

Nel significato assegnabile alla nuova formulazione dell’art. 318 c.p., possono quindi essere ricomprese “tutte” le precedenti ipotesi astratte, più delle “altre nuove”. Da non intendersi queste ultime, necessariamente, come classi di fattispecie che costituiscono una “nuova incriminazione” ex art. 2 comma 1 c.p., potendo essere – come vedremo – classi di fattispecie già penalmente rilevanti ai sensi di una diversa norma penale³⁴.

Non si è verificato perciò – in ragione dell’argomento logico-formale –

³⁰ Sulla proposta di legge “Ferranti e altri” presentata alla Camera dei deputati il 25 gennaio 2012, cfr. F. CINGARI, *I delitti di corruzione*, cit., 164.

³¹ Cfr. T. PADOVANI, *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 48/2012, Inserto 13, X; M. PELISSERO *I delitti di corruzione*, cit., 306.

³² Cfr. M. GAMBARDELLA, *Profili di diritto intertemporale della nuova corruzione per l’esercizio della funzione*, in *Cass. pen.*, 2013, 3866 ss.

³³ Cass., Sez. VI pen., 25 settembre 2014, n. 49226, *C.E.D. Cass.*, rv. 261354.

³⁴ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Dall’atto alla funzione pubblica*, cit., 62 ss.

alcun fenomeno abolitivo, neanche parziale³⁵. Il nuovo art. 318 c.p., lungi dall'abolire, in tutto o in parte, le condotte previste dal testo previgente, ha al contrario determinato l'estensione dell'area di punibilità, in quanto ha sostituito alla precedente causale del compiendo o compiuto atto d'ufficio, oggetto di retribuzione, il più generico collegamento, della dazione o promessa di utilità ricevuta o accettata, all'esercizio delle funzioni o dei poteri dell'agente pubblico, così configurando, per i fenomeni corruttivi non riconducibili all'area dell'art. 319 c.p., una fattispecie di onnicomprensiva monetizzazione del *munus* pubblico, sganciata in sé da una logica di formale sinallagma³⁶.

Si è sostenuto così che la nuova figura «è in grado di offrire copertura normativa sia alle ipotesi di corruzione impropria – sino ad oggi ricadenti nella previgente disposizione – sia ai casi di corruzione per l'esercizio della funzione in cui è individuabile un accordo avente ad oggetto “la compravendita” dell'esercizio della funzione del pubblico agente senza riferimento dunque ad uno specifico atto»³⁷.

In questa prospettiva, si è esplicitamente asserito che la messa “a libro paga” del pubblico agente in cambio della disponibilità all'asservimento della sua funzione ricade oggi nel nuovo art. 318 c.p., mentre per la configurabilità della più grave figura dell'art. 319 c.p. occorrerà individuare un atto in senso formale quale oggetto dell'accordo corruttivo³⁸.

Cerchiamo allora di approfondire quest'ultimo, cruciale, aspetto.

Ebbene, per quanto concerne la tipologia degli astratti casi riconducibili sia alla previgente corruzione per un atto d'ufficio non illegittimo che alla nuova corruzione per l'esercizio della funzione, si è prodotto il fenomeno della successione meramente modificativa; e va applicata, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., la legge in successione più favorevole (e dunque, la previgente formulazione dell'art. 318 che prevedeva la reclusione da sei mesi a tre anni, oggi innalzata ad anni uno nel minimo e sei di reclusione nel massimo)³⁹. La piena continuità normativa esclude, dunque, per queste ipotesi qualsiasi intervento *in mitius* se è già intervenuta una sentenza di condanna irrevocabile⁴⁰.

³⁵ M. GAMBARDILLA, *Profili di diritto intertemporale della nuova corruzione per l'esercizio della funzione*, cit., 3866.

³⁶ Così Cass., Sez. VI pen., 11 gennaio 2013, n. 19189, in *Cass. pen.*, 2013, 3856.

³⁷ P. SEVERINO, *op. cit.*, 8.

³⁸ Così T. PADOVANI, *La messa a “libro paga”*, cit., X. In senso decisamente contrario, cfr. P. IELO, *op. cit.*, 16 ss.

³⁹ Cfr. G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Novità legislative: l. 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2 ss., 5.

⁴⁰ Cfr. E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, cit., 237.

Tra le nuove classi di fattispecie oggi punite mediante la figura di reato della corruzione per l'esercizio della funzione, occorre poi chiedersi se siano effettivamente annoverabili anche quelle prima già sanzionate e ricondotte all'art. 319 c.p.: si pensi alla mera messa "a libro paga" dell'agente pubblico, oppure a quelle ipotesi in cui al momento della stipulazione del patto corruttivo non è specificato con precisione l'atto futuro da compiere o quello già compiuto. Si tratta di sottofattispecie astratte che, seppure svincolate dal riferimento a uno specifico atto, venivano sussunte, a seguito della più recente elaborazione giurisprudenziale, all'interno dell'ipotesi criminosa di corruzione propria.

Invero secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità la mancata individuazione in concreto del singolo atto, che avrebbe dovuto essere omesso, ritardato o compiuto dal pubblico ufficiale contro i doveri del proprio ufficio, non fa venir meno il delitto di cui all'art. 319 c.p., qualora sia accertato che la consegna del denaro al pubblico ufficiale sia stata eseguita in ragione delle funzioni esercitate e per retribuirne i favori⁴¹.

Non è infatti necessario – secondo la suprema Corte – individuare lo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, sussistendo la fattispecie di corruzione propria anche quando, pur rispondendo ogni singolo atto ai requisiti di legge, nell'insieme del servizio reso dal pubblico ufficiale vi sia stato un totale asservimento della funzione agli interessi del privato, concretizzatosi in una sostanziale rinuncia allo svolgimento della funzione di controllo in cambio di provati pagamenti in suo favore⁴².

In questo senso, si è osservato in giurisprudenza che per configurare il delitto di corruzione propria non è necessario individuare lo specifico atto contrario ai doveri di ufficio, qualora il pubblico ufficiale abbia ricevuto dall'impresa controllata denaro o altre utilità in misura tale da evidenziare una commistione di interessi atta a vanificare la doverosa funzione di controllo che al pubblico ufficiale è demandata, poiché in tal modo risulta già integrata la violazione dei doveri di fedeltà, di imparzialità e di perseguimento esclusivo degli interessi pubblici che sullo stesso incombono⁴³.

⁴¹ Cass., Sez. VI pen., 15 febbraio 1999, n. 3945, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1223; Cass., Sez. VI pen., 5 febbraio 1998, n. 2894, *ivi*, 1999, p. 3405, con nota di R. RAMPIONI; Cass., Sez. VI pen., 5 marzo 1996, *ivi*, 1997, 1338; Cass., Sez. VI pen., 29 ottobre 1992, *ivi*, 1994, 1518.

⁴² Cass., Sez. VI pen., 9 dicembre 2003, n. 2622, in *C.E.D. Cass.*, rv. 227246. In dottrina, in tal senso, cfr. le osservazioni di P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *op. cit.*, 294 ss.

⁴³ Cass., Sez. VI pen., 26 febbraio 2007, n. 21192, in *C.E.D. Cass.*, rv. 236624. Nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. VI pen., 15 maggio 2008, n. 34417, *ivi*, n. 241081; Cass., Sez. VI pen., 16 gennaio 2008, n. 20046, *ivi*, n. 241184; Cass., Sez. VI pen., 28 marzo 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 580. Per una ricostruzione della vicenda anche dal punto di

L'espressione "atto d'ufficio" non è infatti sinonimo di atto amministrativo, ma designa ogni comportamento del pubblico ufficiale posto in essere nello svolgimento del suo incarico e contrario ai doveri del pubblico ufficio ricoperto⁴⁴.

Insomma, l'"atto d'ufficio" non deve essere inteso in senso strettamente formale in quanto esso è integrato anche da un comportamento materiale che sia esplicazione di poteri-doveri inerenti alla funzione concretamente esercitata⁴⁵.

Bisogna dunque stabilire con esattezza la sorte di tutte queste ipotesi esaminate negli ultimi dalla giurisprudenza, in cui si è fatto a meno dell'atto d'ufficio⁴⁶. Sono ipotesi che devono essere oggi ricondotte "in blocco" al paradigma della nuova corruzione funzionale *ex art. 318 c.p.*, oppure è necessario sottrarre a tale tras migrazione normativa una tipologia di casi che continua a risultare penalmente rilevante *ex art. 319 c.p.*⁴⁷

Per tentare di fornire una possibile soluzione, conviene insistere nell'impiego del modello che si è ormai affermato in giurisprudenza per l'esame delle questioni di diritto intertemporale, ossia il modello logico-formale della relazione tra le norme incriminatrici in successione cronologica.

Orbene, il nuovo art. 318 c.p. come accennato, dal punto di vista diacronico, è "generale" rispetto al previgente art. 318, perché inserisce nuove sottofattispecie astratte oltre ad assorbire in esso tutte le precedenti. Ma la novellata norma in tema di corruzione per l'esercizio della funzione, dal punto di vista sincronico, è anche "generale" rispetto al coesistente art. 319 c.p. per quanto riguarda la classe delle nuove sottofattispecie. In questa ultima ipotesi, siamo al cospetto di una relazione di genere a specie, inquadrabile nel fenomeno della "specialità sincronica sopravvenuta" (*rectius*: "generalità sincronica sopravvenuta"): sia, ad esempio, la sottofattispecie della c.d. messa a "libro paga" del pubblico agente, sia quella relativa al *pactum sceleris* avente come oggetto un atto *a priori* non determinato né determinabile sono oggi sussumibili non solo all'interno dell'incriminazione di corruzione propria nella sua dimensione di diritto vivente, ma anche nell'ambito della nuova figura di reato delineata all'art. 318 c.p.⁴⁸.

vista storico e comparatistico, cfr. V. MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 924 ss.

⁴⁴ Cass., Sez. II pen., 25 novembre 2015, n. 47471.

⁴⁵ Così Cass., Sez. VI pen., 28 febbraio 2017, n. 17586, in *C.E.D. Cass.*, rv. 269830.

⁴⁶ Cfr., in proposito, G. FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze "minori" su altri delitti contro la P.A.)*, in *Giur. it.*, 2012, 2691 ss.

⁴⁷ M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, cit., 284 ss.; M. GAMBARDELLA, *Profili di diritto intertemporale della nuova corruzione per l'esercizio della funzione*, cit., 3866 ss.

⁴⁸ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., 64 ss.

Cerchiamo di spiegarci meglio: le condotte di cosiddetta corruzione “sistemica” che ruotano intorno alla cosiddetta “messa a disposizione” del funzionario pubblico, ovvero quelle relative ai patti corruttivi nei quali non è specificato l’atto d’ufficio da compiere o già compiuto sono state sussunte dalla giurisprudenza sotto l’art. 319 c.p. Si pensi, ad esempio, al caso dell’alto dirigente ministeriale che venga remunerato in vista di ipotetiche e future agevolazioni in favore del privato corruttore; ovvero al politico che riceva donativi di grande valore: come una casa in regalo o il pagamento di una vacanza “di lusso”; oppure al caso in cui degli agenti della Guardia di finanza che, in cambio di denaro, eseguano una verifica fiscale superficiale e affrettata, contravvenendo al dovere d’ufficio di accertare, in modo rigoroso ed imparziale, la situazione contabile della società esaminata⁴⁹.

In tal senso, nella giurisprudenza di legittimità si è sostenuto che integra il reato di corruzione propria ex art. 319 c.p. sia l’accordo per il compimento di un atto non necessariamente individuato *ab origine* ma almeno collegato a un *genus* di atti preventivamente individuabili, sia l’accordo che abbia ad oggetto l’asservimento - più o meno sistematico - della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore, che si realizza nel caso in cui il privato prometta o consegni al soggetto pubblico, che accetta, denaro od altre utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori⁵⁰.

Con l’entrata in vigore della nuova versione dell’art. 318 c.p., le stesse condotte storiche sono oggi chiaramente sussumibili anche sotto la norma innestata da tale ultima disposizione.

Dunque, le condotte di semplice messa a “libro paga” ovvero quelle relative a patti corruttivi che non hanno ad oggetto un atto specificamente individuato da compiere o già compiuto sono astrattamente qualificabili come penalmente illecite sulla scorta tanto della nuova corruzione per la funzione (art. 318 c.p.), quanto della corruzione propria secondo il “diritto vivente” (art. 319 c.p.).

Va pertanto risolta la preliminare questione: se siamo in presenza di un “concorso formale eterogeneo” di reati (art. 81 c.p.) o di un mero “concorso apparente” di illeciti penali (art. 15 c.p.), applicandosi così in tale ultima evenienza solo una delle due norme incriminatrici simultaneamente vigenti. Non c’è dubbio che ricorra una ipotesi di apparente concorso di reati ex art. 15 c.p., giacché è individuabile una relazione di specialità sincronica in astratto tra le due norme.

Chiariamo subito che nella relazione normativa, “generale” è la norma

⁴⁹ Cfr. Cass., Sez. VI pen., 28 marzo 2001, n. 22638, in *Cass. pen.*, 2002, 580; Cass., sez. VI, 25 giugno 1998, n. 11507, *ivi*, 1999, 3128.

⁵⁰ Cass., Sez. fer., 25 agosto 2009, n. 34834, in *C.E.D. Cass.*, rv. 245182.

che si ricava dall'art. 318 c.p., mentre "speciale" è la restante (art. 319 c.p.)⁵¹. Sembrerebbe allora tutto semplice: in base alla disciplina prevista dall'art. 15 c.p., dovrebbe applicarsi tutt'ora l'art. 319 c.p. in quanto esprime la norma speciale⁵².

Inoltre, si è affermato in tal senso che l'intervento normativo non potrebbe avere l'effetto di escludere dalla portata dell'art. 319 c.p. tutte le ipotesi in cui non vi sia la presenza di un atto in senso formale, perché altrimenti si tradirebbe la *ratio legis* consistente nella accentuazione della risposta sanzionatoria per i fatti corruttivi con una evidente "truffa delle etichette"⁵³.

Senonché tale soluzione, che riconduce la tipologia dei casi in questione all'art. 319 c.p., e che si fonda grosso modo sul criterio della "specialità" nella relazione sincronica tra norme (e sulla *ratio* della riforma: prevenzione e repressione della corruzione), non può essere accolta *tout court*, perché sottovaluta il problema mettendo in disparte una serie di aspetti che lo rendono molto più complicato.

Per tentare di risolvere la questione in modo appagante, occorre – a ben vedere – tener presente due dati:

(i) Le concrete condotte in esame erano punite dalla prevalente giurisprudenza sulla scorta di una interpretazione sicuramente non "letterale" dell'art. 319 c.p. Si è così pervenuti ad una dilatazione del campo applicativo dell'incriminazione che riguardo ad alcune ipotesi, probabilmente, travalicando la lettera della legge, è da considerare più vicina alla interpretazione di natura analogica che meramente estensiva.

(ii) La nuova corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) si adatta molto meglio a quelle condotte in cui non solo non è stato individuato un atto amministrativo illegittimo, ma vi è stata la semplice accettazione di denaro o altra utilità da parte del funzionario in relazione all'esercizio della sua funzione o dei suoi poteri.

Come si è giustamente scritto, se sul piano strutturale i rapporti tra artt. 318 e 319 c.p. si connotano oggi in termini di specialità del secondo rispetto al primo, sul piano "funzionale" si caratterizzano in termini di "sussidiarietà" dell'art. 318 c.p. rispetto all'art. 319 c.p., dato che l'applicazione dell'art. 318 c.p. postula la mancata identificazione dell'atto compravenduto⁵⁴.

⁵¹ Cfr. T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.*, 3/2012, 786, secondo cui si tratta di una specialità unilaterale per specificazione.

⁵² Cfr. V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 15.

⁵³ Cfr. P. IELO, *op. cit.*, 7.

⁵⁴ Così T. PADOVANI, *La messa a "libro paga"*, cit., X.

Muovendo allora della funzione “sussidiaria” della corruzione *ex art.* 318 c.p., si dovrebbe quindi affermare che, sebbene il legislatore abbia introdotto una norma generale (il novellato art. 318 c.p.) lasciando in vigore la norma (ormai) speciale (art. 319 c.p.), tutti i casi concreti – in cui l’atto d’ufficio non era identificato compiutamente – ricondotti prima alla norma (oggi) speciale attraverso una interpretazione estensiva (e talvolta analogica), fuoriuscente dall’ambito stretto della sua area incriminatrice, e che ricadono adesso pienamente all’interno del perimetro della norma generale, devono essere puniti da quest’ultima (fatta salva la regola dell’art. 2, comma 4, c.p.).

In questo senso sembra orientata una parte della dottrina, secondo cui, ad esempio, la messa a “libro paga” del pubblico agente deve oggi essere perseguita attraverso il nuovo art. 318 c.p., perché «la riformulazione dell’art. 318, formalmente estensiva dell’area dell’illecito, non è tale rispetto al diritto giurisprudenziale, e risulterebbe invece *in bonam partem*, dislocando sul terreno della corruzione impropria fatti in precedenza valutati come corruzione propria»⁵⁵.

Per altro verso tale esito potrebbe essere giustificato, postulando che il legislatore con la nuova ipotesi di reato ha voluto effettivamente chiarire che la giurisprudenza formatasi nel recente passato sul punto è da respingere perché non corretta; come se si fosse al cospetto di una disposizione di interpretazione autentica in questo senso.

Anche questa soluzione – che in sostanza fa leva sulla valorizzazione estrema del profilo della sussidiarietà della nuova corruzione “funzionale” rispetto alla corruzione propria – non può tuttavia essere accolta, perché non soddisfa appieno l’attuale conformazione del sottosistema normativo della corruzione per una serie di ragioni sintetizzate di seguito.

2.2. *Specialità, sussidiarietà o terzo criterio misto nei rapporti tra la corruzione per la funzione e la corruzione propria?*

È necessario trovare un criterio equilibrato e ragionevole per distinguere i casi che restano all’interno dell’art. 319 c.p. (corruzione propria) da quelli che oggi rilevano ai sensi del nuovo art. 318 c.p. (corruzione funzionale).

Non sembra però che le due soluzioni sin qui prospettate possano ritenersi soddisfacenti: (a) né quella che si fonda sul criterio della “specialità” in astratto (e sulla *ratio legis* della novella), e che dunque riconduce ancora oggi alla corruzione propria tutte le ipotesi controverse in cui, in sostanza, non si è

⁵⁵ D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 7 e 17.

individuato con precisione l'atto d'ufficio compravenduto; (b) e neppure quella che privilegia l'aspetto della "sussidiarietà", e che dunque attrae alla nuova figura di corruzione per l'esercizio della funzione l'insieme di tali vicende illecite.

Ebbene dalle premesse concettuali sin qui delineate, sembrerebbe ragionevole sostenere che una porzione dei casi astrattamente riconducibili al paradigma dell'asservimento della funzione pubblica ad interessi privati senza che sia compiutamente identificato l'atto d'ufficio, dovrebbe continuare a rilevare ai sensi del delitto di corruzione propria sulla scorta di due fondamentali argomenti.

In primo luogo, l'art. 319 c.p. esprime oggi una norma speciale rispetto a quella ricavabile dal coesistente art. 318 c.p.; e dunque in base alla regola dell'art. 15 c.p. dovrebbe prevalere in quanto *lex specialis*.

In secondo luogo, sussiste una evidente omogeneità di disvalore tra alcune ipotesi di asservimento della funzione precedentemente assegnate alla corruzione propria – si pensi ad esempio alla verifica fiscale superficiale compiuta da agenti della Guardia di finanza a fronte di un corrispettivo non dovuto – e la compravendita del singolo provvedimento amministrativo illegittimo (quale ad esempio un permesso di costruire una abitazione privata).

Mentre, resterebbero nell'ambito applicativo del nuovo art. 318 c.p. i casi d'infedeltà pura, nei quali non è accertato un nesso sinallagmatico tra la dazione (o promessa) e l'attività del pubblico funzionario; nel senso che il compenso non è in alcun modo collegato all'esercizio effettivo di specifici poteri o funzioni pubbliche, che si sono dispiegate in una azione in senso lato amministrativa⁵⁶.

La dazione (o promessa) è genericamente effettuata nei confronti dell'agente pubblico, e non è connessa ad una sua attività specifica che individua la "causa" del pagamento. La consegna del denaro (o altra utilità) è eseguita "in ragione" (e non come corrispettivo o retribuzione) delle funzioni o dei poteri da lui esercitati. Quello che si rimprovera al pubblico agente è perciò di essere permeabile agli interessi privati, violando in tal modo il dovere di fedeltà e correttezza che in ottica costituzionale dovrebbe improntare la sua azione⁵⁷.

Nelle ipotesi riconducibili all'art. 318 c.p., l'agente pubblico si accorda con il privato corruttore, nel senso di mettere a disposizione di quest'ultimo la sua funzione o i suoi poteri in relazione al compimento di eventuali e non specificati atti (o comportamenti) che si riflettono a vantaggio del privato. Qui la dazione (o promessa) è finalizzata non ad ottenere un determinato o

⁵⁶ Sembrerebbe orientato in senso diverso, F. CINGARI, *I delitti di corruzione*, in AA.VV., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli, 2012, 163 ss.

⁵⁷ Cfr. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 7.

determinabile atto d'ufficio dal pubblico agente, ma a creare le condizioni per ottenere futuri o eventuali favori. Il pubblico funzionario viene pagato in vista di future attività o per attività in favore del corruttore, che al momento del patto non sono determinati né determinabili⁵⁸.

Si tratta di patti corruttivi in cui l'agente pubblico riceve denaro (o altra utilità) in connessione al semplice esercizio delle sue funzioni o poteri, a prescindere da una specifica attività da compiere o da un atto da emanare. L'atto è qui realmente sostituito dalla funzione all'interno del *pactum sceleris* come oggetto di mercimonio. Sono ipotesi di mera infedeltà, meno gravi delle precedenti, che correttamente devono essere allocate in una diversa norma che le punisca in modo meno severo, tutelandosi in questi casi la semplice fedeltà e lealtà dei pubblici agenti.

Inoltre, dovrebbero essere sussunti all'interno del campo applicativo del nuovo delitto di cui all'art. 318 c.p. i casi di asservimento delle funzioni o dei poteri agli interessi dei privati dietro compenso, allorché si tratti di un'attività dovuta e priva di spazi di discrezionalità. Si deve trattare chiaramente di funzioni o poteri che ineriscono concretamente all'ufficio o al servizio dell'agente pubblico: l'attività svolta rientra nella sua competenza funzionale⁵⁹.

In pratica, con l'innesto della nuova figura della corruzione per l'esercizio della funzione si è sottratta all'area incriminatrice dell'art. 319 c.p., così come era stata determinata dal diritto vivente, soltanto quella porzione fatti che, a ben vedere, erano ricondotti – da parte della giurisprudenza di legittimità – alla disposizione in tema di corruzione propria in virtù di una attività interpretativa di natura chiaramente “analogica”⁶⁰.

Nelle prime decisioni pronunciate dalla Corte di cassazione sui rapporti tra corruzione per l'esercizio della funzione e corruzione propria, si è palesato un contrasto di giurisprudenza.

Peraltro, in dottrina, si è osservato come va disegnandosi una chiara linea di tendenza giurisprudenziale volta a svalutare, sul piano applicativo, l'operatività della nuova corruzione per la funzione; a fronte, invece, di una “onnivora tendenza applicativa” della corruzione propria. A prescindere dalla individuazione di un atto determinato (o determinabile) qualificabile in termini di contrarietà ai doveri d'ufficio, ciò che appare decisivo è “la contaminazione privata del potere pubblico”: il potere pubblico è inquinato dall'interesse privato veicolato dall'intesa illecita. E la contrarietà ai doveri d'ufficio viene individuata nella violazione del principio di non venalità

⁵⁸ Cfr. F. CINGARI, *I delitti di corruzione*, cit., 179.

⁵⁹ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, 189.

⁶⁰ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., 68 ss.

della funzione pubblica⁶¹.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri di ufficio non predefiniti, né specificamente individuabili *ex post*, integra tutt'ora il reato di cui all'art. 319 c.p., e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p. Invero, offrirebbe il fianco a possibili rilievi in termini di graduazione dell'offensività, di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di proporzionalità della pena (art. 27 Cost.) punire in molti casi con una pena assai più mite di quella stabilita nell'art. 319 c.p., un pubblico funzionario stabilmente infedele, che ponga l'intera sua funzione e i suoi poteri al servizio di interessi privati per un tempo prolungato, con contegni di infedeltà sistematici⁶².

Si profila la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 319 c.p. quando sia possibile individuare, oltre ad un rapporto di stabile asservimento del pubblico ufficiale, uno o più atti dello stesso che, pur se formalmente legittimi, si conformino all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato, nonostante questa non sia una soluzione necessaria. In tali casi, infatti, perde completamente rilievo l'obiezione che argomenta dalla natura di danno o di pericolo delle due fattispecie incriminatrici: l'effettivo esercizio di poteri pubblici nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali, salvo i casi limite di attività rigorosamente predeterminata nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*, determina con immediatezza un pregiudizio per l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione, perché implica l'impiego di strumenti e funzioni pubblicistiche al di fuori dei presupposti per i quali i medesimi sono stati prefigurati, e, quindi, si traduce in un "attuale" ed ingiustificato trattamento di privilegio in favore del beneficiario dell'azione indebitamente orientata. Si conclude quindi che si versa nel reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio quando lo stabile asservimento del pubblico ufficiale si sia anche tradotto nel compimento, a vantaggio del privato, di uno o più atti formalmente legittimi, ma non rigorosamente predeterminati nell'*an*, nel *quando* o nel *quomodo*⁶³.

Ad avviso di un diverso indirizzo, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale agli interessi personali di terzi, realizzato attraverso l'impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili

⁶¹ Così F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, 3396 ss.

⁶² Cass., Sez. VI pen., 15 ottobre 2013, n. 9883, in *C.E.D. Cass.*, rv. 258521; in senso adesivo, Cass., Sez. II pen., 25 novembre 2015, n. 47471.

⁶³ Cass., Sez. VI pen., 20 ottobre 2016, n. 3606, in *C.E.D. Cass.*, rv. 269347.

alla funzione esercitata, integra invece il reato di cui all'art. 318 c.p. nel testo introdotto dalla l. n. 190 del 2012, e non il più grave reato di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p., salvo che la messa a disposizione della funzione abbia prodotto il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio. In tal caso, infatti, si determina una progressione criminosa nel cui ambito le singole dazioni eventualmente effettuate si atteggiavano a momenti esecutivi di un unico reato di corruzione propria a consumazione permanente⁶⁴.

Invero il nuovo art. 318 c.p. non ha coperto integralmente l'area della vendita della funzione, ma soltanto quelle situazioni in cui non sia noto il finalismo del suo mercimonio o in cui l'oggetto di questo sia sicuramente rappresentato da un atto dell'ufficio. Residua tuttora infatti un'area di applicabilità dell'art. 319 c.p., quando la vendita della funzione sia connotata da uno o più atti contrari ai doveri d'ufficio, accompagnati da indebite dazioni di denaro o prestazioni di utilità, sia antecedenti che susseguenti rispetto all'atto tipico, il quale finisce per evidenziare il punto più alto di contrarietà ai doveri di correttezza che si impongono al pubblico agente⁶⁵.

3. La suddivisione del delitto di concussione in due autonome disposizioni incriminatrici e la rottura della rigida alternativa tra concussione e corruzione

La restante direttrice di riforma legislativa concernente il fenomeno della corruzione ha investito, come accennato, il versante della tradizionale e rigida alternativa tra le figure della concussione e della corruzione.

Ebbene, con la legge Severino del 2012 il delitto di concussione è stato scomposto in due disposizioni diverse (l'art. 317 c.p. e l'art. 319-*quater* c.p.), dando luogo a due autonome figure di reato: la concussione e l'induzione indebita a dare o promettere utilità.

La tecnica legislativa adottata dal legislatore è consistita da una parte nella riformulazione dell'art. 317 c.p., al cui interno è rimasta la sola sottofattispecie della "costrizione"; e dall'altra nell'introduzione di una nuova disposizione: l'art. 319-*quater* c.p., in cui è stata dislocata l'ipotesi

⁶⁴Cass., Sez. VI pen., 25 settembre 2014, n. 49226, in *Cass. pen.*, 2015, 1415, con osservazioni di G. STAMPANONI BASSI. In senso adesivo, Cass., sez. VI, 7 luglio 2016, n. 40237, in *C.E.D. Cass.*, rv. 267634, secondo cui lo stabile asservimento dell'agente pubblico ad interessi personali di terzi, con episodi sia di atti contrari ai doveri d'ufficio che di atti conformi o non contrari a tali doveri, configura l'unico reato, permanente, previsto dall'art. 319 c.p., rimanendo assorbita la meno grave fattispecie di cui al precedente art. 318 c.p.

⁶⁵Cass., Sez. VI pen., 27 novembre 2015, n. 3043, in *C.E.D. Cass.*, rv. 265619.

previgente di concussione per induzione. In quest'ultima figura criminosa è stata altresì prevista la punibilità del soggetto indotto, trasformando così la sottofattispecie da monosoggettiva in plurisoggettiva (a struttura bilaterale); un delitto dunque a concorso di persone necessario⁶⁶.

Nel dettaglio, quanto all'art. 317 c.p., la riscrittura della fattispecie legale per effetto della l. n. 190 del 2012 è avvenuta mediante l'abrogazione espressa di una parte della "disposizione": si è eliminato dall'enunciato legislativo sia il riferimento alla figura dell'incaricato di un pubblico servizio (nuovamente inserito tra i soggetti attivi del delitto *de quo* dalla l. n. 69 del 2015), sia il verbo "induce" che costituiva la seconda modalità tipica di realizzazione della fattispecie legale della concussione versione 1930 (la c.d. concussione per induzione).

All'indomani della riforma del 2012 si sono immediatamente formati tre orientamenti giurisprudenziali, che si sono contrapposti tra loro nell'individuazione del puntuale criterio di distinzione tra il delitto di concussione per costrizione (art. 317 c.p.) e quello di induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.)⁶⁷. Invero, il tema della definizione dei concetti di costrizione e induzione e la necessità di individuare un criterio per distinguerli fra loro, come si è affermato nelle prime motivazioni della Corte di cassazione, non aveva costituito oggetto di analisi approfondita prima della l. n. 190 del 2012 stante l'indifferenza normativa della previgente disciplina⁶⁸.

Vi è stata perciò la necessità di una rimessione alle Sezioni unite, giustificata proprio dal "contrasto" tra diverse opzioni interpretative riguardo alla esatta linea di demarcazione tra l'attuale delitto di concussione (art. 317 c.p.) e quello di induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.), con particolare riferimento al rapporto tra la condotta di costrizione e quella di induzione⁶⁹.

E la decisione della suprema Corte nel suo massimo consesso ha rappresentato l'occasione per cercare di fornire un'interpretazione "autentica" del nuovo microsistema in tema di concussione/induzione indebita/corruzione (funzionale e propria).

⁶⁶ Cfr., per tutti, M. PELISSERO, *Concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 173 ss.

⁶⁷ Per una ampia panoramica di dottrina e giurisprudenza sul tema, cfr. S. MASSI, *Tutela penale della concorrenza "globale" e scosse di assetamento della normativa italiana anticorruzione*, Napoli, 2013, 19 ss.

⁶⁸ Cass., Sez. VI pen., 11 febbraio 2013, n. 11794, in *C.E.D. Cass.*, rv. 254440.

⁶⁹ Cfr. Cass., Sez. VI pen., 9 maggio 2013, n. 20430, reperibile in www.cortedicassazione.it.

3.1. *Il concetto “normativo” di costrizione*

Le Sezioni unite “Maldera” muovono dalla considerazione secondo cui, anche se ciascuna delle tre diverse e contrastanti opzioni ermeneutiche ha aspetti condivisibili, occorre individuare un ulteriore e diverso criterio discretivo che si caratterizzi per un parametro di valutazione più nitido, in grado di fornire un approdo interpretativo più sicuro⁷⁰.

Osservano le Sezioni unite come a seguito della novella del 2012 «gli approdi cui era pervenuta la pregressa giurisprudenza ... mostrano tutti i loro limiti e non sono idonei – da soli – a tracciare, in modo chiaro ed esaustivo, la linea di confine tra gli artt. 317 e 319-*quater* c.p.». La legge n. 190 del 2012 ha, infatti, distinto nettamente le due sottofattispecie: diversificando il trattamento sanzionatorio per il pubblico agente; punendo il privato nella induzione come concorrente necessario; scorporando i beni tutelati: nell’art. 319-*quater* c.p., reato monoffensivo e non plurioffensivo, solo l’imparzialità e il buon andamento (non più anche la libertà di autodeterminazione e il patrimonio del privato, che continuano ad essere protetti dall’attuale art. 317 c.p.)⁷¹.

E pertanto il criterio di distinzione non può essere più la maggiore o minore gravità della pressione psicologica esercitata sul privato, ma deve essere un criterio “oggettivo” per garantire la maggiore “determinatezza” e “tipicità”. La linea di demarcazione deve fondarsi sul contenuto “sostanziale” di quanto l’agente pubblico prospetta all’*extraneus* e sulle conseguenze che a costui derivano – come vedremo – in termini di “danno ingiusto” o “vantaggio indebito”.

Per un verso è certamente vero che le Sezioni unite individuano un significato di ordine generale della nozione di costrizione: quale eterodeterminazione dell’altrui volontà mediante la condotta abusiva. Costrizione intesa come coercizione psichica relativa, la quale restringe notevolmente, senza tuttavia annullarlo, il potere di autodeterminazione del soggetto privato⁷².

Dall’altro verso si chiarisce però, in modo decisivo, che al concetto di costrizione deve essere attribuito un significato non limitato al profilo naturalistico, ma piuttosto di stampo “normativo”: esso si trae dall’ordinamento penale, e in particolare da quanto espressamente previsto in termini di elementi

⁷⁰ Cass., Sez. un. pen., 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera, in *Cass. pen.*, 2014, 1992 ss., con nota di M. GAMBARDELLA.

⁷¹ In dottrina, nel senso che la separazione tra fattispecie impone di attribuire al concetto di induzione un nuovo significato, in grado di caratterizzarlo rispetto sia alla concussione che alla corruzione, v. S. SEMINARA, *op. cit.*, 397 ss.

⁷² Sul punto, in dottrina, cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, 105 ss.

di fattispecie nel delitto di “resistenza a pubblico ufficiale” (art. 336 c.p.), “estorsione aggravata” (artt. 629 e 61, n. 9, c.p.), “minaccia” (art. 612 c.p.).

Ne discende da quanto osservato che nella concussione ex art. 317 c.p. occorre fare implicito riferimento, quale tipico mezzo di coazione, alle modalità di comportamento rappresentate dalla “violenza” (di rara verifica) e soprattutto dalla “minaccia”, uniche modalità realmente idonee ad “obbligare” il soggetto passivo a tenere un comportamento che altrimenti non avrebbe tenuto.

Ad opinione del massimo organo di nomofilachia, la minaccia come tipica modalità della condotta di costrizione, che è comune a diverse figure di reato (ad esempio: la violenza privata, l'estorsione, la violenza sessuale, e appunto la concussione), va considerata nozione tendenzialmente unitaria all'interno dell'intero ordinamento giuridico. Essa si sostanzia nella prospettazione ad altri di un male futuro e ingiusto, il quale è nel dominio dell'agente realizzare. L'autore della minaccia condizionante avanza alla vittima una alternativa secca: sottomettersi alla volontà del minacciante o subire il male indicato; e ciò realizza la costrizione.

A questo punto le Sezioni unite affermano che occorre definire il concetto giuridico di minaccia, per evitare interpretazioni estensive o vaghe ed eludere di conseguenza il principio di tipicità.

Ora, per delineare esattamente il concetto giuridico di minaccia, valido anche per la concussione, le Sezioni unite si rifanno a quanto stabilito nel delitto di “minaccia” (art. 612 c.p.). Tale disposizione individua l'oggetto della minaccia nell'“ingiusto danno”⁷³.

Oggetto della minaccia è, dunque, il danno ingiusto, in senso giuridico (“oggettivamente” ingiusto); il danno *contra ius*, antiggiuridico; il danno contrario alla norma giuridica, lesivo di un interesse personale o patrimoniale della vittima riconosciuto dall'ordinamento.

Esempi di danno ingiusto sono individuati: nella perdita di un bene legittimamente acquisito, nella mancata acquisizione di un bene a cui si ha diritto, nella omessa adozione di un provvedimento vincolato favorevole, nella ingiusta lesione di un interesse legittimo (esclusione da una gara di appalto).

La minaccia può essere anche implicita (ad esempio, in caso di ostruzionismo), essa deve però avere una portata intimidatoria simile alla minaccia esplicita, e deve essere comunque espressa in forma di condotta positiva pur se la minaccia risulta implicita o sintomatica.

Dunque, la modalità costrittiva si concretizza allorché l'agente pubblico

⁷³ Cfr. in tal senso, ampiamente, G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, 221 ss.

prospetta alla vittima un danno ingiusto, e quest'ultima per evitare il danno ingiusto (*contra ius*) minacciato dà o promette qualche utilità che sa non essere dovuta.

Per enucleare esattamente la modalità costrittiva è necessario tuttavia definire anche il ruolo della "vittima": deve rimanere estranea alla sfera psichica e alla spinta motivante dell'*extraneus* qualsiasi scopo determinante di vantaggio indebito, altrimenti costui non può essere ritenuto "vittima" perseguendo un proprio tornaconto nella vicenda.

Per lo "stato di costrizione" occorre quindi:

(a) la presenza: dell'antigiuridicità del danno minacciato dal pubblico ufficiale;

(b) l'assenza: del movente (scopo) opportunistico di vantaggio indebito da parte del privato.

In conclusione, per le Sezioni unite, la "costrizione" richiede una condotta di violenza o di minaccia. La minaccia, in particolare, ingenera nella vittima il timore di un male ingiusto, per scongiurare il quale il destinatario della stessa finisce coll'aderire alla richiesta dell'indebita dazione o promessa.

Specificandosi, poi, che la minaccia – quale modalità dell'abuso costrittivo ex art. 317 c.p. – presuppone invariabilmente un "autore" e una "vittima" (il concusso).

3.2. *L'induzione e la tipicità "aggiuntiva"*

Quanto al concetto di induzione, le Sezioni unite osservano che viene in rilievo all'interno del sistema penale in diverse disposizioni incriminatrici, assumendo talvolta il ruolo di "condotta" talaltra quello di "evento" del reato. Tutte le ipotesi criminose sono riconducibili però allo stesso paradigma generico di tenue (o debole) condizionamento dell'altrui sfera psichica.

Il concetto di induzione come modello di condizionamento psichico, deve essere però necessariamente integrato da elementi di tipicità aggiuntivi, i quali concorrono a chiarirne il significato (induzione c.d. "combinata" con elementi di tipicità aggiuntivi).

Ad avviso delle Sezioni unite, sussiste l'esigenza di una interpretazione che arricchisca il dato normativo per evitare l'illegittimità costituzionale per indeterminatezza del concetto vago di induzione, e garantire legalità e certezza del diritto.

La nozione di induzione – come quella di costrizione – non va allora intesa in senso naturalistico, bensì va desunta in modo "normativo", utilizzando i

parametri dell'abuso di qualità o di poteri da parte dell'agente pubblico e della sanzionabilità penale del privato-*extraneus*.

In particolare, il significato preciso del concetto di induzione si ricava dalla innovazione legislativa della punibilità del privato indotto: dalla circostanza che adesso l'indotto è complice dell'induttore⁷⁴.

Dalla punibilità del privato, se ne deve desumere allora che la minaccia è da reputare estranea, come modalità della condotta tipica, alla figura di induzione indebita ex art. 319-*quater* c.p. (a differenza di prima della riforma del 2012, in cui l'induzione poteva consistere anche in una vera e propria minaccia di un male ingiusto, seppure esercitata in modo blando o implicito). Mai infatti nell'ordinamento penale il destinatario di una minaccia può considerarsi "correo" (cfr. art. 54, comma 3, c.p.). Le modalità della condotta induttiva, pertanto, sono: la persuasione, la suggestione, l'allusione; ma non la minaccia, neanche in forma implicita⁷⁵.

Il criterio distintivo fra il concetto di costrizione e quello di induzione risiede nella dicotomia: minaccia-non minaccia. Nella costrizione, minaccia da parte dell'agente pubblico di un danno ingiusto al privato; nell'induzione, non minaccia e fine di un vantaggio indebito in capo al privato.

Il "vantaggio indebito" assurge a criterio di essenza della fattispecie induttiva, e giustifica in conformità ai principi penalistici la punibilità del correo-indotto. E pertanto dal correo-indotto, che non è vittima della costrizione, è esigibile il dovere di resistere alla pressione induttiva dell'*intraneus*⁷⁶.

Il privato (l'*extraneus*) approfitta dell'abuso induttivo per perseguire un proprio vantaggio ingiusto, un indebito tornaconto personale, che giustifica – sotto il profilo della responsabilità personale ex art. 27, comma 1, Cost. – la sua punibilità.

La tipicità della fattispecie induttiva è integrata dai seguenti elementi:

- (a) abuso prevaricatore del pubblico agente;
- (b) il fine determinante di vantaggio indebito dell'*extraneus*.

In sintesi, per le Sezioni unite, il privato accondiscende alla richiesta del pubblico agente, posta in essere la richiesta per mezzo di un abuso induttivo, con l'evidente finalità di conseguire un vantaggio indebito. Logica qui negoziale assimilabile alla corruzione, e di ciò è sintomatica la

⁷⁴ Cfr. in dottrina sul tema D. PIVA, *Premesse ad un'indagine sull'induzione*, Napoli, 2013, 42 ss.

⁷⁵ Si veda M. ROMANO, *op. cit.*, 235 ss.

⁷⁶ Cfr. A. FIORELLA, *Relazione al Convegno, La legge "anticorruzione". Un primo bilancio ad un anno dall'entrata in vigore*, Roma, 2013, 83 ss.

collocazione topografica della incriminazione di induzione indebita.

3.3. *I casi ambigui e il riemergere del criterio di distinzione “soggettivo”*

Colpisce, ma era prevedibile, l’ormai primato giurisprudenziale che aleggia attorno alla decisione delle Sezioni unite “Maldera”. Ebbene, la Corte arriva a dire che la determinatezza della fattispecie è garantita dall’interpretazione giurisprudenziale del concetto di induzione. E, inoltre, con molta disinvoltura inseriscono il danno ingiusto e il vantaggio indebito quali elementi costitutivi impliciti delle condotte costrittive e induttive: “danno ingiusto” e “vantaggio indebito” assurgono al rango di requisiti di fattispecie, avente fonte giurisprudenziale, degli artt. 317 e 319-*quater* c.p. Asserzioni queste che lasciano perplessi in un ordinamento sottoposto al principio di legalità-tipicità (art. 25, comma 2, Cost.), e nel quale il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.).

Sembra potersi cogliere qui una inversione dell’ordine logico del corretto procedimento ermeneutico: le Sezioni unite prima postulano l’esistenza di elementi di fattispecie che in realtà non sono espressamente previsti – quali il “danno ingiusto” e il “vantaggio indebito” – e poi interpretano i concetti esistenti, “costrizione” e induzione”, alla luce di questi requisiti “creati” dalla stessa Corte suprema per dare ai due concetti il loro esatto significato!

Non si tratta di sicuro dell’esatto procedimento interpretativo, che dovrebbe condurre “dalla disposizione alla norma”. Qui si “reinventano” i testi di legge e poi s’interpretano gli stessi per arrivare alle norme-significato; ma le premesse legislative sono ideate, formulate dalle Sezioni unite⁷⁷.

Segnale evidente delle incertezze della costruzione giurisprudenziale tratteggiata dalle Sezioni unite, è la parte della motivazione della sentenza in cui si evoca la possibile presenza di “casi ambigui”; la c.d. “zona grigia” in cui i parametri del danno *contra ius* e del vantaggio indebito devono essere nondimeno apprezzati nella loro operatività dinamica.

Gli esempi portati dalla Corte sono ben noti nella prassi giudiziaria: l’agente di polizia che non paga il ristorante; la prostituta clandestina che per evitare l’espulsione consuma gratis un rapporto sessuale con il pubblico agente; le vicende in cui vi è la contestuale minaccia di un danno ingiusto e la promessa di un vantaggio indebito (c.d. minaccia-offerta); i casi di bilanciamento tra i beni giuridici coinvolti nel confitto decisionale, quale

⁷⁷ Al riguardo, cfr. le argomentazioni critiche di M. DONINI, *Il corre(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2014, 1497 ss.

quello del famoso chirurgo che per operare un paziente in una struttura pubblica, personalmente e con urgenza, pretenda una somma di denaro in cambio del trattamento di illegittimo favore rispetto agli altri pazienti.

Riaffiora in tale fenomenologia – individuata dalle Sezioni unite come area ambigua, opaca, di zona grigia – un criterio di stampo soggettivo. Il giudice, infatti, per mezzo di una accurata ricostruzione “in fatto” della vicenda portata alla sua cognizione, deve apprezzare il livello di pressione psicologica direzionata verso il privato-*extraneus*: se costui è stato posto o meno in una condizione di vera e propria coercizione, in uno stato psicologico cioè di autentica costrizione.

Eppure, occorre “decostruire” le apparenti argomentazioni “oggettive” delle Sezioni unite, per far riemergere il vero criterio soggettivo, che spira pur sempre dopo la riforma del 2012 nel confronto ravvicinato tra costrizione e induzione. E che – non è un caso – vale a risolvere i casi ambigui; i quali in realtà sono “i casi difficili”, quelli che le teorie devono risolvere. Per “i casi facili” non serve l’elaborazione di criteri che colgano esattamente la linea divisoria tra due concetti: perché nei casi semplici non si discute di ipotesi confinanti che per loro natura introducono questioni di una certa complessità.

L’esito sembra paradossale: le Sezioni unite premettono che cercheranno, mediante l’interpretazione dei testi legislativi, di dare un contenuto “oggettivo” alle fattispecie di concussione per costrizione e induzione indebita e finiscono poi invece per subiettivizzarle. Non solo aggiungono un “fine specifico” tanto nell’enunciato dell’art. 319-*quater* c.p. non previsto esplicitamente (lo scopo di vantaggio indebito per l’indotto), quanto in quello del novellato art. 317 c.p. (il movente del danno illegittimo); ma nei casi ambigui (*rectius*, difficili), che poi sono quelli che più interessano, fanno riemergere una distinzione tutta fondata sul profilo soggettivo, sul disvalore della condotta⁷⁸.

In definitiva, la finalità di danno ingiusto (agente pubblico) nella concussione e quella di vantaggio non dovuto (correo-indotto) nella induzione indebita rappresentano i due autentici elementi di “selezione” di disvalore penale, e non già il requisito dell’abuso di poteri o qualità (causa efficiente della costrizione/induzione) vero contrassegno delle figure concussorie, che in realtà viene relegato nello sfondo.

⁷⁸ Cfr. ancora le osservazioni di M. DONINI, *Il corre(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., 1499 ss.

4. *L'art. 319-quater c.p.: verso una nuova ipotesi di corruzione?*

L'esito effettivo della riforma del 2012, nella lettura fornita dal "diritto vivente", è che la vecchia sottofattispecie di concussione per induzione è divenuta oggi una ipotesi più prossima alla corruzione che alla concussione. Attraverso l'interpretazione che le Sezioni unite danno del delitto di cui all'art. 319-*quater* c.p. e della sua distinzione con l'odierna concussione (per costrizione), può ricavarsi che l'induzione indebita è attratta a pieno titolo nell'orbita del minisistema corruttivo⁷⁹. Potrebbero, dunque, essere ricondotti all'interno dell'art. 319-*quater* c.p. fatti concreti che ricadevano tradizionalmente nel campo della corruzione, proprio perché la nuova figura criminosa viene delineata prima dal legislatore e poi dall'esegesi giurisprudenziale come una vera e propria ipotesi di corruzione.

Non a caso si è autorevolmente scritto che se per l'integrazione del delitto di cui all'art. 319-*quater* c.p. il privato deve agire per un proprio tornaconto, per una sua convenienza, emerge allora la contiguità dell'induzione indebita alla corruzione⁸⁰.

D'altronde sono presenti numerosi dati o indici normativi che fanno propendere per l'ipotesi che la figura di reato inserita all'art. 319-*quater* c.p. è una figura sostanzialmente nuova, che trova solo in minima parte corrispondenza con la precedente fattispecie di concussione per induzione contemplata nel previgente art. 317 c.p.

Si pensi ai seguenti fattori.

(a) La dislocazione dell'art. 319-*quater* c.p. non subito dopo la fattispecie di concussione, bensì di seguito alle varie ipotesi di corruzione: la nuova disposizione è stata infatti incastonata all'interno del mini-sistema corruttivo.

(b) Il cambiamento del nome: non si parla più di concussione nella rubrica dell'art. 319-*quater* c.p. (la figura di reato è intitolata come "Induzione indebita a dare o promettere utilità"). Manca dunque una vera e propria denominazione del "tipo" di reato; la rubrica è una mera sintesi dell'enunciato legislativo e non costituisce il vero e proprio "nome" della nuova incriminazione, che appare pertanto carente di un autentico nome.

(c) La costruzione della fattispecie legale come struttura bilaterale sotto il profilo normativo. Delitto a concorso necessario in senso stretto. La presenza di due persone è indispensabile ai fini della punizione (almeno

⁷⁹Cfr. S. SEMINARA, *op. cit.*, 383 ss., C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 861 ss.; M. ROMANO, *op. cit.*, 241; M. PICCARDI, *La legge "anticorruzione" alla prova dell'applicazione pratica*, in *Ind. pen.*, 2013, 459 ss.

⁸⁰ M. ROMANO, *op. cit.*, 240.

per la versione “consumata”).

(d) La sanzione comminata per l’art. 319-*quater* c.p. presenta limiti edittali (massimi) – quanto al primo comma (reclusione da tre a otto anni, e poi a seguito della novella del 2015: da sei a dieci anni e sei mesi di reclusione) – più favorevoli rispetto a quelli stabiliti nel previgente art. 317 c.p.

(e) Il bene giuridico interamente di natura pubblicistica nell’art. 319-*quater* c.p., essendo non più tutelato il privato.

(f) Il ruolo della clausola di riserva nell’art. 319-*quater* c.p. («salvo che il fatto costituisca più grave reato»), la quale seppure disegnata dal legislatore per disciplinare i rapporti tra gli artt. 317 e 319-*quater* c.p., sembra invece servire a regolare, escludendolo, il concorso tra l’art. 319-*quater* c.p. e l’art. 319 c.p. (nonché l’art. 319-*ter* c.p.).

(g) La recente legge Orlando (l. n. 103 del 2017) che in materia di prescrizione dei reati di corruzione ha inserito una disciplina la quale, in chiave sfavorevole al reo, stabilisce il tetto massimo di aumento della metà del tempo necessario a prescrivere anziché di un quarto. Il provvedimento legislativo nell’elencare le svariate figure di corruzione ha incluso anche l’induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.), lasciando fuori invece la concussione *ex* art. 317 c.p.

Non si è trattato perciò di una mera operazione cosmetica: dislocare meglio il materiale legislativo, separando la concussione per costrizione da quella per induzione. Si è proceduto, invece, a una vera e propria riscrittura del sistema legislativo della corruzione/concussione.

Sembra allora veramente riduttivo parlare di semplice “spacchettamento”, “scissione”, “scomposizione”, “suddivisione” tra le due modalità attraverso cui era realizzabile la fattispecie legale di concussione. Siffatte formule linguistiche non rendono l’idea delle profonde modifiche nel sottosistema, e soprattutto dell’esercizio del potere normativo compiuto dal legislatore: nuove disposizioni introdotte, abrogazioni parziali di disposizioni, riformulazioni di disposizioni attraverso l’introduzione o la soppressione di parti dell’enunciato legislativo o di elementi di fattispecie.

Siamo di fronte ad un nuovo minisistema con nuovi equilibri ancora tutti da trovare fra nuove e vecchie figure di reato: concussione per costrizione, corruzione per l’esercizio della funzione, corruzione propria, induzione indebita, istigazione alla corruzione, traffico di influenze illecite.

Per concludere torniamo ai già accennati “casi ambigui”, che sono portati quali esempi dalle Sezioni unite dove il criterio del danno-vantaggio se preso staticamente non consente di cogliere l’esatto *discrimen*

tra costrizione e induzione.

A ben vedere, sembra in realtà difficile tracciare qui il confine non solo tra il delitto di concussione e quello di induzione indebita, ma altresì tra quest'ultimo reato e la figura della corruzione, per quelle vicende che in concreto (nel loro svolgimento dinamico) dovrebbero far propendere secondo le Sezioni unite per l'applicazione dell'art. 319-*quater* c.p.

Sembrirebbe infatti che, nonostante la solenne affermazione da parte delle Sezioni unite, vi sia in pratica uno svuotamento del contenuto di tipicità del requisito dell'abuso di qualità o poteri, un processo di rarefazione della sua capacità di selezione in chiave penale; soprattutto perché da parte delle Sezioni unite si è postulato il requisito implicito del vantaggio indebito del privato, che appare incompatibile con l'esercizio di un potere pubblico con modalità prevaricatorie.

Si pensi, ad esempio, al caso dell'agente di polizia che non paga il conto al ristorante, e si instauri col ristoratore una "dialettica utilitaristica" (senza alcun riferimento al compimento di uno specifico atto d'ufficio o servizio): potrebbe ritenersi configurabile anche la corruzione funzionale ex art. 318 c.p.

Allo stesso modo, nelle situazioni miste di minaccia-offerta: si pensi all'evenienza in cui il vantaggio indebito prospettato abbia prevalso sull'aspetto intimidatorio, e il privato si sia aggiudicato l'appalto pubblico a scapito degli altri concorrenti, convergendo il suo interesse con quello del soggetto pubblico. Difficile non ipotizzare una sovrapposizione tra il supposto dalle Sezioni unite art. 319-*quater* c.p. e la corruzione propria ex art. 319 c.p. Altresì nel caso del medico che incassi una somma di denaro non dovuta per effettuare una delicata operazione chirurgica in una struttura pubblica in cambio di un trattamento di favore rispetto ad altri pazienti.

E le considerazioni appena formulate trovano un puntuale riscontro nella giurisprudenza di legittimità successiva alle Sezioni unite "Maldera", in cui appare evidente – leggendo le motivazioni delle pronunce – la difficoltà e la non omogeneità delle soluzioni adottate nel tracciare la linea di distinzione tra le diverse figure contenute nel sistema penale della corruzione, sulla scorta del criterio giurisprudenziale del danno ingiusto/vantaggio indebito⁸¹.

A ciò può aggiungersi che recenti casi giudiziari assurti all'onore della cronaca hanno posto in risalto che l'induzione indebita, dal lato del correatto, si è sovrapposta anche al gravissimo delitto della corruzione in atti giudiziari, erodendo lo spazio su cui già insisteva una porzione di fatti

⁸¹ Si vedano, ad es., Cass., Sez. VI pen., 23 settembre 2014, n. 6056, *C.E.D. Cass.*, rv. 262332; Cass., Sez. VI pen., 15 luglio 2014, n. 47014, in *Cass. pen.*, 2015, p. 604, con osservazioni di E. SCARANTINO; Cass., Sez. VI pen., 7 novembre 2013, n. 5496, in *C.E.D. Cass.*, rv. 259055; Cass., Sez. VI pen., 14 maggio 2015, n. 32594, *ivi*, n. 264424.

astratti di quest'ultima ipotesi criminosa. Con la conseguenza di abbattere la risposta sanzionatoria: sussistendo un'enorme diversità tra la pena comminata al soggetto indotto e quella "edittalmente" prevista per il corruttore nella corruzione giudiziaria (dal versante della persona che ottiene un vantaggio dalla sentenza emessa dal giudice). Lo sbiadito requisito dell'abuso di qualità/poteri non riesce di certo a selezionare tra i delitti di induzione indebita e corruzione in atti giudiziari. A meno che la clausola di sussidiarietà contenuta nell'*incipit* dell'art. 319-*quater* c.p. non sia in grado di evitare che in questi casi, di sostanziale accordo illecito avente ad oggetto un provvedimento giurisdizionale, si applichi quest'ultima figura di reato e non invece il più grave delitto di cui all'art. 319-*ter* c.p.

In definitiva, il risultato appare essere che la principale questione tecnico-giuridica alla base della riforma del 2012: tracciare con precisione un confine tra concussione e corruzione, si sia ancora più ingarbugliata. Dovendosi adesso segnare non più un "confine conteso" tra due figure criminose, bensì una duplice linea di separazione tra: concussione/induzione indebita/corruzione⁸².

Ebbene, occorre assolutamente evitare l'aspetto insidioso della pronuncia delle Sezioni unite "Maldera" tecnicamente così ben confezionata: essa non dovrà essere utilizzata "a piacimento" per celare il fallimento della legge n. 190 del 2012 (almeno nella sua parte penalistica), altrimenti porterà in materia alla confusione e all'incertezza più assoluta. La decisione in questione non dovrà servire cioè a distogliere l'attenzione dal cattivo funzionamento di una riforma che, nata per contrastare in modo più efficace il fenomeno della corruzione nella pubblica amministrazione, non sembra aver raggiunto né poter raggiungere il suo obiettivo.

Non pare peregrina allora l'idea già avanzata di rimettere mano al mini-sistema della corruzione/concussione, andando però in controtendenza rispetto al recente passato. Nel senso di razionalizzare, ridurre le disposizioni incriminatrici, allocando in esse quelle tipologie di condotte che appaiono espressive di un disvalore omogeneo; e che frammentandole come si è fatto con la novella del 2012, rende difficile garantire al cittadino (che rivesta una qualifica soggettiva pubblica o meno) l'indispensabile certezza e uguaglianza nell'applicazione giudiziaria del diritto.

Ma tutto ciò senza però dimenticare quanto giustamente messo in risalto dalla dottrina. La soluzione per i fenomeni corruttivi non può risiedere integralmente nella coniazione di "buone leggi", né nella equiparazione "mafioso-corrotto" del nuovo codice antimafia, perché la corruzione

⁸² Per considerazioni in parte critiche, in tal senso, cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, 241 ss. V. inoltre S. SEMINARA, *op. cit.*, 404.

istituzionale rappresenta prima di tutto una “questione morale”: deve perciò essere affidata anche al costume, alla cultura, all’educazione civica collettiva e alla fiducia nei poteri pubblici⁸³.

⁸³ In tal senso, cfr. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, cit., 46 ss. Ancora nel 2016 dal nuovo *Report di Trasparenza internazionale*, sulle misure di contrasto al fenomeno della corruzione, l’Italia risulta nel *ranking* europeo al terzultimo posto, davanti soltanto a Grecia e Bulgaria.

Antonella Massaro*

Il traffico di influenze illecite

SOMMARIO: 1. Il traffico di influenze illecite tra passato e futuro – 2. Traffico di influenze illecite e delitti di corruzione. Il rapporto con l'art. 322 c.p. e con il tentativo di corruzione – 2.1. L'esclusione dell'art. 318 c.p. dalla clausola di riserva – 3. Traffico di influenze illecite e millantato credito – 4. Art. 346-*bis* c.p.: fattispecie inutile o fattispecie pericolosa?

1. Il traffico di influenze illecite tra passato e futuro

Il traffico di influenze illecite, fattispecie introdotta *ex novo* dalla c.d. legge Severino (l. n. 190 del 2012) all'art. 346-*bis* c.p., sintetizza in maniera eloquente alcune delle linee di intervento della riforma, mostrando al contempo come, pur nella rinnovata veste delle questioni proposte, il settore in questione si esponga al rischio delle medesime distorsioni sistemiche ormai evidenziate da decenni. Si tratta in effetti di una fattispecie sospesa a mezza via tra la proiezione verso il futuro e le residue incrostazioni del passato, in attesa di trovare, nella dimensione presente, una propria specifica fisionomia applicativa.

Da una parte l'art. 346-*bis* c.p. è stato introdotto per dar seguito a quelle "indicazioni" sovranazionali che hanno rappresentato uno dei motori più propulsivi della riforma¹: tanto la Convenzione di Merida del 21 ottobre 2003 (ratificata con la l. 3 agosto 2009, n. 116)² quanto quella

* Professore associato di Diritto penale – Università degli Studi "Roma Tre".

¹ Sul punto, per tutti, A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in *La legge anticorruzione*, a cura di G.B. Mattarella, M. Pelissero, Torino, 2013, 355 ss. ed E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, 234 ss.

² La Convenzione di Merida richiede agli Stati parte, con l'art. 18: a), di incriminare «il fatto di promettere, offrire o concedere ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da

di Strasburgo del 27 gennaio 1999 (ratificata con la l. 28 giugno 2012, n.110)³, sia pur in maniera molto diversa, evidenziavano la necessità di attribuire rilevanza penale alla condotta del soggetto che, dichiarandosi in grado di esercitare un'influenza su un pubblico agente, renda l'influenza stessa oggetto di un indebito mercimonio⁴. Dall'altra parte la fattispecie di traffico di influenze illecite, la cui formulazione risulta sotto più profili indeterminata⁵, potrebbe trasformarsi in un fin troppo agevole grimaldello nelle mani della magistratura (in modo particolare delle procure) per inserirsi in quei rapporti tra economia, amministrazione e politica che dovrebbero invece restare fuori dalle Aule di Giustizia⁶. Nel nuovo art. 346-bis c.p., più in generale, si riflette la complessità giuridico-criminologica che caratterizza in maniera strutturale i fenomeni di corruzione, rendendoli un magma ancora complesso da decifrare, sotto il profilo tanto quantitativo quanto qualitativo⁷.

un'autorità pubblica dello Stato Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona»; b), di punire "il fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte».

³ Art. 12 della Convenzione di Strasburgo: «ciascuna Parte adotta i provvedimenti legislativi e di altro tipo che si rivelano necessari per configurare in quanto reato in conformità al proprio diritto interno quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, il fatto di proporre, offrire o dare, direttamente o indirettamente qualsiasi indebito vantaggio a titolo di remunerazione a chiunque dichiari o confermi di essere in grado di esercitare un'influenza sulle decisioni delle persone indicate agli articoli 2, 4 a 6 e 9 ad 11, a prescindere che l'indebito vantaggio sia per se stesso o per altra persona, come pure il fatto di sollecitare, di ricevere, o di accettarne l'offerta o la promessa di remunerazione per tale influenza, a prescindere che quest'ultima sia o meno esercitata o che produca o meno il risultato auspicato».

⁴ E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *op. cit.*, 238. Per un'indagine di diritto comparato P. SEMERARO, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano, 2000, 135 ss.; ulteriori spunti in I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, 94 ss.; F. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2015, 480 ss.; S. BONINI, *Traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Giur. it.*, 12/2012, 2965 ss.

⁵ Cfr. V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze illecite*, in *La legge anticorruzione*, cit., 420.

⁶ Per analoghe considerazioni, in riferimento però allo "smembramento" della concussione, F. PALAZZO, *Introduzione*, in *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze, 2013, 56.

⁷ P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Prevenzione sociale e controllo penale*, Bari, 2007, *passim*.

2. *Traffico di influenze illecite e delitti di corruzione. Il rapporto con l'art. 322 c.p. e con il tentativo di corruzione*

Recependo, sia pur in maniera peculiare, le sollecitazioni provenienti dalle Convenzioni internazionali, il legislatore italiano ha introdotto nel codice penale l'art. 346-*bis* c.p. L'obiettivo evidente è stato quello di estendere la tutela alla fase "prodromica" di futuri accordi corruttivi, attribuendo rilevanza penale alle condotte di quei faccendieri pericolosamente vicini ai centri dell'azione amministrativa. In quest'ottica ben si comprende perché l'art. 346-*bis* c.p. faccia specifico riferimento ai soggetti che sfruttino relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio.

La fattispecie di traffico di influenze illecite troverà dunque applicazione qualora risultino provate la mera promessa o dazione di denaro o altra utilità al faccendiere che si dica in grado di interferire sulla condotta del pubblico agente: ciò sia nel caso in cui la condotta si arresti a questa fase (nel senso che non sia dato registrare contatto alcuno tra il mediatore e il pubblico ufficiale) sia nel caso in cui il faccendiere si attivi presso il pubblico agente senza però dare o promettere alcunché⁸.

Più problematico appare il coordinamento tra fattispecie nell'ipotesi in cui l'intermediario si attivi presso il pubblico ufficiale, offrendo o promettendo qualcosa. La formulazione dell'art. 346-*bis* c.p. si apre infatti con una clausola di riserva, secondo cui la nuova fattispecie risulta applicabile «fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319-*ter* c.p.». *Nulla quaestio*, allora, se il funzionario accetti l'offerta o promessa, visto che in questo caso tanto il faccendiere quanto il "compratore di influenze" risponderanno a titolo di concorso nelle fattispecie di corruzione propria o di corruzione in atti giudiziari⁹. Qualora per contro l'influenza promessa sia stata esercitata, ma il pubblico agente abbia rifiutato l'offerta o promessa, la soluzione non si rivela altrettanto agevole. Si è ritenuto che anche in questo caso l'art. 346-*bis* c.p. risulterebbe assorbito, attecchendosi in definitiva ad antefatto non punibile rispetto all'istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.) o al tentativo di corruzione se a venire in considerazione sia la fattispecie di cui all'art. 319-*ter* c.p.¹⁰, ma si tratta di conclusioni che indubbiamente devono

⁸ P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2013, 11.

⁹ Cfr. Cass., Sez. VI pen., 27 giugno 2013, n. 29789, in *Dejure*; Cass., Sez. VI pen., 20 ottobre 2016, n. 3606, in *Dejure*. V. anche Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11808, in *Cass. pen.*, 7-8/2013, 2839, con nota di A. FUX, *La natura propedeutica del reato di cui all'art. 346-bis c.p. rispetto a quello di corruzione*.

¹⁰ V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, 119-120. I.

fare i conti con la formulazione della nuova fattispecie.

Una clausola di riserva ha senso se e nella misura in cui sia dato ravvisare, già in astratto, una “sottofattispecie” comune alle due norme: se infatti non fosse individuabile un possibile momento di sovrapposizione tra la fattispecie “rinviante” e a fattispecie “rinvia”, la “riserva” non avrebbe alcun significato sul piano logico (prima ancora che giuridico)¹¹.

Dall’inserimento della clausola si ricava quindi che il legislatore abbia ritenuto astrattamente applicabile l’art. 346-*bis* c.p. anche nel caso di esercizio effettivo dell’influenza da parte del faccendiere: se l’art. 346-*bis* c.p. si arrestasse strutturalmente “prima” dell’offerta o promessa al funzionario, la clausola in questione non avrebbe senso alcuno. Prendendo però in considerazione, al fine dell’esclusione di un concorso di reati, i soli casi in cui l’offerta o promessa risultino accettate (concorso nelle due fattispecie di corruzione), restano potenzialmente attratti nell’ambito applicativo dell’art. 346-*bis* c.p. le ipotesi in cui il funzionario non commetta alcun fatto di corruzione. Sembra difficile, in questi casi, escludere il concorso di reati, che potrebbe forse giustificarsi nell’ottica di un rafforzamento di quella anticipazione della tutela rispetto ai veri e propri accordi corruttivi cui assolvono anche l’art. 322 c.p. e il tentativo: in queste ipotesi, dunque, il faccendiere risponderebbe *ex art.* 346-*bis* c.p. per la parte della vicenda relativa ai rapporti con colui che ha “comprato” la sua influenza ed *ex artt.* 322 o 56 c.p. per la parte della vicenda relativa ai rapporti con il pubblico agente. Nel caso in cui per contro si pervenga a una corruzione consumata,

MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 93, osserva che ammettere il concorso di reati, come in effetti sembrerebbe imposto dalla mancata previsione dell’art. 322 c.p. nella clausola di riserva, produrrebbe l’assurda conseguenza per cui il trattamento di favore applicabile nell’ipotesi di corruzione consumata risulterebbe escluso, invece, in presenza di una corruzione solo tentata. V. anche P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 8, la quale precisa che qualora il mediatore eserciti l’influenza promessa, contattando il pubblico agente ed effettuando una promessa o dazione di denaro o altra utilità, ricorgerà una corruzione consumata o tentata (a seconda che il pubblico agente accetti o meno la promessa o dazione); D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, supplemento 11/2012, 14, secondo cui la condotta di colui che attivi effettivamente la mediazione ricade nell’art. 346-*bis* c.p. fino a quando non si raggiunga la soglia del tentativo di corruzione. Sui rapporti tra la fattispecie di corruzione *ex art.* 322 c.p. e il modello generale di delitto tentato si rinvia, per tutti, a M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, III ed., Milano, 2013, 260-261 e a M. CATENACCI, *I delitti di corruzione. Le diverse figure*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale, Reati contro la pubblica amministrazione e contro l’amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 120-121. Per il coordinamento tra gli artt. 319-*ter* c.p., 322 e 56 c.p., in giurisprudenza, Cass., Sez. VI pen., 25 febbraio, 2013, n. 13048, in *Cass. pen.*, 3/2014, 941.

¹¹ V. sul punto M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, Torino, 2006, 258 ss.

il legislatore, mediante l'introduzione della clausola di riserva, ha inteso attribuire prevalenza al (solo) più grave disvalore di cui è espressione l'art. 319 c.p. (o l'art. 319-ter c.p.).

2.1. *L'esclusione dell'art. 318 c.p. dalla clausola di riserva*

La presenza della clausola di riserva conferma anche la funzione di anticipazione della tutela penale rispetto a veri e propri accordi corruttivi che il legislatore ha inteso affidare all'art. 346-bis c.p., prendendo però in considerazione le sole fattispecie di corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio e di corruzione giudiziaria: durante l'iter parlamentare relativo alla legge n. 190 del 2012 il riferimento alla corruzione per l'esercizio della funzione ex art. 318 c.p., presente nel testo approvato dalla Camera, scompare nella versione licenziata dal Senato¹².

I rapporti tra la corruzione per l'esercizio della funzione e il traffico di influenze illecite sono stati oggetto di ricostruzioni contrastanti. A ben vedere il mancato riferimento all'art. 318 c.p. nella clausola che apre l'art. 346-bis c.p. pare dovuto non tanto al possibile configurarsi di un concorso di reati¹³, quanto piuttosto alla nuova connotazione strutturale dell'art. 318 c.p.

La legge n. 190 del 2012, come ampiamente noto, ha comportato una sostanziale riscrittura delle fattispecie di corruzione. Il legislatore ha inteso superare l'esclusivo riferimento ad un ormai anacronistico "modello mercantile", fondato su un rapporto necessario tra l'accordo corruttivo e il compimento di un atto specifico da parte del pubblico agente; al tempo stesso la tradizionale dicotomia tra corruzione propria e corruzione impropria, attorno alla quale era costruito il sistema precedente, risulta delineata in termini significativamente differenti rispetto al passato. Se, in particolare, la corruzione propria di cui all'art. 319 c.p. resta ancorata al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, la fattispecie di corruzione per esercizio della funzione, introdotta attraverso una riformulazione dell'art. 318 c.p., prescinde dal compimento di un atto specifico e si riferisce alle ipotesi di

¹² G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, con un giudizio sostanzialmente positivo sulla limitazione della clausola di riserva ai soli artt. 319 e 319-ter c.p. *Contra* M. ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1405 ss.

¹³ Il possibile concorso tra la corruzione per l'esercizio di una funzione e il traffico di influenze illecite è stato ipotizzato dalla *Relazione redatta per l'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione* da G. Andreatza e L. Pistorelli, 13-14, pubblicata anche su *Dir. pen. cont.*, 2012.

c.d. corruzione sistemica, in cui il pubblico agente “metta al servizio” del corruttore l’esercizio della sua funzione o, se si vuole, risulti “a libro paga” del privato¹⁴.

L’obiettivo evidente è stato quello di adeguare il modello codicistico alla progressiva smaterializzazione dell’elemento dell’atto d’ufficio¹⁵, specie in considerazione del discutibile indirizzo affermatosi nel diritto vivente che, forzando la lettera della legge, applicava le fattispecie di corruzione anche nel caso in cui non fosse dato rinvenire (o, *rectius*, provare) lo specifico atto oggetto del mercimonio corruttivo o che, in ogni caso, si accontentava di atti non determinati ma determinabili, sulla base del “*genus*” di atti che il pubblico ufficiale si impegnava a compiere e che finivano per identificarsi nella funzione svolta dallo stesso¹⁶.

Ha destato fin da subito delle perplessità la scelta di punire la corruzione per l’esercizio della funzione con pene meno severe rispetto alla corruzione propria, posto che lo stabile e sistematico asservimento dell’agente pubblico agli interessi del privato ben potrebbe dare luogo a situazioni connotate da significativa gravità¹⁷. La ragione della progressione a livello sanzionatorio risiede, forse, nel fatto che dietro “l’esercizio della funzione o dei suoi poteri” continua a celarsi la tradizionale impalcatura della corruzione impropria. L’esercizio della funzione o dei poteri, per la verità, non risulta connotato in senso teleologico: il pubblico ufficiale potrebbe esercitare la funzione o i poteri di cui è titolare in senso conforme o difforme rispetto ai propri doveri d’ufficio, senza che ciò dovrebbe rilevare ai fini dell’applicazione dell’art. 318 c.p. Vale la pena precisare che la giurisprudenza antecedente al 2012 riconduceva l’asservimento di funzioni alla fattispecie di corruzione propria, posto che la stessa comportava in maniera necessaria e strutturale la violazione dei doveri di fedeltà, di imparzialità e di perseguimento esclusivo degli interessi pubblici¹⁸: si trattava dell’ennesima forzatura sul piano della

¹⁴ Nella copiosa letteratura formatasi sul tema si segnala, per tutti, M. GAMBARDELLA, *Dall’atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione “impropria”*, in *Arch. pen.*, 1/2013, 15 ss.

¹⁵ P. SEVERINO, *op. cit.*, 8. *Amplius*, sulle esigenze di adeguamento normativo al fenomeno della corruzione sistemica, F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, 84-85, anche per riferimenti bibliografici ulteriori.

¹⁶ Sufficiente in questa sede il rinvio a M. PELISSERO, *La nozione di atto d’ufficio nel delitto di corruzione tra prassi e teoria*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2000, 1011 ss.

¹⁷ M. GAMBARDELLA, *Dall’atto alla funzione pubblica*, cit., 18-19. *Contra* E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *op. cit.*, 6-7. Più dubitativi i toni di F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, 228-229.

¹⁸ V., tra le tante, Cass., Sez. VI pen., 5 febbraio 1998, Lombardi, in *Cass. pen.*, 12/1999,

tipicità, posto che, come correttamente rilevato, la contrarietà ai doveri d'ufficio avrebbe dovuto valutarsi in riferimento allo specifico ufficio cui appartiene il funzionario e non anche ai generici doveri di comportamento che caratterizzano l'attività dei pubblici agenti¹⁹. Nel momento in cui, tuttavia, il compimento di uno specifico atto scompare dalla formulazione dell'art. 318 c.p., la corruzione funzionale ben potrebbe configurarsi quale fattispecie generale capace di ricomprendere la corruzione propria e quella impropria, così come quella antecedente e quella susseguente²⁰. La corruzione propria risulterebbe invece applicabile, in via residuale, alle sole ipotesi in cui il *pactum sceleris* si sostanzia nel mercimonio di un singolo atto contrario ai doveri d'ufficio²¹.

La ricostruzione rapidamente riassunta, sebbene rispettosa della lettera della legge, potrebbe determinare alcune incongruenze sul piano applicativo, specie se, come in effetti sembrerebbe, "funzione" e "atto" debbano concepirsi

p. 3405, con nota di R. RAMPIONI, *I delitti di corruzione e il requisito costitutivo dell'atto di ufficio: tra interpretazioni abroganti e suggestioni riformatrici*. Cass., Sez. VI pen., 26 febbraio 2007, Eliseo, n. 21192, in *C.E.D. Cass.*, rv. 236624. Cfr. Cass., sez. VI pen., 25 settembre 2014 n. 47271, la quale, a fini intertemporali, ha precisato che la messa a disposizione del proprio ufficio, attualmente riconducibile all'art. 318 c.p., già rientrava nell'art. 319 c.p.

¹⁹ F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, 113.

²⁰ E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *op. cit.*, 235, individuano nella corruzione per la funzione la fattispecie generale, rispetto alla quale la corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio e quella giudiziaria rappresenterebbero ipotesi speciali, precisando altresì come il compimento «di uno specifico atto contrario al dovere d'ufficio (ovvero dell'omissione o ritardo di un atto dovuto) altro non è se non una ipotesi particolare della più generale "compravendita della funzione" del pubblico ufficiale». Per una lettura "ampia" dell'art. 318 c.p., riferibile a casi tanto di corruzione propria quanto di corruzione impropria T. PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 48/2012, IX; ID., *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 3/2012, 784-785; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, VI ed., *Addenda. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, Zanichelli, 2012, 20-21; S. SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2013, 19. *Contra* M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 137, ad avviso del quale la corruzione per esercizio della funzione resta contrapposta alla corruzione propria, «non potendo che riferirsi a un esercizio della funzione integralmente conforme all'ordinamento» (conclusione ribadita a pag. 174 e 182-183, con la precisazione che sulla distinzione tra conformità e contrarietà interferisce la questione della determinazione o determinabilità dell'atto). V. anche D. PULITANÒ, *op. cit.*, 7 il quale evidenzia l'avvenuto allineamento sul piano normativo delle due sottofattispecie "messa a libro paga" e "corruzione impropria".

²¹ In giurisprudenza Cass., Sez. VI pen., 25 settembre 2014, n. 49226, in *Cass. pen.*, 4/2015, 1415, con osservazioni di G. STAMPANONI BASSI.

come elementi tra loro alternativi (nel senso che la funzione è “cosa diversa” rispetto al compimento del singolo atto). Si pensi, solo per restare all’aspetto più evidente, alla difficoltà di trovare una sicura collocazione all’accordo corruttivo avente ad oggetto il compimento di uno specifico atto conforme ai doveri d’ufficio: la soluzione obbligata sembrerebbe quella che conclude per l’*abolitio criminis* delle ipotesi in questione²², ma, se così fosse, la ragionevolezza delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore sarebbe messa seriamente in discussione.

Non stupisce dunque che la riformulazione dei delitti di corruzione secondo il binomio atto/funzione fatichi a trovare accoglimento nella giurisprudenza di legittimità, la quale, in buona sostanza, resta ancorata alla (normativamente superata) distinzione tra corruzione propria e impropria, mantenendo intatto il “grimaldello” degli atti non determinati ma pur sempre determinabili e/o della “categoria” di atti riconducibili all’attività del pubblico agente.

La suprema Corte ha chiarito fin da subito che l’art. 318 c.p., lungi dall’abolire in tutto o in parte la rilevanza penale delle condotte previste dalla precedente fattispecie di corruzione impropria, ne avrebbe anzi esteso la portata: la corruzione funzionale si attergerebbe quindi a fattispecie di onnicomprensiva “monetizzazione” del *munus* pubblico, destinata ad attribuire rilevanza penale a tutti i fenomeni corruttivi non riconducibili all’area dell’art. 319 c.p.²³. Il concetto di “funzione”, sviluppando queste premesse, andrebbe dunque inteso come *genus* cui ricondurre anche il compimento del singolo atto, nella perdurante ottica di attività svolte in modo conforme ai doveri dell’ufficio e, dunque, meno gravi.

Le pronunce successive, però, si spingono ben oltre nella valorizzazione della corruzione impropria come sfondo irrinunciabile dell’art. 318 c.p., giungendo a ritenere che la nuova fattispecie non copra integralmente l’area della “vendita della funzione”, ma soltanto quelle situazioni in cui non sia noto il finalismo del suo mercimonio o in cui l’oggetto di questo sia sicuramente rappresentato da un atto dell’ufficio²⁴: nelle ipotesi di “corruzione funzionale propria” continuerà quindi a trovare applicazione la più grave fattispecie prevista dall’art. 319 c.p. Sono divenute ricorrenti le pronunce volte ad affermare che lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri di ufficio, ancorché

²² V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., 131.

²³ Cass., Sez. VI pen., 11 gennaio 2013, n. 19189, in *Cass. pen.* 11/2013, 3856, con nota di M. GAMBARDILLA, *Profili di diritto intertemporale della nuova corruzione per l’esercizio della funzione*.

²⁴ Cass., Sez. VI pen., 25 settembre 2014 n. 47271, in *Cass. pen.*, 4/2015, 1419, con osservazioni di G. STAMPANONI BASSI.

non predefiniti, né specificamente individuabili *ex post*, ovvero mediante l'omissione o il ritardo di atti dovuti, integrerebbe il reato di cui all'art. 319 c.p. e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione, il quale ricorrerebbe unicamente nell'ipotesi di "corruzione propria"²⁵. In certi casi si precisa altresì che qualora la vendita della funzione si concretizzi anche nel compimento di atti contrari all'ufficio troverà applicazione il solo art. 319 c.p., realizzandosi una "progressione criminosa" all'interno della quale resterebbe assorbito l'art. 318 c.p.²⁶.

Nilhil novi, dunque: la corruzione funzionale risulterebbe scissa secondo le pregresse categorie della corruzione propria (art. 319 c.p.) e di quella impropria (art. 318 c.p.). La linea di continuità rispetto alla "situazione *ante Severino*" risulta rafforzata, sul versante dell'art. 319 c.p., dal perdurante orientamento per cui ai fini della corruzione propria non occorra individuare esattamente l'atto contrario ai doveri d'ufficio, ma è sufficiente che lo stesso sia individuabile in funzione della competenza e della concreta sfera di operatività del pubblico ufficiale, che può poi specificarsi in una pluralità di singoli atti non preventivamente fissati o programmati²⁷.

²⁵ Tra le molte Cass., Sez. VI pen., 20 ottobre 2016, 3606, in *Riv. pen.* 3/2017, 246; Cass., Sez. VI pen., 11 febbraio 2016, 8211, in *C.E.D. Cass.*, rv. 266510; Cass., Sez. VI pen., 23 febbraio 2016, n. 15959, in *C.E.D. Cass.*, rv. 266735; Cass., sez. VI pen., 23 settembre 2014, n. 6056, in *Riv. pen.*, 4/2015, 342; Cass., Sez. VI pen., 15 ottobre 2013, n. 9883, in *Arch. pen. web*, con nota di S. CECCHINI, *L'asservimento della funzione al confine tra i reati di corruzione funzionale e di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*.

²⁶ Cass., Sez. VI pen., 25 settembre 2014 n. 47271, cit.; Cass., Sez. VI pen., 7 luglio 2016, n. 40237, in *Riv. pen.*, 11/2016, 961; Cass., Sez. VI pen., 25 settembre 2014, n. 49226, cit.

²⁷ Cass., Sez. II pen., 25 novembre 2015, n. 47471 in *Cass. pen.*, 4/2016, 1411; Cass., Sez. VI pen., 19 giugno 2014, n. 33881, in *Cass. pen.*, 4/2015, 1496. Muovendo da queste premesse Cass., sez. VI pen., 25 febbraio 2016, n. 23355, in *Cass. pen.*, 10/2016, 3591, con nota di M. GAMBARELLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze nel caso "Tempa Rossa": una debole tutela legislativa* e ivi, 1/2017, 176, con nota di F. CINGARI, *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 1/2017, 176 e M.C. UBIALI, *I rapporti tra corruzione ex art. 319 c.p., traffico di influenze illecite e millantato credito nella prima pronuncia della Cassazione sulla vicenda "Tempa Rossa"*, in *Dir. pen. cont.*, 2016: la pronuncia in questione, relativa al caso "Tempa Rossa", ha escluso la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 319 c.p. in relazione alla condotta di un parlamentare, leader politico a livello regionale, che, in cambio della promessa di 200.000 euro, si era impegnato a fare pressione sui *manager* di una società petrolifera e sul Presidente della Regione Basilicata (sul cui territorio si sarebbero svolti i lavori), per garantire che un gruppo imprenditoriale si aggiudicasse tre gare d'appalto. Cass., Sez. VI pen., 12 febbraio 2016, n. 7731, in *Cass. pen.*, 10/2016, 3709 ha altresì ribadito di recente che per "atto di ufficio" non possa intendersi anche la condotta commessa "in occasione" dell'ufficio, che non comporti l'uso di poteri funzionali connessi alla qualifica soggettiva dell'agente.

Gli orientamenti giurisprudenziali ai quali si è fatto rapido cenno²⁸ sono inevitabilmente destinati a incidere anche nella ricostruzione dei rapporti tra le fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione e il traffico di influenze illecite. Stando alla formulazione delle stesse, il dato decisivo sembrerebbe quello per cui, mentre l'art. 318 c.p. è affrancato dal compimento di un singolo atto e costruito attorno all'esercizio di una funzione, l'art. 346-*bis* c.p. mantiene il più tradizionale riferimento al compimento di un atto contrario ai doveri del proprio ufficio, che compare anche tra gli elementi costitutivi degli artt. 319 e 319-*ter* c.p.

L'esclusione dell'art. 318 c.p. dalla clausola di riserva, detto altrimenti, sembrerebbe "banalmente" motivata dal fatto che il legislatore ha costruito come nettamente distinte le due fattispecie, escludendo "a monte" la possibilità di un concorso di reati²⁹.

La soluzione in questione muove dal presupposto per cui l'inciso «in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio» debba intendersi riferito tanto alla mediazione "a titolo oneroso" (il corrispettivo costituisce il prezzo della mediazione illecita) quanto alla mediazione "a titolo gratuito" (il corrispettivo rappresenta la remunerazione del pubblico agente): malgrado la non felice formulazione dell'art. 346-*bis* c.p., con troppi incisi tra virgole che si succedono nel primo comma dello stesso, sembrerebbe infatti che il

²⁸ *Amplius* M. GAMBARDILLA, *Le nuove fattispecie di corruzione e concussione*, in questo volume.

²⁹ I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 92; F. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, cit., 483 e *Id.*, *Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 1/2017, 181. Alcuni Autori pervengono alla medesima conclusione, valorizzando però non tanto la distinzione tra "atto" e "funzione", quanto piuttosto quella tra corruzione propria e corruzione impropria. Ad avviso di V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., 121 non sarebbe ipotizzabile alcun concorso «ma non perché il primo è "assorbito" dal secondo, bensì perché il primo non punisce i pre-patti funzionali alla realizzazione del secondo: è la stessa descrizione tipica *ex art. 346-bis* c.p., insomma, a dirci che l'istigazione *ex art. 322*, co. 1, c.p. *continua* a segnare il limite più arretrato della "responsabilità da corruzione impropria". Anche F. PRETE, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.* 2012, 7 ritiene che l'assenza dell'art. 318 c.p. dalla clausola di riserva derivi dall'astratta impossibilità di configurare un traffico di influenze illecite finalizzato al compimento di atti conformi ai doveri d'ufficio. In questa direzione sembra muoversi la stessa I. MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità? Alcune osservazioni critiche*, in *Arch. pen.*, 1/2015, 8. V. MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2000, 936 evidenziava come il riferimento all'atto anziché all'attività del pubblico ufficiale o, addirittura, alla mera qualifica soggettiva dello stesso, valesse a individuare il confine tra le fattispecie di corruzione e il traffico di influenze, così come delineato negli ordinamenti diversi da quello italiano che già conoscevano il reato in questione.

compimento dell'atto contrario ai doveri di ufficio rappresenti un elemento comune alle condotte descritte dalla nuova fattispecie³⁰. La lettera del primo comma dell'art. 346-*bis* c.p., pare doveroso precisarlo, si presta però anche alla differente lettura secondo cui il compimento dell'atto andrebbe riferito solo all'ipotesi di mediazione a titolo gratuito: in questa prospettiva, ben potrebbe ipotizzarsi che, nei (soli) casi in cui il faccendiere si faccia dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria mediazione, la fattispecie ricomprenda anche accordi prodromici alla realizzazione di una corruzione funzionale, con l'ulteriore conseguenza di un possibile concorso tra l'art. 318 c.p. e l'art. 346-*bis* c.p.³¹.

L'idea di un'incompatibilità strutturale tra l'art. 346-*bis* c.p. e l'art. 318 c.p., tuttavia, incontra innegabili difficoltà di tenuta a fronte di quella giurisprudenza che estende la corruzione per la funzione ben oltre l'art. 318 c.p., ritagliandole, come precisato, ampi spazi applicativi nell'ambito dell'art. 319 c.p.: in questa prospettiva, l'esclusione dell'art. 318 c.p. non risulterebbe agevolmente giustificabile, visto che il legislatore avrebbe escluso il concorso di reati tra il traffico di influenze e la "corruzione funzionale propria", ma non anche tra l'art. 346-*bis* c.p. e la "corruzione funzionale impropria".

Fino a quando il diritto vivente si ostinerà a seguire una direzione differente da quella indicata dal legislatore, anche le letture più "banali" possono rivelarsi estremamente complicate.

³⁰ P. SEVERINO, *op. cit.*, 11; I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 91-92; P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 4/2016, 1301; R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 19; S. GROSSI, *Il delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Tratto teorico pratico di diritto penale*, cit., 255.

³¹ M. GAMBARDILLA, *Dall'atto alla funzione pubblica*, cit., 21; D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *Federalismi*, 2012, 18-19, che evidenzia possibili profili di irragionevolezza derivanti dalla soluzione *de qua*.

3. *Traffico di influenze illecite e millantato credito*

Sebbene l'art. 346-*bis* c.p. sia stato introdotto *ex novo* nel 2012, ciò non equivale all'affermazione per cui prima della legge Severino le condotte in questione risultassero del tutto attratte nell'alveo della irrilevanza penale. La nuova fattispecie è immediatamente successiva a quella di millantato credito prevista dell'art. 346 c.p., rimasto inalterato a seguito della riforma e al quale la giurisprudenza era solita ricondurre alcune delle ipotesi che attualmente possono considerarsi disciplinate dall'art. 346-*bis* c.p.³². Il traffico di influenze è punito meno severamente rispetto al millantato credito, anche se, a differenza di quest'ultimo, prevede la responsabilità penale del "compratore" accanto a quella del "venditore" di fumo (art. 346-*bis*, secondo comma c.p.).

Il coordinamento tra le due fattispecie risulta particolarmente complesso, anche perché alcuni equivoci interpretativi evidenziatisi in riferimento alla fattispecie di millantato credito sembrano aver condizionato in maniera evidente la formulazione dell'art. 346-*bis* c.p.

Muovendo proprio dal delitto di cui all'art. 346 c.p., il concetto di "millanteria" sembra evocare, almeno nella prospettiva del linguaggio comune, una componente di inganno, risolvendosi nella vanteria esagerata di una realtà inesistente o che esiste in maniera significativamente differente da come rappresentata dal "venditore di fumo". La giurisprudenza prevalente, tuttavia, riteneva sussistente il millantato credito anche qualora oggetto dell'indebito mercimonio fosse una relazione effettivamente esistente con il pubblico ufficiale, attraendo così anche condotte che, stando alle indicazioni sovranazionali, avrebbero dovuto qualificarsi come "traffico di influenze"³³.

L'art. 346-*bis* c.p. sembra sottrarre all'ambito applicativo dell'art. 346 c.p. la *venditio fumi* alla quale faccia da sostegno l'impalcatura di relazioni effettivamente esistenti: in questo modo il millantato credito troverebbe applicazione solo in presenza di condotte caratterizzate da una più marcata componente di mendacio e tornerebbe attuale una lettura restrittiva della

³² P. SILVESTRE, *La riforma novellistica dei reati contro la p.a. nell'ottica del diritto penale sostanziale*, in *Giur. mer.*, 11/2013, 2319 ipotizza che proprio il legame strutturale, imposto dal diritto vivente, tra il millantato credito e il traffico di influenze abbia "distratto" il legislatore, tanto da portarlo a trascurare il coordinamento con basilari norme preesistenti quali l'art. 322 c.p. e l'art. 318 c.p.

³³ Si rinvia sul punto, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali, a M. ROMANO, *Legge anticorruzione*, cit., 1398 ss.; V. MAIELLO, *op. cit.*, 421 ss.; I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 89-90; M. GAMBARDILLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze*, cit., 3603 ss.

fattispecie in questione³⁴.

Non stupisce dunque che la prima giurisprudenza registratasi in riferimento all'art. 346-*bis* c.p. abbia ravvisato una continuità tra la norma generale precedente (art. 346 c.p.) e quella speciale successiva (art. 346-*bis* c.p.), la quale si riferirebbe a condotte che prima della legge n. 190 del 2012 confluivano sotto la previsione dell'art. 346 c.p. La nuova fattispecie, ex art. 2, comma 4 c.p., troverebbe dunque applicazione anche ai fatti pregressi in quanto norma più favorevole: «col risultato paradossale che una riforma presentata all'insegna del rafforzamento della repressione dei reati contro la pubblica amministrazione ha prodotto, almeno in questo caso, l'esito contrario»³⁵.

Si è fin da subito rilevata, in effetti, una possibile irragionevolezza nell'entità del trattamento sanzionatorio delle due fattispecie, anche in considerazione del fatto che gli strumenti internazionali non sembrano indicare differenza alcuna fondata sull'esistenza o meno delle relazioni/influenze oggetto di mercimonio³⁶. Sarebbe forse stata preferibile l'introduzione di una fattispecie unitaria che, senza determinare il dualismo rispetto al millantato credito, si inserisse in maniera coerente nel disegno delineato dalla riforma del 2012 (specie per ciò che attiene al *quantum* di pena)³⁷ e che, soprattutto, chiarisse il

³⁴ Sul necessario ritorno a una lettura restrittiva dell'art. 346 c.p. a seguito della novella del 2012 M. ROMANO, *Legge anticorruzione*, cit., 1403.

³⁵ Cass., Sez. VI pen., 28 novembre 2014, n. 51688, in *Cass. pen.*, 2/2015, con nota di G. LOSAPPIO, *Millantato credito e traffico di influenze illecite. Rapporti diacronici e sincronici*, la quale fa significativo riferimento non tanto alla relazione quanto piuttosto all'influenza esistente: «le condotte di colui che, vantando un'influenza effettiva verso il pubblico ufficiale, si fa dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria mediazione o col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale, condotte finora qualificate come reato di millantato credito ai sensi dell'art. 346 c.p., commi 1 e 2, devono, dopo l'entrata in vigore della L. n. 190 del 2012, in forza del rapporto di continuità tra norma generale e norma speciale, rifluire sotto la previsione dell'art. 346 *bis* c.p., che punisce il fatto con pena più mite». Cass., sez. 15 febbraio 2013, n. 17941, in *C.E.D. Cass.*, rv. 266735 muove invece dalla premessa per cui il dato delle relazioni esistenti valga a differenziare la fattispecie di cui all'art. 346-*bis* c.p. rispetto a quella del precedente art. 346 c.p., che presuppone invece relazioni solo vantate o millantate. Per ampie considerazioni critiche sull'orientamento che ha ravvisato una continuità normativa tra il millantato credito *ante* 2012 e il traffico di influenze illecite I. MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito*, cit., 2 ss. e M. GAMBARELLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze*, cit., 3601 ss.

³⁶ I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 90; M. ROMANO, *Legge anticorruzione*, cit., 1404 ss.

³⁷ E. DOLCINI, F. VIGANÒ, *op. cit.*, 241; M. RONCO, *Note per l'audizione avanti alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica*, in *www.senato.it*, 8 (ultimo accesso 14.09.2017) auspicava l'abolizione del millantato credito. G. BALBI, *op.*

ruolo del mendacio. Sebbene in effetti l'art. 346-*bis* c.p. valorizzi il dato delle relazioni esistenti tra il faccendiere e il pubblico agente, il delitto continua a ricondursi allo schema della *venditio fumi*, posto che quelle relazioni, in ogni caso, non vengono attivate in maniera "proficua".

Proprio l'oggetto dell'inganno resta il nodo (almeno in parte) irrisolto nei rapporti tra millantato credito e traffico di influenze, risentendo della lettura affermatasi, specie in giurisprudenza, in riferimento all'art. 346 c.p. L'impressione, più esattamente, è quella per cui non sempre risulti adeguatamente valorizzata la distinzione tra, da una parte, la mera relazione intercorrente tra il pubblico agente e il faccendiere e, dall'altra parte, l'influenza che quest'ultimo è in grado di esercitare sul primo.

L'art. 346 c.p., tanto nella rubrica quanto nel testo, fa riferimento al "credito" come oggetto della millanteria, inteso come la stima e la fiducia di cui il faccendiere godrebbe presso il pubblico agente: si tratta, altrimenti detto, di un inganno che ha ad oggetto la pretesa "influenza" che l'intermediario sarebbe in grado di esercitare. Se questo è vero, a ben vedere, poco importa che sia dato ravvisare una non meglio precisata "relazione" con il pubblico ufficiale: ciò che rileva è che il venditore di fumo millanti la sua capacità di esercitare un'influenza sul pubblico agente, o perché non è effettivamente in grado di incidere sulla sua condotta oppure perché, semplicemente, non ha alcuna intenzione di attivarsi in tal senso³⁸.

Nella nuova fattispecie dell'art. 346-*bis* c.p. le "influenze" cui facevano riferimento le fonti sovranazionali compaiono soltanto nella rubrica, mentre il testo della disposizione richiede che il soggetto agisca sfruttando relazioni esistenti³⁹. Sembrerebbe quindi che, anche in ragione del "diritto vivente" formatosi in riferimento all'art. 346 c.p., l'attenzione del legislatore si sia spostata dal credito-influenza alla relazione, la quale, se esistente, diviene sintomo di una "pericolosa vicinanza" al pubblico agente.

cit., 10, pur evidenziando le criticità relative all'entità del trattamento sanzionatorio, ritiene preferibile mantenere la distinzione tra le due fattispecie, coordinandole nei loro rapporti reciproci meglio di quanto abbia fatto il legislatore del 2012.

³⁸ V. VALENTINI, *op. cit.*, 122, del tutto condivisibilmente, evidenzia come l'applicazione dell'art. 346 c.p. anche ai casi di relazioni esistenti non rappresenti il frutto di un'estensione analogica della fattispecie, posto che nel millantato credito il mendacio ha ad oggetto la possibilità di agire sul pubblico agente, non già, e non anche, il legame sussistente tra quest'ultimo e il mediatore.

³⁹ G. LOSAPPIO, *op. cit.*, 1043. Sottolinea il dato in questione anche M. GAMBARDILLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze*, *cit.*, 3605-3606, nell'ambito di un'analisi volta a dimostrare l'eterogeneità strutturale tra l'art. 346, primo comma c.p. e l'art. 346-*bis* c.p., il quale, a fini intertemporali, dunque darebbe luogo a una nuova incriminazione.

Se la fattispecie risultasse appiattita sulla mera esistenza di una relazione tra il faccendiere e il pubblico agente e se questo dato meramente “statico” rappresentasse il solo spartiacque rispetto al millantato credito, i rapporti tra le due fattispecie faticherebbero a inquadrarsi secondo linee sufficientemente coerenti: il faccendiere sarebbe punito più severamente se, indipendentemente dalla sussistenza o meno della relazione, non sia in grado di influenzare le decisioni del pubblico ufficiale, posto che il credito nei suoi confronti è del tutto millantato; la pena sarebbe più mite, ma risponderebbe anche l’“acquirente”, nel caso in cui la relazione esista, indipendentemente dalla reale capacità del faccendiere di esercitare una qualche influenza sul pubblico agente.

Sembrerebbe allora preferibile ritenere che il traffico di influenze ruoti attorno a una componente “dinamica” capace di andare oltre il dato della mera relazione, con la conseguenza per cui il *discrimen* tra il millantato credito e la nuova fattispecie andrebbe ravvisato nell’influenza che il mediatore è in grado di esercitare sul pubblico agente: millantata nell’art. 346 c.p., reale (anche se solo potenziale) nell’art. 346-bis c.p.⁴⁰.

La lettura proposta, pur non risolvendo tutte le criticità “definitorie”, potrebbe forse ridurre il grado di indeterminatezza della fattispecie sotto il profilo delle “relazioni esistenti”. Se inteso in un’accezione meramente statica, il requisito in questione si presterebbe a ricomprendere situazioni molto diverse tra loro: dall’effettiva “contiguità” per ragioni professionali all’amicizia nata sui banchi del liceo, dal rapporto di parentela a una conoscenza meramente occasionale⁴¹. Valorizzando invece l’elemento in questione nel suo momento dinamico, la sola relazione che assumerebbe rilevanza sarebbe quella in grado di consentire al faccendiere di “influenzare” l’attività del pubblico agente: l’accertamento, altrimenti detto, dovrebbe avvenire sulla base di un giudizio di idoneità *ex ante*, volto a valutare l’effettiva potenzialità della relazione a tradursi in influenza, dando luogo, in caso

⁴⁰ Una lettura analoga è proposta da V. MAIELLO, *op. cit.*, 428. T. PADOVANI, *La messa “a libro” paga*, cit., XII e *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., 792 sembra invece andare oltre, poiché richiede che le “relazioni esistenti” siano effettivamente messe a frutto.

⁴¹ V. VALENTINI, *op. cit.*, 121. Già la *Relazione redatta per l’Ufficio del Massimario*, cit., 14 osservava: «la norma [...] non chiarisce quale sia il grado di relazione con il soggetto pubblico necessario affinché l’esistenza della stessa possa ritenersi realizzata, in particolare in tale indistinta aggettivazione (“esistenti”) ben potendo ricomprendersi, a prima vista, sia rapporti estrinsecatisi in una sola occasione, sia rapporti sporadici, sia rapporti stabili e consuetudinari». Cfr. F. PRETE, *op. cit.*, 3, ad avviso del quale «spetterà alla giurisprudenza stabilire quale grado di conoscenza tra l’intermediario e il pubblico agente sia sufficiente per poter definire “esistenti” i rapporti tra i due» e, per analoghe considerazioni, G. ANDREAZZA, *Il traffico di influenze: tra prevenzione e repressione*, in *Corruzione*, cit., 97.

contrario, a un credito solo millantato. Pur trattandosi di un accertamento che indubbiamente potrebbe presentare dei profili problematici, resta il fatto che il riferimento alle mere “relazioni esistenti” non riuscirebbe a superare agevolmente il vaglio della determinatezza.

La soluzione rapidamente descritta, inoltre, potrebbe rivelarsi maggiormente coerente con la rilevanza penale attribuita dalla nuova fattispecie anche alla condotta di colui che “acquista” la mediazione, rispetto al quale l’art. 346-*bis* c.p. funziona senza dubbio come nuova incriminazione⁴².

La previsione di una pena anche in riferimento alla condotta del terzo si spiega, senza particolari difficoltà, nella prospettiva di anticipazione della tutela penale seguita dalla nuova fattispecie. Se tuttavia si ritenesse sufficiente il mero dato statico della relazione esistente tra faccendiere e pubblico agente, il terzo rischierebbe di trovarsi nella medesima posizione di “vittima di un inganno” descritta dall’art. 346 c.p.: quando infatti, pur sussistendo una relazione, l’influenza sia modesta o addirittura insussistente, l’art. 346-*bis* c.p. finirebbe per punire, con la stessa pena prevista per il faccendiere, vittime di autentici raggiri⁴³.

Anche la valorizzazione della componente dinamica dell’influenza, per la verità, non risolverebbe ogni profilo di criticità. La rilevanza penale della condotta dell’acquirente è affidata alla laconica disposizione del secondo comma dell’art. 346-*bis* c.p., il quale stabilisce che la stessa pena prevista dal primo comma si applica «a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale». La formulazione è affine a quella dell’art. 321 c.p., che prevede le pene per il corruttore nelle fattispecie dallo stesso richiamate: si tratta però di disposizioni che presentano significativi elementi di differenza. Le fattispecie di corruzione descrivono infatti una “vicenda a due soggetti”, con la conseguenza per cui il mero riferimento a “chi dà o promette il denaro o altra utilità”, unito al rinvio alla singola fattispecie di corruzione, consente di individuare senza eccessive difficoltà la condotta alla quale si attribuisce rilevanza penale. Nel caso dell’art. 346-*bis* c.p., per contro, a venire in considerazione è una “vicenda a tre soggetti”: posto che il primo comma descrive il fatto penalmente rilevante prendendo in considerazione il faccendiere e il pubblico agente, il riferimento operato dal secondo comma alla condotta del compratore non consente di individuare con sufficiente precisione quali elementi possano e debbano riferirsi anche

⁴² Sulla portata innovativa, specie nell’ambito delle questioni di diritto intertemporale, del passaggio dalla dimensione monosoggettiva del millantato credito a quella plurisoggettiva dell’art. 346-*bis* c.p. v. I. MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito*, cit., 11 ss.; M. GAMBARDELLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze*, cit., 3606.

⁴³ I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 90; V. VALENTINI, *op. cit.*, 121.

al “terzo polo” attorno a cui si articola il traffico di influenze. La questione si pone in termini problematici proprio prendendo in considerazione le relazioni esistenti sfruttate dal faccendiere. Non sembrerebbe così chiaro se l'elemento in questione incida anche sulla rilevanza penale del fatto del compratore, se non altro nel senso che contribuisca a definire l'oggetto del dolo di quest'ultimo: il preteso beneficiario della mediazione, altrimenti detto, dovrà o meno rappresentarsi la sussistenza della relazione/influenza del faccendiere con il pubblico agente oppure è necessario e sufficiente che agisca nella consapevolezza di dare o promettere denaro o altro vantaggio patrimoniale come remunerazione per l'intermediario o per il funzionario, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio?

Se si propendesse per la seconda parte dell'alternativa, la posizione del “beneficiario” non sarebbe molto diversa da quella della vittima di millantato credito, a meno che non si ritenga di valorizzare il mero dato oggettivo della maggiore contiguità tra faccendiere e pubblico agente, che, indipendentemente dal fatto che l'acquirente ne sia consapevole, colora di maggior disvalore anche la sua condotta, impendendo di considerarlo mera vittima del traffico di influenze.

4. Art. 346-bis c.p.: *fattispecie inutile o fattispecie pericolosa?*

I tempi non sono ancora maturi per un bilancio relativo alla capacità del traffico di influenze illecite di incidere in maniera significativa in un quadro in cui le esigenze preventive e quelle repressive dei fenomeni corruttivi si intersecano già sul piano della tutela penale.

Potrebbe senza dubbio addursi, quale constatazione almeno parzialmente consolatoria, la circostanza per cui l'art. 346-bis c.p. non sembra conoscere fino a questo momento un successo applicativo anche solo lontanamente paragonabile a quello dei “classici” delitti contro la pubblica amministrazione. Le incongruenze relative alla formulazione della fattispecie, al suo (mancato) coordinamento con altri reati e ai possibili profili di irragionevolezza sul piano sanzionatorio valgono, per ora, a riempire le pagine di dottrina, ma non sembrerebbero nella condizione di “far danni” nelle Aule di giustizia. Si tratta di una constatazione in grado di rassicurare anche quanti hanno visto pericolosamente lambite le soglie del *lobbying*, fenomeno che, malgrado numerosi tentativi in tal senso, non conosce nel nostro ordinamento alcuna

disciplina specifica⁴⁴: il diritto penale, probabilmente, non è la sede più adeguata per tracciare un confine tra il lobbismo lecito (magari virtuoso) e quello pericolosamente prossimo o addirittura coincidente con accordi di tipo corruttivo⁴⁵.

Non può negarsi però che l'art. 346-*bis* c.p., specie se risultasse prevalente una lettura volta a valorizzare il mero dato "statico" della non altrimenti precisata "relazione esistente", si presti a funzionare da temibile "apriporta", capace non solo di consentire al procedimento penale di addentrarsi nella selva oscura degli accordi precorrottivi, ma anche di coinvolgere il privato, in qualità di correo, in vicende che si sono risolte in una truffa ai suoi danni.

In attesa di verificare se e in che misura le preoccupazioni in questione risultino fondate, non resta che affidarsi all'icastico giudizio espresso da Tullio Padovani, che, in un'intervista resa in riferimento al caso "Tempa Rossa", definiva l'art. 346-*bis* c.p. una fattispecie con «un grado di consistenza paragonabile agli *zombie* del film "La morte dei morti viventi". [...] "Una boiata pazzesca"». Rispondendo poi alla domanda relativa alla ragione per la quale il traffico di influenze sia stato introdotto nel codice penale, precisava ulteriormente: «Perché faceva tanto fine, tutti parlavano del traffico di influenze e allora mettiamocela anche noi una normettina nel codice, così rinfreschiamo la stanza, mettiamo un mobile nuovo. Ma poi ci rendiamo conto che un mobile senza cassetti non serve a niente»⁴⁶.

⁴⁴ Per tutti P. VENEZIANI, *op. cit.*, 1295 ss. V. anche E. SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2016, 811 ss.

⁴⁵ M. RONCO, *Note per l'audizione avanti alle Commissioni riunite*, cit., 6 ss.

⁴⁶ E. ANTONUCCI, *Il traffico di influenze illecite? Una boiata pazzesca. Parla il Prof. Padovani*, 7 aprile 2016, in *www.ilfoglio.it* (ultimo accesso 14.09.2017).

