

ATTI

- 30 -

Corruzione pubblica

Repressione penale e prevenzione amministrativa

a cura di

FRANCESCO PALAZZO

FIRENZE UNIVERSITY PRESS

2011

Corruzione pubblica : repressione penale e prevenzione amministrativa / a cura di Francesco Palazzo. – Firenze : Firenze University Press, 2011. (Atti ; 30)

<http://digital.casalini.it/9788866550792>

ISBN 978-88-6655-077-8 (print)
ISBN 978-88-6655-079-2 (online PDF)
ISBN 978-88-6655-081-5 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández
Immagine di copertina: © Fuzzbones | Dreamstime.com

Il volume raccoglie gli atti del seminario di studio, organizzato dal Dipartimento di Diritto comparato e Penale dell'Università degli Studi di Firenze, nell'ambito di un Progetto di ricerca di rilevanza nazionale finanziato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (6 maggio 2011)

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul sito-catalogo della casa editrice (<http://www.fupress.com>).

Consiglio editoriale Firenze University Press

G. Nigro (Coordinatore), M.T. Bartoli, M. Boddi, F. Cambi, R. Casalbuoni, C. Ciappei, R. Del Punta, A. Dolfi, V. Fargion, S. Ferrone, M. Garzaniti, P. Guarnieri, G. Mari, M. Marini, M. Verga, A. Zorzi.

© 2011 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy
<http://www.fupress.com/>
Printed in Italy

SOMMARIO

FENOMENI CORRUTTIVI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: PIÙ DISCIPLINE, UN UNICO OBIETTIVO <i>Carlo Marzuoli</i>	1
POSSIBILITÀ E LIMITI DEL DIRITTO PENALE NEL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE <i>Francesco Cingari</i>	9
L'ACCERTAMENTO GIUDIZIARIO DELLA CORRUZIONE NELL'ATTUALE REALTÀ DELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE <i>Alessandro Crini</i>	51
IL CONFLITTO DI INTERESSI DEI PUBBLICI FUNZIONARI <i>Bernardo Giorgio Mattarella</i>	63
LA CORRUZIONE NEI LAVORI PUBBLICI <i>Alfredo Fioritto</i>	77
CONCLUSIONI. PER UNA DISCIPLINA 'INTEGRATA' ED EFFICACE CONTRO LA CORRUZIONE <i>Francesco Palazzo</i>	95
I RELATORI	103

FENOMENI CORRUTTIVI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: PIÙ DISCIPLINE, UN UNICO OBIETTIVO

Carlo Marzuoli

SOMMARIO: 1. Un compito del sistema. – 2. Amministrazioni ‘dedicate’ e interventi sull’amministrazione ordinaria: insieme, quanto meno. – 3. Alcuni punti da rivedere. – 4. Del ‘bene’ e del ‘meglio’.

1. *Un compito del sistema*

La corruzione è alla costante attenzione pubblica, in modo massiccio. Le iniziative normative, in termini di proposte e di prodotti, si moltiplicano. Di recente il Senato ha approvato il d.d.l. n. 2156 (n. 4434 Atti Camera)¹. Però di giorno in giorno, e di notizia in notizia, il fenomeno corruttivo pare dilagante. Il d.d.l. è uno dei fatti con cui si mostra di prendere operativamente atto che la corruzione è divenuta una dimensione normale di una estesa parte delle relazioni fra le istituzioni e la società e che perciò rischia di compromettere la forma costituzionale e democratica del Paese e il suo sviluppo. È il sistema, dunque, nella sua unità, che solo può trovare il rimedio, attraverso un uso coordinato e integrato delle sue componenti tecnico-disciplinari.

Il citato d.d.l., in gran parte volto a dettare regole per l’organizzazione e per l’attività dell’amministrazione, si mette su questa strada. Ma il male è profondo; è da chiedersi se lo spessore dello strumentario prospettato sia all’altezza del bisogno.

2. *Amministrazioni ‘dedicate’ e interventi sull’amministrazione ordinaria: insieme, quanto meno*

La corruzione, sul piano amministrativo, rinvia alle forme e ai contenuti di un problema di legalità, di correttezza e di buon andamento delle istituzioni e dei suoi funzionari e dipendenti (art. 28 Cost.)². Il da farsi riguarda l’introduzione e l’adeguamento delle regole volte a disciplinare i diversi elementi dell’organizzazione e i diversi settori di attività: il modo di essere e il modo di agire dell’amministrazione (e anche dei privati). Sono

¹ Ma anche altri dovrebbero essere citati, attualmente all’esame della Camera: vedi Atto n. 3380, n. 4382, n. 3850 (e vedi anche gli Atti n. 4516 e 4501).

² Si vedano B. MATTARELLA, *Le regole dell’onestà*, Bologna, 2007, e gli studi, sui tanti aspetti, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010.

i temi del conflitto di interessi, della funzione pubblica e dei suoi addetti, dei controlli (amministrativi), del potere amministrativo in generale (come tipo di potere: effetti tipici, regime) e dei rapporti con gli istituti del diritto privato, dell'attribuzione dei contratti, dell'affidamento dei pubblici servizi, delle 'liberalizzazioni' delle attività, dei controlli sulle attività private, delle attività amministrative di settore (territorio, istruzione, sanità, assistenza, economia, ecc.).

L'incremento di singole norme o di singole normative, però, non basta. Spesso, in realtà, finisce per essere indice di insuccesso delle istituzioni. L'idea che i problemi si risolvano (innanzitutto) facendo norme innesca una spirale pericolosa. Il problema genera il bisogno di nuove norme; la moltiplicazione delle norme aggrava il problema; l'aggravamento del problema induce ulteriori norme, e così via. È una tangente che potrà anche generare consenso, ma un consenso fatalmente provvisorio, perché fattore di un progressivo distacco fra i problemi e le soluzioni. Occorrono invece misure fra loro coerenti, meglio se poche, pacate, ma incisive, soprattutto indicative di una linea istituzionale univoca e stabile nei suoi valori di fondo, che sia perciò, al tempo stesso, prova concreta e credibile della (effettiva) capacità di governo del sistema.

Difficile dire se si sta andando in questa direzione.

La strada imboccata, in corrispondenza a linee di intervento di livello internazionale, si caratterizza perché volto a creare un'organizzazione, dei poteri e delle regole speciali, per contrastare il fenomeno corruttivo: una nuova autorità (l'Autorità nazionale anticorruzione)³, dei nuovi piani (il piano nazionale anticorruzione e i piani delle altre amministrazioni), dei nuovi poteri (il cui rapporto con la distribuzione costituzionale delle competenze fra i pubblici poteri, con i connessi profili di legittimità costituzionale, meriterebbe però ulteriore attenzione), delle nuove regole sulla trasparenza, sugli incarichi, sulla tutela del denunciante.

È una logica che, come molti interventi dedicati al superamento di circostanze anomale, richiama quella dell'amministrazione dell'emergenza. Detta amministrazione, istituita sia per emergenze reali (come i terremoti) sia per emergenze formali (i grandi eventi, che sono accadimenti addirittura voluti e programmati con anni di anticipo), si è ormai 'normalizzata' come un'amministrazione aggiuntiva e parallela, peraltro con più estesi poteri, le ordinanze in deroga, e con minori controlli.

Naturalmente, non si vuole negare l'utilità del ricorso a discipline speciali, dedicate, aggiuntive, straordinarie, né in generale né, per quanto qui interessa, in riferimento al fenomeno corruttivo. Si vuole solo sottolineare che il punto delicato e più importante, almeno se si guarda oltre il breve periodo, sta nel rapporto progettato e instaurato fra il modello

³ Che coincide con la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche prevista dall'art. 13 d.lgs. 27 marzo 2009, n. 150.

‘dedicato’ e l’amministrazione ordinaria. La vicenda dell’amministrazione dell’emergenza⁴ dimostra che un’amministrazione dedicata, e perciò aggiuntiva, può realizzare una svolta efficace e duratura ad almeno due condizioni.

Una prima è che si intervenga nelle pieghe di ciò che non si può chiedere all’amministrazione ordinaria. Altrimenti, il rischio è – paradossalmente – di contribuire ad aumentare confusione e sprechi, e con ciò a fecondare occasioni e tentazioni corruttive.

Una seconda è che si delinei e si pratichi un modello capace di poter essere contestualmente fattore di modificazione dell’amministrazione ordinaria affinché essa (amministrazione ordinaria) possa progressivamente soddisfare quel bisogno per cui, in un certo momento, è stata istituita l’amministrazione dedicata. In mancanza, l’ipotesi più ottimistica è quella di un continuo inseguimento fra l’ordinario, che genera corruzione, e il dedicato, che dovrebbe prevenire e reprimere, senza sapere chi alla fine prevarrà. Infatti, se l’ordinario non cambia, non è detto che il dedicato non divenga – anch’esso – occasione di fenomeni corruttivi.

All’amministrazione dedicata e aggiuntiva si dovrebbe ricorrere contestualmente a una riconsiderazione del modello ordinario e delle ragioni che stanno alla base delle sue carenze e dei suoi fallimenti. Di nuovo, non è agevole dire se questo è ciò che sta avvenendo, quanto meno in una misura significativa. La domanda è tuttavia inevitabile.

3. *Alcuni punti da rivedere*

Nella prospettiva indicata, il discorso investe aspetti generali e di fondo del sistema amministrativo, se non altro perché essi sono comunque il tessuto da cui è decisamente condizionata qualsiasi nuova norma di ‘settore’. Alcuni temi.

a) in punto di attività delle istituzioni e modelli di disciplina normativa

L’aspirazione a ridurre la possibilità di un esercizio arbitrario del potere è all’origine dello stesso diritto amministrativo e della giustizia amministrativa: il primo, sia pur minimo, ‘codice’ del potere amministrativo è infatti la l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, sull’abolizione del contenzioso amministrativo. Peraltro, non è immaginabile che l’attività dell’amministrazione possa essere in gran parte vincolata. Non può e, soprattutto, non deve esserlo. L’amministrazione è soddisfacimento in fatto degli interessi dei cittadini; ciò costituisce una (forse la) reale condizione per una sua perdurante legittimazione. L’amministrazione è la discrezionalità: esiste

⁴ Su cui vedi A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza fra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, e A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza*, Torino, 2011.

per scegliere in relazione alle situazioni e in attuazione degli interessi indicati dalla società secondo le procedure previste.

D'altra parte, il carattere vincolato dell'attività neppure è un rimedio sicuro; può rendere più laborioso il fenomeno corruttivo, ma può anche servire a meglio occultarlo attraverso una regolarità che, per essere puramente cartacea e formale, erige spesso uno schermo difficilmente superabile (di contro ai propositi) alla conoscenza (non delle carte, ma) dei fatti.

Dunque, ed è fin troppo ovvio ricordarlo, l'unico modo corretto è quello di pretendere discipline adeguate alla sostanza dei fatti da regolare, in cui discrezionalità e vincolo siano commisurati agli interessi da perseguire. Su questa strada le insoddisfazioni sono molte. Ne può essere esempio quanto subito segue.

b) in punto di liberalizzazioni e di semplificazioni

A tali voci sono da imputare congegni in parte non congrui rispetto allo scopo. Il riferimento è alla segnalazione certificata di inizio di attività, «S.C.I.A.» (art. 19 l. 7 agosto 1990, n. 241) e al silenzio assenso (art. 20 l. cit.). Dinanzi al possibile conflitto fra interesse pubblico e privato e fra interessi privati, si attribuisce una posizione di favore all'interesse del richiedente: costui è legittimato all'esercizio dell'attività senza necessità di un previo provvedimento di tipo autorizzatorio (SCIA)⁵ o senza dover attendere un provvedimento espresso (silenzio assenso). Fin qui, si può solo discutere sull'opportunità (politica) di applicare tali istituti in riferimento a certi interessi. L'aspetto da richiamare è un altro. Quelle norme rinviano all'esercizio di poteri di autotutela, cioè a revoche e ad annullamenti d'ufficio. Ma detti poteri, a tacere di ogni altra considerazione, debbono essere esercitati per ragioni di interesse pubblico, per intero (la revoca) o in parte (perché si aggiungono a profili di illegittimità: l'annullamento d'ufficio). La previsione di tali poteri entra pertanto in contrasto con quell'esigenza di certezza e di stabilità nei rapporti fra cittadino e amministrazione che è condizione essenziale per una buona resa dei due istituti e per evitare il moltiplicarsi di tentazioni corruttive.

Questo è un peccato per eccesso. Ma vi è anche, nella vicenda delle liberalizzazioni e delle semplificazioni, un peccato per difetto: i controlli.

L'affidamento nella correttezza dei privati non può essere disarmato. Non si può costruire una disciplina sul presupposto che il privato sia necessariamente virtuoso. Ciò non solo perché il dato non corrisponde alla realtà, ma innanzitutto perché il diritto (che è altra cosa rispetto alla virtù)

⁵ L'attuale d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (in corso di conversione), parrebbe ribadire (a fronte di precedenti giurisprudenziali contrastanti) che nel modello SCIA non vi è un provvedimento; l'art. 6, c. 1, lett. c), aggiunge il comma 6-ter all'art. 19 l. n. 241 del 1990 dove si precisa che «la segnalazione certificata di inizio di attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio di attività si riferiscono ad attività liberalizzate e non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili».

può imporre regole e non comportamenti virtuosi. L'estensione, auspicabile (se adeguata agli interessi coinvolti) di discipline di semplificazione, e di liberalizzazione⁶, dovrebbe essere accompagnata da organiche discipline di controlli successivi basati su profili di legittimità e sull'accertamento di fatti, piuttosto che sulla lettura di carte e, in ogni caso, senza reintroduzione alcuna di valutazioni discrezionali. Qui, davvero, sarebbe indispensabile uno sforzo straordinario, ma straordinario solo quanto alla volontà di provvedervi e non certo quanto al tipo di strumento: da sempre il controllo, in particolare ispettivo, è ben noto all'amministrazione ordinaria. Il fatto è che deve funzionare ed essere perciò anche progettato e organizzato in proporzione alle necessità poste dalla nuova complessità istituzionale e dalla maggiore prossimità fra privati e istituzioni.

c) in punto di interesse pubblico

Occorre accantonare la mistica dell'interesse pubblico come interesse di tutti in senso sostanziale; l'interesse pubblico, quello volta a volta individuato in sede politica o in sede amministrativa, è di tutti in senso meramente formale (perché scelto secondo certe procedure da certe autorità legittimate in un certo modo); nella sostanza può ben coincidere, anzi di regola coincide, con l'interesse di alcuni privati in danno dell'interesse di altri. Le coincidenze non sono di per se stesse scorrette. Di conseguenza per individuare eventuali occorre ricorrere alle regole di contesto e di procedura, che sono indispensabili anche per una più adeguata esplicazione e applicazione, nei singoli casi, dei principi generali 'sostanziali' (ragionevolezza e proporzionalità, nella veste dell'eccesso di potere) che disciplinano il rapporto fra il potere dell'amministrazione e i privati, fra l'interesse dell'una e l'interesse degli altri. Il tema è di particolare rilevanza in conseguenza dell'inevitabile riconoscimento e generalizzazione di forme consensuali di rapporto fra amministrazione e privati. Il riferimento di base è agli accordi di cui all'art. 11 legge n. 241 del 1990; per il resto è sufficiente ricordare le concessioni, l'urbanistica, i servizi pubblici (convenzioni sanitarie, convenzioni assistenziali, convenzioni per la formazione professionale).

Sotto il profilo in esame sono da creare dei contesti in cui l'amministrazione che contratta abbia alle spalle dei precisi vincoli, debitamente pubblicizzati, con una duplice funzione. Una prima è quella di consolidare la posizione dell'amministrazione come parte contraente, di farne un contraente forte e in particolare di rendere evidente che è un contraente forte (perché spesso già lo è), al fine di togliere ogni alibi a chi in suo nome

⁶ Per un'ulteriore ampliamento vedi il recente d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in l. 12 luglio 2011, n. 106, il cui art. 5 sostituisce l'art. 20 del T.U. sull'attività edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, dove il silenzio in tema di permesso di costruire diviene assenso (e non rifiuto, come in precedenza); il d.l. prevede anche e molte alte misure di semplificazione e liberalizzazione.

contratta; e ciò esige, appunto, che siano indicati preventivamente i confini della contrattazione, anche per evitare che l'altra parte possa anche solo ipotizzare di ottenere certi risultati. Una seconda è quella di fornire parametri sostanziali per valutare la correttezza dell'esito della contrattazione.

Viene così alla ribalta una ragguardevole attività di revisione, di riordinamento e di aggiornamento di molte discipline, a cominciare dal governo del territorio, con lo scopo di ricostruire una cornice programmatica stabile, non facilmente disfacibile a colpi di varianti, aperta al contributo dei privati, ma non sostituibile dall'iniziativa dei privati nel momento in cui si devono decidere le politiche da seguire.

d) in punto di funzionari e dipendenti dell'amministrazione (o, se si vuole, di 'funzione pubblica')

La privatizzazione del rapporto di lavoro con le amministrazioni, del tutto legittima dal punto di vista costituzionale (salvo verificarne i confini, talora), non può però tradursi nell'accantonamento di quegli aspetti per cui il dipendente pubblico è in quanto tale direttamente titolare di doveri⁷ che non sono predicabili per i dipendenti di soggetti privati. Credo che lo si possa ricordare senza retorica alcuna e senza enfasi alcuna. Si tratta, semplicemente, di avere sempre presente che il datore di lavoro pubblica amministrazione ha una fisionomia per alcuni aspetti differente rispetto al datore di lavoro privato. Dunque è normale che ciò possa riflettersi sulla condizione giuridica dell'addetto. Qui vi sono revisioni da fare di ben altra portata rispetto a quelle, pur non prive di qualche norma apprezzabile, apportate dalle recenti leggi di riforma (l. 4 marzo 2009, n. 15 e d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150). Vi è da riordinare il sistema dell'organizzazione amministrativa in modo da rendere in fatto operativa l'attribuzione delle responsabilità («penali, civili, e amministrative»: art. 28 Cost.) e, anche, da rendere effettivo ed efficace l'uso dello strumentario disciplinare. Naturalmente, senza esagerazioni, senza generalizzazioni, senza confusioni, con misura, ma con determinazione.

A tal fine le proliferazioni dei codici 'etici' rischiano di essere improbabili scorciatoie, se non operazioni di facciata. Vi è invece da capire (ma non è poi difficile) perché la privatizzazione non ha dato i risultati sperati e di conseguenza vi è da intervenire sui luoghi e sui capisaldi del contesto che hanno impedito a norme, che pure in parte vi sono, di essere attuate nel modo corretto. Insomma occorre produrre, se e quando vi sia necessità, delle norme, per così dire, che possano essere (presumibilmente), dal punto di vista dei fatti di attuazione, delle norme 'motore', specificamente concepite e destinate per facilitare l'applicazione delle discipline volta a volta predisposte.

⁷ Si rinvia a B. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., e a F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, 2009.

e) in punto di trasparenza

La trasparenza è un valore costituzionale generalmente riconosciuto. Ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 150 del 2009 è un livello essenziale delle prestazioni e di essa specificamente si occupa il d.d.l. citato. Va bene, ovviamente, ma – di nuovo – senza mistiche. Anche la riservatezza della persona e anche il segreto d'ufficio sono valori essenziali. La trasparenza non deve divenire una via per de-istituzionalizzare il rapporto fra cittadino e agente pubblico e per costruire un contatto immediato e permanente fra l'uno e l'altro, del tutto al di fuori della mediazione e della responsabilità dell'istituzione. Il timore non è privo di causa. La trasparenza nella versione di «accessibilità totale» alle «informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione» delle amministrazioni (art. 11 cit.) è tecnicamente (assai) discutibile, perché sovrappone «trasparenza» e «pubblicità»⁸, di dubbia costituzionalità (l'ordinamento repubblicano ammette poche «totalità»), e pericolosa. Essa è l'esplicitazione di un concetto (ma divenuto legge della Repubblica) che è riferimento e spiegazione di una certa regola, non più vigente, ma da non dimenticare. La regola (posta dalla legge n. 15 del 2009)⁹ è quella per cui le «notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto ad una funzione pubblica e la relativa valutazione non sono oggetto di protezione della riservatezza personale». Sarebbe come dire, per un verso, che il contatto con l'amministrazione trasforma l'individuo da persona a pezzo dell'organizzazione e, per un altro, che l'istituzione adempie (se non in tutto in gran parte) alle sue responsabilità di governo con questa pubblica ostensione. Troppo facile, troppo comodo, e comunque inaccettabile. È confortante ipotizzare che per questo (come anticipato) si sia provveduto a breve distanza di tempo ad abrogare la disposizione e a sostituirla con altra, corrispondente, almeno in generale, ai principi¹⁰ e lo stesso d.d.l. citato utilizza, in materia di

⁸ Che sono invece nozioni ed esigenze diverse, vedi sul punto, A. BRANCASI, *La contabilità come fonte di conoscibilità dei dati e preconditione di trasparenza*, in F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 69 ss. (nonché, se si vuole, C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 50).

⁹ Che è la legge contenente la delega per l'emanazione del citato d.lgs. n. 150 del 2009.

¹⁰ Ad opera dell'art. 14, l. 4 novembre 2010, n. 183, che inserisce nell'art. 19, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, questa prescrizione: «Le notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto a una funzione pubblica e la relativa valutazione sono rese accessibili dall'amministrazione di appartenenza. Non sono invece ostensibili, se non nei casi previsti dalla legge, le notizie concernenti la natura delle infermità e degli impedimenti personali o familiari che causino l'astensione dal lavoro, nonché le componenti della valutazione o le notizie concernenti il rapporto di lavoro tra il predetto dipendente e l'amministrazione, idonee a rivelare taluna delle informazioni di cui all'articolo 4, comma 1, lettera d)». Il riferimento è ai dati 'sensibili'.

trasparenza, formule prudenti¹¹. Ma l'accessibilità «totale» (art. 11 d.lgs. n. 150 del 2009) rimane, e con essa rimangono le tentazioni che ne conseguono, ma purtroppo rimane un messaggio, di effetto durevole, nei confronti dell'opinione pubblica, che certo non facilita il recupero del senso delle istituzioni e del loro ruolo.

4. *Del 'bene' e del 'meglio'*

I temi sommariamente elencati esigono un lavoro ingente, continuo e faticoso, come dire: 'ordinario', sia dal punto di vista tecnico sia dal punto di vista dei processi di decisione politica. Ma, come noto, il 'meglio' è nemico del 'bene'. Vero. Ma senza un'idea del meglio non è possibile stabilire che cosa sia – in un momento e in una situazione dati – il bene.

Interventi settoriali (nel caso, molte norme del d.d.l.) sono perciò benvenuti, ma bisogna evitare che ciò possa comportare l'abbandono della strada maestra: l'amministrazione ordinaria. Prendere atto della necessità di interventi contingenti è una cosa, di per sé ragionevole e a seconda dei casi opportuna. Prefigurare, immaginare, propagandare (in modo diretto o indiretto, con azioni o con omissioni) l'idea che un sistema possa fondarsi su amministrazioni aggiuntive dedicate è un'altra cosa: è un'illusione e un'indicazione fuorviante per l'opinione pubblica.

Tornare (anche e comunque) all'ordinario e con ciò in particolare ribadire che determinate esigenze debbono essere soddisfatte prima e altrove rispetto al profilo penalistico: questo può essere un contributo che le discipline del diritto pubblico non penale possono dare e al diritto penale e all'unico obiettivo verso cui si dovrebbe convergere.

¹¹ Con l'esplicito richiamo, in tema di trasparenza, al rispetto del «segreto di Stato, (del) segreto d'ufficio e (della) protezione dei dati personali» (art. 2, c. 1).

POSSIBILITÀ E LIMITI DEL DIRITTO PENALE NEL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE

Francesco Cingari

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dimensione criminologica della corruzione. – 2.1. Profili quantitativi: ambiguità e oscurità della corruzione. – 2.2. La metamorfosi del fenomeno corruttivo: la corruzione politico-amministrativa-sistemica. 2.3. – Il volto del *pactum sceleris* nella corruzione politico-amministrativa-sistemica. 2.3.1. – La perdita di ‘dualità’ del patto corruttivo. 2.3.2. – La trasformazione del contenuto del *pactum sceleris*. – 2.4. Gli effetti delle mutazioni criminologiche della corruzione sul versante del ‘bene giuridico’ offeso. – 2.5. Profili criminogenetici del fenomeno corruttivo. – 2.5.1. Le caratteristiche strutturali della pubblica amministrazione: debolezza, malfunzionamento e *deficit* organizzativi. – 2.5.2. Caratteri e distorsioni del sistema economico-imprenditoriale. – 3. L’incidenza delle trasformazioni criminologiche sul versante normativo e applicativo. – 3.1. Il dinamismo internazionale nel contrasto alla corruzione. – 3.2. Mancato rafforzamento e progressivo indebolimento dell’apparato repressivo nazionale di contrasto alla corruzione. – 3.3. Il dinamismo giurisprudenziale e la tendenza a forzare il ‘tipo criminoso’ dei delitti di corruzione. – 4. Il problematico rafforzamento dell’azione repressiva: i limiti strutturali del diritto penale nel contrasto della corruzione. – 5. Verso un modello ‘integrato’ di contrasto alla corruzione: tra strumenti repressivi e preventivi. – 5.1. Il rafforzamento del sistema repressivo della corruzione. – 5.1.1. L’adeguamento della struttura dei delitti di corruzione alle mutazioni del fenomeno corruttivo: tra esigenze di garanzia e di effettività. – 5.1.2. Il problema dell’ineffettività della pena dei delitti di corruzione. – 5.1.3. Il rafforzamento degli strumenti di accertamento della corruzione. – 5.2. Il rafforzamento del sistema preventivo di contrasto alla corruzione. – 5.2.1. Il problema della disciplina dell’incandidabilità, del conflitto di interessi e delle procedure d’urgenza. – 5.2.2. La ‘rivitalizzazione’ del sistema disciplinare. – 5.2.3. Modelli organizzativi anticorruzione nella pubblica amministrazione: verso la responsabilità punitiva delle persone giuridiche pubbliche?

1. Premessa

La corruzione è un fenomeno criminale articolato e particolarmente complesso che ha subito una profonda trasformazione sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo passando da fenomeno burocratico/pulviscolare a fenomeno politico-amministrativo-sistemico. Questa metamorfosi ha comportato un significativo mutamento del disvalore dei fatti di corruzione e del ‘bene giuridico’ offeso. In particolare, la natura sistemica della corruzione ha comportato un ingigantimento del bene giuridico offeso e una rarefazione del contenuto di disvalore dei singoli comportamenti di corruzione. In effetti, la corruzione sistemica, oltre al prestigio, all’imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione, pregiudica l’economia pubblica e la stessa legittimazione dell’azione degli apparati dello Stato. Da questo punto di vista, il disvalore della corruzione non è quello di danno o di pericolo prodotto dal singolo atto corruttivo, ma è di natura seriale derivante dalla somma dei molteplici fatti di corruzione.

Le trasformazioni criminologiche della corruzione hanno esercitato una profonda spinta sulla dimensione giuridica del fenomeno, e non solo sul versante della configurazione normativa delle fattispecie incriminatrici ma ancora prima sulla stessa idea di bene giuridico tutelato dalle norme penali sulla corruzione. Ebbene, questo processo di fisiologico avvicinamento del sistema repressivo penale alla moderna configurazione criminologica della corruzione comporta alcuni seri motivi di crisi. Da un lato, si pone il problema dei rapporti tra i principi fondamentali del diritto penale e lo sforzo, sia al livello interpretativo che legislativo, di rafforzamento dell'azione repressiva del diritto penale. In particolare, delicata è l'individuazione dei limiti – sia sul piano interpretativo che su quello legislativo – entro i quali contenere la struttura e la portata delle fattispecie incriminatrici, al fine di contrastare il fenomeno di smaterializzazione del loro contenuto offensivo. Dall'altro lato, si pone il problema di valutare la reale efficacia della azione repressiva del diritto penale di fronte alle macrodimensioni assunte dal carattere sistemico della corruzione.

In particolare, occorre valutare se per il contrasto della diffusione della corruzione sistemica sia realmente possibile continuare a puntare solamente (o prevalentemente) sullo strumento repressivo penale, oppure se, ferma restando la rilevanza penalistica degli obiettivi di politica criminale di adeguata tutela dell'esercizio della funzione pubblica dai fenomeni corruttivi, non sia necessario pensare alla costruzione di un sistema di tutela integrato e coordinato in cui lo strumento repressivo penale sia affiancato (o meglio preceduto) da strumenti preventivi extrapenali, prevalentemente di carattere amministrativo.

2. *La dimensione criminologica della corruzione*

La corruzione negli ultimi anni ha subito un processo di trasformazione sia sul piano quantitativo che sul piano qualitativo¹. Ed infatti, la corruzione non è più un fenomeno episodico ma tende ad essere di larghissima diffusione, che non riguarda solamente i piccoli burocrati ma coinvolge i vertici amministrativi e politici delle istituzioni e dei grandi enti economici.

Il dilagare della corruzione emerge non solamente dalla complicata e per certi aspetti contraddittoria indagine quantitativa sul fenomeno corruttivo, ma anche dall'analisi qualitativa, che mette in evidenza come la

¹ Sui processi trasformativi della corruzione vedi, in particolare, P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari 2008, p. 7 ss.; A. VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "mani pulite"*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano 2003, p. 23 ss.; G. FORTI, *Introduzione. Il volto di Medusa: la tangente come prezzo della paura*, ivi, p. XI ss.

corruzione da fenomeno criminale occasionale sia diventato un fenomeno sistemico.

2.1. *Profili quantitativi: ambiguità e oscurità della corruzione*

Nella misurazione del *quantum* del fenomeno corruttivo ci si trova di fronte ad una vera e propria contraddizione: mentre i dati sulla corruzione registrata, desumibili dalle statistiche delle denunce e delle condanne per corruzione e concussione, si assestano a livelli medio-bassi, le stime relative al livello di percezione della corruzione raggiungono picchi davvero elevati. In effetti, si pensi che mentre nel 1990 il numero delle denunce registrate per corruzione e concussione era di 235, nel 1993 il numero delle denunce per corruzione e concussione sale fino a 1245, e nel 1995 fino a 2000 crimini con oltre 3000 persone denunciate, successivamente il numero delle denunce comincia gradualmente a decrescere fino a ritornare ai livelli precedenti al 1993². Questi dati sono confermati anche dalle più recenti rilevazioni del Ministero dell'interno (rese note dal SAeT)³, che, ancorché riferite al complesso dei delitti contro la pubblica amministrazione, mostrano come dai 3.400 reati e 12.400 persone coinvolte del 2004 si sia passati a 1.300 reati e 5.500 persone coinvolte del primo semestre del 2009⁴.

E analoghi bassi livelli di corruzione registrata emergono anche dal numero delle condanne per corruzione, in evidente calo nel decennio 1996-2006: in particolare, nel 1996 si registrano oltre 1700 condanne a fronte delle 239 del 2006⁵.

Senonché, di segno completamente opposto sono le stime relative al livello di corruzione percepita. In particolare, le graduatorie stilate annualmente da *Transparency International* (Ti)⁶ evidenziano, non solo un

² Cfr. le statistiche giudiziarie penali Istat per i reati di corruzione e concussione.

³ Si tratta del *Servizio Anticorruzione e Trasparenza* creato nell'ambito del Dipartimento della Funzione Pubblica, che ha origine dall'ufficio dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione.

⁴ Cfr. Secondo Rapporto al Parlamento del *Servizio Anticorruzione e Trasparenza* (SAeT) del 19 febbraio 2010.

⁵ Cfr. A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit., p. 44.

⁶ *Transparency International* (Ti) è un'organizzazione non governativa, che ha l'obiettivo di contrastare e prevenire la corruzione al livello globale attraverso attività di informazione, sensibilizzazione, studio e ricerca. Ogni anno Ti provvede a elaborare l'indice di percezione della corruzione (*Corruption Perception Index*) che si esprime attraverso un punteggio numerico (che varia da 0, che indica il livello massimo di corruzione, a 10, che indica assenza di corruzione), che viene attribuito agli Stati monitorati e che viene ricavato sulla base di una serie di indagini statistiche e vittimologiche su categorie di soggetti particolarmente 'sensibili' al fe-

elevato livello di percezione della corruzione, visto che nella graduatoria di Ti del 2010, su 178 paesi esaminati, l'Italia si è classificata al 67° posto con 3,9 punti dopo il Ruanda (classificatosi 66° con 4 punti), ma soprattutto come negli ultimi anni l'Italia sia in vera e propria caduta libera, visto che dal 2008, anno in cui l'Italia si collocava al 55° posto, sono state perse ben 12 posizioni, e dal 2006, anno in cui l'Italia occupava il 41° posto, sono state perse ben 26 posizioni⁷.

Questi dati sono sostanzialmente confermati anche dai sondaggi effettuati da Eurobarometro⁸, secondo i quali: tra il 2005 e il 2008, la percentuale di italiani che ritengono la corruzione un problema importante sono saliti dal 75% all'84%, e tra il 2007 e il 2009, la percentuale di italiani che affermano di avere vissuto direttamente nell'ultimo anno vicende di corruzione, nel senso che si sono visti offrire o chiedere una tangente, è cresciuta dal 10% al 17%⁹.

In realtà, la discrasia tra i dati relativi alla corruzione registrata e quella percepita è una conseguenza del carattere sommerso del fenomeno corruttivo, che tende a sfuggire alla registrazione¹⁰. In particolare, a rendere difficile l'emersione della corruzione, anzitutto, è la natura sinallagmatica del reato di corruzione che, da un lato, si presenta vantaggioso sia per il corrotto che per il corruttore, e dall'altro lato, espone corrotto e corruttore a responsabilità penale. In secondo luogo, ad ostacolare l'emersione del fenomeno corruttivo è la scarsa propensione alla denuncia da parte delle vittime. In effetti, la corruzione è un reato a vittima c.d. muta¹¹, non solo perché i beni offesi dal comportamento corruttivo sono diffusi, ma anche perché coloro che sono danneggiati direttamente dal comportamento corruttivo (ad esempio l'impresa con-

nomeno corruttivo come imprenditori, studiosi e giornalisti. Sui limiti dell'Indice di Percezione della Corruzione (CPI) elaborato da *Transparency International* vedi il *Primo Rapporto al Parlamento del Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAeT)*, Roma 2009, p. 45 ss.

⁷ Per questi dati vedi, oltre alle graduatorie annuali stilate da T.i., che si possono leggere su <[http://www. Transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi](http://www.Transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi)>, A. VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "mani pulite"*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente*, cit., p. 25 ss.; Id., *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in *La corruzione amministrativa, Cause, prevenzione e rimedi*, cit., p. 45 ss.; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 108.

⁸ Si tratta dell'istituto europeo di sondaggi.

⁹ Cfr. Rapporto *Eurobarometer, Attitudes of Europeans towards Corruption*, special eurobarometer 325, Brussels, 2009.

¹⁰ In questo senso vedi A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in *La corruzione amministrativa, Cause, prevenzione e rimedi*, cit., p. 49 ss.; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 114 ss.

¹¹ Su ruolo della vittima vedi G. MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.* 2008, p. 780.

corrente con quella che corrompe il pubblico agente) sono portati a non denunciare per l'esistenza di una vera e propria sottocultura criminale, ovvero di complessi meccanismi regolativi, che premiano con l'inclusione nel mercato della tangente coloro che li rispettano e sanzionano con l'esclusione quelli che li violano¹². Infine, un deciso contributo alla sommersione del fenomeno corruttivo, almeno nelle aree del Centro Sud del nostro Paese, proviene anche dalla presenza della criminalità organizzata¹³. Così, ad esempio, si pensi che nel periodo compreso tra il 1983 e il 2002 nel distretto di Corte d'Appello di Reggio Calabria sono state pronunciate due sole condanne definitive per corruzione propria e una sola per concussione¹⁴.

2.2. *La metamorfosi del fenomeno corruttivo: la corruzione politico-amministrativa-sistemica*

Ma a confermare il livello di diffusione della corruzione è soprattutto l'indagine sulle caratteristiche qualitative del fenomeno corruttivo, che mette in evidenza come la corruzione da fenomeno episodico sia divenuto un fenomeno di larghissima diffusione. In effetti, accanto alla corruzione burocratico-amministrativa-pulviscolare, che ha carattere episodico e coinvolge pubblici amministratori in posizione non apicale, si è andata consolidando quella politico-amministrativa-sistemica, che presenta una struttura molto più complessa ed articolata, sia perché coinvolge vari livelli delle istituzioni fino ai vertici politici ed amministrativi, sia perché è regolata da complessi e sofisticati meccanismi che, favorendo dinamiche di autoreplicazione, determinano la sua diffusione sistematica nella attività della pubblica amministrazione.¹⁵

¹² Cfr. M. ANDREOLI, *Andavamo in Piazza Duomo*, Milano, 1993, p. 61 ss.; G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione dieci anni dopo*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano 2003, p. 85 ss.; A. VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "mani pulite"*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente*, cit., p. 36 ss.

¹³ Sui rapporti tra il grado di occultamento della corruzione e la criminalità organizzata vedi L. VIOLANTE, *Corruzione e mafia*, in M. D'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, p. 69 ss.; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 115.

¹⁴ Cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 74 (in particolare Tabella n. 1). Inoltre vedi *Primo Rapporto al Parlamento del Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAeT)*, cit., p. 30 ss., che conferma anche per gli anni 2004-2008 la bassa incidenza delle denunce dei reati collegati alla corruzione nelle regioni del Sud d'Italia.

¹⁵ Cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 264; G. FORTI, *Introduzione. Il volto di Medusa: la tangente come prezzo della paura*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, cit., p. XV; ID., *L'insostenibile pesantezza della «tangente ambientale»: inat-*

2.3. *Il volto del pactum sceleris nella corruzione politico-amministrativa-sistemica*

Nella corruzione politico-amministrativa-sistemica il patto corruttivo tende ad assumere caratteristiche assai peculiari, che mettono a dura prova la tenuta dello strumento penalistico.

2.3.1. *La perdita di 'dualità' del patto corruttivo*

Per quanto riguarda i soggetti del patto corruttivo, nella corruzione sistemica il patto corruttivo perde carattere rigorosamente 'duale'. E infatti, nella vicenda corruttiva sono coinvolti oltre al corrotto e al corruttore anche altri soggetti con ruoli e funzioni diverse. In particolare, in questa forma di manifestazione criminologica della corruzione un ruolo determinante è svolto da veri e propri 'centri di potere' e segnatamente dai partiti politici, dalle correnti e dai comitati d'affari trasversali¹⁶. Più precisamente, questi centri di potere, da un lato, svolgono funzione di regolazione e garanzia di complessi meccanismi corruttivi e, dall'altro lato, costituiscono i terminali delle tangenti pagate dagli imprenditori¹⁷. Così, ad esempio, può accadere che, con riferimento alle grandi opere pubbliche oppure agli appalti di un determinato ente pubblico, si creino degli accordi tra i vari partiti politici che stabiliscono le percentuali in base alle quali le tangenti versate dalle imprese aggiudicatrici debbono essere ripartite¹⁸. E queste tangenti talvolta sono versate direttamente al politico che amministra l'ente pubblico, che poi le ripartisce tra le varie componenti politiche coinvolte. Questo complesso sistema di regole spartitorie è garantito dagli stessi centri di potere politico destinatari delle tangenti, che si occupano di prevenire oppure di risolvere i conflitti che possono nascere sulla quantificazione delle percentuali delle tangenti. In questo contesto, non solo risulta problematico ricostruire il processo formativo della deliberazione corruttiva, ma visto che finiscono per ricevere tangenti soggetti 'lontani' dall'imprenditore (corruttore), il rapporto tra atto retribuito, tangente, corrotto e corruttore tende ad opacizzarsi. Dall'altro lato, in questa forma di manifestazione criminologica della corruzione, tra il politico corrotto (ed eventualmente il burocrate competente ad emanare l'atto) e il privato corruttore si collocano spesso altri soggetti che svolgono

tualità della disciplina e disagi applicativi del rapporto corruzione-concussione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 491.

¹⁶ Sui comitati d'affari vedi D. DELLA PORTA, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, Bologna, 1992.

p. 154; A. VANNUCCI, D. DELLA PORTA, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, 1994, p. 451.

¹⁷ Cfr. A. VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "mani pulite"*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente*, cit., p. 34.

¹⁸ Ivi, p. 43 ss.

una funzione di intermediazione negli scambi corruttivi. In particolare, i c.d. faccendieri svolgono sovente funzione di filtro tra corrotto e corruttore. Queste particolari figure, che possono essere legate agli stessi centri di potere politico corrotti oppure alle imprese o essere addirittura dei *free lance*, oltre a creare occasioni di corruzione, contribuiscono ad opacizzare la vicenda corruttiva prestandosi a consulenze fittizie per occultare la tangente pagata al corrotto¹⁹.

2.3.2. *La trasformazione del contenuto del pactum sceleris*

A differenza della corruzione burocratica-pulviscolare, nella corruzione sistemica, la prestazione del corrotto e quella del corruttore tendono ad atteggiarsi secondo paradigmi complessi e piuttosto articolati.

Per quanto riguarda la prestazione del corrotto, essa, da un lato, non ha necessariamente ad oggetto un singolo atto determinato o determinabile, ma anche una determinata o determinabile attività di 'influenza'. Ed infatti, i complessi meccanismi della corruzione sistemica fanno sì che il pubblico agente corrotto (politico o alto funzionario) talvolta non si impegni ad emanare un atto del proprio ufficio bensì a fare pesare la 'propria autorevolezza' sul pubblico agente competente ad emanare l'atto richiesto dal corruttore. A questo proposito, si pensi alla vicenda oggetto della sentenza della sesta sezione della Corte di cassazione del 6 febbraio 1997 in cui il Presidente di una Regione in cambio di denaro si era impegnato a fare indebite pressioni sul Presidente di un ente a partecipazione pubblica – la cui nomina poteva essere condizionata dalla Regione che deteneva il pacchetto azionario di maggioranza – per indurlo ad aggiudicare illegittimamente dei lavori pubblici al corruttore²⁰. Dall'altro lato, il fatto che in alcuni settori della pubblica amministrazione la corruzione sia istituzionalizzata fa sì che la prestazione del corrotto tenda a smaterializzarsi, avendo ad oggetto sempre più spesso in luogo di una attività determinata (atto d'ufficio o attività di influenza) le generiche funzioni o la qualità di cui è titolare il pubblico agente. In effetti, le inchieste giudiziarie hanno messo in evidenza come a fronte di casi in cui la tangente viene pagata, ad esempio, al boss dell'ente pubblico in cambio di un ben determinato servizio o opera pubblica, in altri casi la tangente viene versata dal corruttore a 'centri di potere' co-

¹⁹ Cfr. A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, p. 43 ss.

²⁰ Si allude a Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 1997, Bertino e altri, in *Dir. pen. proc.* 1998, p. 88 ss. (con nota di C. Bernasconi). Analogo schema corruttivo ha caratterizzato anche la complessa vicenda IMI/SIR decisa da Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2006, B.P. e altri, che non ha ritenuto configurabile il delitto di corruzione in atti giudiziari nei confronti del Presidente dell'Ufficio del Gip di Roma al quale veniva addebitato di essersi impegnato in cambio di denaro a svolgere una attività di influenza presso un giudice della Corte di cassazione.

me forma di imposta periodica, al fine di ottenere protezione nei futuri rapporti con la pubblica amministrazione²¹.

Per quanto riguarda la prestazione del corruttore, anzitutto, nella corruzione sistemica anche la tangente assume connotati davvero peculiari. In effetti, è frequente che l'imprenditore adempia al patto corruttivo secondo paradigmi diversi non sempre riconducibili alla mera dazione di denaro: così, ad esempio, si pensi all'imprenditore che adempie al patto corruttivo contribuendo in vario modo al consolidamento del consenso politico attraverso il finanziamento di iniziative di partito, oppure garantendo l'assunzione nell'azienda del personale segnalato dai politici. In secondo luogo, nella corruzione sistemica la tangente tende ad essere occultata attraverso sofisticati meccanismi di triangolazione che la rendono difficilmente riconducibile al corrotto e al corruttore: così, ad esempio, è frequente che il corruttore non paghi la tangente direttamente al pubblico agente corrotto bensì ad un intermediario, che poi provvederà a dirottarla al beneficiario finale. Infine, in quella particolare forma di manifestazione della corruzione sistemica che alligna nel conflitto di interessi, in cui il patto corruttivo non è funzionale al finanziamento della politica ma al mero soddisfacimento degli interessi privati di cui è titolare il pubblico agente corrotto, la tangente finisce per 'liquefarsi' e a non svolgere più il tradizionale ruolo di corrispettivo dell'atto d'ufficio²². In particolare, in questa forma di manifestazione della corruzione sistemica, il corrispettivo della prestazione del pubblico agente corrotto talvolta è costituito dallo stesso atto di cui il pubblico agente corrotto è al contempo autore e beneficiario più che dalla tradizionale tangente, che può anche materialmente mancare²³.

²¹ Cfr. A. VANNUCCI, *Il mercato della corruzione*, cit., p. 109 ss.; ID., *La corruzione nel sistema politico italiano*, cit., p. 33 ss.; D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi e attori*, cit., p. 342; P. DAVIGO, *I limiti del controllo penale e la crescita del ricorso alla repressione penale*, in M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, p. 47. Inoltre vedi Tribunale di Milano 22 dicembre 1989, n. 3182, p. 17 e la testimonianza di un dirigente dell'impresa Icomec che afferma: «Si è sempre trattato di un discorso complessivo, per cui l'Icomec si impegnava a pagare e l'ente a tenere un comportamento favorevole nei confronti di tutte le varie esigenze che l'esecuzione del rapporto presentava». Peraltro, il patto corruttivo tende ad assumere queste caratteristiche di indeterminatezza anche nelle vicende corruttive in cui è coinvolta la criminalità organizzata, che spesso offre i propri favori al pubblico agente senza una immediata contropartita ma a futura memoria cioè in vista di un futuro in cui tornerà utile rivolgersi al funzionario.

²² Sulla forma di manifestazione della corruzione sistemica che si radica nel conflitto di interessi vedi F. PALAZZO, *Politica e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?*, in *Dir. pen. proc.* 2010, p. 3; ID., *La tutela penale della pubblica amministrazione e il rapporto tra politica e legalità*, in S. VINCIGUERA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 631.

²³ Si vedano, ad esempio, la vicenda degli appalti dei Grandi eventi della Protezione civile (sul punto vedi ordinanza di custodia cautelare in carcere del

2.4. Gli effetti delle mutazioni criminologiche della corruzione sul versante del 'bene giuridico' offeso

Questa vera e propria mutazione genetica della corruzione ha prodotto una significativa trasformazione anche del 'bene giuridico' offeso e del contenuto di disvalore dei fatti di corruzione²⁴. In particolare, la sistematicità e la diffusività della corruzione hanno prodotto un ingigantimento del bene giuridico offeso e una correlativa rarefazione del contenuto offensivo dei singoli fatti corruttivi.

Sul versante dei beni giuridici, è indubbio che le nuove forme di manifestazione della corruzione non si limitano a pregiudicare la legalità, il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, ma producono effetti dannosi sistemici di carattere economico e politico-istituzionale.

Dal punto di vista economico, diffusività e sistematicità della corruzione, come rilevano numerose Convenzioni internazionali contro la corruzione stipulate negli anni '90²⁵, producono danni²⁶. In effetti, anche se nel breve periodo la corruzione può risultare funzionale a favorire un certo dinamismo del sistema economico-produttivo, garantendo la sopravvivenza di sistemi imprenditoriali tecnologicamente arretrati e il superamento dell'inefficienza della macchina amministrativa²⁷, è incontestabile che nel lungo periodo la diffusione sistemica della corruzione incide negativamente sulla crescita economica e sulla razionale distribuzione delle risorse²⁸.

g.i.p. del Tribunale di Firenze, proc. 1460/2009, 8 febbraio 2010, leggibile in <http://www.archive.org/stream/OrdinanzaGipFirenzeSuBertolasoc/ordinanza-bertolaso-giudice-firenze_djvu.txt>; l'indagine della Procura della Repubblica di Firenze riguardo l'appalto per la costruzione della scuola Marescialli dei carabinieri (sul punto vedi <http://www.ilsecoloxix.it/p/italia/2010/02/16/AMcBM1ND-inchiesta_indagato_allarga.shtml>); e quella della Procura distrettuale antimafia dell'Aquila sugli appalti per la ricostruzione dopo il terremoto dell'Aquila e del G8 (sul punto vedi <http://www.repubblica.it/cronaca/2010/12/17/news/terremoto_e_g8-10337894/index.html?ref=search>).

²⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Kriminologische un Juristische Aspekte der öffentlinchen Korruption*, in *Festschrift für Klaus Volk*, Zum 65. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, 2009, p. 527.

²⁵ Cfr. Convenzione penale sulla Corruzione conclusa a Strasburgo il 27 gennaio 1999 nell'ambito del Consiglio d'Europa e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, Parigi 17 dicembre 1997.

²⁶ Cfr. S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 951.

²⁷ Sulle virtù della corruzione vedi G. KOENIG, *Les discrètes vertus de la corruption*, Grasset, 2009.

²⁸ Sull'impatto della corruzione sul sistema economico nazionale ed internazionale vedi M. ARNONE, E. ILIOPULOS, *La corruzione costa. Effetti economici istituzionali e sociali*, Milano, 2005; G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della tangente*, cit., p. 508 ss; Id., *Unicità o ripetibilità della corruzione sistematica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione 'sostenibile' dei crimini politico-amministrativi*,

Sotto il primo profilo, e cioè quello della crescita economica, la letteratura economica ha messo in evidenza il rapporto inversamente proporzionale che esiste tra crescita economica e livello di diffusione della corruzione. Anzitutto, sistematicità e diffusività della corruzione alterano la libera concorrenza nel mercato, in quanto favoriscono la concentrazione della ricchezza economica su coloro che riescono ad entrare nel mercato della tangente a scapito di coloro che non possono o non vogliono farne parte. In secondo luogo, la corruzione incide negativamente sulla capacità di espansione del sistema economico, in quanto scoraggia gli investimenti, soprattutto stranieri, particolarmente sensibili agli alti livelli di percezione della corruzione. In effetti, le analisi empiriche mettono in evidenza come nei Paesi in cui il livello di percezione della corruzione è più basso, maggiore è l'indice degli investimenti stranieri²⁹. In terzo luogo, la corruzione incide negativamente sulla crescita economica in quanto frena lo sviluppo tecnologico delle imprese, sempre più incentivate ad investire nel mercato della tangente piuttosto che su ricerca e innovazione.³⁰ In quarto luogo, la corruzione, oltre a produrre un aumento spesso incontrollato della spesa pubblica, determina un abbassamento della efficienza ed economicità delle opere pubbliche realizzate, visto che il profitto del privato corrotto è realizzato proprio lucrando sui costi di produzione e/o manutenzione delle opere pubbliche finanziate³¹. Infine, ad elevati livelli di corruzione è tendenzialmente correlato un abbassamento del gettito delle entrate dello Stato.

Sotto il secondo profilo, e cioè quello della razionale distribuzione delle risorse, la corruzione altera la razionale distribuzione delle risorse e mina le condizioni fondamentali per l'uguaglianza sociale.

Sotto il profilo politico-istituzionale, sistematicità e diffusività della corruzione mettono in pericolo le stesse condizioni fondamentali di sopravvivenza delle moderne democrazie. Per un verso, la corruzione, oltre a deprimere la qualità della *governance* sia sotto il profilo istituzionale che socio-ambientale³², pregiudica il carattere democratico e la stessa legittimazione sostanziale dell'azione degli apparati pubblici³³. In effetti,

in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1092; F. STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 935.

²⁹ Sul punto vedi M. ARNONE, E. ILIOPULOS, *La corruzione costa, effetti economici, istituzionali e sociali*, cit., p. 78 ss.

³⁰ Cfr. G. MANNOZZI, *Combattere la corruzione*, cit., p. 781.

³¹ Cfr. D. DELLA PORTA, *I circoli viziosi della corruzione in Italia*, in D. DELLA PORTA E YVES MÉNY (a cura di), *Corruzione e democrazia. Sette paesi a confronto*, Napoli, 1995, p. 56.

³² Cfr. M. ARNONE, E. ILIOPULOS, *La corruzione costa, effetti economici, istituzionali e sociali*, cit., p. 129 ss.

³³ Sulla dimensione offensiva della corruzione sistemica vedi S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 951 ss.; G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*,

se in modo sistematico l'azione della pubblica amministrazione, anziché ispirarsi ai principi di legalità ed imparzialità, è 'governata' dalla logica del profitto a venire meno è la stessa legittimazione democratica della sua azione. Per un altro verso, sistematicità e diffusività della corruzione, minando progressivamente la fiducia dei consociati nella legalità ed imparzialità dell'azione degli apparati pubblici³⁴, attenuano l'efficacia delle fondamentali regole etiche che disciplinano la corretta convivenza civile e fondano il patto sociale. Da questo punto di vista, la corruzione produce uno dei principali effetti criminogeni di se stessa, visto che la sfiducia dei consociati nella capacità della pubblica amministrazione di essere imparziale e efficiente è a sua volta una delle principali cause della diffusione delle pratiche corruttive.

Naturalmente l'ingigantimento del bene giuridico offeso dalla corruzione comporta una vera e propria rarefazione del contenuto di disvalore dei singoli fatti di corruzione, che trascende il pericolo per il corretto funzionamento della pubblica amministrazione e assume carattere seriale³⁵. In effetti, a recare pregiudizio all'economia pubblica e alla fiducia nella legalità ed imparzialità dell'azione dello Stato non è il singolo fatto corruttivo bensì la sua sistematica diffusione.

2.5. Profili criminogenetici del fenomeno corruttivo

Passando dagli effetti alle cause della corruzione³⁶, esse sono di carattere sistemico e macrosociale. In particolare, avendo riguardo al variegato panorama criminologico evidenziato dalle molte inchieste giudiziarie, e senza naturalmente alcuna pretesa di completezza, è possibile individuare alcuni fattori criminogeni di carattere politico-amministrativo ed economico³⁷.

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 885 ss.; T. PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 456; G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 484.

³⁴ Cfr. S.P. GREEN, *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, ed. it. a cura di E. Basile, p. 236.

³⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Kriminologische un Juristische Aspekte del öffentlinchen Korruption*, cit., p. 526 ss.

³⁶ Sul concetto di causa in criminologia vedi G. PONTI, I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, p. 20 ss.

³⁷ Per una panoramica dei principali fattori che favoriscono la corruzione sistemica vedi A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, cit., p. 51 ss.; CAMERA DI DEPUTATI. COMITATO DI STUDIO SULLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE, *La lotta alla corruzione*, Roma, Bari, 1998.

2.5.1. *Le caratteristiche strutturali della pubblica amministrazione: debolezza, malfunzionamento e deficit organizzativi*

Tra i fattori capaci di favorire il radicamento del fenomeno corruttivo spiccano la qualità dell'organizzazione e del funzionamento della pubblica amministrazione.

Sotto il profilo dell'organizzazione, sono almeno tre i fattori che possono favorire la corruzione. Anzitutto, la commistione tra politica e amministrazione, e in particolare la presenza di amministratori di nomina politica con ruoli di gestione negli enti pubblici statali e locali, dotati di poteri capaci di condizionare la carriera dei burocrati. Con la conseguenza che la scarsa indipendenza dei primi dal potere politico e dei secondi dai primi finisce per creare le condizioni per la gemmazione di reti di scambio e solidarietà occulte che possono favorire la diffusione di fenomeni di corruzione di tipo sistemico. In secondo luogo, le situazioni di conflitto di interessi di cui sono titolari e portatori i pubblici agenti. In effetti, i pubblici agenti in situazione di conflitto di interessi possono essere portati all'abuso delle proprie funzioni proprio per soddisfare gli interessi privati di cui sono titolari o contitolari, e a dar vita a complesse forme di corruzione in cui la tangente finisce per confondersi con gli stessi effetti dell'atto oggetto del patto corruttivo³⁸.

In terzo luogo, viene in gioco la debolezza dell'apparato amministrativo della pubblica amministrazione almeno sotto un duplice profilo³⁹. Da un lato, la crisi dei corpi tecnici o professionali della pubblica amministrazione favorisce la corruzione, sia perché genera inefficienza nell'azione della pubblica amministrazione, sia perché rende necessario affidare gli incarichi professionali all'esterno della pubblica amministrazione, creando le condizioni per la stipulazione di patti corruttivi. Dall'altro lato, lo scarso senso di appartenenza allo Stato dei pubblici agenti favorisce la corruzione perché neutralizza uno dei principali antidoti dei comportamenti infedeli/illegali⁴⁰. In particolare, il livello di attaccamento alla pub-

³⁸ Cfr. *Rapporto di valutazione sull'Italia* adottato dal GRECO (Gruppo di Stati Contro la Corruzione) nell'ambito del Consiglio d'Europa il 2 luglio 2009, in <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval1-2\(2008\)2_Italy_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval1-2(2008)2_Italy_EN.pdf)>, che, tra le 22 raccomandazioni rivolte all'Italia, prevede anche la definizione di uno standard sul conflitto di interessi per tutti coloro che ricoprono funzioni nella pubblica amministrazione. Sul punto vedi anche M. ARNONE, E. ILIOPULOS, *La corruzione costa*, cit., p. 168 ss.; CAMERA DI DEPUTATI. COMITATO DI STUDIO SULLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE, *La lotta alla corruzione*, cit., p. 62 ss.

³⁹ Sulla crisi dei corpi tecnici dello Stato vedi E. GUSTAPANE, *La crisi dei corpi tecnici dello Stato*, in M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, cit., p. 213 ss.; CAMERA DI DEPUTATI. COMITATO DI STUDIO SULLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE, *La lotta alla corruzione*, cit., pp. 26 ss. e 67 ss.

⁴⁰ Cfr. P. DAVIGO, *La giubba del re. Intervista sulla corruzione*, a cura di D. Pinardi, Roma, Bari, 2004.

blica amministrazione decresce in maniera vertiginosa quando l'entrata e la progressione nelle carriere pubbliche non dipende dal merito, bensì dall'appartenenza politica o dall'anzianità⁴¹. Infine, e soprattutto, a favorire la corruzione è l'assenza di assetti organizzativi che consentano di prevenire il rischio di corruzione.

Sotto il profilo del funzionamento della pubblica amministrazione, la diffusione della corruzione dipende soprattutto dal suo malfunzionamento. In particolare, viene in considerazione la complessità e oscurità della disciplina amministrativa, che rende spesso imprevedibile l'azione della pubblica amministrazione. Con la conseguenza che di fronte alla oscurità e all'imprevedibilità della macchina amministrativa la tangente costituisce lo strumento attraverso il quale i consociati tendono a controllare e a rendere prevedibile l'azione della pubblica amministrazione. Sennonché, anche un legalismo eccessivo volto a ridurre troppo l'ambito di discrezionalità dei pubblici poteri, nella misura in cui rallenta e paralizza l'azione della pubblica amministrazione, può favorire la corruzione⁴².

L'inefficienza della pubblica amministrazione è poi causa della corruzione anche in quanto costituisce l'occasione per il ricorso alle procedure amministrative straordinarie e derogatorie alle procedure amministrative ordinarie. In effetti, negli ultimi anni, i poteri straordinari garantiti dalla l. n. 225 del 1992 sono stati utilizzati non solo per far fronte alle reali ed imprevedibili situazioni di emergenza come il terrorismo o le emergenze sanitarie oppure quelle legate ai flussi migratori, ma anche per far fronte all'ordinario stato di inefficienza della pubblica amministrazione⁴³. Così, ad esempio, i poteri d'emergenza sono stati usati per gestire eventi prevedibili e conseguentemente programmabili come il Giubileo, il G8 svoltosi a Genova nel 2001 e quello dell'Aquila del 2009, e financo i mondiali di nuoto di Roma del 2009. Sennonché, le recenti inchieste

⁴¹ Cfr. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Un paese anormale. Come la classe politica ha perso l'occasione di Mani Pulite*, Bari-Roma 1999, p. 114 ss.

⁴² In quest'ordine di idee si colloca M. KILLIAS, *La criminalità in Italia: uno sguardo dall'esterno*, in BARBAGLI, GATTI (a cura di), *La criminalità in Italia*, Bologna 2002, p. 275 ss., secondo il quale gli alti tassi di corruzione in Italia sarebbero legati soprattutto al meccanismo di funzionamento della pubblica amministrazione e segnatamente all'eccessivo legalismo che ne rende inefficace l'azione. In effetti, si afferma che la pubblica amministrazione italiana, a differenza di quella dei paesi del Nord Europa, è disciplinata da una eccessiva quantità di norme vincolanti che limitano eccessivamente la discrezionalità dei pubblici funzionari che è invece indispensabile per una azione efficace.

⁴³ Sui meccanismi di funzionamento delle procedure d'emergenza vedi F. TEDESCHI, N. FERRELLI, *Il governo dell'emergenza*, Napoli, 2010. In particolare, sull'uso dei poteri straordinari come surrogato dell'inefficienza della amministrazione pubblica vedi A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 230 ss.

giudiziarie⁴⁴ dimostrano come il ricorso alle procedure d'urgenza e ai poteri derogatori previsti dalla legge n. 225 del 1992, specie nel settore degli appalti pubblici, costituisce una delle principali occasioni di corruzione, in quanto comporta la deroga alle ordinarie procedure amministrative con conseguente ampliamento dei poteri discrezionali in capo ai pubblici agenti e progressivo azzeramento delle procedure di controllo⁴⁵.

Infine a favorire la corruzione è anche l'inadeguatezza dei controlli interni ed esterni sull'azione della pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda i controlli interni, la loro inadeguatezza riguarda almeno due profili. Da un lato, i controlli amministrativi sono caratterizzati da un eccesso di formalismo, essendo volti alla verifica della regolarità formale del procedimento amministrativo più che al controllo della efficienza del procedimento amministrativo e cioè della sua 'sostanziale' corrispondenza all'interesse pubblico, che solamente attraverso l'esercizio di efficaci poteri ispettivi potrebbe essere accertata⁴⁶. Dall'altro lato, i controlli non sono orientati alla verifica della idoneità della organizzazione amministrativa a prevenire i fenomeni corruttivi, visto che non esiste un obbligo di prevenzione dei fatti corruttivi all'interno delle amministrazioni pubbliche.

Circa i controlli esterni, cioè quelli diffusi esercitabili da parte dell'opinione pubblica, il *deficit* di controllabilità dell'azione pubblica dipende fondamentalmente dall'opacità che caratterizza l'azione amministrativa, e quindi dai bassi livelli di trasparenza.

2.5.2. Caratteri e distorsioni del sistema economico-imprenditoriale

Ma a favorire la corruzione sono indubbiamente anche alcuni aspetti della struttura delle imprese e del sistema produttivo nel contesto del quale esse operano.

Per quanto riguarda le imprese – il cui legame criminogenico con il fenomeno corruttivo è all'origine del d.lgs. n. 231 del 2001, che ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa degli enti

⁴⁴ Cfr. l'ordinanza di custodia cautelare in carcere del g.i.p. del Tribunale di Firenze, proc. 1460/2009, 8 febbraio 2010 relativa alla vicenda degli appalti sui c.d. grandi eventi gestiti dalla Protezione civile, cit.

⁴⁵ Sul carattere criminogeno del ricorso alle procedure d'emergenza come surrogato dell'inefficienza amministrativa vedi D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna, 1994, p. 66 ss.; ma vedi anche le considerazioni del Presidente della Corte dei Conti Luigi Giampaolino in occasione della cerimonia di insediamento riportate da *Repubblica* del 20 ottobre 2010, p. 4. Sul punto vedi anche l'intervista a Gherardo D'Ambrosio pubblicata da *Repubblica* del 20 ottobre 2010, p. 4.

⁴⁶ Cfr. F. BATTINI, *La riforma dei controlli amministrativi. Corruzione e sistema istituzionale*, in M. Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, cit., p. 81 ss.

anche per i delitti di corruzione e concussione – almeno tre sono i caratteri potenzialmente criminogeni.

Anzitutto, e dal punto di vista sociologico-culturale, viene in gioco la logica del profitto, che in certi contesti aziendali può finire per sovrapporsi e occultare quella del comportamento eticamente corretto. Con la conseguenza che in alcuni contesti aziendali la politica d'impresa può finire per incentivare il dipendente (o comunque chi agisce per conto dell'ente) alla commissione degli illeciti in cambio di premi di produttività legati al raggiungimento di certi standard di risultato.

In secondo luogo, e sotto il profilo strutturale, soprattutto nel contesto delle imprese di grandi dimensioni, la complessità della struttura dell'impresa, nella quale i processi decisionali, esecutivi e le responsabilità sono sensibilmente parcellizzate, è in grado di facilitare la corruzione. E analoghe considerazioni valgono per l'assetto proprietario, visto che quando il controllo delle imprese è nelle mani di un unico soggetto come, ad esempio, una sola famiglia, ciò non favorisce il controllo sulla legalità dell'azione dell'impresa: si pensi, ad esempio, al controllo sulla costituzione dei fondi neri extra bilancio e sugli illeciti tributari. Peraltro, la concentrazione del potere nelle mani di unico centro decisionale favorisce la costituzione di relazioni fiduciarie con le *élites* politiche e la costituzione di intese di cartello con le imprese presenti sul mercato, volte ad assicurarsi la regolare turnazione nell'aggiudicazione delle commesse pubbliche, e quindi l'osservanza delle regole sottoculturali che disciplinano il mercato della corruzione sistemica⁴⁷.

Infine, l'impresa costituisce un potenziale fattore criminogeno della corruzione per la capacità di disporre e di occultare una ampia gamma di mezzi per retribuire il patto corruttivo. Non solo ingenti quantitativi di risorse finanziarie, occultabili attraverso illeciti contabili e tributari, ma anche altre forme di retribuzione particolarmente appetibili come, ad esempio, l'assunzione di personale o la fornitura di servizi.

Passando all'assetto del sistema produttivo, non c'è dubbio che un ruolo criminogeno rispetto al fenomeno corruttivo è svolto anche dalle distorsioni strutturali del sistema economico nel quale le persone giuridiche private operano. In particolare, vengono in considerazione le scarse opportunità che il mercato privato offre alle imprese, dovute al basso livello di sviluppo tecnologico delle imprese e al limitato dinamismo del mercato economico, che spinge le imprese a ricorrere alla corruzione per aggiudicarsi le commesse pubbliche. Inoltre, tra le cause della diffusività e sistematicità della corruzione v'è la presenza massiccia dello Stato e dell'amministrazione pubblica nei settori chiave dell'economia. Ed infatti, nonostante anche in Italia sia stato da tempo avviato un processo di privatizzazione, sono sempre lo Stato oppure gli enti pubblici territoriali,

⁴⁷ Sul punto vedi CAMERA DI DEPUTATI. COMITATO DI STUDIO SULLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE, *La lotta alla corruzione*, cit., p. 31.

attraverso le commesse delle opere pubbliche, a regolare e condizionare i mercati nei diversi settori produttivi.

3. *L'incidenza delle trasformazioni criminologiche sul versante normativo e applicativo*

Le trasformazioni criminologiche della corruzione hanno esercitato una profonda spinta sulla dimensione giuridica del fenomeno sia al livello interno che internazionale. Sennonché, mentre al livello internazionale alla metamorfosi della corruzione ha corrisposto un processo evolutivo volto alla promozione di una strategia globale di contrasto, al livello interno le trasformazioni empirico-criminologiche della corruzione hanno portato ad un sensibile rafforzamento dell'azione repressiva del diritto penale più che sul versante legislativo su quello applicativo.

3.1. *Il dinamismo internazionale nel contrasto alla corruzione*

Al livello internazionale, alla metamorfosi del fenomeno corruttivo ha corrisposto un vero e proprio dinamismo. In particolare, a partire dalla metà degli anni Novanta⁴⁸ si assiste al nascere di vere e proprie Convenzioni internazionali con le quali gli Stati si propongono il contrasto della corruzione, e alla costituzione di organismi con il compito di monitorare il livello di effettività delle politiche anticorruzione degli Stati⁴⁹. In effetti, presa coscienza della trasformazione della corruzione, e segnatamente del passaggio da fenomeno burocratico-pulviscolare a politico-amministrativo-sistemico, gli Stati iniziano a percepire la corruzione come una vera e propria minaccia, oltre che per gli interessi finanziari delle organizzazioni internazionali, soprattutto per la fiducia nella legalità delle istituzioni e per le condizioni fondamentali della convivenza nella Comunità internazionale⁵⁰. Conseguentemente le Convenzioni internazionali, oltre a porsi l'obiettivo della tutela degli interessi finanziari delle organizzazio-

⁴⁸ Sui profili internazionali della corruzione vedi L. SALAZAR, *Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione (... e conseguenti obblighi di recepimento da parte italiana)*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1529 ss.; ID., *Strumenti più efficaci per reprimere la corruzione e le frodi comunitarie*, in *Dir. e giust.* 2000, n. 34, p. 10; S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Napoli 1999; F. PALAZZO, *Kriminologische un Juristische Aspekte del öffentlinchen Korruption*, cit., p. 535 ss.

⁴⁹ Si allude al GRECO (gruppo di Stati contro la corruzione) costituito nell'ambito del Consiglio d'Europa e al WGB (gruppo di lavoro sulla corruzione) istituito presso l'OCSE.

⁵⁰ Cfr. F. PALAZZO, *Kriminologische un Juristische Aspekte del öffentlinchen Korruption*, cit., p. 536 ss.

ni internazionali⁵¹ come, ad esempio, la Convenzione OCSE del 1997, si propongono il più ambizioso obiettivo di armonizzazione della disciplina della corruzione attraverso la promozione di strategie globali di contrasto basate su strumenti preventivi e repressivi. In particolare, l'istanza di predisposizione di strategie globali di lotta alla corruzione emerge nelle Convenzioni (civile e penale) del Consiglio d'Europa del 1999 (non ancora ratificata dall'Italia), nella Convenzione ONU di Palermo del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale e soprattutto in quella ONU di Merida del 2003, recentemente ratificata dall'Italia con la legge n. 116 del 2 agosto 2009.

Tra le misure preventive previste dalle Convenzioni internazionali vi sono una vasta gamma di misure extrapenali. Così, ad esempio, mentre nella Convenzione civile del Consiglio d'Europa del 1999 sono previsti meccanismi di risarcimento danni per le vittime dei reati di corruzione e anche misure di protezione per i *whistleblowers*, nella Convenzione ONU di Merida – oltre ad una serie di disposizioni in materia di efficienza e trasparenza nel pubblico impiego (art. 7), di semplificazione delle procedure amministrative (art. 10), di partecipazione della società civile alle politiche di prevenzione della corruzione (art. 13), volte a disciplinare il passaggio degli alti funzionari dal settore pubblico a quello privato (art. 12) – viene previsto l'obbligo per gli Stati aderenti di individuare organismi con funzioni e compiti specifici di prevenzione della corruzione dotati di un sufficiente livello di indipendenza (art. 6).

Sotto il profilo repressivo, le Convenzioni si muovono in più direzioni. Anzitutto, e sotto il profilo della struttura delle fattispecie di corruzione, oltre ad una progressiva anticipazione della soglia della tutela, evidenziata dal fatto che in tutte le Convenzioni è richiesta l'incriminazione della istigazione alla corruzione sia attiva che passiva, va registrata la tendenza ad una certa dilatazione della loro portata. Da un lato, se inizialmente le Convenzioni distinguono tra corruzione per atto conforme e contrario, come avviene nel Protocollo di Dublino del 1996, nelle Convenzioni successive la distinzione si perde. In effetti, nella mancata distinzione tra corruzione propria e impropria si potrebbe 'leggere' una indicazione, condivisa già da alcuni Stati europei, volta a non limitare l'incriminazione della corruzione alla compravendita di un atto individuato o individuabile ma ad estenderla anche alla corruzione per esercizio della funzione⁵². In effetti, l'idea di emancipare la corruzione dall'ancoraggio all'atto determinato sembra essere imposta proprio dalla

⁵¹ Cfr. la Convenzione di Bruxelles 26 luglio del 1995 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e l'annesso Protocollo di Dublino, che si propongono di predisporre una disciplina penale per i fatti di corruzione realizzati da funzionari comunitari o da agenti degli stati membri in relazione alle frodi ai danni della Comunità.

⁵² Cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 302; F. PALAZZO, *Kriminologische und Juristische Aspekte der öfientlinchen Korruption*, cit., p. 539.

necessità di contrastare efficacemente proprio le nuove e più perniciose forme di manifestazione della corruzione sistemica, che prescindono dalla compravendita del determinato (o determinabile) atto d'ufficio e sono caratterizzate dal mercimonio dell'intera funzione di cui è titolare il pubblico agente. Dall'altro lato, le Convenzioni internazionali richiedono l'incriminazione della condotta del privato che promette o dà denaro al pubblico agente per conseguire un ingiusto vantaggio (che nel nostro ordinamento, se determinata dall'abuso del pubblico agente, è riconducibile alla concussione)⁵³, del c.d. traffico di influenze indebite e della corruzione nel settore privato⁵⁴.

In secondo luogo, a fronte della tendenza alla scomparsa della corruzione c.d. susseguente, le Convenzioni internazionali prevedono l'incriminazione di una serie di reati in connessione funzionale con la corruzione come le falsità in scritture contabili, i reati tributari, il riciclaggio e financo l'autoriciclaggio⁵⁵.

Infine, e sotto il profilo sanzionatorio, oltre all'introduzione di sanzioni effettivamente proporzionate al reale disvalore della corruzione, in alcune Convenzioni è considerata necessaria una disciplina della prescrizione capace di consentire la perseguibilità dei reati di corruzione⁵⁶ e anche la confisca *in rem*⁵⁷.

3.2. Mancato rafforzamento e progressivo indebolimento dell'apparato repressivo nazionale di contrasto alla corruzione

A questo vero e proprio dinamismo al livello internazione, sul versante nazionale – nonostante l'Italia abbia sottoscritto numerose Convenzioni contro la corruzione e sia costantemente sottoposta al controllo di organismi internazionali come il GRECO e il WGB – non ha corrisposto l'auspicata azione di rafforzamento del contrasto alla corruzione sia sul piano della repressione che della prevenzione.

Sul piano preventivo, il legislatore è rimasto sostanzialmente inerte, tant'è che il «Rapporto di valutazione sull'Italia» adottato dal GRECO (Gruppo di Stati Contro la Corruzione) nell'ambito del Consiglio d'Europa il 2 luglio 2009, dopo avere rilevato un *deficit* di misure anticorruzione, ha formulato ben 22 raccomandazioni per combattere la corruzione volte

⁵³ Cfr. Convenzione OCSE del 1997: in particolare, il WGB ha raccomandato all'Italia di adeguare la propria disciplina all'art. 1 della Convenzione rilevando come l'art. 317 c.p. sia in contrasto con essa.

⁵⁴ Cfr. Convenzione penale del Consiglio d'Europa del 1999; Convenzione ONU di Merida del 2003.

⁵⁵ Cfr. Convenzione OCSE del 1997; Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999.

⁵⁶ Cfr. Convenzione OCSE del 1997.

⁵⁷ Cfr. Convenzione penale del Consiglio d'Europa del 1999.

più che al rafforzamento dell'apparato repressivo proprio al potenziamento di quello preventivo⁵⁸.

Sul versante della repressione, il legislatore non ha recepito l'istanza sovranazionale, visto che – a parte alcuni interventi utili ed apprezzabili⁵⁹ – non è sembrato realmente intenzionato ad onorare gli obblighi assunti al livello internazionale e ad adottare soluzioni in grado di elevare il livello di effettività dello statuto penale della corruzione. In effetti, il legislatore, non solo non è intervenuto sui punti di vera criticità del sistema repressivo, accorciando le distanze con il mutato contesto empirico-criminologico nel quale le norme penali sono chiamate ad operare, ma attraverso alcune riforme, settoriali e di sistema, ha finito per deprimere l'azione di contrasto alla corruzione. A questo proposito, anzitutto, viene in considerazione, la riforma dei reati societari e quella dei reati tributari, funzionali alla realizzazione dei fatti corruttivi e strumentali al loro accertamento⁶⁰.

Per quanto riguarda i reati societari, non c'è dubbio che il d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61 abbia indebolito l'azione repressiva, visto che, oltre alla riduzione delle pene per le falsità contabili, e alla perseguibilità a querela del delitto di false comunicazioni sociali in danno delle società, dei soci o dei creditori (art. 2622 c.c.), sono state introdotte le soglie di punibilità, che hanno di fatto 'liberalizzato' la costituzione di fondi neri entro determinate soglie quantitative.

Quanto ai reati tributari, la riforma del d.lgs. 74/2000, tra l'altro, ha reso più ostica la perseguibilità dell'uso delle false fatturazioni per operazioni inesistenti – reato che nel contesto della corruzione sistemica è funzionale all'occultamento della tangente pagata dal privato all'intermediario e destinata al pubblico agente – visto che esso assume rilevanza a condizione che si riverberi nella dichiarazione.

In secondo luogo, anche gli interventi di riforma del delitto di abuso d'ufficio che ne hanno circoscritto sempre di più il raggio d'azione non

⁵⁸ Cfr. «Rapporto di valutazione sull'Italia» adottato dal GRECO (Gruppo di Stati Contro la Corruzione) nell'ambito del Consiglio d'Europa il 2 luglio 2009, cit. Si consideri che il GRECO nel 2011 nell'ambito del meccanismo di follow-up ha ritenuto che siano state analizzate in modo 'soddisfacente' meno della metà delle ventidue raccomandazioni: sul punto vedi *Compliance report on Italy*, adopted by GRECO at its 51st Plenary Meeting (Strasbourg, 23-27 May 2011), leggibile in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/GrecoRC1&2%282011%291_Italy_EN.pdf>.

⁵⁹ Si allude, ad esempio, all'introduzione dell'art. 322 bis che ha consentito la repressione dei fatti di corruzione internazionale; dell'art. 32 quinquies, che anche con riferimento ai delitti di corruzione prevede la nuova pena accessoria dell'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego per i pubblici dipendenti; dell'art. 322 ter, che prevede la confisca obbligatoria (anche nella forma c.d. per equivalente) dei beni che costituiscono il prodotto o il profitto del reato; e del d.lgs. 231/2001 che ha previsto la responsabilità amministrativa degli enti anche per i reati di corruzione.

⁶⁰ Cfr. E. Rosi, *Problematiche di accertamento delle tipologie corruttive*, in G. Forti (a cura di), *Il prezzo della tangente*, cit., p. 233 ss.

hanno certo giovato all'azione di contrasto alla corruzione. In effetti, nella corruzione sistemica che alligna nel conflitto di interessi in cui la prestazione del corruttore tende a 'liquefarsi' e talvolta a sostanzarsi negli effetti dell'atto che il corrotto si impegna a compiere, il comportamento del pubblico agente tende a sfuggire all'area della tipicità della corruzione per migrare verso quella dell'abuso d'ufficio⁶¹.

In terzo luogo, la riforma della prescrizione realizzata con la legge 5 dicembre 2005 n. 251 (c.d. ex Cirielli) ha diminuito il livello di effettività delle pene dei delitti di corruzione, visto che ha comportato una sensibile diminuzione del termine di prescrizione per i delitti di corruzione: così, ad esempio, mentre prima della riforma il delitto di corruzione propria si prescriveva in dieci anni dopo la riforma si prescrive in sei anni. E ancora, mentre prima della riforma il delitto di corruzione in atti giudiziari si prescriveva in dieci anni attualmente si prescrive in otto anni.

Infine, e soprattutto, sul livello di effettività della pena dei delitti di corruzione ha inciso anche il problematico e disorganico processo riformatore del sistema sanzionatorio, che ha portato alla perdita di centralità del modello codicistico di commisurazione della pena, basato sugli artt. 132 e 133 c.p. e sulle circostanze aggravanti ed attenuanti. In effetti, le sanzioni sostitutive, le misure alternative alla esecuzione della pena, i riti premiali del sistema processuale accusatorio, ed in particolare il patteggiamento e il giudizio abbreviato, incidono sensibilmente sulla determinazione del *quantum* della pena irrogabile in concreto, andando ad alterare il rapporto di proporzione tra pena concretamente irrogata e disvalore del fatto. In effetti, nonostante la comminatoria editale prevista per i delitti di corruzione e concussione sia tutto sommato sufficientemente proporzionata al reale contenuto di disvalore del fatto, in concreto i reati di corruzione e concussione vengono puniti con pene detentive medio-basse, che solo raramente giungono ad esecuzione effettiva. In particolare, sulla base dei dati forniti dal Casellario Giudiziale per il periodo 1982-2002, si può rilevare che nel 78% delle condanne per concussione sono irrogate pene inferiori a due anni di reclusione, nel 16% delle condanne è irrogata una pena compresa tra due e tre anni di reclusione, e solamente nel 6% delle condanne la pena è superiore ai tre anni; mentre nel 93% delle condanne per corruzione propria la pena irrogata in concreto è inferiore a due anni di reclusione e nel 5% delle condanne la pena irrogata si colloca tra due e tre anni di reclusione. Con la conseguenza che, nel 94% delle condanne per concussione e nel 98% di quelle per corruzione, le pene detentive irrogate non sono eseguibili perché attratte nell'area della sospensione condizionale della pena, oppure sono eseguibili con modalità non custodiali per l'applicazione degli istituti alternativi alla pena detentiva. Se poi si considera che per la concussione la sospensione condizionale della pena viene

⁶¹ Cfr. F. PALAZZO, *Corruzione: per una disciplina 'integrata' ed efficace*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1177.

concessa nel 74% delle condanne e per la corruzione propria nell'80%; e che nel 14,6% delle condanne per concussione e nel 6% di quelle per corruzione propria viene concesso l'affidamento in prova, è evidente che la piena ed effettiva esecuzione della pena detentiva nella prassi applicativa costituisce una vera e propria rarità⁶².

Peraltro, va considerato che se la pena detentiva irrogata in concreto si assesta a livelli così bassi, ovvero tra due o tre anni di reclusione, ciò si riflette sulle pene accessorie che possono conseguire alla condanna per i delitti di corruzione e concussione, visto che la tipologia e il *quantum* delle pene accessorie applicabili dipende anche dal *quantum* della pena irrogata in concreto. Così, ad esempio, gli artt. 317-*bis* e 29 c.p. rispettivamente per la concussione e la corruzione propria subordinano l'applicabilità della pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici rispettivamente al fatto che la condanna comporti la reclusione non inferiore a tre e a cinque anni. E ancora, con riferimento ai delitti di corruzione propria e impropria, l'art. 32-*quinqüies* subordina l'applicabilità della pena accessoria dell'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego per il dipendente di amministrazioni pubbliche o enti pubblici ovvero a prevalente partecipazione pubblica al fatto che la condanna non sia inferiore a tre anni di reclusione.

3.3. *Il dinamismo giurisprudenziale e la tendenza a forzare il 'tipo criminoso' dei delitti di corruzione*

Ecco allora che la distanza tra il modello di tutela vigente e la fisionomia assunta negli ultimi vent'anni dalla criminalità politico-amministrativa ha finito per incidere profondamente sulla dimensione applicativa dei delitti di corruzione, spingendo (se non addirittura istigando) la giurisprudenza a forzare la tipicità delle fattispecie incriminatrici per soddisfare le emergenti esigenze di tutela. Da questo punto di vista, esemplare è il processo di 'volatilizzazione' che ha coinvolto 'l'atto d'ufficio', che ha consentito alla giurisprudenza di ricondurre la corruzione per esercizio della funzione nell'ambito della corruzione propria. In effetti, secondo una recente e ormai consolidata impostazione giurisprudenziale, il requisito dell'atto d'ufficio non deve essere inteso necessariamente come atto determinato o determinabile, bensì come la funzione di cui è titolare il pubblico agente⁶³. Con la conseguenza che la corruzione sussiste non solo quando il funzionario si impegni a compiere un atto individuato o indi-

⁶² Cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 213 ss.

⁶³ In questo senso, vedi Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2006, B.P. e altri, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1605; Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2003, in *Cass. pen.*, 2004; Cass. pen., sez. VI, 5 febbraio 1998, Lombardi, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3405; *Cass. pen.*, sez. VI, 5 marzo 1996, Magnano, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1338; *Cass. pen.*, sez. VI, 30 novembre 1995, Varvarito, in *Cass. pen.* 1996, p. 2184 e in *Foro it.* 1996, II, p. 414; *Cass. pen.*, sez. VI, 13 agosto 1996, Pacifico, in *Mass. cass. pen.* 1997, fasc. 1, p. 60.

viduabile al momento del *pactum sceleris*, ma anche quando si impegni a mettere a disposizione del privato la sua funzione, e quindi a compiere in futuro eventuali atti a suo vantaggio. In questa prospettiva, la sfera di operatività dei delitti di corruzione risulta sensibilmente ampliata, finendo per ricomprendere anche i casi, sempre più frequenti nell'ambito della corruzione sistemica, in cui la tangente non è finalizzata a ottenere specifici atti del funzionario, bensì a creare le condizioni per ottenere futuri ed eventuali favori: così, ad esempio, si pensi al c.d. funzionario a libro paga, che viene 'foraggiato' in vista di futuri atti funzionali, che a momento del patto non sono determinati né determinabili.

Ebbene, questa dilatazione del concetto di atto, che porta ad una vera e propria 'smaterializzazione' di questo requisito di fattispecie, e alla sua sostituzione con quello di funzione, è compiuta dalla giurisprudenza, oltre che per reprimere le nuove e sempre più perniciose forme di manifestazione della corruzione sistemica, anche per esigenze di semplificazione probatoria. E infatti, una volta disancorata la corruzione dal requisito dell'atto d'ufficio non essendo necessario dimostrare la natura dell'atto e il rapporto cronologico con il patto, l'accertamento del delitto finirà per basarsi sulla prova del passaggio di denaro tra pubblico agente e il privato.

Senonché, nonostante queste comprensibili esigenze, l'impostazione in esame lascia seriamente perplessi, visto che finisce per condurre ad una vera e propria 'demolizione' di un requisito centrale nella struttura dei delitti di corruzione, e per creare per via giudiziaria una forma di corruzione 'per esercizio della funzione' assente nel nostro ordinamento, a differenza di altri ordinamenti europei come, ad esempio, quello tedesco e spagnolo dove esiste una fattispecie ad *hoc* che incrimina questa forma di corruzione⁶⁴. Più in particolare, alla dilatazione della nozione di atto d'ufficio fino a ricomprendervi l'intera e generica funzione di cui è titolare il funzionario osta la struttura dei delitti di corruzione attualmente descritti dal Codice, in cui l'atto d'ufficio gioca un vero e proprio ruolo cardine, sia sotto il profilo strutturale che contenutistico-sostanziale⁶⁵.

Sotto il profilo strutturale, l'atto gioca un ruolo determinate nel sistema dei delitti di corruzione delineato dal Codice, in quanto è in base alla sua natura e al rapporto cronologico con il patto che vengono distinti i delitti di corruzione. Con la conseguenza che se l'atto pattuito non è determinabile non è possibile stabilire se esso debba ancora essere realizzato

⁶⁴ In Germania la corruzione per esercizio della funzione è prevista dal § 331 StGB, e in Spagna dall'art. 422 c.p.

⁶⁵ Cfr. A. SPENA, *Il turpe mercato*, cit., p. 251; V. MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione tra teoria e prassi*, in *Dir. pen. proc.* 2000, p. 1011, p. 925; M. PELISSERO, *La nozione di atto d'ufficio*, cit., p. 1019; T. PADOVANI, *Il confine conteso: metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze improcrastinabili di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1311; A. MANNA, *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, cit., p. 125; R. RAMPIONI, *I delitti di corruzione*, Padova, 2008, p. 138 ss.

o se sia già stato compiuto prima del patto, e quindi se è stata realizzata la corruzione antecedente oppure quella susseguente, e non si può neppure stabilire se l'atto pattuito è conforme o contrario ai doveri d'ufficio, e quindi se sia integrata la corruzione propria oppure quella impropria. Da questo punto di vista, risulta del tutto arbitrario ricondurre la corruzione per esercizio della funzione nell'ambito della corruzione propria di cui all'art. 319 c.p.

Sotto il profilo contenutistico-sostanziale, nei delitti di corruzione l'atto d'ufficio orienta la direzione teleologica della fattispecie incriminatrice e concorre a determinare il contenuto di disvalore del fatto corruttivo. Conseguentemente, la trasformazione del requisito dell'atto d'ufficio con la generica funzione esercitabile dal funzionario non è ammissibile, perché il disvalore della corruzione per esercizio della funzione è eterogeneo rispetto a quello della corruzione (per atto individuato o individuabile) propria (antecedente) nell'ambito della quale la giurisprudenza la riconduce. Ed infatti, mentre nella corruzione propria antecedente il disvalore si incentra sull'atto e consiste nel pericolo (concreto) per il corretto funzionamento della pubblica amministrazione, nell'ipotesi in cui il pubblico agente venga remunerato in vista di futuri ancorché non determinabili interventi a favore del corruttore il disvalore tende a concentrarsi prevalentemente sul patto e a riguardare più che il buon andamento della pubblica amministrazione la fiducia nella lealtà dei pubblici agenti⁶⁶. D'altra parte, l'eterogeneità del disvalore della corruzione per esercizio della funzione è anche dimostrato dal fatto che negli ordinamenti stranieri che prevedono questa fattispecie, come quello tedesco e quello spagnolo, la corruzione per esercizio della funzione è punita meno gravemente della corruzione propria. Da questo punto di vista, alla riconducibilità della corruzione per esercizio funzione nell'ambito della corruzione propria osta il nucleo essenziale del divieto di analogia in *malam partem* che vieta di punire fatti che per contenuto di disvalore sono eterogenei⁶⁷.

4. *Il problematico rafforzamento dell'azione repressiva: i limiti strutturali del diritto penale nel contrasto della corruzione*

Ebbene, per evitare che il processo di rafforzamento al livello interpretativo del sistema repressivo della corruzione si spinga oltre i confini

⁶⁶ In effetti, nella prospettiva del buon funzionamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione il disvalore del mercimonio della funzione tende ad essere piuttosto rarefatto, essendo il pericolo più remoto e meno concreto.

⁶⁷ Sul nucleo essenziale del divieto di analogia vedi G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in Id., *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Roma-Bari 2002, p. 230 (originariamente in *Foro it.*, 1988, V, p. 484); F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato. L'interpretazione e il giurista*, VII-VIII, Padova, 2003, p. 522 ss.

tracciati dai principi fondamentali del diritto penale e che la conseguente sovraesposizione della magistratura penale su un terreno ad alta sensibilità politica come i delitti di corruzione determini financo perniciose tensioni istituzionali, occorre procedere con convinzione verso una riforma capace di adeguare l'apparato repressivo sia sotto il profilo sostanziale che processuale alle nuove esigenze di tutela poste dalla moderna corruzione sistemica.

Senonché, il necessario e probabilmente improcrastinabile processo di riforma della disciplina penale della corruzione pare problematico sia sul versante dei principi fondamentali del diritto penale che su quello politico-criminale⁶⁸.

Sul piano dei principi di garanzia, il necessario processo di riforma della disciplina penale della corruzione è problematico perché nella ricerca di un migliore adattamento delle norme penali alla conformazione del fenomeno criminoso il rischio che si corre è di elaborare una disciplina penale 'ad immagine e somiglianza' del fenomeno criminoso che si intende contrastare, dando vita ad un inarrestabile processo di smaterializzazione del contenuto offensivo dei reati. Da questo punto di vista, esemplare è la proposta di sostituire l'articolato sistema di delitti di corruzione e concussione con un'unica macrofattispecie di corruzione nell'ambito della quale ricondurre, oltre alle forme di corruzione attualmente previste, anche altre tipologie di illeciti latamente corruttivi. In particolare, nella versione più estrema elaborata nell'ambito della c.d. «Proposta di Cernobbio», la macrofattispecie di corruzione si allontana sensibilmente dal modello mercantile di corruzione per avvicinarsi al modello clientelare che punisce qualsiasi scambio di utilità indebite che avvenga in *relazione alla qualità del pubblico agente*. Conseguentemente, nell'ambito della novella macrofattispecie vengono ricondotte, oltre alla concussione per induzione e a tutte le forme di corruzione attualmente previste, anche la corruzione per esercizio della funzione e il traffico di indebite influenze, e financo la mera accettazione di doni in connessione (anche occasionale) con l'attività svolta⁶⁹. Decisamente più contenuta è l'ampiezza della macrofattispecie nella versione elaborata dal Disegno di legge di ratifica della Convenzione del

⁶⁸ Sui limiti del diritto penale nel contrasto del fenomeno corruttivo vedi T. PADOVANI, *Il problema "tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1996, p. 461 s.; A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 564 ss.; ID., *Lotta alla corruzione: funzioni e poteri dell'Alto Commissario*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 10 ss.; M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 277 ss.

⁶⁹ In effetti, nel Progetto di Cernobbio la macrofattispecie punisce il pubblico agente che accetta l'utilità «in relazione al compimento, all'omissione, al ritardo di un atto del suo ufficio, ovvero al compimento di un atto contrario ai doveri del suo ufficio, o comunque in relazione alla sua qualità, alle sue funzioni o alla sua attività».

Consiglio d'Europa del 1999, presentato il 4 dicembre del 2007 alla Camera (A.C. n. 3286), e dal più recente Disegno di legge A.S. n. 2164 (Li Gotti e altri) presentato in Senato il 6 maggio del 2010, visto che essa punisce lo scambio di utilità in *relazione ad un qualsiasi atto d'ufficio del pubblico agente*. Con la conseguenza che la nuova macrofattispecie incriminatrice verrebbe ad abbracciare solamente le ipotesi di corruzione attualmente previste e la concussione per induzione. In posizione intermedia si colloca la versione della macrofattispecie elaborata di recente dal Disegno di legge A.S. n. 2174 (Finocchiaro e altri) presentato in Senato l'11 maggio 2010 e dalla proposta di legge A.C. 3850 (Ferranti e altri) presentata alla Camera il 10 novembre 2010, visto che punendo lo scambio tra utilità indebite per l'esercizio della funzione del pubblico agente ricomprende sia le forme di corruzione attualmente previste sia quella non prevista di corruzione per esercizio della funzione sia la concussione per induzione.

La sostituzione dell'articolato minisistema dei delitti di corruzione con una unica macrofattispecie ricettacolo, pur comportando una rilevante semplificazione probatoria, costituisce un decisivo allontanamento dal principio di tipicità e dalle garanzie a cui esso assolve⁷⁰. Anzitutto, la creazione di una fattispecie unica incentrata interamente sul patto porta a punire nello stesso modo fatti sostanzialmente eterogenei sotto il profilo del disvalore. E infatti, sarebbero riconducibili a questa macrofattispecie e punite con la medesima pena, oltre alla concussione per induzione, la corruzione propria antecedente/sussequente, quella impropria antecedente/ sussequente, e, nelle formulazioni più ampie, anche la corruzione per esercizio della funzione, il c.d. traffico di influenze indebite e finanche l'accettazione di utilità in connessione con la qualità o l'attività svolta. Da questo punto di vista, le esigenze di proporzione sottese al principio di tipicità non pare possano essere soddisfatte né sul piano della commisurazione della pena in senso stretto né sul piano della commisurazione della pena in senso ampio, attraverso l'introduzione di una circostanza attenuante di lieve entità che consenta al giudice la diminuzione della pena nel caso concreto, non solo per il carattere indefinito di essa ma anche per la sua assoggettabilità al giudizio del bilanciamento⁷¹. In secondo

⁷⁰ Critici sulla macrofattispecie, tra gli altri, E. MUSCO *Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione*, in *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Atti del Convegno di studi di diritto penale, Bari, 21-22 aprile 1995, Bari, 1996, p. 45 ss.; F. SGUBBI, *La semplificazione ed unificazione delle norme sulla concussione e corruzione nel progetto di riforma*, ivi, p. 60; G. CONTENUTO, *Altre soluzioni di previsioni normative della corruzione e concussione*, ivi, p. 68 ss.; A. PAGLIARO, *Relazione introduttiva*, ivi, p. 28 ss.; M. PELISSERO, *Le istanze di moralizzazione dell'etica pubblica e del mercato nel "pacchetto" anticorruzione: i limiti dello strumento penale*, cit., p. 279.

⁷¹ La circostanza attenuante è prevista dal Disegno di legge di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999 (A.C. n. 3286), e dal più recente Disegno di legge A.S. n. 2164 (Li Gotti e altri) presentato in Senato il 6 maggio del

luogo, il contenuto offensivo dell'illecito penale di una fattispecie incriminatrice di questo tipo sarebbe particolarmente 'rarefatto' finendo per appiattirsi sul dovere di non venalità del funzionario, e segnatamente sul dovere di non accettare utilità in relazione all'ufficio ricoperto. In terzo luogo, la costruzione di una fattispecie incriminatrice omnicomprendiva ed indeterminata finirebbe anche per rendere veramente incerto il confine tra lecito e illecito⁷².

Sul piano politico-criminale, il processo di necessario adattamento del modello di tutela penale vigente alle caratteristiche assunte dalla moderna corruzione sistemica non va caricato di eccessive aspettative, perché nei confronti della complessità ed ambiguità della moderna corruzione sistemica il diritto penale sconta non solo limiti contingenti, legati alle caratteristiche del modello di tutela vigente, ma anche *deficit*, per così dire, strutturali. Anzitutto, tra il diritto penale e le macrodimensioni assunte dalla corruzione sistemica vi è una vera e propria differenza di scala analoga a quella che è possibile riscontrare con riferimento ad altre forme di manifestazione della criminalità organizzata. Ed infatti, mentre appunto la corruzione costituisce un fenomeno sempre più strutturale, complesso e sistemico, il diritto penale ha un carattere episodico e puntuale essendo concepito per reprimere non già fenomeni criminali bensì singoli episodi criminosi. In effetti, il diritto penale è (e deve essere) strumento di tutela sussidiaria di beni meritevoli di tutela da modalità aggressive particolarmente insidiose, e non già strumento di 'lotta' ai fenomeni criminosi, volto a colpire tutti i fatti che ne possono favorire il proliferare o che (addirittura) ne costituiscono un indice rivelatore.

In secondo luogo, un'altra ragione del *deficit* strutturale di efficacia dello strumento repressivo è legata alla difficoltà di provare nel processo penale i fatti di corruzione. E non solo perché il mondo degli scambi affaristici corruttivi è caratterizzato da una forte ambiguità e da un clima di forte omertà che vincola corrotti e corruttori, ma fondamentalmente perché il processo penale ha (e deve avere) rigidità strutturali, essendo concepito per accertare singoli episodi criminosi e responsabilità. In particolare, il processo penale non è (e non deve essere) un' "inchiesta" volta a mettere in rilievo i contesti nei quali i fatti si realizzano. Con la conseguenza che al centro del processo penale non può mai esserci il fenomeno criminale bensì il singolo fatto criminoso dal quale deve scaturire anche l'indagine.

2010, Disegno di legge A.S. n. 2174 (Finocchiaro e altri) e dalla proposta di legge A.C. 3850 (Ferranti e altri).

⁷² Cfr. A. MANNA, *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 136.

5. *Verso un modello 'integrato' di contrasto alla corruzione: tra strumenti repressivi e preventivi*

Ecco allora che al fine di evitare che il processo di avvicinamento del diritto penale alla conformazione assunta dalla corruzione produca pericolose 'tensioni' con i principi di garanzia, senza essere neppure efficace sotto il profilo politico-criminale, occorre procedere nella direzione – in parte tracciata al livello sovranazionale – della costruzione di un modello di contrasto alla corruzione 'integrato'. Più precisamente, il modello di tutela penale contro la corruzione va elaborato nel quadro di un più generale e articolato sistema integrato di lotta alla corruzione, nel quale lo strumento repressivo penalistico opera in sinergia con strumenti extra-penalistici (e soprattutto amministrativi) volti a prevenire l'insorgenza delle 'situazioni' criminogene dei fatti di corruzione. In effetti, di fronte alle trasformazioni dei fenomeni criminosi e alle nuove esigenze di tutela, la costruzione – in via interpretativa o legislativa – di un diritto penale, per così dire, ad immagine e somiglianza del fenomeno criminoso da contrastare non costituisce certamente la risposta più efficace sia sotto il profilo delle esigenze di tutela che di garanzia. Piuttosto, occorre muoversi in una direzione diversa, del sistema integrato di tutela che, per un verso, consenta di arginare il processo di progressiva smaterializzazione dell'illecito penale, rischio inevitabile nella ricerca di un sempre maggior confinamento delle fattispecie incriminatrici con il divenire del fenomeno criminoso, e per un altro verso, si riveli realmente capace di fronteggiare efficacemente le nuove sfide che le trasformazioni della c.d. modernità pongono al diritto penale sul terreno della corruzione. Più in particolare, il modello integrato di contrasto alla corruzione dovrebbe potere contare, per un verso, su una serie di strumenti repressivi penali sufficientemente contigui alla nuova realtà criminosa ma anche costruiti nel rispetto dei principi di garanzia, e segnatamente di tipicità, e per un altro verso, su una serie di strumenti preventivi, per lo più di carattere amministrativo, volti ad inibire la stessa genesi di quelle 'situazioni' (condizioni) criminogene di fatti di corruzione sistemica rispetto ai quali lo strumento penalistico entra in crisi.

5.1. *Il rafforzamento del sistema repressivo della corruzione*

Per quanto riguarda il sistema repressivo, la riforma deve perseguire almeno tre obiettivi di politica criminale, evidenziati dalle caratteristiche empirico-criminologiche assunte dalla moderna corruzione. Anzitutto, si pone il problema di un maggior confinamento tra i delitti di corruzione e le caratteristiche empirico-criminologiche della corruzione. In effetti, la distanza tra la struttura delle fattispecie incriminatrici e la dimensione empirico-criminologica della moderna corruzione sistemica ha generato vere e proprie lacune di tutela. In secondo luogo, occorre elevare il livello di effettività della pena dei reati di corruzione. Infine, occorre individuare misure sostanziali e latamente processuali capaci di favorire l'emersione della corruzione.

5.1.1. *L'adeguamento della struttura dei delitti di corruzione alle mutazioni del fenomeno corruttivo: tra esigenze di garanzia e di effettività*

Il primo punto di criticità del sistema repressivo della corruzione è rappresentato dalla presenza di vere e proprie lacune di tutela. Conseguentemente, occorre accorciare le distanze tra la struttura delle fattispecie incriminatrici e la dimensione empirico-criminologica della moderna corruzione sistemica.

Senonché, nel processo di necessario adeguamento del modello di tutela vigente alle trasformazioni criminologiche del fenomeno corruttivo, occorre evitare di spingersi fino all'eliminazione dell'articolato sistema dei delitti di corruzione delineato dal legislatore del 1930, non solo perché attualmente è diffuso in molti ordinamenti europei, come quello tedesco, spagnolo e portoghese⁷³, ma soprattutto perché presenta una elevata capacità tipizzante di forme di corruzione coesistenti ed espressione di contenuti di disvalore diversi⁷⁴. Piuttosto, occorre aggiornare l'attuale modello di tutela alle nuove esigenze di tutela introducendo ulteriori fattispecie incriminatrici, connotate di un contenuto di disvalore sufficientemente pregnante e capaci di fronteggiare le nuove e sempre più ambigue forme di manifestazione della corruzione sistemica. In particolare, per fronteggiare la trasformazione del *pactum sceleris* nella corruzione sistemica⁷⁵, almeno due sono gli interventi necessari. Anzitutto, occorre una fattispecie incriminatrice volta a reprimere i patti corruttivi che non hanno ad oggetto un atto dell'ufficio del pubblico agente bensì una attività di influenza sul pubblico agente competente ad emanare l'atto d'ufficio. Così, ad esempio, si pensi al magistrato (appartenente, ad esempio, all'Ufficio del Gip) che in cambio di denaro si impegni ad intervenire presso altri magistrati appartenenti ad un ufficio diverso (come, ad esempio, la Corte di cassazione) per indurli a compiere atti contrari ai doveri d'ufficio⁷⁶. E ancora, si pensi al già ricordato caso del Presidente della Regione, che in cambio di denaro si impegni a fare inde-

⁷³ Una soluzione unitaria, invece, è stata adottata dalla nuova legge inglese anticorruzione (*Bribery Act* 2010).

⁷⁴ Cfr. G. CONTENUTO, *Altre soluzioni di previsioni normative della corruzione e concussione*, in *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione. Atti del Convegno di studi di diritto penale*, Bari, 21-22 aprile 1995, Bari, 1996, p. 77.

⁷⁵ Sui connotati assunti dal patto corruttivo nella corruzione sistemica vedi *retro* § 2.3.

⁷⁶ Per la non configurabilità della corruzione nell'ipotesi in cui l'atto oggetto del mercimonio esuli dall'ufficio del p.a. e sia realizzato avvalendosi dell'autorevolezza e del prestigio che derivano dalla carica ricoperta, vedi Cass. pen., sez. VI, 4 maggio, 2006, B. P. e altri, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1605; Cass. pen., sez. Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 1996, Bertino, in *Dir. pen. proc.* 1998, p. 88 e in *Guida dir.* 1997, fasc. 8, p. 69.

bite pressioni sul Presidente di un ente partecipato proprio dalla Regione, al fine di indurlo ad aggiudicare illegittimamente appalti pubblici al corruttore⁷⁷. In effetti, in questi casi in cui la tangente è data o promessa al pubblico agente, non già per il compimento di un atto del proprio ufficio, bensì per esercitare un'influenza indebita sul pubblico agente competente ad emanare l'atto, v'è una vera e propria lacuna di tutela. E infatti, mentre il comportamento del corruttore e del pubblico agente che si impegna all'indebita influenza non può essere ricondotto nello schema della corruzione propria o impropria, perché l'atto oggetto del patto corruttivo non è inerente all'ufficio del pubblico agente che ha ricevuto o accettato la dazione della tangente, il comportamento del pubblico agente destinatario dell'indebita influenza e competente ad emanare l'atto potrà eventualmente assumere rilevanza come abuso d'ufficio ma non come corruzione, non avendo quest'ultimo accettato alcuna retribuzione. Peraltro, la condotta del pubblico agente che si impegna all'indebita influenza non può neppure essere ricondotta nell'ambito della fattispecie incriminatrice di millantato credito prevista dall'art. 346 c.p.⁷⁸, che, al di là di evidenti ambiguità strutturali, pare proprio incentrata sulla *venditio fumi* piuttosto che sul traffico di influenze indebite⁷⁹.

Ecco allora che, recependo le indicazioni provenienti dalle Convenzioni internazionali, e segnatamente dalla Convenzione penale sulla corruzio-

⁷⁷ Si allude a Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 1997, Bertino e altri, in *Dir. pen. proc.* 1998, p. 88 ss. (con nota di C. Bernasconi).

⁷⁸ Sul millantato credito vedi C. PEDRAZZI, *Millantato credito*, traffic d'influence, influence peddling, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 154; S. RICCIO, voce *Millantato credito*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino 1964, p. 695; F. TAGLIARINI, voce *Millantato credito*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, p. 308 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, V, Torino 1982, p. 577; P. SEMERARO, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano, 2000, p. 18 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2008, p. 119; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive e pubblicistiche. Commentario sistematico*, Milano 2008, p. 108.

⁷⁹ In effetti, anche se con una parte della dottrina e della giurisprudenza, si ritiene che il delitto descritto dall'art. 346.1 c.p. si realizza sia quando l'agente vanta un credito inesistente, e quindi quando il millantatore non abbia la reale possibilità di influenzare indebitamente il funzionario, sia quando, avendo la reale possibilità di condizionare indebitamente il funzionario, agisca senza ingannare la controparte, non solo sarebbe punibile solamente l'intermediario e non anche colui che compra la prestazione dell'intermediario, ma dalla tipicità della fattispecie incriminatrice esulerebbero comunque le ipotesi in cui l'intermediario o il pubblico agente accetti l'utilità non già a titolo di remunerazione per la propria mediazione bensì per corrompere il pubblico agente. In particolare, la condotta dell'intermediario non può essere ricondotta alla fattispecie prevista dal primo comma dell'art. 346.1 del c.p., perché l'utilità non è pattuita come prezzo per la mediazione, e neppure a quella prevista dal 346.2, perché quest'ultima subordina la punibilità del mediatore al fatto di non avere intenzione di corrompere il pubblico agente. Sul punto vedi A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 46.

ne di Strasburgo del 1999⁸⁰ e dalla Convenzione ONU di Merida⁸¹, e sul modello di altri ordinamenti⁸², si potrebbe introdurre nel nostro ordinamento il delitto di traffico di influenze indebite⁸³, prevedendo magari un aggravamento della pena per il caso in cui ad impegnarsi alla attività di influenza indebita sia un pubblico agente⁸⁴.

In secondo luogo, occorre introdurre una fattispecie incriminatrice capace di reagire alla tendenza alla rarefazione del contenuto del patto corruttivo e di reprimere quei patti corruttivi che hanno ad oggetto non già un atto determinato bensì la generica funzione o qualità di cui è titolare il pubblico agente. A questo proposito, una soluzione potrebbe essere quella, già sperimentata in Germania e Spagna, dell'introduzione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc* che punisce la corruzione per esercizio della funzione⁸⁵.

Senonché, l'incriminazione della corruzione per esercizio della funzione, oltre a rivelarsi piuttosto problematica sul piano dei principi di garanzia, non pare neppure appagante sul piano politico-criminale.

Sul piano dei principi, la fattispecie incriminatrice la corruzione per esercizio della funzione non convince fino in fondo, e non per la consistenza del suo contenuto di disvalore, ma perché finirebbe per abbracciare comportamenti criminosi piuttosto eterogenei quanto a disvalore. Ed infatti, alla fattispecie incriminatrice sarebbero riconducibili tanto i patti corruttivi che hanno ad oggetto l'esercizio futuro della funzione, quanto quelli che hanno ad oggetto l'esercizio già avvenuto della funzione. Senza considerare che disancorando la fattispecie di corruzione dall'atto d'ufficio si rischia di attrarre nell'area del penalmente rilevante anche i c.d. *munuscula*, visto che non essendo determinabile la prestazione del corrotto

⁸⁰ Cfr. art. 12 Convenzione di Strasburgo del 1999.

⁸¹ Cfr. art. 18 della Convenzione ONU di Merida del 2003.

⁸² Per un'analisi comparata del millantato credito vedi P. SEMERARO, *I delitti di millantato credito*, cit., p. 135 ss.

⁸³ In quest'ordine di idee si colloca anche A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., pp. 42 ss. e 592 ss.; V. D'AMBROSIO, *I profili penali della corruzione e della maladministration*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit., p. 149 ss.

⁸⁴ In questa direzione si collocano, oltre al disegno di legge A.C. n. 3286 (presentato alla Camera dei Deputati il 4 dicembre 2007) di ratifica della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa firmata a Strasburgo il 27 gennaio del 1999, che propone di sostituire la fattispecie di millantato credito con una disposizione che incrimina la compravendita dell'indebita influenza su un pubblico funzionario (c.d. *trading influence*), anche recenti progetti di legge anticorruzione presentati in Parlamento durante la XVI legislatura: in particolare, si allude a A.S. n. 2174 (Finocchiaro e altri), A.C. n. 3850 (Ferranti e altri), A.S. n. 2164 (Li Gotti e altri) e A.S. n. 2168 (D'Alia), A.C. n. 4501 (Torrise e altri); A.C. n. 4516 (Garavini).

⁸⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., p. 898 ss.; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 294 ss.

quella del corruttore finirebbe sempre per assumere carattere retributivo della generica funzione pubblica.

Sul piano politico-criminale, una fattispecie incriminatrice così congegnata non pare appagante. Da un lato, alla corruzione per esercizio della funzione non sono riconducibili le ipotesi in cui il patto corruttivo ha ad oggetto la qualità del pubblico agente e cioè una generica (non determinata) attività di influenza sui pubblici agenti. Dall'altro lato, la corruzione per esercizio della funzione avendo un contenuto di disvalore piuttosto rarefatto non potrebbe essere munita di una sanzione particolarmente deterrente.

Ecco allora che un punto di equilibrio tra esigenze di garanzia e di politica criminale può essere trovato procedendo in una direzione parzialmente diversa. Anzitutto, si potrebbe estendere l'incriminazione anche alla corruzione 'per esercizio della qualità'; in secondo luogo, si potrebbe munire la fattispecie incriminatrice di elementi che consentano di selezionare forme di aggressione più pregnanti della mera corruzione per esercizio della funzione o qualità. In particolare, occorrerebbe introdurre elementi capaci di spostare il baricentro della tutela dalla fiducia nell'azione della pubblica amministrazione al corretto funzionamento della pubblica amministrazione. In questa prospettiva, la fattispecie dovrebbe essere costruita in modo da reprimere la corruzione del pubblico agente 'a libro paga', ovvero di colui che viene sistematicamente retribuito per la realizzazione futura degli atti d'ufficio oppure d'"influenza" che di volta in volta si renderanno necessari per la realizzazione dei diversi programmi criminosi. Conseguentemente, dovrebbero essere inserite nella fattispecie incriminatrice elementi che consentano di selezionare le compravendite di funzioni o qualità abituali, continuative, durature e realizzate in vista di uno scopo criminoso sufficientemente determinato⁸⁶. In effetti, nella prospettiva della tutela del corretto esercizio della funzione pubblica, ad assumere rilevanza è solamente la corruzione per esercizio della generica funzione o qualità non occasionale, bensì sistematica, che in quanto stabile può costituire un pericolo concreto per il corretto funzionamento della pubblica amministrazione.

5.1.2. *Il problema dell'ineffettività della pena dei delitti di corruzione*

Ma la riforma dell'apparato repressivo dovrebbe toccare anche un altro punto di criticità, e segnatamente quello della scarsa effettività della pena detentiva minacciata dai delitti di corruzione (e concussione)⁸⁷.

Senonché, non c'è dubbio che un contributo alla soluzione del problema della ineffettività delle pene dei delitti di corruzione non può giungere da un innalzamento dei limiti edittali delle pene principali previste per

⁸⁶ In quest'ordine di idee si colloca A. SPENA, *Il "turpe mercato"*, cit., p. 588 ss.

⁸⁷ Sul punto vedi *retro* §3.2.

le diverse forme di corruzione⁸⁸. In effetti, l'inasprimento della pena, se può essere appagante sul piano meramente 'politico', in quanto può ingenerare nell'opinione pubblica l'impressione del potenziamento dell'azione repressiva, se può risultare appagante sul piano processuale, in quanto può comportare l'innalzamento dei termini di prescrizione, sul versante dell'effettività della pena è controproducente, in quanto aumenta il rischio di divaricazione tra il livello della pena minacciata e quella in concreto irrogata⁸⁹. Piuttosto – anche se la soluzione al problema della ineffettività delle pene dei delitti di corruzione presuppone prima di tutto la razionalizzazione del sistema sanzionatorio e dei meccanismi di commisurazione della pena⁹⁰ – più appagante potrebbe risultare un intervento riformatore sulla disciplina delle pene accessorie a contenuto interdittivo, che con riferimento ai delitti di corruzione paiono capaci di svolgere una funzione preventiva particolarmente incisiva. In particolare, si potrebbe immaginare di emancipare la durata e la tipologia delle pene accessorie dal requisito del *quantum* della pena irrogata in concreto, collegandole esclusivamente alla tipologia del delitto di corruzione commesso. Conseguentemente, alla condanna per il delitto di corruzione propria si potrebbe far conseguire sempre le pene accessorie dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici⁹¹ e dell'estinzione del rapporto di lavoro o impiego per il dipendente di amministrazioni pubbliche o enti pubblici ovvero per il prevalente partecipazione pubblica. In effetti, il requisito del *quantum* di pena irrogata in concreto sul quale si basa la disciplina codicistica delle pene accessorie, mentre risultava perfettamente coerente con il sistema di commisurazione della pena delineato originariamente dal Codice, è incoerente con il modello allargato di commisurazione della pena attualmente vigente, che è incapace di garantire la proporzione tra il disvalore del fatto concretamente realizzato e la pena in concreto irrogata.

Ma un *vulnus* all'effettività della pena dei delitti di corruzione è rappresentato anche dal rischio della prescrizione, che, anche con riferimento ai delitti di corruzione, interviene con molta frequenza non solo a causa della irragionevole durata dei processi e della disciplina della prescrizione

⁸⁸ Nella direzione dell'innalzamento delle pene principali per i delitti di corruzione si collocano alcune recenti proposte di legge presentate durante la XVI legislatura come ad esempio A.C. n. 4434 (Governo), A.S. n. 2174 (Finocchiaro e altri) e A.C. 3850 (Ferranti e altri), A.C. 3380 (Di Pietro e altri).

⁸⁹ Sul punto vedi P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 304 ss.; T. PADOVANI, *Nel disegno di legge su corruzione e illegalità solo un inutile aumento delle pene detentive*, in *Guida al dir.*, n. 25, 2010, p. 5.

⁹⁰ Sul punto vedi, *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, Genova, 15 novembre 2006, P. Pisa (a cura di), Torino, 2008.

⁹¹ Nel senso di estendere la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici per tutte le forme di corruzione vedi, ad esempio, A.S. n. 2174 (Finocchiaro e altri), A.C. n. 3850 (Ferranti e altri), A.C. n. 4 516 (Garavini).

introdotta con la legge del 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. legge ex Cirielli), ma anche per le caratteristiche della moderna corruzione sistemica, che la rendono sempre più difficile da accertare in tempi rapidi. In particolare, il patto corruttivo (quando emerge dal sommerso) viene in evidenza molto tempo dopo la stipulazione e il compimento dell'atto oggetto del *pactum sceleris*, nel momento in cui il corruttore adempie alla prestazione corruttiva, mettendo l'utilità a disposizione del corrotto.

Ecco allora che – recependo le indicazioni della Convenzione ONU di Merida del 2003⁹² – per evitare irragionevoli aumenti dei limiti editali delle pene e che ancora una volta il compito di soddisfare ineludibili esigenze di tutela sia scaricato sulla giurisprudenza⁹³, occorrerebbe muoversi in due direzioni. Da un lato, occorrerebbe elevare i termini prescrizionali dei delitti di corruzione⁹⁴, dall'altro lato, sul modello della disciplina prevista dall'art. 644 ter c.p. per il delitto di usura, si potrebbe postergare il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione dei delitti di corruzione dal momento consumativo del delitto al momento della ricezione del compenso pattuito⁹⁵.

5.1.3. Il rafforzamento degli strumenti di accertamento della corruzione

Infine, un solido sistema repressivo contro la corruzione deve potere contare su strumenti capaci di confrontarsi con il carattere mirabilmen-

⁹² Secondo la Convenzione ONU di Merida del 2003 «ciascuno Stato Parte fissa, nell'ambito del proprio diritto interno, un lungo termine di prescrizione entro il quale definire i procedimenti per i reati previsti dalla Convenzione».

⁹³ Proprio per postergare il *dies a quo* di decorrenza dei termini di prescrizione la giurisprudenza prevalente, condivisa anche dalle Sezioni unite (Cass. pen., sez. un. 21 aprile, 2010, Mills), giunge a spostare il momento consumativo dei delitti di corruzione dal momento in cui si perfeziona il *pactum sceleris* a quello del ricevimento dell'utilità. Più precisamente, si ritiene che i delitti di corruzione siano reati a duplice schema: principale e sussidiario. Nello schema principale (o ordinario), che si ha quando il privato corrisponde effettivamente il compenso al funzionario successivamente all'accordo, il momento consumativo va individuato nella ricezione del compenso. Con la conseguenza che, se il compenso pattuito viene corrisposto in più rate, il momento consumativo coincide con l'ultimo dei pagamenti. Nello schema sussidiario (o contratto), che si ha quando le condotte degli agenti si esauriscono nell'accordo e la promessa non è adempiuta, il momento consumativo coincide con il perfezionamento dell'accordo corruttivo. In realtà, il momento consumativo dei delitti di corruzione va individuato nel momento in cui si perfeziona il patto corruttivo anche quando alla accettazione della promessa segua la dazione del compenso, in quanto nelle fattispecie di corruzione sia il compimento dell'atto d'ufficio che il pagamento del compenso da parte del privato costituiscono comportamenti meramente esecutivi e atipici.

⁹⁴ In questa direzione si è mosso recentemente il legislatore a proposito dei reati tributari con il D.L. 13 agosto 2011, n. 138 convertito dalla L. 14 settembre 2011, n. 148.

⁹⁵ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 141.

te oscuro della corruzione. In effetti, il problema dell'accertamento della corruzione, oltre a dipendere dal carattere bilaterale e sinallagmatico del patto corruttivo, è legato alle peculiari caratteristiche assunte dalle nuove forme di manifestazione della corruzione sistemica. Anzitutto, la perdita di 'dualità' della vicenda corruttiva rende ancora più problematico l'accertamento del delitto di corruzione: così, ad esempio, si pensi alle ipotesi in cui la tangente venga pagata a rate e in tempi diversi dall'imprenditore a centri di potere politico riconducibili a partiti diversi, oppure ai casi in cui tra il corrotto e il corruttore si frappone un intermediario, magari realmente consulente dell'impresa corruttrice, che occulti la tangente dietro consulenze fittizie. In secondo luogo, problemi probatori si hanno quando la tangente finisce addirittura per 'liquefarsi', e il vantaggio perseguito dal corrotto è accertabile attraverso l'individuazione dei complessi rapporti di affari tra corrotti e corruttori⁹⁶.

In assenza di adeguati strumenti di accertamento della corruzione, il rischio è che le norme processuali, e segnatamente quelle che disciplinano la custodia cautelare in carcere, subiscano pericolose torsioni⁹⁷.

Ecco allora che per favorire l'emersione della corruzione, evitando pericolose torsioni degli istituti processuali, occorre elaborare misure capaci di misurarsi con l'oscurità e la complessità dei meccanismi corruttivi.

Nella individuazione degli strumenti in grado di favorire l'accertamento della corruzione, anzitutto, occorre interrogarsi su quelli capaci di rompere il sodalizio criminoso tra corrotto e corruttore. In effetti, il carattere necessariamente plurisoggettivo proprio dei delitti di corruzione, unitamente ai vantaggi che essi comportano per corrotto e corruttore, fa sì che il sodalizio criminoso sia particolarmente impenetrabile.

Ebbene, la non negoziabilità dell'esercizio dell'azione penale e la conseguente assenza di strumenti processuali capaci di favorire la propensione alla denuncia⁹⁸ spingono necessariamente verso l'individuazione di misure sostanziali di carattere premiale, volte a favorire la propensione alla denuncia e rompere il sodalizio criminoso tra corrotto e corruttore. Si tratta di misure utili non solo a favorire l'accertamento giudiziario della corruzione ma anche ad evitare pericolose torsioni delle norme incrimi-

⁹⁶ Vedi *retro* nota 23.

⁹⁷ Sul ruolo della custodia cautelare in carcere nelle indagini per corruzione e concussione vedi P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, cit., p. 160 ss.

⁹⁸ Si allude evidentemente a istituti processuali presenti negli ordinamenti di *common law* in cui l'azione penale è discrezionale, che consentono al p.m. di rinunciare a perseguire uno o più reati o di derubricare l'imputazione in cambio della collaborazione del reo come, ad esempio, il *charge bargaining* della prassi nordamericana. Sul punto vedi G. MANNOZZI, *Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense: spunti di riflessione con riferimento alla legge n. 134 del 2003*, in F. Peroni (a cura di), *Patteggiamento allargato e giustizia penale*, Torino, 2004, p. 164 ss.

natrici. In effetti, proprio l'assenza di strumenti capaci di favorire la collaborazione del corruttore spinge talvolta a qualificare come concussione fatti autenticamente corruttivi.

Le soluzioni prospettabili, ed effettivamente prospettate, sono due: la previsione di una causa di non punibilità o di una circostanza attenuante per il compartecipe necessario che collabora in modo fattivo all'accertamento giudiziario del fatto corruttivo.

Quanto alla circostanza attenuante, essa non pare capace di promuovere la rottura del sodalizio criminoso, vista la scarsa consistenza del 'premio'⁹⁹, anche qualora – sul modello di quella prevista dal Disegno di legge di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999, presentato il 4 dicembre del 2007 alla Camera (A.C. n. 3286) – comportasse la riduzione della pena fino a due terzi.

Per quanto riguarda la causa di non punibilità, essa per essere realmente funzionale allo scopo della rottura del sodalizio criminoso dovrebbe essere concepita come un vero premio e quindi dovrebbe risultare effettivamente vantaggiosa per il reo. Da questo punto di vista, non convince la disciplina della causa di non punibilità elaborata dal Progetto di Cernobbio, la cui applicabilità è subordinata al fatto che il patto corruttivo venga denunciato entro tre mesi dalla realizzazione dell'illecito e prima che la notizia di reato venga iscritta nell'apposito registro¹⁰⁰. Ed infatti, non è verosimile che entro tre mesi dalla commissione del fatto corruttivo e prima della iscrizione nel registro degli indagati il reo si ravveda e collabori. Addirittura una causa di non punibilità così congegnata, oltre a non essere efficace, rischia di risultare criminogena stimolando i protagonisti del 'mercato della tangente' a costruire un sistema corruttivo sempre più impenetrabile.

Senonché, quand'anche la causa di non punibilità fosse concepita in modo realmente funzionale allo scopo di favorire la collaborazione del reo e la rottura del sodalizio criminoso, essa appare comunque problematica. E

⁹⁹ Cfr. art. 3 lett. p) del disegno di legge A.C. n. 3286 cit. che prevede una attenuante ad effetto speciale che comporta la diminuzione della pena fino a due terzi e l'interdizione temporanea anziché perpetua dai pubblici uffici per gli autori del delitto di corruzione, di corruzione in atti giudiziari e di traffico di influenze illecite che, prima dell'esercizio dell'azione penale, forniscano indicazioni utili all'individuazione degli altri responsabili e al sequestro delle somme o delle altre utilità trasferite.

¹⁰⁰ La Proposta di Cernobbio subordinava l'applicabilità della causa di non punibilità al fatto che il reo avesse denunciato: a) per primo un episodio di corruzione propria o impropria; b) entro tre mesi dalla realizzazione dell'illecito; c) prima che la notizia di reato fosse stata iscritta nel registro generale a suo nome; d) fornendo indicazioni utili per la individuazione degli altri responsabili. Peraltro, la non punibilità del corrotto veniva subordinata alla restituzione del prezzo della tangente, mentre quella del corruttore alla messa a disposizione di una somma pari all'importo della tangente versata.

non sia allude tanto alle riserve di ordine etico o morale nei confronti delle misure premiali, e neppure al principio di necessità della pena, quanto piuttosto ad un profilo diverso, legato all'ambiguità del contesto nel quale allignano le relazioni corruttive. Da un lato, lo strumento premiale in un contesto come quello corruttivo si presta ad essere strumentalizzato in chiave di ricatto, soprattutto dei pubblici agenti che ricoprono cariche politiche. Dall'altro lato, le misure premiali in contesti corruttivi possono addirittura rivelarsi criminogene, ingenerando nel privato corruttore l'idea che se il patto corruttivo viene scoperto comunque esiste sempre una 'via di fuga' dalla sanzione¹⁰¹.

Ecco allora che si potrebbe immaginare di puntare anche su strumenti volti a promuovere la collaborazione di soggetti terzi rispetto al patto corruttivo, ma che ne sono a conoscenza perché appartengono all'organizzazione pubblica o privata coinvolta nel rapporto corruttivo. In particolare, si allude alla previsione di misure di protezione volte ad evitare il licenziamento dei *whistleblowing*, ovvero di coloro che, facendo parte di una organizzazione privata o pubblica, di propria iniziativa rivelino l'esistenza di fatti di corruzione collegati all'attività della propria organizzazione¹⁰². In questa direzione si collocano peraltro la Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 (art. 9) e la Convenzione Onu di Merida del 2003 (art. 33), che prevedono a carico degli Stati Parte la prima l'obbligo e la seconda la facoltà di adottare misure idonee alla tutela dei *whistleblowing*. In particolare, nel nostro ordinamento si potrebbe introdurre una disposizione che espressamente sancisca la nullità del licenziamento discriminatorio dei *whistleblowing*¹⁰³.

Ma nell'accertamento giudiziario della corruzione un ruolo determinante hanno, oltre alle intercettazioni telefoniche – che appaiono sempre più irrinunciabili di fronte al processo di smaterializzazione della tangente che ha reso sempre meno efficaci le tradizionali indagini bancarie –, anche i c.d. reati satellite (o spia) ovvero quegli illeciti penali indagando sui quali emergono i fatti corruttivi, come le falsità contabili e i reati tributari di cui occorrerebbe potenziare la disciplina penale. E un rafforzamento repressivo necessiterebbe probabilmente anche il delitto di abuso d'ufficio che le varie riforme hanno depotenziato, visto che può finire per rappresentare l'ultimo baluardo per la repressione delle forme di corruzione sistemica che allignano nel conflitto di interessi, in cui la tangente tende a 'liquefarsi' e il corrispettivo della prestazione del pubblico agente/affa-

¹⁰¹ Sui rischi del ricorso agli strumenti premiali volti a favorire la propensione alla denuncia vedi C.F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su tangentopoli: il progetto anticorruzione di manipolite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2345.

¹⁰² Sui *whistleblowing* vedi F. GANDINI, *La protezione dei whistleblowing*, in *La corruzione amministrativa*, cit., p. 167 ss.

¹⁰³ Misure a tutela dei dipendenti pubblici sono previste nel Disegno di legge A.C. 4434 (Governo), cit.

rista corrotto si sostanzia negli effetti dello stesso atto del pubblico agente/affarista corrotto¹⁰⁴.

Infine, utile nella prospettiva del rafforzamento del sistema investigativo potrebbe essere anche la previsione della possibilità di realizzare indagini sotto copertura, già consentite in materie come gli stupefacenti, la pedofilia, la contraffazione, e previste dall'art. 23 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999¹⁰⁵.

5.2. *Il rafforzamento del sistema preventivo di contrasto alla corruzione*

Venendo al rafforzamento del sistema preventivo, occorre immaginare un sistema che, oltre a strumenti emergenziali, destinati ad avere effetto nel breve periodo, come, ad esempio, programmi e Autorità indipendenti anticorruzione, possa contare su misure, per così dire, ordinarie destinate ad avere effetto nel lungo periodo¹⁰⁶. In particolare, oltre al necessario processo di progressiva semplificazione della legislazione amministrativa diretta a fare emergere con chiarezza le norme di diritto pubblico da applicare e gli enti competenti ad intervenire nel singolo procedimento amministrativo, al potenziamento dei controlli di tipo ispettivo, soprattutto nei settori coinvolti da processi di liberalizzazione e semplificazione, occorre muoversi anche in altre direzioni. Anzitutto, occorre intervenire sui fattori criminogeni delle forme di manifestazione della corruzione sistemica che mettono in crisi lo strumento repressivo. Sotto questo profilo, particolare attenzione va riservata ai meccanismi di regolazione dell'accesso e permanenza nelle cariche pubbliche e delle c.d. procedure d'urgenza. In secondo luogo, occorre elaborare strumenti capaci di intervenire sui quei fatti prodromici alla corruzione, che, ancorché privi di un significativo contenuto di disvalore tale da giustificare l'intervento penale, possono creare le condizioni per la realizzazione di fatti corruttivi. Da questo punto di vista, un contributo potrebbe provenire soprattutto dalla 'rivitalizzazione' degli strumenti di natura schiettamente disciplinare già esistenti. Infine, nella prevenzione del fenomeno corruttivo utile potrebbe essere l'introduzione all'interno dell'apparato amministrativo di meccanismi virtuosi capaci di produrre una vera e propria barriera alla corruzione. A questo proposito, un contributo potrebbe giungere dall'adozione da parte degli enti pubblici di veri e propri *compliance program* anticorruzione.

¹⁰⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Corruzione: per una disciplina "integrata" ed efficace*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1177 ss.

¹⁰⁵ La possibilità di realizzare indagini sotto copertura è prevista da alcuni progetti di legge presentati nella XVI legislatura come, ad esempio, in A.S. n. 2044 (Baio e altri); A.S. n. 2174 (Finocchiaro e altri) e A.C. n. 3850 (Ferranti e altri).

¹⁰⁶ Cfr. C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1045 ss.

5.2.1. *Il problema della disciplina dell'incandidabilità, del conflitto di interessi e delle procedure d'urgenza*

Un solido apparato preventivo nei confronti della corruzione sistemica non può prescindere da coerenti ed efficaci discipline dell'accesso e della permanenza nella titolarità delle cariche pubbliche. Sotto il primo profilo, occorrono discipline in grado di evitare che a certe cariche pubbliche possano accedere coloro che sono stati condannati con sentenza definitiva per delitti di corruzione. Da questo punto di vista, occorrerebbe quantomeno estendere la disciplina dell'incandidabilità, prevista dal TUEL 267/2001 per il personale elettivo degli enti locali, anche ai parlamentari¹⁰⁷. Sotto il secondo profilo, occorre introdurre discipline capaci di evitare che coloro che si trovano nella titolarità di un interesse privato configgente con quello pubblico possano continuare a svolgere le funzioni pubbliche. In particolare, occorrerebbe una disciplina del conflitto di interessi che imponga al titolare della carica pubblica di scegliere tra l'interesse privato e la carica pubblica. Da questo punto di vista, non può essere condivisa la disciplina attuale del conflitto di interessi dei membri del Governo delineata dalla legge n. 215 del 2004, che ammette la possibilità che i membri del Governo siano in conflitto di interessi, limitandosi a prevedere la blanda, se non addirittura risibile, sanzione della comunicazione ai Presidenti delle Camere, solamente per l'ipotesi in cui il pubblico agente trae vantaggio dal conflitto a danno dell'interesse pubblico.¹⁰⁸

Infine, nella prospettiva della prevenzione della corruzione sistemica non può non aprirsi una riflessione sulla complessa e stratificata disciplina delle procedure amministrative straordinarie derogatorie delle procedure amministrative ordinarie¹⁰⁹. Ed infatti, eccessivo pare l'ambito applicativo della legge n. 225 del 24 febbraio 1992 che, nel disciplinare la dichiarazione dello stato di emergenza, fa riferimento oltre alle calamità naturali e alle catastrofi anche ad 'altri eventi' da fronteggiare con mezzi e poteri straordinari. Con la conseguenza che negli ultimi anni e – vale ripeterlo – i poteri straordinari garantiti dalla l. n. 225 del 24 febbraio 1992, sono stati utilizzati non solo per far fronte alle reali ed imprevedibili situazioni di emergenza ma anche per sopperire all'ordinario stato di inefficienza della pubblica amministrazione¹¹⁰.

¹⁰⁷ In questa direzione vanno i recenti progetti di legge anticorruzione A.S. n. 2164 (Li Gotti e altri) e A.S. n. 2168 (D'Alia).

¹⁰⁸ Sul punto vedi B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, p. 100 ss.

¹⁰⁹ Sui meccanismi di funzionamento delle procedure d'emergenza vedi F. TEDESCHI, N. FERRELLI, *Il governo dell'emergenza*, Napoli, 2010. In particolare, sull'uso dei poteri straordinari come surrogato dell'inefficienza dell'amministrazione pubblica vedi A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 230 ss.

¹¹⁰ Sull'abuso dei poteri d'emergenza vedi R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge. Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011.

5.2.2. La 'rivitalizzazione' del sistema disciplinare

Ma un solido apparato preventivo non può prescindere da un credibile, efficiente, e soprattutto coerente con le peculiarità del datore di lavoro pubblico, sistema disciplinare dei pubblici agenti¹¹¹.

La 'rivitalizzazione' del sistema disciplinare potrebbe avere almeno due funzioni nella prospettiva della prevenzione del fenomeno corruttivo. Da un lato, un solido sistema disciplinare potrebbe consentire di intervenire tempestivamente sui comportamenti di infedeltà/venalità del pubblico agente che sono prodromici a quelli autenticamente corruttivi, e quindi presentano un contenuto di disvalore tale da non giustificare l'intervento penale. Così, ad esempio, l'indebita accettazione di doni da parte del pubblico agente in relazione alla propria prestazione lavorativa, ancorché non adeguatamente sanzionata, trova adeguata collocazione proprio nel sistema disciplinare¹¹², così come potrebbe essere collocato nell'ambito disciplinare anche il comportamento del pubblico agente che versando in una situazione di conflitto di interessi non sceglia tra l'interesse privato e la carica pubblica. Da questo punto di vista, la rivitalizzazione del sistema disciplinare servirebbe anche a scongiurare il rischio di progressiva smaterializzazione del contenuto offensivo dei reati di corruzione. Dall'altro lato, l'elaborazione di un sistema disciplinare coerente con la rilevanza degli interessi pubblici gestiti dai pubblici agenti costituisce una delle condizioni fondamentali per un recupero di dignità e credibilità dell'azione della pubblica amministrazione, la crisi della quale costituisce al contempo effetto e causa della corruzione.

Sul piano tecnico, la rivitalizzazione dell'attuale sistema disciplinare dovrebbe potere contare su misure di carattere sostanziale e procedurale probabilmente più incisive di quelle, pure utili, previste recentemente dalla l. 4 marzo 2009 n. 15 e dal d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 di riforma del sistema disciplinare dei dipendenti pubblici.¹¹³ Sotto il primo profilo, occorre munire di sanzioni adeguate gli illeciti disciplinari prodromici alla corruzione. In effetti, non si vede la ragione perché il pubblico agente debba essere obbligatoriamente licenziato se falsifica anche una sola volta

¹¹¹ Sul ruolo della responsabilità disciplinare nel contrasto alla corruzione vedi P. BARRERA, *Responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit., p. 245 ss.

¹¹² Cfr. l'art. 11 del CCNL Ministeri 2002-2006, che tra gli obblighi disciplinari dei dipendenti pubblici alla lett. l) prevede quello di «non chiedere né accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali, o altre utilità in connessione con la prestazione lavorativa». Cfr. V. TENORE, *La responsabilità disciplinare*, in *Le cinque responsabilità*, cit., p. 369 ss.

¹¹³ Sul punto vedi L. MARTUCCI, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego. Tutte le novità della Riforma Brunetta (D.lgs. 150/2009)*, Milano, 2010; V. TENORE, *La responsabilità disciplinare*, in *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2009, p. 365 ss.

il c.d. cartellino di presenza¹¹⁴ oppure se senza giustificato motivo rifiuta il trasferimento¹¹⁵, ma non altrettanto se si dimostra infedele e venale accettando indebitamente doni in relazione alla sua funzione o carica, oppure se continua ad esercitare la propria funzione favorendo interessi privati di cui è titolare o contitolare.

Sotto il profilo processuale, alla gravità delle sanzioni dovrebbe forse corrispondere anche una maggiore competenza e terzietà da parte degli organi giudicanti, anche in considerazione del fatto che la corruzione sistemica coinvolge i vertici politico-amministrativi della pubblica amministrazione. Ecco allora che si potrebbe immaginare la costruzione di Autorità indipendenti composte magari da magistrati con funzione non solo giudicante ma anche inquirente muniti di poteri ispettivi volti ad accertare l'illecito disciplinare.

5.2.3. Modelli organizzativi anticorruzione nella pubblica amministrazione: verso la responsabilità punitiva delle persone giuridiche pubbliche?

Ma nella prospettiva autenticamente preventiva della corruzione occorrerebbe spingersi oltre ed introdurre all'interno dell'apparato amministrativo dei meccanismi in grado di costituire veri e propri antidoti rispetto ai fatti corruttivi. Da questo punto di vista, un contributo potrebbe provenire dalla introduzione nelle pubbliche amministrazioni di *compliance program* anticorruzione sul modello di quelli previsti dal d.lgs. 231/2001, capaci di trovare il giusto equilibrio tra esigenze di prevenzione e di efficienza della pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda la promozione dei modelli anticorruzione, due sembrano le opzioni possibili: un modello premiale e un modello punitivo.

Il modello premiale si potrebbe basare su un sistema di incentivi economici per l'ente pubblico che, oltre a non essere stato coinvolto in un determinato arco temporale in fatti di corruzione, risulta munito di *compliance program* efficaci alla prevenzione dei fatti corruttivi.

Il modello punitivo invece potrebbe articolarsi su forme di responsabilità individuale e collettiva. Sotto il primo profilo, l'adozione del modello anticorruzione potrebbe essere configurato come vero e proprio obbligo disciplinare (adeguatamente sanzionato) a carico dei vertici politico-amministrativi dell'ente pubblico. Sotto il secondo profilo, si potrebbe pensare a forme di responsabilità punitiva di alcune tipologie di persone giuridiche di diritto pubblico, superando l'atteggiamento di chiusura del d.lg. 231/2001, che esclude radicalmente dalla responsabilità punitiva-amministrativa tutti gli enti pubblici non economici. In effetti, analogo atteggiamento di chiusura non si riscontra in altri ordinamenti europei, nei quali non vige un divieto così generalizzato, quanto piuttosto un si-

¹¹⁴ Cfr. art. 55 quater lett. a) d.leg. 165/2001.

¹¹⁵ Cfr. art. 55 quater lett. c) d.lgs. 165/2001.

stema di limitazioni introdotto in via legislativa o interpretativa¹¹⁶. Così, ad esempio, il codice penale francese ammette la responsabilità penale degli enti territoriali che svolgono attività delegabile ai privati¹¹⁷, il codice penale belga, pur introducendo ampie limitazioni alla responsabilità degli enti pubblici, ammette la responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico¹¹⁸, e il codice penale olandese non prevede alcuna limitazione della responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico, lasciando di fatto alla peraltro vivacissima prassi giurisprudenziale il compito di individuare i criteri selettivi¹¹⁹. D'altra parte, l'art. 11.2 della legge (delega) 300/2000, escludeva dalla responsabilità accanto allo Stato non già tutti gli enti pubblici non economici bensì «gli enti pubblici che esercitano pubblici poteri»: con la conseguenza che più ampio era il novero degli enti pubblici soggetti alla novella responsabilità, rientrando nella sfera di operatività della legge delega anche gli enti pubblici non economici esercenti servizi pubblici come, ad esempio, le aziende ospedaliere.

Ecco allora che una volta superato il dogma della irresponsabilità delle persone giuridiche di diritto pubblico, individuati criteri selettivi coerenti con la natura dell'attività svolta dall'ente, questa forma di responsabilità dovrebbe però essere disciplinata secondo paradigmi diversi da quelli delineati dal d.lgs. 231/2001. Anzitutto, la ipotizzata responsabilità punitiva degli enti pubblici dovrebbe essere diretta, del tutto autonoma da una eventuale responsabilità individuale¹²⁰. In secondo luogo, la responsabilità dell'ente pubblico dovrebbe essere collegata essenzialmente alla mera mancata adozione del modello anticorruzione oppure alla violazione del

¹¹⁶ Per una panoramica della responsabilità penale delle persone giuridiche negli ordinamenti europei vedi G. DE VERO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p. 86 ss.; F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003. In particolare, sulla responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico in prospettiva comparata vedi E. PAVARELLO, *La responsabilità delle persone giuridiche di diritto pubblico*. *Societas publica delinquere potest*, Padova, 2011.

¹¹⁷ Cfr. J. PRADEL, *La responsabilité des personnes morales en France*, in F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 85 ss.

¹¹⁸ Sulla responsabilità delle persone giuridiche in Belgio vedi A.A.VV., *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruxelles, 2005.

¹¹⁹ Sulla responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico nel sistema olandese, vedi J.A.E. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, F. Palazzo (a cura di), cit., p. 161 ss.

¹²⁰ Di recente il d.lgs. 39/2010 ha introdotto una nuova ipotesi di responsabilità diretta per l'irregolare svolgimento dell'azione di revisione da parte delle società di revisione. Al livello comparato, il codice penale svizzero (art. 100 quater) prevede una forma di responsabilità penale degli enti e delle imprese indipendente da quella delle persone fisiche.

modello adottato e prescindere dall'accertamento di fatti corruttivi. In terzo luogo, l'accertamento della responsabilità dell'ente pubblico dovrebbe essere affidata ad organismi esterni alla pubblica amministrazione dotati di un sufficiente grado di indipendenza.

Sotto il profilo sanzionatorio, nella ricerca di tipologie sanzionatorie coerenti con la natura pubblica dell'ente e con il tipo di attività in concreto esercitata, oltre a valutare l'utilità di sanzioni capaci di favorire il rinnovamento degli organi di governo della persona giuridica pubblica, si potrebbe pensare anche alla mutabilità dal diritto penale del lavoro dei modelli sanzionatori ingiunzionali.

L'ACCERTAMENTO GIUDIZIARIO DELLA CORRUZIONE NELL'ATTUALE REALTÀ DELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Alessandro Crini

1. Le analogie che, sperimentalmente, si possono individuare tra fenomeni criminali della medesima tipologia, o almeno della medesima indole, spiegano perché sia corretto ritenere, in via di prima approssimazione, che ogni reato, per quanto episodico od occasionale, possa essere utilmente investigato secondo un proprio modello di indagine.

La caratterizzazione specifica di un singolo fenomeno delinquenziale, di uno specifico comportamento penalmente rilevante, infatti, risulta per lo più sempre coerente ad un quadro d'insieme che normalmente presenta numerose ricorrenze e plurimi luoghi comuni, al cui interno i diversi profili di prova, pur non essendo mai schematizzabili, denotano tuttavia interessanti e significative comunanze.

Peraltro, al fine di non fraintendere la vera portata di quest'assunto, è bene aver chiaro che l'investigazione non è mai, soltanto, un'indistinta acquisizione di dati, uniti in un coacervo per effetto dell'adozione di protocolli più o meno sofisticati. Essa, al contrario, è tenuta a modularsi, costantemente, sulla novità di una circostanza sopravvenuta, così come sull'emergere di un elemento indiziante o dirimente.

In questo senso, il primario criterio fondativo di un corretto progredire, idoneo a produrre i necessari risultati, in punto di sufficienza probatoria, prescrive, anzitutto, che la ricostruzione di una determinata serie fattuale avvenga senza soluzioni di continuità; ovvero, in altre parole, secondo una rigidissima applicazione dello strumento logico: inteso, sia chiaro, non già come semplice criterio di ragionamento, ma, al contrario, come specifica tecnica di analisi dei fatti storici oggetto di indagine.

Per modo che, in nessun momento, la ricostruzione del percorso che conduce alla prova della responsabilità penale può essere rimessa ad un passaggio che si alimenti degli infidi concetti di plausibilità o verosimiglianza: poiché, per tale via, si viene ad opporre all'indagato, non già la contestazione d'un fatto che logicamente conduce alla prova del reato, bensì la contestazione d'un mero ragionamento che, altrettanto logicamente, può fornire, al più, validi elementi di sospetto a suo carico.

Non appaia improprio, o peggio stravagante, questo iniziale richiamo alle esigenze di rigore logico del percorso probatorio. Esso costituisce, infatti, la principale delle regole da coltivare in questa materia, una volta acquisito il dato che un'indagine, per esser tale, deve constare d'una serie

di elementi che si susseguono, l'un l'altro, talvolta in rapporto di stretta connessione causale, tal'altra in forma puramente accidentale. E che mai, in nessun momento, può esistere, tra l'insieme ordinato di tutti questi elementi, alcuna distonia o soluzione di continuo.

2. Il tema appena introdotto è in grado di suggerire più d'un approfondimento. Uno, in particolare, inerente la tempistica dell'indagine in rapporto alla consumazione del fatto – reato, risulta di notevole interesse, per la sua inerenza, e per gli spunti che può offrire, rispetto all'argomento oggetto della presente analisi.

Esiste, a questo proposito, una prima tipologia di indagini che si spiegano nel momento stesso in cui l'attività criminale è in corso. Ciò può accadere, o di norma: pensiamo ai sequestri di persona, al traffico di stupefacenti, ai reati associativi, ovvero in modo del tutto accidentale: come in talune ipotesi di estorsione e di reati contro la p.a. Orbene, è evidente che, in questi casi, e possiamo riferirci proprio ai reati contro la p.a., così da rimanere più aderenti al tema che ci occupa, l'indagine dovrà opportunamente bilanciarsi tra l'esigenza di evitare che l'attività delittuosa venga condotta a conseguenze ulteriori e l'altra, in parte antitetica, di acquisire piena prova, fattuale, dei reati commessi.

In tutti gli altri casi, invece, l'indagine risulterà successiva rispetto alla consumazione del fatto – reato. Anche qui abbiamo situazioni nelle quali questa connotazione ha carattere necessario e in cui l'iniziativa d'indagine sarà tanto più immediata quanto più il fatto si presenta evidente o eclatante: pensiamo a omicidi, rapine, incendi, ecc.; e altre ove la natura successiva dell'investigazione è del tutto eventuale, cosicché essa viene ad assumere un contenuto che potremmo dire retrospettivo o postumo.

Sono di tal genere quelle indagini nelle quali il fatto criminoso si presenta più subdolo, di regola in quanto frutto di condivisione tra parti, e quindi, almeno nelle intenzioni iniziali, destinato a rimanere coperto: pensiamo all'usura, per esempio, dove, pure, l'intesa ha carattere coattivo; ma, direi, anzitutto proprio ad una buona parte dei reati contro la p.a. Laddove la condivisione dell'illecito, nell'intreccio criminale che, per lo più, lega un versante pubblico ad un versante privato, senza escludere contaminazioni dell'un settore rispetto all'altro, comporta che la *notitia criminis* finisca sovente per rappresentare l'espressione, *a posteriori*, di un ripensamento, significativamente non spontaneo, sovente di parte privata, rispetto a vicende ormai chiuse ed esauritesi da tempo. Le cronache, del resto, ci offrono ampia traccia di questa tipologia di fenomeni.

2.1. Orbene, non è affatto da pensare che l'indagine cosiddetta postuma, in particolare con riferimento a quei casi in cui il ritardo dipenda dalla determinazione resipiscente di un denunciante, sia per ciò solo, per tornare al nostro tema iniziale, più protocollare; in quell'accezione, in parte riduttiva, che abbiamo dato di questo concetto: cioè più modulare e scontata. Al contrario, si può senz'altro affermare che nessuna indagine, come

quella di questo tipo, a parte forse soltanto l'indagine per omicidio volontario, ha necessità di spunti creativi e di rigore logico.

Facciamo un rapido passo indietro. Il problema della prova, com'è ben noto, si sostanzia, in concreto, nell'individuazione di un complesso di elementi confermativi del fatto addebitato, ad alcuni dei quali, stante il loro valore più propriamente integrativo, si dà nome di *riscontro*. In questa situazione, cioè nella concretezza del dispiegarsi dell'indagine, sotto forma di contenuto ideologico di iniziative materiali rispondenti ad un determinato programma, il cosiddetto approfondimento pluridirezionale, nella ricerca delle prove e dei riscontri, non è solo, per l'inquirente, un dovere processuale, strettamente confinante con la deontologia e, vorrei dire, la stessa etica della professione. Al contrario, è vera e propria norma di prudenza. Posto che, soltanto la completezza di una determinata ricostruzione può escludere l'esistenza di quelle discontinuità le quali, quand'anche si riducano ad una soltanto, potranno finire per indubitare decisamente l'intero ragionamento d'accusa.

Ora, è evidente che, quando l'attività criminosa sia in corso, pur essendosi già consumati uno o più reati, si tratterà di gestire le iniziative di indagine in modo che ne risulti, a fini probatori, una adeguata documentazione degli illeciti in fase di esecuzione.

Non si deve affatto ritenere che questa attività sia semplice. Si possono commettere gravissimi e risolutivi errori anche in situazioni di questo tipo. Tuttavia si può ben capire che, allorquando una determinata vicenda sia flagrante, il vero problema risulti quello dell'adeguatezza della vigilanza o, per meglio dire, della completezza del suo monitoraggio.

Pensiamo, per restare in tema, al caso del dipendente deluso, e pertanto infedele, che si determini a riferire al Pubblico Ministero di talune pratiche corruttive attuate dall'azienda per la quale ha lavorato e, per quanto a lui risulta, tutt'ora in essere. Va da sé che quelle sole dichiarazioni accusatorie, oltre tutto mosse da forti risentimenti personali, potranno avere un valore di prova abbastanza circoscritto. Esse, pertanto, dovranno essere tutelate con la più rigorosa segretezza, per potersi avviare, sulla base del loro contenuto, tutte le iniziative di riscontro che, a reati in corso di consumazione, assumono proprio quel significato documentativo che prima si prospettava.

2.2. Quando, invece, l'indagine è, secondo la terminologia sopra adottata, retrospettiva o postuma, la situazione si presenta assai più complessa. Rispetto al caso precedente, invero, il contesto è molto diverso e molto meno agevole. Nell'ipotesi in cui esista un delatore, è assai probabile, infatti, che egli, per primo, sia ben poco indotto alla riservatezza; e ciò non solo perché logica vuole che il ritardo nella denuncia sia, di regola – almeno in questa materia – direttamente proporzionale alla sua strumentalità. Ma anche perché egli è, per lo più, convinto di riferire fatti su cui è assai probabile che, nel tempo, si sia già confidato con altri; e che, pertanto, sono destinati ad essere percepiti, fin dall'origine, come un racconto a riservatezza limitata.

Orbene, una volta che il muro della segretezza sia incrinato, è del tutto evidente che l'attività di riscontro si indebolisce notevolmente, restando

circoscritta, nella sostanza, alla (sola) possibilità di acquisire elementi dichiarativi sicuramente meno genuini, nonché elementi documentali esclusivamente ufficiali (atti pubblici, documentazione bancaria, ecc...); salvo quelli che lo stesso delatore riterrà di poter fornire, per i quali, peraltro, sarà opportuno un attento vaglio critico. Ma anche quando la riservatezza riesca a permanere, la situazione, certamente migliore, è comunque assai complessa. Infatti, posto che l'attività criminosa è del tutto cessata, sarà compito dell'indagine, non solo adoperarsi per la più attenta compulsazione di tutte le possibili fonti informative, con l'adozione di tutti quegli accorgimenti che siano in grado di evidenziare eventuali difetti di genuinità; ma anche, ove possibile, porre in essere quel tipo di iniziative che, producendo una sorta di riattualizzazione virtuale del fenomeno criminoso ormai esaurito, per esempio con l'indurre il riacciarsi di contatti e relazioni, siano in grado di determinare risultati probatoriamente utili attraverso il controllo di comportamenti che gli indagati o terzi verranno a tenere, potremmo dire, ora per allora.

3. Si tratta, come si vede, di un tema non facile – anche per la delicatezza di talune sue implicazioni – e che è problematico ridurre, nell'analisi, a poche battute. Esiste, ad esempio, almeno un altro complementare aspetto, di particolare interesse.

I reati in cui la percezione del fatto criminoso è immediata, nei quali, come si è visto, l'attività d'indagine è necessariamente successiva alla piena consumazione del reato, specie quelli che, con riferimento al profilo della gravità, abbiamo detto eclatanti, individuano, in effetti, una tipologia penale in cui, non essendovi, per lo più, questione sull'esistenza del delitto, che prorompe *ictu oculi*, si pone invece il decisivo problema dell'individuazione del responsabile.

È pacifico che, anche in questo caso, pur di fronte ad un reato evidente e, sperabilmente, ad uno o più sospettati plausibili, le iniziative di indagine nei confronti di costui, o di costoro, dovranno essere, per quanto possibile, 'a sorpresa'. Nonostante che l'autore del crimine, per lo più tra i sospettati, sappia bene di esserlo e, in tale veste, si giovi di una posizione che potremmo definire di apparente vantaggio, dal punto di vista investigativo; la quale tocca il suo apice nelle primissime fasi, pensiamo alla consumazione d'un omicidio volontario, allorquando egli è nelle condizioni di attuare tutte le iniziative di inquinamento probatorio, che ritenga in quel momento necessarie ed utili, poiché è il solo a conoscere l'esistenza del reato.

Quindi, in queste ipotesi, laddove di regola si tratta, almeno all'inizio, di ricercare prove lavorando essenzialmente sulla turbativa operata da un ignoto, sia pur sospettabile, antagonista, l'esigenza di pluridirezionalità investigativa sopra evidenziata si sostanzia nel salvaguardare il rispetto della pluralità, contestuale, delle diverse piste di indagine, senza pregiudiziali, di fronte alla platea, più o meno vasta, dei responsabili potenziali; in relazione, in particolare, alla sicura varietà dei diversi possibili moventi.

3.1. Nei reati che, invece, abbiamo definito più subdoli, quelli commessi nell'auspicio, da parte degli autori, della loro mancata scoperta e alla cui conoscenza si perviene, per lo più, per effetto di delazione, il problema principale non è affatto quello del rintraccio di un responsabile: costui sarà, di norma, la persona fin dall'inizio denunciata, se non addirittura, in alcune ipotesi – pensiamo ai reati di falso del p.u. – quel soggetto pre-determinato al quale l'atto è direttamente riconducibile. Qui si tratterà, diversamente, di impegnarsi a dimostrare, anzitutto, che il reato esiste, o nei termini denunciati ovvero in quelli, per altro verso, sospettati.

Orbene, anche in queste situazioni occorrerà essere, e col massimo scrupolo, pluridirezionali, anche se in una chiave del tutto diversa rispetto alla precedente; più aderente, cioè, al profilo oggettivo del reato. Peraltro, fatta salva la necessità di fornire alcuni specifici criteri orientativi, in punto di prova, direttamente pertinenti il nostro tema, è abbastanza intuibile, già in una più generale considerazione del fenomeno, che vicende in cui ci si debba occupare della ricerca delle prove di un reato, quando si sappia o sia comunque immaginabile chi può averlo commesso, sono senz'altro destinate ad essere più complesse e, possiamo dire con terminologia atecnica, più scivolose di quelle in cui v'è (solo) il problema della ricerca di un colpevole.

Molte ne sono le ragioni. Talune, assai avvertite anche se non propriamente processuali, si materializzano quando l'indagine, per motivi inerenti il suo necessario sviluppo, prende ad assumere una non contenibile rilevanza esterna: pensiamo, in particolare, agli aspetti concernenti la gestione del minimo necessario di dovuta informazione, o alle questioni, sovente insorte, circa la cosiddetta tempistica di uno specifico approfondimento, rispetto a determinate scadenze di carattere, in senso lato, politico; in indagini su soggetti che, non di rado, ricoprono importanti cariche pubbliche.

La principale di queste ragioni, tuttavia, rimane di ordine peculiarmente investigativo e consiste nel fatto che, nei reati concepiti per non essere scoperti, quell'opera di inquinamento probatorio che, per esempio l'omicida, è costretto a imbastire in poco tempo ed in condizioni di sicura emergenza, nonostante la più puntigliosa delle premeditazioni, il corrotto e il corruttore, per venire al nostro tema, la possono invece pianificare in un arco temporale assolutamente adeguato, essendo essa coesenziale all'esistenza stessa del crimine; oliandone il meccanismo fino al punto di poter ambire a porsi al sicuro, almeno tendenzialmente, anche l'uno nei confronti dell'eventuale sopravvenuta infedeltà dell'altro.

In conclusione, nel momento in cui resta confermata la complessità, direi meglio la non linearità, delle vicende che attengono a fatti di corruzione e reati connessi, sia che la notizia dei reati risulti contestuale alla loro commissione, sia che si tratti di notizia postuma, non è affatto problematico, riteniamo, cogliere il senso – su cui sopra si è insistito – della necessità, di ordine generale, di valorizzare al più alto grado, quale unico scenario possibile, il profilo sovrano e quasi sacrale del massimo consentito di segretezza investigativa; con tutta quella serie di varianti precedentemente accennate.

Ad essa, pertanto, sarà fondamentale richiamarsi, non solo quale prescrizione tesa a scongiurare infrazioni, di tipo patologico, al segreto; ma anche quale metodica di un corretto programma investigativo che, fisiologicamente, dovrà di norma scegliere sempre soluzioni in grado di ritardare, pur nell'ovvio rispetto delle regole, il momento – assai delicato – dell'esternazione; che, di regola, finisce per costituire una sorta di *dies a quo*, a valle del quale l'obiettivo dell'indagine dovrà consistere, prudenzialmente, nel confermare gli elementi già esistenti, piuttosto che ambire ad acquisirne di nuovi.

4. Questi fin qui esposti rappresentano, evidentemente, solo alcuni profili molto specifici e parziali di un più vasto tema inerente l'attività di indagine; sufficienti tuttavia, a me pare, per poter fondatamente concludere che, in realtà, può avere un senso parlare di metodo o protocollo di indagine, sul piano propriamente procedurale, solo con riferimento a talune strategie investigative le quali, più che avere riguardo, meccanicisticamente, all'astratta tipologia del reato da accertare, facciano concreto riferimento alla fase e all'intero quadro circostanziale dell'accertamento.

Per contro, una definizione dei suddetti concetti di protocollo e/o metodo, che astragga dalle specificità delle situazioni concrete, viene ad assumere un rilievo puramente preliminare che finisce per appartenere, in sostanza, più che al tema dell'indagine, a quello della cosiddetta organizzazione del lavoro. In base alla quale è noto come gli affari, nelle diverse Procure, anche in relazione alla consistenza numerica dei singoli uffici, siano suddivisi in gruppi o dipartimenti, per singole specialità; i quali, a loro volta, dialogano con una Polizia Giudiziaria parimenti specializzata. Per modo che viene a sedimentarsi, nell'organo inquirente, nei suoi vari livelli, un complesso di conoscenze di settore che rende più agevole, anzitutto, l'indirizzo e la gestione di indagini sofisticate, quanto alla materia, quand'anche esse siano del tutto ripetitive (*ergo* modulari) nel loro trattamento.

Pensiamo, a questo proposito, a titolo d'esempio, al difficoltoso tema della cosiddetta criminalità informatica, che, tra l'altro, può talvolta lambire il settore oggetto della nostra analisi; nella quale complicati richiami al mondo della trasmissione telematica delle informazioni rendono imprescindibile una conoscenza non occasionale dell'argomento. E ciò anche allo scopo, detto per inciso, di tarare al meglio il peso degli elementi di prova occorrenti per un fondato esercizio dell'azione penale.

5. Resta, infine, da osservare, per completezza, che le esposte considerazioni non devono ritenersi inficiate dalla circostanza che, in taluni casi, che tuttavia possiamo considerare ipotesi precipue, se non casi limite, il protocollo preliminare d'indagine e la concreta strategia investigativa, si trovano, almeno inizialmente, a coincidere.

Così, in un caso di omicidio volontario particolarmente indaginoso, sarà automatico, come accennato, interrogarsi subito sul movente, perché quella risulta, sempre, l'area da approfondire. Invece, in tema di traffico di stupefacenti, reato pressoché inconcepibile, oggi giorno, al di fuori del

massiccio utilizzo della comunicazione telefonica attraverso utenze mobili, dovranno, sempre, essere compiutamente monitorate queste ultime; salvo intervenire in flagranza, laddove ciò sia possibile senza disvelare l'esistenza dell'indagine, al fine di riscontrare il contenuto delle conversazioni captate.

I due casi sopra riportati, pur con l'accennato estrinseco profilo di somiglianza, sono, peraltro, quanto di più antitetico: per le esigenze di fantasia e creatività, ovviamente sempre in chiave investigativa, richieste nel primo caso, rispetto alla rigida modularità del secondo.

Si tratta, tuttavia, di un'antitesi che può fornire una traccia utile ad un ulteriore approfondimento della nostra riflessione. Ciò che davvero distingue le due ipotesi, infatti, è senza dubbio l'occasionalità della prima, ammenoché il fatto non si iscriva all'interno di una vicenda di criminalità organizzata, rispetto alla necessità di un impianto strutturato, nella seconda. Questa distinzione, che è insieme concettuale e pratica, poiché appartiene al contenuto ideologico del reato, così come alle sue specifiche modalità attuative, offre, indiscutibilmente, un suggerimento importante: che cioè, detto in breve, l'idea del modello, o protocollo, investigativo si presenta tanto più suggestiva, quanto più si ritiene che una determinata attività delittuosa risponda a formule criminali organizzate o, quanto meno, riconducibili a quello che possiamo definire, con terminologia non giuridica, un sistema.

5.1. Ecco, quindi, che l'idea di sistematizzare l'indagine, di renderla meno estemporanea, diciamo pure più penetrante e aggressiva, viene a legarsi, indissolubilmente, all'esigenza, di politica criminale, e perciò anch'essa preliminare rispetto alla fase investigativa vera e propria, di poter fronteggiare al meglio i fenomeni delinquenziali organizzati, o comunque sistemici, dai quali il Paese è ferocemente pervaso.

Da questo punto di vista la questione è, ovviamente, non discutibile e neanche lapalissiana: ben vengano, invero, tutti quegli strumenti tecnici e organizzativi che permettono di rispondere al meglio alle sollecitazioni di una criminalità, a sua volta, tecnologica e organizzata. Nel momento in cui si inneggia agli strumenti primigeni della logica e della fantasia investigativa, non si vuol certo richiamarsi al profilo di un novello Sherlock Holmes, o di un redivivo Maigret, i quali, col presidio delle sole leggi scientifiche, o dell'ancor più labile introspezione psicologica, semplicemente modernizzando le une e l'altra, possano, oggi, essere visti come entità in grado di porsi quale argine credibile alle potenti centrali criminali nazionali ed oltre.

Questo, all'evidenza, non è possibile; e sarebbe gravemente imprudente depotenziare in qualsiasi forma gli strumenti dell'indagine, affidandosi all'idea metafisica di una sorta di immanenza delle regole dell'investigazione, rispetto alle contingenze storiche dei fenomeni criminali da affrontare.

Ciò posto, tuttavia, si deve anche tener presente, ripetiamo, che sono proprio le esigenze dell'indagine, le priorità della sua necessaria penetrazione, rispetto al reato da accertare, a rendere indispensabile che quel determinato protocollo formale, quella specifica metodica, vengano tradotti in una efficace, concreta, strategia operativa. Perché, comunque, il che vale

sostanzialmente come conclusione, è della concretezza e della specificità del risultato che l'indagine, sempre, ha bisogno.

5.2. Essa, infatti, non può essere mai concepita come una semplice inchiesta; in quanto non si pone il suggestivo ma circoscritto obiettivo di lumeggiare un contesto, di rendere conoscibile, sia pure al meglio, un determinato scenario; bensì è tesa a vagliare la presenza di elementi di responsabilità penale, in prospettiva rigidamente processuale.

È questa, tra l'altro, la ragione per cui è necessario guardare con molta cautela ad indagini, di stampo sostanzialmente conoscitivo, alle quali, talvolta, è stata data, per l'appunto, la denominazione di «sistemi criminali».

Non che si tratti di indagini non consentite, si badi. È solo che questa forma di approfondimento investigativo, che parte dall'alto, cioè dall'analisi di un determinato fenomeno, sia pur degno del massimo sospetto, e da lì scende, per verificare l'esistenza di possibili reati, finisce per svolgere il percorso esattamente inverso rispetto a quello che si confà ad un corretto sviluppo di indagine. Né è pensabile che sia sufficiente, al fine di assicurare a questo tipo di iniziative la necessaria conducenza e concretezza, trattare, *de plano*, il cosiddetto 'sistema' come una globale (quindi generica) ipotesi di associazione per delinquere; che finisce per tradurre in termini giuridici assolutamente vaghi una *notitia criminis* pressoché inesistente (come nel caso di non ben delineati 'comitati d'affari'; ovvero in quello di aspecifiche 'trattative/conessioni' tra non meglio decifrabili ambienti istituzionali e frange criminali: situazioni nelle quali, beninteso, il *fumus* dell'illegalità, sia pure in forma generica, può risultare presente e palpabile, ancor più che in casi nei quali la notizia di reato sia dettagliata e specifica).

L'indagine, in sostanza, come ci hanno insegnato due tra i più grandi inquirenti contemporanei (penso a Giovanni Falcone in Sicilia e a Gabriele Chelazzi in Toscana), possiede una sua naturale indole a germogliare, per così dire, dal basso. In altre parole, è il fatto, più che il fenomeno, a dettarne i tempi; e ciò, sia che ci si riferisca a reati che possiamo, per comodità definitoria, qualificare 'singoli' (quell'omicidio, quella rapina, quella convenzione di incapace, ma anche quella bancarotta, ecc...), sia che si debbano reprimere reati 'sistemici', ovvero appartenenti all'area della cosiddetta criminalità organizzata.

6. È utile tornare, a questo punto, al tema centrale dei reati contro la P.A. e della corruzione in particolare, per sciogliere la riserva, sopra formulata, estendendo l'approfondimento ad alcuni specifici criteri orientativi inerenti la ricerca della prova di tali reati.

Dati per acquisiti i brevi rilievi inizialmente svolti con riguardo al più generale profilo della strategia di indagine, appare possibile, in effetti, affermare che, con riferimento a questa tipologia di illeciti, il principale problema investigativo, quand'anche le vicende trattate presentino caratteristiche sistemiche, sia, in realtà, proprio quello dell'enucleazione degli opportuni fattori individualizzanti della responsabilità penale, in grado

di trasferirci dall'ambito della pura analisi del fenomeno a quello, più propriamente penale, della scoperta del reato.

La storia recente delle indagini in materia di corruzione, in particolare la nota e complessa vicenda degli anni Novanta passata alla storia come la stagione di 'mani pulite', costituisce un passaggio esemplare, rispetto a ciò che andiamo dicendo. Invero, all'immediata vigilia dell'apertura di quei procedimenti circolavano da tempo nelle Procure, sotto forma di vere e proprie denunce penali, attente ricostruzioni in grado di lumeggiare, nei termini d'un fondatissimo sospetto, la logica distributiva che, molto verosimilmente, aveva assistito l'affidamento di taluni importanti lavori pubblici, a livello nazionale. Materiale, com'è agevole capire, da inchiesta. Rilevante, forse, politicamente; meno significativo, invece, sul piano penale.

Orbene, si ricorderà come la situazione ebbe ad evolvere, in chiave investigativa: la vicenda, con riferimento agli appalti di rilievo nazionale, giunse ad una decisiva svolta solo allorquando alcuni imprenditori, compulsati sull'affidamento di singoli lavori, si decisero a riferire, evidentemente nella prospettiva di scongiurare l'insorgere d'una miriade ingovernabile di pendenze, che esistevano intese corruttive generali, a livello nazionale, per effetto delle quali un cospicuo pagamento annuale, in sede centrale, assicurava una sorta di generalizzata tutela, da far valere in relazione ai singoli affidamenti. Si trattava, certamente, d'una semplificazione. Utile però a far capire, per così dire, come effettivamente andavano le cose; e quindi a trasferire il tema dall'ambito del deprecabile ma incerto fenomeno della distribuzione pilotata dei lavori pubblici, a quello, più concreto e perseguibile, della responsabilità penale per fatti di corruzione.

7. Si può trarre, dall'esempio, già una prima importante conclusione: e cioè che, dovendosi fissare un criterio d'indagine semplice ma conducente, per i reati di cui si tratta, è fondamentale concentrarsi, in via primaria, sull'aspetto della ricerca dell'utilità. Questo risulta, in effetti, il principale fattore individualizzante della responsabilità penale, per la materia in questione.

Al contrario, andare a ripercorrere tutte le tortuose opacità del procedimento, le cosiddette «strane coincidenze» di data e di persona, è operazione sicuramente suggestiva ma, in sé, del tutto insufficiente, se non fallace. Da effettuare, quindi, in via preliminare e nel massimo riserbo. Non dimenticando che il faccendiere accorto, prima di mettersi all'opera, avrà sempre cura di munirsi di un adeguato parere *pro veritate* – inerente l'ineundo imbroglio – pomposo, problematico e falsamente equidistante, in grado di assicurare formale compatibilità di scelte e, pertanto, assoluta presunzione di buona fede. Almeno per quanto attiene alle procedure e al trattamento degli istituti giuridici inerenti l'*affaire*.

E avendo ben chiaro, altresì, che sottovalutare il problema dell'utilità, o meglio: non porlo nella centralità che gli compete, può condurre, anzitutto, a pericolose confusioni tra il concetto di intese propriamente corruttive e quello, affatto diverso, di intese definibili, in senso ampio, *lobbistiche*. Laddove, in questo secondo caso, la presenza di un'utilità può essere, tutt'al

più, indiretta – e quindi neppure agevolmente apprezzabile sul piano economico – sotto forma di possibili ricadute politico – amministrative positive derivanti dalla scelta di una determinata proposta, pur sollecitata da un interlocutore privato, per ragione pertinenti, appunto, la linea politica che il soggetto pubblico, in quel momento, ritiene di perseguire.

8. Talvolta, peraltro, la prova dell'utilità, segnatamente sottoforma di dazione di danaro, può non essere sufficiente. Sono questi i casi che potremmo definire ad «utilità incerta»; laddove l'incertezza riguarda, non tanto l'esistenza della dazione, quanto l'effettiva ragione di essa.

Così, anzitutto, nel caso di elargizioni ad un soggetto che ricopre una importante carica pubblica, di tipo politico, le medesime, tutte le volte che il ruolo, specie se di (alta) rappresentanza, renda difficilmente dimostrabile la concreta e funzionale modalità dell'intervento sul procedimento, possono finire per dover essere derubricate a semplice finanziamento illecito. Al punto che anche un'eventuale aspecifica interferenza potrà essere intesa, *pro reo*, come semplice manifestazione di una, sia pure non proprio trasparente, opzione politica.

9. L'accenno, ora svolto, allo scivoloso tema dell'opzione o posizione politica, ci riporta, ancora, al contiguo argomento dell'interesse pubblico, già sopra accennato a proposito della sua possibile compatibilità con iniziative di tipo *lobbistico*. Su di esso, *rectius*: sulla sua permanenza nonostante la presenza di possibili opacità procedurali, va conclusivamente aperto un altro interessante scenario, che ci conduce, sostanzialmente, ad altre ipotesi nelle quali finisce per risultare parimenti incerto, sul piano causale, il requisito dell'utilità.

Appare necessario, a questo proposito, un breve richiamo di tipo 'storico': com'è noto, al precipuo scopo di escludere quello che, col tempo, s'era venuto dimensionando, o comunque veniva percepito, come una sorta di stabilizzato controllo forte, sull'attività della P.A., si pervenne, nel '90, all'*abolitio criminis*, con riferimento alla previsione di cui all'art. 324 c.p. Laddove la presa di interesse (privato) si prestava ad essere considerata un criterio troppo vago, e probabilmente troppo datato, ai fini della verifica dell'eventuale illiceità penale del comportamento del pubblico ufficiale. Nel contempo veniva, sostanzialmente, depotenziato, per tappe ('90 e '97), l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), in particolare attraverso la conclusiva prescrizione che l'elemento soggettivo del reato debba consistere in una forma di dolo di tipo intenzionale; al punto che un tale reato, ad oggi, viene ad assumere, in una prospettiva di indagine e di condanna, carattere quasi virtuale.

Su questa premessa si può costruire un'importante riflessione. Che rappresenta, come si diceva, un altro spunto assai utile rispetto al nostro tema; non solo con riguardo ai profili configurativi del reato, ma proprio con specifico riferimento ai suoi aspetti investigativi.

Invero, al di là delle ragioni che hanno guidato queste scelte, sul piano ideologico – culturale, è abbastanza chiaro, mi pare, che l'impostazione

data dal legislatore, con gli interventi sopra accennati, ha in sé il rischio di rendere possibili prassi disinvolute che talvolta possiedono una innaturale e pericolosa impronta di tipo sostanzialmente affaristico – seppure non sconfinante nella vera e propria corruttela – sotto forma di comportamenti eticamente dubbi, deontologicamente e disciplinarmente incerti se non anche censurabili, i quali vengono a realizzare, nel concreto, scambi incrociati di favori (*rectius*: di mezzi favori). E così: tu mi sostieni nel farmi ottenere un determinato lavoro, ovvero me ne faciliti l'esecuzione, parallelamente io mi servo delle prestazioni d'un tuo parente o d'un tuo raccomandato.

Senonché, in presenza di fenomeni del genere, diviene fondamentale riuscire a fornire la piena prova del nesso, dell'indice di corrispettività, che lega questi due momenti. Ché se ciò non avviene, o non avviene, meglio, al di là di ogni ragionevole dubbio, si finirà per dimostrare, semplicemente, un presunto abuso penalmente irrilevante (a fronte della scelta di un'impresa comunque formalmente idonea) ed un contestuale lecito rapporto contrattuale privato (con un professionista comunque all'altezza), occasionalmente intersecantesi.

9.1. Per capire esattamente l'ampia portata di ciò che andiamo dicendo, si ponga mente al fatto che questa è stata, per lo più, la strada attraverso la quale una serie non esigua di piccole e meno piccole 'tangentopoli' (in particolare in taluni contesti territoriali minori, in cui è più normale che esistano connessioni, relazioni, parentele) hanno fatto, come suol dirsi, naufragio in sede dibattimentale. Tanto che è proprio di questo tipo il percorso, tortuoso, che fa ritenere al Pubblico Ministero, sovente, ingrata l'indagine avente ad oggetto reati contro la P.A. Alla stregua del quale, invero, appare quanto mai evidente il più classico dogma a cui è bene si affidi un Pubblico Ministero esperto e prudente (qualità, peraltro, in nesso di causa tra loro); una sorta di autentico Primo Comandamento, di cui quella che segue può essere ritenuta, grosso modo, la lettera: considera sempre la distanza profonda che intercorre tra ciò che ritieni di aver capito, a seguito dell'indagine, e ciò che riuscirai a dimostrare, davanti al Giudice, con valore di prova.

10. Una volta di più, quindi, alla luce di queste brevi considerazioni, è confermato il carattere abbastanza illusorio di approfondimenti che si fondino, essenzialmente, sull'analisi delle procedure e sulla valorizzazione di semplici rapporti interpersonali, sia pure da ritenersi particolarmente qualificati. Oggetto vero dell'indagine, pertanto, dovranno essere i conti correnti, le proprietà, le società di comodo, quelle esterovestite, le consulenze non documentate, ecc... Il tutto esteso, evidentemente, all'area parentale e più strettamente relazionale del soggetto investigato.

Così come hanno un non trascurabile significato investigativo le intercettazioni telefoniche. Non tanto perché esse siano immediatamente conducenti ai fini della prova; quanto perché, loro tramite, il fatto, per così dire, transita dal piano della forma a quello della sostanza: nel senso che attraverso la captazione telefonica si capisce, quanto meno, chi parla

con chi, in che modo (con quale grado di confidenza), e di cosa. Oltre a doversi considerare il fatto che, non di rado, il contraccambio corruttivo è del tutto informale e non documentato; quindi individuabile soltanto attraverso appostamenti resi possibili esclusivamente in virtù del contestuale monitoraggio telefonico.

Senza dimenticare, infine, un altro aspetto: che alla captazione telefonica è rimessa, quasi in esclusiva, la scoperta di persone e luoghi riservati, da poter utilmente perquisire per la ricerca di materiale non ufficiale. Il quale, in questa particolare materia, viene ad assumere un peso probatorio spesso decisivo.

10.1. Ciò posto, tuttavia, è il caso di non sottovalutare, nella selezione dei modelli di investigazione più adeguati per giungere alla prova dell'utilità, come quest'ultima – ormai slegata dai tradizionali criteri di stretta proporzionalità percentuale, rispetto all'utilità privata, i quali finiscono, in effetti, per segnalare la permanenza di una sorta di separatezza tra i due mondi, il privato e il pubblico – appaia, oggigiorno, più realisticamente correlata all'interesse, reciproco, ad una gestione stabilizzata e orientata di ampi segmenti del settore pubblico; da attuare con forme e logiche di condivisione e comunanza le quali, sia dal punto di vista delle formule contrattuali utilizzate, che dal tenore dei rapporti istaurati, risultano possedere, tanto nella loro cornice esteriore, quanto nell'ispirazione che li anima, un improprio stampo quasi del tutto privatistico.

11. Quest'ultima osservazione offre, conclusivamente, lo spunto per una breve riflessione sul tema delle procedure, il quale, nelle sue implicazioni di carattere amministrativo, esula dalle presenti considerazioni, poiché non risulta strettamente inerente al piano dell'indagine; se non in quella ridotta e preliminare misura che abbiamo più volte sottolineato.

Un solo rilievo, quindi, sembra opportuno svolgere, in coerenza con quanto si è appena affermato, per la rilevanza che, semmai, l'argomento può assumere in chiave preventiva: e cioè che, non solo l'esistenza di imperscrutabili, ma sociologicamente riconosciuti, vizi genetici, sul piano della 'nostrana' ridotta attenzione al pubblico interesse, ma più che altro l'impatto di realtà criminali organizzate nel tessuto economico, politico e sociale del Paese, sembrano scongiurare qualsiasi indulgenza verso ipotesi di progetti più o meno variegati di privatizzazione, nel settore della gestione dei lavori pubblici. La quale, sempre rimanendo nel nostro ambito di pertinenza, rischia di far abbassare grandemente, in effetti, il livello di dimostrabilità dei reati di corruzione; fin quasi ad indubarne l'essenza. Così, ad esempio, nel momento in cui si può (legittimamente) preferire una determinata impresa, considerata (legittimamente) la migliore, finirà per risultare meno significativo, meno individualizzante, anche il comportamento dell'imprenditore che offra una qualche sporadica utilità al P.U., nell'ambito d'un rapporto ormai fiduciario e amicale che, a quel punto, se non proprio giustifica – quanto meno spiega – il favore prestato.

IL CONFLITTO DI INTERESSI DEI PUBBLICI FUNZIONARI

Bernardo Giorgio Mattarella

SOMMARIO: 1. I problemi. – 1.1. La nozione di conflitto di interessi. – 1.1.1. Gli interessi. – 1.1.2. Il conflitto – 1.2. L'ambito di applicazione della disciplina. – 1.3. I rimedi. – 1.3.1. Esigenze in contrasto. – 1.3.2. I tre rimedi. – 1.3.3. L'assortimento dei rimedi. – 1.4. Il controllo e le sanzioni. – 2. Profili comparatistica. – 2.1. La nozione di conflitto di interessi. – 2.2. L'ambito di applicazione della disciplina. – 2.3. I rimedi. – 2.4. Il controllo e le sanzioni. – 3. La disciplina italiana. – 3.1. La nozione di conflitto di interessi. – 3.2. L'ambito di applicazione. – 3.3. I rimedi. – 3.4. Il controllo e le sanzioni.

1. I problemi

Questo testo è diviso in tre parti, ciascuna delle quali esamina quattro questioni: quella della nozione di conflitto di interessi, quella dell'ambito di applicazione delle relative discipline, quella dei possibili rimedi adottati dalle discipline stesse e quella dei meccanismi di controllo e sanzionatori da esse previsti. Nella prima parte, le quattro questioni sono esaminate in termini astratti. Nella seconda parte, si considera il modo in cui esse sono affrontate al livello comparato. Nella terza parte, infine, ci si concentra sulla disciplina italiana del conflitto di interessi.

1.1. La nozione di conflitto di interessi

La prima questione è quella della nozione di conflitto di interessi, che le diverse discipline legislative assumano come oggetto. Essa richiede almeno una precisazione per ciascuno dei termini di cui l'espressione di compone: «conflitto» e «interessi».

1.1.1. Gli interessi

Per quanto riguarda gli interessi, occorre precisare che non ogni situazione di tensione o contrasto tra interessi è un conflitto di interessi, nel senso qui rilevante. L'attività politica implica naturalmente la mediazione e la scelta tra interessi, così come le implica ogni funzione pubblica (anche quelle amministrative) e anche ogni funzione privata (come quella del rappresentante, che concluda un contratto per conto del rappresentato, e quella dell'amministratore di una società). Per esempio, un governo che debba fare una scelta tra lo stimolo all'economia e il rigore finanziario, o tra lo sviluppo industriale e la tutela dell'ambiente, non è in conflitto di interessi, ai fini di quanto qui rileva. In questi casi, infatti, si tratta di mediare tra diversi interessi pubblici, di ciascuno dei quali l'organo politico deve farsi carico.

Il conflitto di interessi, invece, si ha quando uno degli interessi in conflitto è proprio dell'ufficio e l'altro è proprio del titolare o componente dell'ufficio. Il conflitto di interessi implica un conflitto di lealtà, da parte di un funzionario che, per via di un proprio interesse, sia indotto a sacrificare l'interesse dell'ente presso il quale egli opera. È una situazione tipica dell'«agente», che abbia un interesse proprio contrastante con quello del «principale».

Ciò non vuol dire che non possano aversi conflitti tra diversi interessi pubblici, anche in capo all'ufficio e non al funzionario: anche un organo o una pubblica amministrazione possono trovarsi in conflitto di interessi. Un caso evidente è quello, proprio dell'esperienza statunitense, di dipartimenti di polizia indotti a confiscare troppo facilmente beni privati, perché i proventi della loro vendita rimangono ai dipartimenti stessi. Nell'esperienza italiana, vi sono esempi non molto lontani, con le multe irrogate dai comuni o da qualche autorità indipendente. In questi casi, a ben vedere, vi è conflitto tra il vero interesse pubblico, che è quello inerente al corretto svolgimento delle funzioni pubbliche (inerenti all'ordine pubblico o al controllo su attività private), e l'interesse pubblico 'strumentale', quasi 'privato', delle amministrazioni, inerente al loro finanziamento.

Di queste ipotesi, peraltro, non mi occupo in questa sede, per concentrarmi sul conflitto di interessi dei funzionari politici, che è conflitto tra un interesse pubblico e un interesse privato.

Va ancora precisato, sebbene sia alquanto ovvio, che il problema del conflitto di interessi assume rilievo, nel diritto pubblico, quando l'interesse privato minaccia quello pubblico, non quando accade il contrario: se a essere minacciato è l'interesse privato, può esservi un problema per la società privata, ma non per l'amministrazione pubblica. Dunque, il conflitto di interessi riguarda l'influenza dell'interesse privato sull'esercizio del potere pubblico. Sono estranei al tema del conflitto di interessi, dunque, i problemi inerenti all'uso del potere privato, che peraltro possono essere di notevole rilievo: si pensi all'uso dei mezzi di comunicazione per la conquista del potere politico.

1.1.2. Il conflitto

Per quanto riguarda il 'conflitto', il principale problema è quello della natura, per così dire, statica o dinamica del conflitto di interessi. Per usare una distinzione penalistica, il conflitto di interessi può essere inteso come situazione di pericolo o come evento di danno. Nel primo caso, esso si verifica quando un interesse minaccia un altro interesse. Nel secondo, esso si verifica solo quando un interesse lede concretamente un altro interesse.

Nelle diverse lingue che conoscono l'espressione, l'accezione corretta è ovviamente la prima, quella – per così dire – statica: il conflitto di interessi è una situazione di contrasto o divergenza tra interessi, che

impedisce la soddisfazione di entrambi gli interessi e fa temere che uno di essi pregiudichi illegalmente l'altro, indipendentemente dal fatto che questo pregiudizio concretamente si verifichi¹. Un'ottima definizione è quella proposta in un documento dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico – Ocse: conflitto di interessi è «un conflitto tra il dovere pubblico e l'interesse privato di un pubblico ufficiale, nel quale il pubblico ufficiale ha interessi attinenti alla sua sfera privata, che *potrebbero* indebitamente influenzare l'adempimento dei suoi doveri e responsabilità»². È una definizione giustamente ampia, che copre le diverse forme di conflitto di interessi: l'interesse privato può essere finanziario, può riguardare un'attività d'impresa, può derivare dall'affiliazione ad altre organizzazioni o da altri impieghi, può riguardare un parente e così via.

Agire in conflitto di interessi, dunque, significa agire nonostante il contrasto tra gli interessi, i quali siano in modi diversi riconducibili all'agente. Non significa necessariamente farsi condizionare da un interesse estraneo e agire in modo distorto, facendo prevalere l'interesse proprio su quello, altrui o collettivo, che si sarebbe dovuto curare: questa indebita prevalenza è la possibile conseguenza negativa del conflitto di interessi, ma non è il conflitto di interessi.

È evidente, peraltro, che la situazione cambia se l'indebita prevalenza vi è, cioè se il conflitto di interessi determina un ingiusto sacrificio per uno dei due interessi: in questo caso si passa dalla potenza all'atto, dal pericolo al danno. È, ovviamente, una situazione più grave: è per questo che, a volte, le norme danno rilievo a essa e non alla mera esistenza del conflitto di interessi³.

¹ Come chiarito, all'occorrenza, dalla giurisprudenza amministrativa italiana: si veda, per es., Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 20 giugno 2006, n. 4849, in ordine all'applicazione di una norma che vieta ai dipendenti del Servizio sanitario nazionale lo svolgimento di attività in conflitto di interessi: «E ciò senza nemmeno che occorra soffermarsi sulla prospettata distinzione tra conflitto di interessi potenziale e conflitto di interessi concreto atteso che la disposizione che lo contempla oltre a possedere i caratteri di qualunque norma dell'ordinamento, vale a dire quella della generalità e dell'astrattezza, intende, evidentemente, fare riferimento proprio al conflitto temuto, cioè a quello astratto o potenziale, essendo la sua finalità quella di voler eliminare, in via preventiva, ovverosia, in radice, la stessa possibilità dell'insorgenza di una situazione concreta di conflitto». Similmente fa la giurisprudenza applicando l'art. 78, decreto legislativo n. 267 del 2000, di cui si dirà in seguito, che pone un obbligo di astensione a carico degli amministratori locali in conflitto di interessi: Tar Liguria, Genova, sez. I, 3 giugno 2005, n. 798; Tar Abruzzo, Pescara, 13 febbraio 2004, n. 208.

² OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service. Oecd Guidelines and Country experiences*, Paris, Oecd Publishing, 2004, p. 15. Il corsivo è aggiunto.

³ E ben diverso rilievo hanno le due situazioni nel diritto penale: al riguardo, R. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 743.

1.2. *L'ambito di applicazione della disciplina*

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della disciplina del conflitto di interessi, in termini generali è sufficiente enucleare le diverse categorie potenzialmente interessate, escludendo il settore privato e concentrando l'attenzione sui pubblici funzionari.

In primo luogo, l'ordinamento, che voglia introdurre una simile disciplina, può decidere di assoggettarvi solo i politici o anche i funzionari professionali, cioè i pubblici dipendenti.

In secondo luogo, l'ordinamento può distinguere tra i titolari di cariche politiche nazionali e quelli di livello regionale o locale. In ordinamenti come quello italiano, la distinzione è imposta – per quanto riguarda il livello regionale – dal riparto della potestà legislativa tra Stato e regioni.

Infine, l'ordinamento può decidere di dettare discipline differenziate per i membri del Parlamento (e dei consigli regionali e locali) e per quelli del Governo (e delle giunte regionali e locali).

Naturalmente, le scelte inerenti alla disciplina dettata per le varie categorie sono connesse a quelle inerenti alle fonti di disciplina: se, per esempio, la disciplina è dettata da regolamenti o codici di comportamento, adottati dai singoli organi (come avviene per il Congresso statunitense o per il Governo britannico), è spesso inevitabile che l'ambito di applicazione sia limitato ai componenti degli organi stessi.

1.3. *I rimedi*

1.3.1. *Esigenze in contrasto*

Nel conflitto di interessi, dunque, un 'agente', che deve curare l'interesse del 'principale', ha un proprio interesse in contrasto con il primo. È una situazione che l'ordinamento giuridico non ama, perché espone un interesse inevitabilmente debole (quello del principale, che non è in grado di curarlo da sé e deve – appunto – affidarsi all'agente) alla minaccia di quello forte (quello dell'agente, che – appunto – agisce).

Come rimediare? Occorre tener conto che ci sono due esigenze in contrasto: quella di tutelare l'interesse debole, che può indurre a limitare o impedire l'adozione di decisioni da parte dell'agente; e quella di assicurare lo svolgimento della sua funzione, che può indurre a sopportare il rischio di decisioni condizionate dal conflitto di interessi. In altri termini, c'è l'esigenza di evitare che il funzionario decida disonestamente, ma c'è anche l'esigenza di assicurare che il funzionario decida (e anche di evitare che candidati capaci siano scoraggiati dall'assumere cariche pubbliche, per la prospettiva di dover rinunciare ai propri interessi privati). La prima esigenza indurrà ad adottare soluzioni radicali, come la rimozione dell'interessato dalla carica; la seconda indurrà ad adottare soluzioni meno rigorose, o addirittura ad accettare semplicemente il conflitto di interessi, ritenendo che esso sia un male minore rispetto all'allontanamento dalla carica pubblica di determinati funzionari.

1.3.2. I tre rimedi

Ciò detto, gli schemi fondamentali per affrontare il conflitto di interessi sono tre: la rimozione, che implica la scelta tra i due interessi; la neutralizzazione, che implica l'obbligo di astensione in concreto; e l'evidenziazione, che implica forme di trasparenza.

Il primo rimedio implica che l'interessato scelga tra la carica pubblica e l'interesse privato. È, ovviamente, il rimedio più efficace. È appena il caso di chiarire che, per rimuovere il conflitto di interessi, l'interessato, che non voglia rinunciare alla carica pubblica, deve disfarsi dell'interesse privato, non della carica privata: per esempio, della partecipazione azionaria, non della carica di amministratore di una società. A questo schema, quindi, si riconducono rimedi come l'incompatibilità⁴ e l'obbligo di alienazione. Questo rimedio può essere difficile in presenza di un patrimonio consistente e diversificato, perché la vendita è più difficile e il suo ricavato va reinvestito. D'altra parte, un simile patrimonio può essere convertito in un portafoglio diversificato, possibilmente composto da piccole partecipazioni azionarie, e magari in prevalenza di titoli esteri: che, con una gestione 'cieca', elimina sostanzialmente il conflitto di interessi, senza ridurre il valore del patrimonio.

Il secondo rimedio consiste nel prevedere obblighi di astensione a carico di chi si trovi, a fronte di una specifica decisione, in conflitto di interessi. Le sanzioni possono riguardare il soggetto (come la decadenza o sospensione dalla carica o una sanzione pecuniaria, a parte le sanzioni penali e la responsabilità patrimoniale), l'atto emanato (che può essere qualificato nullo o annullabile) o entrambi. È, evidentemente, una soluzione meno efficace, perché tollera l'esistenza del conflitto, ma ne evita le degenerazioni. Essa è spesso adottata dalla legge, in particolare in materia societaria: qui la situazione di conflitto di interessi non impone mai all'amministratore di scegliere tra la carica e l'interesse personale; il conflitto di interessi non determina la decadenza dell'amministratore della società e neanche l'invalidità degli atti adottati, in assenza di danno per l'interesse sociale. È, comunque, un rimedio che può funzionare in presenza di situazioni occasionali di conflitto di interessi⁵, non quando il conflitto di interessi sia tale da insorgere frequentemente. E, quanto più alta è la carica pubblica coin-

⁴ Che il regime di incompatibilità sia una buona soluzione al problema del conflitto di interessi è dimostrato, per es., dalle argomentazioni usate dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza 24 luglio 2003, n. 275, che ha ampliato l'ambito di applicazione della norma che, per prevenire conflitti di interessi, vieta ai farmacisti di svolgere qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.

⁵ E, in queste ipotesi, può essere preferibile rispetto al rimedio dell'incompatibilità, che comporta un maggior sacrificio in termini di elettorato passivo. Per un'applicazione di questa preferenza, Trib. Belluno, 31 maggio 1997, in *Foro it.*, 1999, I, col. 2121, con nota di A. Pertici.

volta, tanto maggiori sono i problemi che l'obbligo di astensione comporta: l'astensione di un ministro o di un assessore regionale da una decisione politicamente delicata altera il meccanismo della rappresentanza politica; se, poi, a doversi astenere è il Presidente del Consiglio o il presidente della giunta regionale, l'alterazione è ancora più grave; se ciò avviene spesso, il funzionamento del Governo o della giunta può esserne compromesso.

Il terzo rimedio, quello della trasparenza, consiste nell'obbligo di dichiarare il conflitto di interessi: si accetta che l'agente si trovi in conflitto di interessi e anche che, trovandovisi, adotti la decisione, purché il principale ne sia informato. È naturalmente il rimedio più blando, ma è sempre utile, indipendentemente dal ricorso che si voglia fare ai primi due. La situazione di conflitto di interessi deve essere conosciuta dai titolari dell'interesse minacciato: sia perché ciò è un deterrente e consente un controllo diffuso nei confronti degli atti volti a trarne un indebito vantaggio; sia perché i titolari dell'interesse sono i principali, ai quali l'agente deve rispondere e che di regola hanno il potere di revocargli, prima o poi, la propria fiducia; e, nel rapporto tra agente e principale, vi è spesso un'asimmetria informativa, che è bene eliminare o ridurre. Anche il Codice civile ricorre a volte a questo rimedio, imponendo un obbligo di *disclosure* agli amministratori di società per azioni in conflitto di interessi.

1.3.3. *L'assortimento dei rimedi*

È importante notare che i rimedi non sono alternativi, nel senso che essi possono ben convivere nella stessa disciplina. Infatti, essi si addicono a ipotesi diverse: il primo alle ipotesi più gravi, in cui il conflitto possa insorgere frequentemente e gravemente; il secondo alle situazioni di conflitto di interessi serio, ma occasionale; il terzo a tutte le ipotesi.

Il primo rimedio, per esempio, può servire a evitare che un imprenditore, che fornisce armi o uniformi al Ministero della difesa, ne diventi ministro: se vuole diventare ministro della difesa, dovrà prima vendere la sua impresa. Ma se l'imprenditore fornisce lenzuola al Ministero della salute, deve comunque vendere l'impresa, o è sufficiente che si astenga dalle decisioni del Governo in materia di acquisti o di sanità? E se l'impresa non appartiene a lui, ma a un suo congiunto? E se appartiene a un estraneo, che ha finanziato la sua campagna elettorale? O a un semplice simpatizzante? E se l'impresa ha avuto rapporti commerciali con il Ministero in passato, ma non ne ha più? O ha presentato un'offerta per una gara bandita dal Ministero?

Gli esempi e le domande potrebbero continuare a lungo. Come si vede, i casi della vita reale sono tanti e così vari, da rendere impossibile trovare una soluzione buona per ogni conflitto di interesse. I moralisti e i radicali preferiranno sempre il primo rimedio, ma così rischieranno di allontanare dalle cariche pubbliche funzionari valorosi, o di imporre loro sacrifici inutili, per rimediare a conflitti di interessi molto blandi o improbabili. Gli ottimisti e gli estremisti del liberalismo tollereranno al

massimo il terzo, ma così rischieranno di non risolvere il problema del conflitto di interessi.

Le buone discipline del conflitto di interessi, invece, sono quelle che usano tutti e tre i rimedi e consentono una certa flessibilità nel loro uso. Ma come miscelare i tre rimedi? Come stabilire quando si deve astenere il bene, da cui deriva il conflitto di interessi, quando ci si deve astenere e quando basta dichiarare il conflitto? Ci sono due approcci possibili: l'analitica individuazione delle varie ipotesi; o una clausola generale, che affidi a un'autorità affidabile il compito di individuare il rimedio più adatto per ciascun caso. Il giurista europeo continentale opterebbe probabilmente per il primo, il giurista anglosassone per il secondo.

1.4. Il controllo e le sanzioni

Qualsiasi rimedio, per essere efficace, richiede sanzioni per la violazione e organi indipendenti, che possano irrogarle.

Le sanzioni possono riguardare il soggetto (come la decadenza o sospensione dalla carica o una sanzione pecuniaria, a parte le sanzioni penali e la responsabilità patrimoniale), l'atto emanato (che può essere qualificato nullo o annullabile) o entrambi. Esse possono anche agire sul versante privato oltre che su quello pubblico, per esempio imponendo sanzioni pecuniarie alle imprese, nelle quali il funzionario pubblico abbia un interesse, e che abbiano operato per trarre beneficio da una sua decisione.

La scelta delle sanzioni e la gravità di quelle che colpiscano gli individui, naturalmente, dipendono da diversi fattori. Ci sono, per quanto riguarda la gravità, almeno due criteri: quello della gravità della lesione al bene protetto, che ovviamente deve essere direttamente proporzionale alla gravità della sanzione; e quello della probabilità che il comportamento illecito venga accertato, che invece deve essere inversamente proporzionale alla gravità della sanzione (se è probabile essere scoperti e ricevere la sanzione, è sufficiente una sanzione meno grave; se invece è improbabile essere scoperti, serve un effetto deterrente maggiore). Applicando questi criteri ai tre rimedi indicati, si può osservare quanto segue.

Nel primo rimedio, il comportamento scorretto è la mancata rimozione dell'interesse privato, per esempio dal funzionario pubblico che non venda l'impresa che determina l'incompatibilità. La probabilità di essere scoperti è piuttosto elevata e la lesione al bene protetto può rimanere allo stato potenziale. Di conseguenza, può essere sufficiente una sanzione che sostituisca il comportamento corretto senza essere ulteriormente afflittiva: per esempio, la decadenza dalla carica o impiego pubblico.

Nel secondo rimedio, il comportamento scorretto è agire, invece di astenersi, nonostante ci si trovi in conflitto di interessi. La lesione al bene protetto può essere grave, perché chi ha agito in conflitto di interessi può aver sacrificato l'interesse pubblico. La probabilità di essere scoperti è più bassa, perché i conflitti di interessi occasionali emergono più difficilmente. Si giustifica, quindi, una sanzione più grave, anche di natura penale.

Nel terzo rimedio, il comportamento scorretto è l'omessa dichiarazione dell'interesse privato, che può facilmente derivare da mera negligenza o cattiva valutazione dell'interesse stesso e della sua incidenza sulla funzione pubblica. La lesione al bene protetto è limitata, perché vi è solo un difetto di trasparenza. La probabilità di essere scoperto può essere alta, perché chiunque può denunciare il conflitto di interessi. La sanzione, quindi, può essere poco grave e può anche consistere in un'ulteriore forma di trasparenza, cioè nella semplice diffusione della decisione che accerti la violazione.

2. *Profili comparatistici*

2.1. *La nozione di conflitto di interessi*

Passando a esaminare i profili di diritto comparato, occorre innanzitutto dire che non tutti gli ordinamenti hanno una specifica disciplina del conflitto di interessi degli esponenti politici: stati importanti, come la Francia e la Germania, si accontentano di avere una disciplina delle incompatibilità, che è volta anche a prevenire i conflitti di interessi. La disciplina delle incompatibilità è a volte particolarmente rigorosa. In Francia, per esempio, l'art. 23 della Costituzione stabilisce che le funzioni di membro del governo sono incompatibili, oltre che con il mandato parlamentare, con lo svolgimento «di qualsiasi funzione di rappresentanza professionale a carattere nazionale e di qualsiasi impiego pubblico o attività professionale». Similmente fa l'articolo 66 della Costituzione tedesca: «Il Cancelliere federale e i ministri federali non possono esercitare alcun altro ufficio remunerato, mestiere o professione e non possono far parte della direzione, né, senza l'approvazione del Bundestag, del consiglio di amministrazione di un'impresa con scopo di lucro». Analoghe previsioni sono contenute in varie altre costituzioni, come quella svedese e quella svizzera. In Spagna è severa, almeno in linea teorica, anche la disciplina delle incompatibilità parlamentari: il mandato dei parlamentari si esercita in regime di *dedicacion absoluta*, essendo esclusa ogni attività lavorativa, professionale o imprenditoriale (con una limitata eccezione per i professori universitari, cui è consentito di svolgere eccezionalmente attività didattica e di ricerca).

Ciò suggerisce un'indicazione relativa al primo problema segnalato, quello della nozione di conflitto di interessi. L'incompatibilità, infatti, è un rimedio che impedisce il verificarsi di situazioni di conflitto. Dunque, in questi Stati – come peraltro in quelli che hanno una disciplina del conflitto di interessi – la nozione di conflitto di interessi pacificamente adottata è quella 'statica', di cui alla menzionata definizione dell'Ocse: il conflitto di interessi è una situazione, non un comportamento.

2.2. *L'ambito di applicazione della disciplina*

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle discipline, in molti Stati si distingue tra i parlamentari e i membri dell'Esecutivo, ma spesso

vi sono regole comuni. Per esempio, negli Stati Uniti, al livello federale, vi sono: norme generali, valide per tutti i funzionari pubblici; norme speciali per ciascuna delle due camere del Congresso; altre norme per i funzionari del potere esecutivo; norme speciali per determinate amministrazioni e agenzie. Nel Regno Unito, ciascuna delle due Camere ha un proprio codice di condotta, mentre le regole per i ministri sono contenute nel *Ministerial Code*, che viene aggiornato da ogni gabinetto.

Inoltre, ovviamente, le regole possono cambiare in relazione ai livelli di governo: negli Stati Uniti, ogni stato ha le sue, diverse da quelle del governo federale. Nel Regno Unito, enti locali, come la *Greater London Authority*, hanno le proprie.

2.3. I rimedi

Per quanto riguarda i rimedi, come ho accennato prima, le buone discipline sono quelle che usano poco il primo (la rimozione), di più il secondo (l'astensione), molto il terzo (la trasparenza). Particolarmente significative, al riguardo, sono le discipline nordamericane, degli Stati Uniti e del Canada. In queste, i rimedi radicali, come la vendita di pacchetti azionari e il *blind trust*, sono soluzioni eccezionali e, per lo più, volontariamente scelte dall'interessato. Ma a volte costituiscono di fatto l'unico modo, per determinate persone, per ricoprire alcuni incarichi senza ricorrere a rimedi ancora più radicali e senza incorrere nella severa disciplina fatta di obblighi di astensione e sanzioni penali. Queste discipline usano in modo massiccio la *financial disclosure*, cioè la trasparenza degli interessi economici. Sulla base delle dichiarazioni formulate dall'interessato, viene operata, da parte di un *ethics official*, una valutazione sulla sussistenza di situazioni di conflitto di interessi, che può aprire un procedimento in contraddittorio con l'interessato, a seguito del quale a quest'ultimo vengono indicate le misure necessarie per prevenire il conflitto di interessi.

La disciplina federale statunitense, in particolare, prevede che le dichiarazioni compilate dai funzionari siano soggette alla verifica delle autorità competenti, costituite presso ciascuna camera del Congresso e presso ogni amministrazione: se la verifica dà esito positivo, esse vengono approvate e sottoscritte dall'*ethics official* competente. Se, invece, questi ritiene che la dichiarazione mostra una situazione di violazione o incompatibilità, si avvia un procedimento in contraddittorio con l'interessato, a seguito del quale a quest'ultimo vengono indicate le misure necessarie per prevenire il conflitto di interessi: liberarsi dell'interesse privato in conflitto con quello pubblico, per esempio vendendo una certa partecipazione azionaria, rinunciando a una carica privata o restituendo una somma percepita; chiedere un'esenzione, ammessa in determinati casi; costituire un *blind trust*; chiedere il trasferimento o la limitazione delle competenze; dimettersi.

La disciplina degli Stati Uniti ha ispirato i legislatori di vari altri paesi: per esempio, quello federale canadese, che attribuisce all'*Ethics Commissioner* il compito di valutare le misure per risolvere il conflitto di interessi,

proposte da chi assuma una carica pubblica, e il potere di imporre ulteriori misure, compresi l'alienazione dei beni o diritti da cui deriva l'interesse privato e obblighi di astensione. Tra le soluzioni più frequenti, elencate dal *Conflict of Interest Code*, il *blind trust* e il *blind management agreement*: quest'ultimo non richiede la cecità della gestione, ma solo che all'interessato non rimangano poteri di gestione o decisione sui suoi interessi privati.

Vi sono, naturalmente, legislazioni meno rigide e vi sono anche numerosi importanti paesi, come la Germania e la Francia, che non hanno sentito il bisogno di emanare leggi in materia di conflitto di interessi, ritenendo sufficienti la legislazione penale e le norme relative all'ineleggibilità, all'incompatibilità e alla trasparenza degli interessi finanziari.

2.4. *Il controllo e le sanzioni*

Queste discipline si fondano sulla previsione di sanzioni severe per il caso di violazione: sanzioni che possono essere anche di natura penale. Inoltre, esse sono irrogate da organi indipendenti da quelli politici: spesso si tratta di giudici. Ciò vale anche per gli stati che non hanno una disciplina specifica del conflitto di interessi, ma si accontentano di norme sull'incompatibilità: le eventuali controversie sono spesso decise da giudici (a volte dalle corti costituzionali).

In Spagna, per esempio, gli organi competenti a risolvere il contenzioso elettorale sono giudici: per le elezioni politiche, in particolare, si tratta del Tribunale supremo, cioè dell'organo di vertice del sistema giudiziario. La stessa soluzione è stata adottata da molti paesi anglosassoni, compreso il Regno Unito. In altri paesi, come la Francia, le relative controversie sono invece decise dall'organo di giustizia costituzionale. In altri ancora, come la Germania, è il parlamento a decidere, ma le sue decisioni possono essere impugnate dinanzi alla corte costituzionale. Sono diversi modi di risolvere il conflitto tra l'autonomia del parlamento e la garanzia della legalità.

3. *La disciplina italiana*

3.1. *La nozione di conflitto di interessi*

Veniamo alla situazione italiana. Farò riferimento principalmente alla legge n. 215 del 2004, relativa al conflitto di interessi dei membri del Governo⁶. Questa legge è stata emanata dopo lunghi dibattiti relativi alla posizione dell'attuale Primo ministro, che è l'uomo più ricco d'Italia e che, per la

⁶ Per un'analisi più ampia di questa legge e della disciplina italiana del conflitto di interesse delle diverse categorie di personale pubblico, B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, Il Mulino, 2007; F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, Franco Angeli, 2009.

vastità del suo patrimonio e per la varietà dei suoi interessi economici, può trovarsi continuamente in conflitto di interessi. Il problema principale posto dalla sua partecipazione alla vita politica, in effetti, deriva dal fatto che egli possiede una grande quantità di mezzi di informazione televisiva e giornalistica, che gli assicura un notevole vantaggio nelle competizioni elettorali: si tratta, peraltro, di un problema distinto da quello del conflitto di interessi, in quanto inerisce all'uso del potere privato (per conquistare il potere pubblico) e non all'uso del potere pubblico (per favorire l'interesse privato).

Nella legge menzionata si trova una definizione di conflitto di interessi che contrasta con il modo in cui l'espressione è normalmente intesa, definendolo come evento di danno e non come situazione di pericolo: facendo violenza alla lingua italiana, è stabilito che «[s]ussiste situazione di conflitto di interessi [...] quando il titolare di cariche di governo partecipa all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omette un atto dovuto, trovandosi in situazione di incompatibilità» o traendone un beneficio, «con danno per l'interesse pubblico». Dunque, il conflitto di interessi (ai sensi della legge) non è dato dal conflitto di interessi, ma dal comportamento di chi, trovandosi in conflitto di interessi, ne tragga un indebito vantaggio (o violi una norma sull'incompatibilità). La legge non disciplina il conflitto di interessi, ma alcuni possibili comportamenti di chi si trovi in conflitto di interessi.

Va notato anche che, perché si abbia conflitto di interessi, non è sufficiente che il funzionario tragga vantaggio dal proprio comportamento, ma è necessario anche che ci sia un danno all'interesse pubblico. Dunque, perché si abbia 'conflitto di interessi all'italiana', sono necessari tre elementi: il conflitto di interessi correttamente inteso; il beneficio per il membro del Governo; e il danno per l'interesse pubblico.

Ma quale è l'interesse pubblico? È noto che gli interessi pubblici non vivono in forma isolata, confliggono facilmente tra loro e spesso non hanno natura patrimoniale. Qualunque decisione che favorisca un interesse privato può essere facilmente giustificata facendo riferimento a un interesse pubblico convergente con esso. Per esempio, il ministro della salute, che decida l'acquisto di un'ingente quantità di medicinali o di vaccini da una società nella quale egli abbia una partecipazione azionaria, indubbiamente si arricchirà, ma potrà sempre negare che ci sia stato un danno all'interesse pubblico: potrà affermare di aver tutelato la salute dei cittadini. Qualunque interesse privato può diventare pubblico con una decisione politica. Fare scelte tra interessi è compito dei politici: stabilire in termini obiettivi se il saldo sia positivo o negativo è impossibile. Insomma, quella del danno all'interesse pubblico è una sorta di *probatio diabolica*⁷.

⁷ La stessa Autorità *antitrust*, chiamata ad applicare la legge, ha osservato nella prima relazione semestrale sulla relativa attività: «Si rileva, quindi, una concezione per certi versi restrittiva del conflitto di interessi, considerato non quale fenomeno in sé di potenziale pericolo, ma piuttosto nelle sue concrete manifestazioni e conse-

La previsione centrale della legge, dunque, è inapplicabile, perché è pressoché impossibile che il suo presupposto si verifichi.

Vi sono, peraltro, nell'ordinamento italiano, anche previsioni diverse, che adottano una nozione più convincente di conflitto di interessi. Un'ottima previsione, per esempio, è quella relativa agli amministratori locali: essa vieta semplicemente di adottare decisioni trovandosi in conflitto di interessi, indipendentemente dal fatto che se ne tragga vantaggio⁸. Se questa norma è violata, l'atto è illegittimo. È una previsione che ha quasi un secolo di storia e ha sempre funzionato molto bene, consentendo a qualunque interessato di impugnare dinanzi a un giudice l'atto adottato in conflitto di interessi⁹.

3.2. *L'ambito di applicazione*

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la legge menzionata si applica solo ai membri del governo. Vi è, come appena accennato, anche una previsione relativa agli amministratori locali e, nella relativa legge quadro, una previsione relativa al personale politico regionale, che indica come rimedio l'incompatibilità.

Sulla base della menzionata previsione relativa agli amministratori locali, poi, la giurisprudenza ha spesso affermato un obbligo di astenersi di tutti i funzionari pubblici in conflitto di interessi: occasionalmente, sanzioni disciplinari vengono irrogate per la violazione di questo obbligo¹⁰.

Non vi sono, invece, previsioni relative ai parlamentari, che sono una delle poche categorie di funzionari pubblici italiani per i quali non vi è alcuna disciplina del conflitto di interessi.

Se, poi, si allarga la prospettiva ai dipendenti pubblici, vi sono norme relative sia a singole categorie di personale¹¹, sia a tutti i dipendenti pubblici.

guenze negative. Così come prevale un approccio privatistico, legato al verificarsi di un "evento di danno", che non sempre si adegua alla variegata realtà dell'amministrazione. Il concetto di danno all'interesse privato nel diritto societario è infatti diverso da quello ben più complesso di danno all'interesse pubblico, la cui definizione necessita di una valutazione che prescinde spesso da qualsivoglia quantificazione in termini economico-patrimoniali»: *Relazione semestrale sul conflitto di interessi (legge 20 luglio 2004, n. 215)*, 2005, p. 30.

⁸ Art. 78, decreto legislativo n. 267 del 2000. Analoghe previsioni erano contenute nei precedenti testi unici delle autonomie locali: si veda, in particolare, l'art. 190, regio decreto 4 febbraio 1915, n. 148 e l'art. 279, regio decreto 3 marzo 1934, n. 383 (per una tardiva applicazione di queste norme, Tar Sicilia, Catania, 19 dicembre 2005, n. 2453).

⁹ Per un paio di recenti applicazioni giurisprudenziali della norma, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 17 aprile 2007, n. 1793; Cons. St., sez. V, 9 ottobre 2006, n. 6005.

¹⁰ Si veda, per es., Cass. civ., sez. lav., 3 marzo 2010, n. 5113.

¹¹ Come quello sanitario: si veda, per es., Cons. giust. amm. Sic., 14 settembre 2009, n. 768.

Tra le seconde, il Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, emanato nel 1994 e aggiornato nel 2000¹², prevede obblighi di trasparenza e di astensione, che la giurisprudenza fa spesso valere.

3.3. I rimedi

Per quanto riguarda i rimedi, la legge menzionata rifiuta evidentemente il primo rimedio, dato che – come si è visto – essa esclude che l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi sia un problema: l'ordinamento accetta la possibilità che i membri del Governo siano in conflitto di interessi, limitandosi a regolare l'ipotesi in cui essi, trovandosi in questa situazione, sacrificino l'interesse pubblico a quello privato.

La legge rifiuta sostanzialmente anche il terzo rimedio indicato, quello della trasparenza, dato che non è prevista nessuna misura di pubblicità: tale non è, evidentemente, la dichiarazione che gli interessati devono rendere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato entro trenta giorni dall'assunzione della carica di governo, non essendo previsto che essa venga resa pubblica¹³; tale non è neanche la comunicazione della stessa Autorità ai presidenti delle Camere, a seguito dei propri accertamenti e dell'eventuale (e del tutto improbabile) irrogazione di sanzioni alle imprese, la quale potrebbe rimanere sconosciuta anche ai parlamentari. Non a caso, nessuno sa se l'Autorità *antitrust* – che pur potrebbe rendere note queste informazioni – abbia mai aperto procedimenti, né se questi procedimenti si siano mai conclusi con dichiarazioni di violazione o con l'irrogazione di sanzioni: tutto è tenuto rigorosamente segreto, come se queste cose non interessassero ai cittadini.

La legge, dunque, usa solo il rimedio dell'astensione. Ma, per quanto si è osservato, l'individuazione dei presupposti per l'astensione è pressoché impossibile.

Occorre peraltro rilevare che la legge introduce anche una disciplina delle incompatibilità dei membri del Governo, che colma una lacuna dell'ordinamento, vietando loro di svolgere attività professionale e imprenditoriale: non è più possibile che – come è *avvenuto prima della sua emanazione* – un arrestato, giunto in questura, chieda di telefonare al proprio avvocato, sottosegretario di Stato all'interno, o che il Ministro dei lavori pubblici sia titolare di imprese aggiudicatrici di appalti pubblici. L'efficacia di queste previsioni, peraltro, è limitata dall'inadeguatezza delle sanzioni, di cui dirò subito.

¹² Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, emanato con decreto del Ministro per la funzione pubblica 28 novembre 2000.

¹³ L'Autorità, dal canto suo, in seguito alla richiesta di un parlamentare dell'opposizione, ha escluso che i terzi possano accedere a queste dichiarazioni ai sensi della legge n. 241 del 1990: si tratta di una ragionevole applicazione della disciplina del diritto d'accesso ai documenti, che però mostra l'inadeguatezza della disciplina posta dalla legge in commento.

3.4. Il controllo e le sanzioni

Quanto ai controlli, infine, essi sono affidati all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale può irrogare sanzioni nei confronti dell'impresa, che abbia beneficiato della decisione adottata in conflitto di interessi, e dell'interessato.

Nei confronti dell'impresa, «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato diffida l'impresa ad astenersi da qualsiasi comportamento diretto ad avvalersi dell'atto [del titolare dell'organo di governo] ovvero a porre in essere azioni idonee a far cessare la violazione o, se possibile, misure correttive. In caso di inottemperanza entro il termine assegnato, essa irroga all'impresa una sanzione pecuniaria correlata alla gravità del comportamento e commisurata nel massimo al vantaggio patrimoniale effettivamente conseguito dall'impresa stessa». È, evidentemente, una sanzione minima, non tale da scoraggiare i tentativi di violare la legge: per l'impresa, il saldo può essere al massimo pari a zero, non può mai essere negativo.

Nei confronti del titolare della carica di governo, la sanzione è ancora più blanda: la menzionata comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai presidenti delle Camere, che normalmente sono espressione della stessa maggioranza parlamentare che sostiene il governo. Di questa comunicazione non è prevista alcuna forma di pubblicità, né l'Autorità ha autonomamente adottato alcuna forma di pubblicità¹⁴.

Non è previsto neanche il risarcimento del danno, nonostante il danno all'interesse pubblico sia – come si è osservato – una componente della definizione di conflitto di interessi e un presupposto dell'intervento dell'Autorità. Nel conflitto di interessi all'italiana, c'è il danno ma non c'è il risarcimento.

¹⁴ In effetti, l'unico caso di procedura di infrazione conclusa sulla base di questa legge, di cui si sia avuta notizia, è stata relativa a un ministro del tesoro accusato di aver violato non la norma sul conflitto di interessi, ma quella sull'incompatibilità successiva all'incarico, per aver assunto una posizione dirigenziale in una banca prima del decorso di un anno dalla conclusione dell'incarico ministeriale. Di questa vicenda l'Autorità *antitrust* non ha mai fornito informazioni al pubblico: essa ha solo dichiarato, in una relazione annuale, di aver aperto una procedura nei confronti di un ministro, mentre non ha mai comunicato l'esito della relativa procedura. Solo un quotidiano ha riferito che essa si è conclusa con la dichiarazione della violazione, che peraltro non ha prodotto alcun effetto concreto, dato che per questa violazione la legge non prevede sostanzialmente alcuna sanzione.

LA CORRUZIONE NEI LAVORI PUBBLICI

Alfredo Fioritto

SOMMARIO: 1. La corruzione uccide. – 2. Le radici della corruzione. – 3. Il quadro normativo vigente. – 3.1. Il sistema delle regole e dei controlli. – 3.2. Il procedimento di realizzazione dei lavori. – 4. Dove si annida la corruzione. – 5. Per frenare la corruzione.

1. La corruzione uccide

In un recente articolo pubblicato su *Nature* dal titolo *Corruption Kills*, gli autori studiano il rapporto tra i decessi dovuti agli eventi sismici e il livello di corruzione dei paesi. Il risultato appare quasi scontato ma il dato è, comunque, significativo: negli ultimi trenta anni l'83% circa delle morti causate dai terremoti, nell'intero pianeta, è localizzato in paesi anormalmente corrotti¹. Le ragioni sono evidenti; a livello mondiale l'industria delle costruzioni, che fattura annualmente circa 7,5 trilioni di dollari, cifra destinata a duplicarsi nel prossimo decennio, è ritenuta essere «il segmento più corrotto dell'economia globale». La corruzione può prendere le forme di mazzette per sovvertire i risultati di collaudi o di procedimenti autorizzatori, può essere il risultato di operazioni nascoste per ridurre i costi di costruzione attraverso l'uso di materiali scadenti o per evitare l'applicazione di specifiche norme costruttive o di sicurezza². È evidente, poi, che quando si parla di industria delle costruzioni si fa riferimento sia alle costruzioni realizzate dai privati sia a quelle realizzate dai soggetti pubblici o finanziate con sovvenzioni pubbliche.

Lo studio di Ambraseys e Bilham coinvolge anche l'Italia, che nelle classifiche sulla corruzione elaborate annualmente da *Transparency International* è lontana dagli altri paesi europei per collocarsi nelle parti più basse della classifica. La lettura dello studio citato ci riporta, fatalmente, alla mente due eventi, peraltro ancora sottoposti a indagini giudiziarie o a processo, in cui hanno perso la vita oltre 40 giovani studenti. Durante il terremoto che ha coinvolto il Molise e la Puglia nel 2002, la scuola elementare di San Giuliano di Puglia è crollata uccidendo 27 persone tra alunni e maestri; le indagini e un primo processo hanno evidenziato come l'edificio fosse stato oggetto di ristrutturazioni e sopraelevazioni successive (il processo è ancora in corso per accertare eventuali responsabilità nelle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti). Durante il terre-

¹ N. AMBRASEYS, R. BILHAM, *Corruption kills*, in *Nature*, 13 January 2011, vol. 469, 153.

² ID., *Corruption kills*, cit.

moto del 2009 a L'Aquila è crollata la casa dello studente, che ospitava molti studenti della locale università: 15 studenti sono stati uccisi dal crollo. Le indagini hanno mostrato come si fosse proceduto a lavori di ristrutturazione che avevano indebolito alcune strutture portanti dell'edificio³. Non si tratta, forse, di corruzione nel senso più tecnico cui fa riferimento il codice penale e, comunque, saranno i processi a qualificare i comportamenti che hanno contribuito a determinare i crolli, ma certamente i due episodi gettano una luce sinistra sulle procedure amministrative che sono alla base degli episodi.

Vanno, poi, considerati due ulteriori effetti perniciosi della corruzione: la corruzione uccide la buona economia poiché rappresenta una intollerabile limitazione della concorrenza e delle libertà economiche; la corruzione uccide la fiducia pubblica sia interna che internazionale.

In questo studio si cercherà, brevemente, di indagare le radici e le ragioni della corruzione nei lavori pubblici attraverso l'analisi dell'evoluzione normativa in materia e delle singole fasi di una delle procedure più lunghe e complesse affidate alla cura delle amministrazioni.

2. *Le radici della corruzione*

Il disegno normativo originario della materia dei lavori pubblici (contenuto, per lo più, dalla l.20 marzo 1865, n. 2248, all. F, dal regolamento attuativo e dalle norme sulla contabilità di Stato) era fondato su procedure di affidamento molto formalizzate, con un contenuto discrezionale ridotto, tendenzialmente uniche per tutti i tipi di lavori, e su un'amministrazione tecnicamente capace di progettare e di controllare l'esecuzione dei lavori.

La legislazione successiva si è progressivamente allontanata da questo disegno a causa dell'eccessivo formalismo delle procedure, che aveva prodotto una vera 'fuga dalle gare'⁴, l'abbandono, cioè, del modello teorico ideale di affidamento dei lavori. Stando ai dati forniti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel 1990, oltre il 60% degli appalti era dato in affidamento diretto, nelle varie forme della concessione e della trattativa privata; l'eccezione era divenuta la norma.

L'allontanamento dal disegno originario ha prodotto un quadro normativo frammentario e disorganico (ogni tipologia di lavori rispondeva a norme speciali), caratterizzato da molte garanzie per le imprese (si pensi all'istituto della revisione prezzi che, di fatto, trasferiva all'amministrazione il rischio d'impresa) e pochi controlli sui risultati. Gli apparati tecnici sono stati depotenziati, la progettazione portata all'esterno dell'amministrazione (in aperto contrasto col r.d. 8 febbraio 1923, n. 422, che privile-

³ A. MARTELLI, M. FORNI, *Seismic Isolation and Protection Systems*, in *The Journal of The Anti Seismic Systems International Society*, 2010, 1 (1), pp. 75-123.

⁴ A. MARI, *Gli appalti pubblici senza gare*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995, p. 187 ss.

giava la progettazione interna), sia attraverso incarichi professionali, sia attraverso l'ampio ricorso alla concessione (per lo più di soli lavori).

L'occasione per ridare organicità e funzionalità al settore è venuta dall'attuazione delle direttive comunitarie in materia ma tale vicenda non è stata, certo, lineare: si pensi ai ritardi nell'attuazione della direttiva 71/305 (avvenuta con la l. 8 agosto 1977, n. 584) e ai tentativi di ritardare l'attuazione della l. n. 584/1977 (attraverso alcune leggi per l'accelerazione delle procedure, come la l. 10 dicembre 1981, n. 741). Nonostante il forte peso degli obblighi europei (rafforzato da alcune sentenze di condanna da parte della Corte europea di giustizia), il legislatore italiano ha proseguito nella sua opera di normazione incongrua utilizzando, per lo più, il presupposto dell'urgenza e della straordinarietà (attraverso leggi speciali di finanziamento di eventi come i mondiali di calcio nel 1990, o le celebrazioni per la scoperta dell'America nel 1992). Sulla straordinarietà poggiano anche gli interventi legislativi per la lotta alla criminalità organizzata (come nel caso della l. 12 marzo 1990, n. 55).

L'attuazione delle direttive europee è, comunque, proseguita con il d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, che attuava la direttiva 89/440 in materia di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, a cui si sono aggiunti i decreti legislativi 17 marzo 1995, nn. 157 e 158, di attuazione delle direttive in materia di appalti pubblici di servizi e di appalti nei settori esclusi.

Alla soglia degli anni Novanta, le inchieste giudiziarie, conosciute con il nome di Tangentopoli, hanno impietosamente mostrato come il disordine legislativo fosse, per certi versi, funzionale ai fenomeni di corruzione⁵.

Il settore dei lavori pubblici appare, in questo momento, negativamente influenzato da almeno quattro fattori: una legislazione ridondante e obsoleta; procedure amministrative complesse; un eccessivo numero di soggetti pubblici e privati operanti nel settore; estesi fenomeni di corruzione e concussione.

Questa situazione era nota già prima del fenomeno di Tangentopoli, ma è solo all'inizio degli anni Novanta che da diverse parti vengono avanzate richieste di riforma del settore (basterà ricordare, in proposito, la relazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, del 1992, e alcuni studi dell'ANCE e dell'IGI).

Le aspettative di riforma vertevano principalmente, anche se con diverse sfumature, sui seguenti punti: l'emanazione di una legge quadro che doveva ridurre e semplificare la legislazione esistente; l'allineamento della legislazione statale alle normative comunitarie; la limitazione del ricorso alla trattativa privata; la riorganizzazione delle strutture amministrative; il miglioramento della progettazione; un diverso sistema di qualificazione delle imprese; il miglioramento del sistema dei controlli.

⁵ A. FIORITTO, M. GRILLO, M. POLO, L. SACCONI, M. ZANCHETTI, *Un'authority contro la collusione: una proposta nella prospettiva delle scelte pubbliche*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1, 1997.

La concomitanza di fattori negativi, probabilmente unica in Europa, può spiegare, da un lato, le forti aspettative che gravavano sulle proposte di riforma e, dall'altro, alcuni elementi di delusione manifestati rispetto alla legge che ne è scaturita e, cioè, la legge quadro sui lavori pubblici, 11 febbraio 1994, n. 109 (anche nota come legge Merloni).

Questa legge, forse a causa delle ripetute modifiche in sede parlamentare rispetto al testo originario, ha aperto numerosi problemi di interpretazione, coordinamento e attuazione delle norme.

Ma, caso forse unico nella storia legislativa repubblicana, circa due mesi dopo la sua entrata in vigore, con un decreto legge del 31 maggio 1994, n. 331, ne sono stati sospesi gli effetti. Non possono essere trascurate le vicende politiche che hanno accompagnato la legge quadro fino a prevederne la sospensione. Il disegno di legge quadro, presentato dal ministro dei lavori pubblici Merloni, è stato approvato dal Parlamento nel gennaio 1994; tre mesi dopo, in seguito alle elezioni politiche del 27 e 28 marzo, si insediava un nuovo governo guidato dall'On. Berlusconi. Il ministro dei lavori pubblici, On. Radice, appena insediato, esprimeva numerose riserve sul testo di legge, non solo rispetto ai problemi di attuazione, ma anche rispetto alla sua complessiva impostazione⁶. Secondo il governo (interprete del disagio di parte del mondo imprenditoriale), la legge quadro avrebbe impedito la ripresa degli investimenti pubblici nel settore, già fermi a causa delle note vicende giudiziarie; si è così disposta la sospensione degli effetti della legge (fino al giugno 1995) con tre successivi decreti legge⁷.

Anche se l'esigenza di un rinvio, data la complessità delle norme da attuare, poteva risultare comprensibile, non si può non rilevare, da un lato, che la legge Merloni era il frutto di un larghissimo dibattito tecnico e politico e che la sua impostazione godeva di un ampio consenso, dall'altro, che, nel marzo 1994, la commissione di tecnici, costituita dal ministro Merloni e presieduta da Massimo Severo Giannini, aveva predisposto il testo del regolamento di attuazione e che tale testo aveva raccolto un generale consenso da parte dei molti attori del sistema dei lavori pubblici. I rinvii e le proposte di radicale modifica della legge quadro, oltre a non aver prodotto alcuna accelerazione della spesa pubblica, hanno ingenerato ulteriore confusione⁸.

⁶ Si veda, tra le altre dichiarazioni raccolte dalla stampa, *Appalti, ecco il nuovo decalogo*, di E. CIRILLO, *La Repubblica*, 24 ottobre 1994.

⁷ Si tratta del d.l. 29 aprile 1994, n. 257 (art. 71), del d.l. 30 luglio 1994, n. 478 (art. 5) e del d.l. 30 ottobre 1994, n. 559 (art. 5).

⁸ Ulteriore passaggio di questa che sembra una 'storia infinita' è il d.l. 3 aprile 1995, n. 101, emanato dal ministro dei lavori pubblici e dell'ambiente del governo Dini, Paolo Baratta. L'impostazione di questo decreto legge è molto vicina allo spirito della legge Merloni; non vi è traccia di brusche virate ma solo di opportune correzioni di rotta. Il decreto è stato convertito in legge, L. 2 giugno 1995, n. 216; la legge 109/94, così modificata ed integrata, è stata in gergo identificata come «Merloni bis». Ma in seguito su iniziativa parlamentare e governativa sono stati proposti numerosi

Non meraviglia il forte interesse della politica verso il settore dei lavori pubblici, considerato il forte impatto del settore sull'economia e sull'occupazione, i numerosissimi interessi (non solo quelli leciti) che vi ruotano intorno, oltre allo stato di arretratezza e di degrado delle infrastrutture. Sta di fatto che per arrivare ad una ridefinizione complessiva della materia si sia dovuto aspettare l'attuazione di altre due direttive europee del 2004, avvenuta con il Codice dei contratti pubblici.

Il quadro normativo, incerto e sottoposto a continui cambiamenti, ha rappresentato un terreno fertile per una sistematica elusione dei principi nazionali ed europei di concorrenza del mercato, di qualità ed economicità dei lavori, di rispetto dei tempi di esecuzione, di sicurezza dei lavori.

3. *Il quadro normativo vigente*

Il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture approvato con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recepisce ed attua le direttive CE nn. 17 e 18 del 2004.

La direttiva 2004/18 unifica la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei settori ordinari (vale a dire tutti, tranne quelli afferenti ai settori cd. speciali, che sono disciplinati dalla direttiva 2004/17, e quelli che sono oggetto di specifiche deroghe previste da entrambe le direttive), mentre la direttiva 2004/17 disciplina gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori c.d. «esclusi» o «speciali» (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica).

Le due direttive riproducono, in buona parte, il contenuto delle precedenti direttive che disciplinavano il settore degli appalti, con alcuni aggiustamenti formali; per un'altra parte, più ridotta, le direttive introducono nuovi istituti e strumenti, volti a rendere più flessibile ed efficace l'attività contrattuale della pubblica amministrazione con una particolare attenzione alle garanzie per la concorrenza e per le esigenze sociali e ambientali, che spesso sono toccate dall'attività contrattuale pubblica.

L'intervento di riordino normativo attuato dal Codice deve essere apprezzato, se non altro, per il tentativo di dare coerenza ed organicità ad un settore normativo caratterizzato da elevatissima frammentazione. Infatti, limitando il richiamo solo alle norme generali, la disciplina nazionale degli appalti era, prima del codice, dispersa tra oltre 50 testi di legge, che sono stati

disegni di legge per intervenire nuovamente sul testo originario per correggerne le rigidità. Con la legge 18 novembre 1998, n. 415, frutto della paziente opera di mediazione di Antonio Bargone, sottosegretario ai LL.PP., il legislatore è nuovamente intervenuto: non solo ha apportato opportune correzioni tecniche al testo della L. 109/94 vigente ma lo ha anche arricchito e reso più flessibile, introducendo delle novità come ad esempio quella dell'ingresso nel campo delle infrastrutture di capitali privati: vedasi l'art. 37 bis e seguenti sul cosiddetto *project financing*.

abrogati, secondo modalità e tempistiche differenziate, per essere sostituiti da un *corpus* organico di 257 articoli. A questi si è, poi, aggiunto nel 2011 il regolamento previsto dall'art. 5 del Codice, che ha coperto tutti gli spazi lasciati vuoti dall'abrogazione di un così ampio numero di disposizioni.

La travagliata vicenda legislativa non si è, però, conclusa. Infatti, una serie di norme successive, definite 'correttivi', hanno apportato numerose modifiche e correzioni al Codice. Oltre agli interventi correttivi sono state via via introdotte modifiche, in genere di carattere derogatorio, che hanno reso il Codice una fonte instabile e non unitaria.

Le modifiche hanno riguardato, tra l'altro, l'estensione degli appalti segreti, i requisiti di partecipazione alle gare, la disciplina delle SOA, dei cui atti viene affermata la natura pubblicistica, gli appalti integrati di progettazione ed esecuzione, che sono consentiti senza limiti oggettivi nel soprasoglia; la procedura negoziata con e senza pubblicazione di bando, per le quali si sono alzate le soglie; la composizione delle commissioni giudicatrici, cui possono partecipare quali commissari esterni anche funzionari di altre amministrazioni e che possono essere presiedute anche da funzionari apicali.

Pur nella sua instabilità, il Codice definisce un sistema di regole e procedure che si presenta sostanzialmente in linea con i principi e le norme europee. Sostanzialmente vengono previsti controlli e requisiti applicabili ai vari attori del settore dei lavori pubblici e viene definito un lungo procedimento amministrativo, che partendo dalla programmazione dei lavori arriva fino alla fase del collaudo e della presa in consegna dell'opera realizzata.

3.1. *Il sistema delle regole e dei controlli*

Per quanto riguarda i controlli un ruolo primario dovrebbe essere svolto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, così denominata dall'art. 6 del Codice, che prende il posto della precedente «Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici». Il Codice ne ha ridefinito le competenze estendendone l'ambito di intervento al settore dei servizi e delle forniture e riconoscendole piena autonomia funzionale ed organizzativa. Sin dalla sua istituzione, con la legge 10 febbraio 1994, n. 109, tale Autorità è stata al centro di un acceso dibattito in ordine alla riconducibilità o meno della stessa all'interno del *genus* delle amministrazioni indipendenti. L'assenza di poteri regolamentari diretti nel settore, il mancato riconoscimento della personalità giuridica e la marginalità delle attribuzioni conferitele avevano in passato spinto parte della dottrina a negare tale riconducibilità e a configurare l'Autorità in esame quale appartenente ad una *genus* intermedio tra le agenzie incardinate nell'esecutivo e le vere e proprie amministrazioni indipendenti. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 482 del 1995, ne aveva rilevato la natura di «autorità ad alta qualificazione che opera in piena autonomia rispetto agli organi di ogni amministrazione».

Oggi, il Codice, nel fare espressamente salve «le competenze delle altre autorità amministrative indipendenti» (comma 6), sembra superare i dubbi consentendo di ascrivere l'Autorità nel novero delle autorità amministrative indipendenti con una conseguente maggiore autonomia di scelta e di controllo.

L'Autorità introduce un elemento di terzietà nello schema della rappresentanza degli interessi, che, negli appalti pubblici, è composto da due ordini di interessi, quelli dell'amministrazione (che non sempre possono essere equiparati all'interesse generale) e quelli delle imprese. Tale schema, oltre a non aver dato buona prova di sé, come dimostrano gli estesi fenomeni di *maladministration*, esclude altre forme di controllo che non siano quelle esercitate dalle stesse amministrazioni, attraverso i collaudi, ovvero quelle esercitate dai giudici. Tutte le funzioni dell'Autorità sono finalizzate alla vigilanza e al controllo, essa infatti: vigila sull'economicità di esecuzione dei lavori; vigila sull'osservanza delle leggi e dei regolamenti in materia; verifica la regolarità delle procedure di affidamento dei lavori; accerta che dall'esecuzione dei lavori non derivino danni al pubblico erario; segnala al governo e al parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza delle norme; propone modifiche del regolamento dei lavori pubblici; predispose e invia al parlamento una relazione annuale; vigila sul sistema di qualificazione delle imprese; esercita poteri sanzionatori.

Il problema della scelta dei contraenti delle pubbliche amministrazioni non si esaurisce, come è noto, nelle procedure di evidenza pubblica ma inizia, almeno per il settore dei lavori, con la certificazione dei requisiti di idoneità tecnica e morale delle imprese. Il sistema attualmente vigente è quello delle certificazioni di qualità rilasciate dalle società di attestazione - SOA, che accertano il possesso di determinati requisiti come la capacità finanziaria dell'impresa, la idoneità e l'attrezzatura tecnica, il suo organico, oltre all'assenza di precedenti mafiosi.

Funzioni di controllo devono essere, infine, svolte dal responsabile unico del procedimento, al quale sono affidati numerosi compiti: si va dalla motivazione della scelta del metodo di affidamento dei lavori, al rispetto delle disposizioni normative, alla verifica della copertura finanziaria, all'accertamento degli eventuali danni all'erario.

3.2. *Il procedimento di realizzazione dei lavori*

Il Codice articola la realizzazione dei lavori pubblici in cinque grandi fasi: la programmazione, la progettazione, la scelta del contraente, l'esecuzione, il controllo. Il pregio di queste norme, al di là dei singoli contenuti, sta nella loro sistematicità che riporta ordine e razionalità nel sistema; questa razionalità viene, però, messa a rischio ogni qual volta si interviene con modifiche e integrazioni. In estrema sintesi si riportano gli aspetti salienti delle varie fasi.

a. La programmazione

La prima fase del complesso *iter* di affidamento di un qualsiasi contratto pubblico viene individuata – dal codice – nella programmazione. Gli articoli 11 e 128 affermano la centralità della fase della programmazione negli appalti pubblici stabilendo che le procedure di affidamento possono essere avviate solo se inserite negli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici. L'obbligo della programmazione è funzionale sia ad un maggior grado di trasparenza e pubblicità delle procedure sia ad un maggior coordinamento con gli strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica.

b. La determinazione a contrattare

Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad adottare la cosiddetta determinazione a contrattare. Più precisamente le amministrazioni aggiudicatrici determinano o decretano di contrattare, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Anche questo passaggio aumenta il grado di trasparenza e di tutela dell'interesse pubblico costringendo l'amministrazione ad una motivazione del provvedimento.

La 'determinazione a contrattare' è il primo atto della fase di affidamento di un contratto pubblico attraverso il quale l'ente formalizza e manifesta, 'al proprio interno', la volontà di avviare una procedura per addvenire alla stipula di un futuro contratto: sulla base di tale atto si possono poi avviare in concreto le procedure di affidamento (che si aprono, di norma, con la pubblicazione di un bando o con l'invio di una lettera di invito, salvi i casi eccezionali di affidamento diretto). Pur qualificandosi come mero atto interno, la determinazione a contrattare è comunque atto sempre necessario: la sua eventuale mancanza o, analogamente, la sua invalidità possono determinare l'illegittimità derivata di tutti gli atti di gara o, più in generale, di affidamento.

c. La gara/procedura di affidamento

Dopo aver adottato la determinazione a contrattare è possibile dare avvio alla procedura di evidenza pubblica prescelta per la selezione del contraente privato. La selezione avviene necessariamente mediante uno dei sistemi previsti dal Codice per l'individuazione dei soggetti offerenti. Il Codice adotta un principio di tipicità e tassatività delle procedure di affidamento dei contratti pubblici: le stazioni appaltanti non possono coniare nuove ed alternative procedure di affidamento, né tantomeno possono discostarsi dai modelli delineati nel Codice.

Le procedure di affidamento possono essere divise in due grandi categorie: da un lato le procedure 'ordinarie', cui è sempre possibile fare ricorso, qualunque sia la tipologia e l'importo del contratto da affidare; dall'altro le procedure 'eccezionali', che possono essere utilizzate, cioè, solo nei casi o al ricorrere dei presupposti espressamente previsti dalla legge.

Le procedure ordinarie sono solo quelle aperte e quelle ristrette. Sono invece procedure a carattere eccezionale: la procedura ristretta semplificata; il dialogo competitivo; la procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione di un bando; la procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando, nonché gli affidamenti in economia.

Le procedure di affidamento possono prendere l'avvio, a seconda dei casi, o con la pubblicazione di un bando o con l'invio di una lettera di invito. Le procedure ordinarie e le procedure a carattere eccezionale diverse dalle negoziate si concludono, di norma, con l'aggiudicazione: il soggetto che ha presentato la migliore offerta acquisisce il diritto alla stipula del contratto alle condizioni risultanti dalla gara.

Le procedure negoziate non si concludono, invece, con l'aggiudicazione ma con l'affidamento, in quanto il soggetto collocatosi primo in graduatoria non acquisisce il diritto alla stipula del contratto ma, più semplicemente, ad avviare una ulteriore fase di trattative con la stazione appaltante, solo a conclusione della quale si arriva alla stipula del contratto.

d. Disciplina delle offerte e aggiudicazione

L'offerta di ciascun concorrente è vincolante (e cioè irrevocabile) per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.

La commissione di gara deve, prima dell'aggiudicazione, valutare la congruità dell'offerta potenzialmente aggiudicataria ed avviare, se del caso, il sub-procedimento di verifica dell'offerta anomala.

L'aggiudicazione si svolge in due fasi, quella dell'aggiudicazione provvisoria e quella dell'aggiudicazione definitiva. L'aggiudicazione provvisoria è una dichiarazione formale, trascritta in un verbale, con la quale viene espressamente e pubblicamente proclamato l'esito della procedura di selezione ed individuato il soggetto che – previa verifica del possesso dei prescritti requisiti ed espletamento degli ulteriori adempimenti ed accertamenti prescritti dalla legge, anche a carico del soggetto secondo classificato in graduatoria – avrà diritto alla stipula del contratto con la stazione appaltante.

L'aggiudicazione provvisoria rappresenta dunque un atto infraprocedimentale, soggetto a conferma o a revisione, nei cui riguardi il partecipante dichiarato provvisoriamente aggiudicatario non vanta alcuna posizione giuridicamente tutelata al provvedimento di aggiudicazione definitiva ma è titolare di una mera aspettativa (Cons. Stato, Sez. V, sentenza 11 maggio 2006, n. 2612).

L'art. 11, al comma 5, stabilisce che la stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria, provveda poi all'aggiudicazione definitiva. In effetti, l'art. 12, comma 1, del Codice stabilisce che «L'aggiudicazione provvisoria [sia] soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiu-

dicatori...». Ai sensi dell'art. 79 del Codice, l'amministrazione appaltante è tenuta a comunicare d'ufficio – tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva – l'intervenuta aggiudicazione definitiva all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara.

e. La stipula del contratto

Ai sensi dell'art. 11, comma 7, del Codice, l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. Ne consegue che l'aggiudicazione non può tenere luogo di contratto e che solo da quest'ultimo può scaturire la costituzione del rapporto giuridico tra le parti: il contratto è sempre necessario.

Il contratto non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La stipulazione del contratto di appalto ha luogo, di norma, entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione definitiva efficace, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire. È altresì ammessa la possibilità di concordare espressamente con l'aggiudicatario il differimento del predetto termine.

Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'art. 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. In tali casi all'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.

L'ultimo comma dell'art. 11 stabilisce che il contratto sia stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa, ovvero mediante scrittura privata; la norma afferma, dunque, l'obbligo della forma scritta, prevedendo diverse opzioni considerate come equipollenti, salvo disposizioni specifiche vigenti per le singole stazioni appaltanti.

L'art. 11, comma 11, del Codice stabilisce che il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

Il comma 2 disciplina le modalità procedurali del controllo sul contratto. A questo riguardo stabilisce che il contratto stipulato sia soggetto all'eventuale approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto diventa efficace.

f. Il contratto d'appalto e la disciplina dell'esecuzione: varianti e revisione prezzi

Particolare attenzione deve esser posta alla fase dell'esecuzione contrattuale in quanto, a dispetto delle previsioni normative, nella maggior parte dei casi i costi di realizzazione dei lavori sono nettamente superiori a quelli identificati nel contratto e che corrispondono all'offerta economica presentata in sede di gara.

L'appalto è un contratto ad 'oggetto variabile', che può subire, per la sua natura, delle variazioni nel corso dell'esecuzione, sia di tipo quantitativo (maggiori lavorazioni dello stesso tipo) che qualitativo (nuove lavorazioni inizialmente non previste).

Per questo motivo l'art. 1661 del codice civile riconosce al committente il diritto di apportare variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo convenuto.

Negli appalti pubblici, il limite entro il quale il committente può disporre unilateralmente variazioni progettuali è più ampio: un quinto del prezzo contrattuale (di qui l'espressione «quinto d'obbligo», in quanto l'appaltatore non può sottrarsi alle richieste del committente, salvo casi eccezionali).

La legge disciplina lo *ius variandi* del committente negli appalti pubblici sotto un duplice profilo: civilistico e amministrativo.

Sotto il profilo civilistico, la disciplina degli appalti pubblici è caratterizzata da un maggiore favore del legislatore, rispetto agli appalti privati: abbiamo già detto che, mentre in questi ultimi lo *ius variandi* del committente è contenuto nei limiti di un sesto, negli appalti pubblici tale soglia sale ad un quinto.

Sul versante pubblicistico, i limiti posti dall'ordinamento sono maggiori e più precisi. Mentre il committente di un appalto privato può liberamente esercitare lo *ius variandi* di cui è titolare, purché nel rispetto dei limiti quantitativi (un sesto) e qualitativi (stravolgimento dell'opera o alterazione rilevante del sinallagma contrattuale) stabiliti, negli appalti pubblici l'esercizio di tale prerogativa del committente è vincolato. Negli appalti pubblici le varianti sono consentite solo al ricorrere di particolari circostanze, in mancanza delle quali lo *ius variandi* non può concretamente essere esercitato.

Affinché il committente pubblico possa legittimamente introdurre delle variazioni all'oggetto del contratto e, quindi, al progetto iniziale, deve ricorrere una delle circostanze tassative già previste dall'art. 25 della legge n. 109/94 ed oggi trasfuse nell'art. 132 del Codice dei contratti pubblici.

La disciplina pubblicistica delle varianti è strettamente connessa con quella della progettazione delle opere pubbliche. Prima della legge Merloni, era consentito affidare gli appalti di lavori pubblici sulla base di un semplice progetto di massima (l'equivalente dell'attuale progetto preliminare): la carenza progettuale all'atto dell'affidamento determinava, inevitabilmente, la proliferazione delle varianti in corso d'opera in fase di esecuzione.

La legge n. 109/94 è intervenuta radicalmente sulla disciplina della progettazione e, quindi, delle varianti. La legge quadro sui lavori pubblici ha

introdotto per la prima volta l'obbligo di articolare la progettazione delle opere pubbliche in tre distinti livelli, caratterizzati da un sempre maggiore approfondimento tecnico (progetto preliminare, definitivo ed esecutivo), affermando il principio generale per cui gli appalti di lavori dovessero, di norma, essere affidati sulla base di un progetto esecutivo.

Il progetto esecutivo determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. È chiaro che, in questo nuovo quadro, lo spazio per eventuali varianti in corso d'opera risulta estremamente limitato.

Il legislatore ha pertanto dettato una disciplina delle varianti in corso d'opera caratterizzata da un particolare rigore: le varianti sono consentite soltanto nelle ipotesi tassative previste dalle disposizioni del Codice.

L'art. 132, al primo comma, stabilisce che le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentiti il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi:

- a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;
- b) per cause imprevedute e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;
- c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;
- d) nei casi previsti dall'art. 1664, comma 2, del codice civile;
- e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista.

Si tratta di una elencazione di tipo tassativo, alla quale occorre aggiungere soltanto l'ipotesi delle:

- f) varianti 'migliorative', espressamente prevista dal comma 3, che ne consente l'ammissibilità ma solo nell'esclusivo interesse dell'amministrazione e purché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera (vale a dire, in sostanza, nel ribasso d'asta o in eventuali accantonamenti per imprevisti).

La competenza per l'approvazione delle varianti migliorative è attribuita al responsabile del procedimento.

Altro aspetto caratteristico dell'esecuzione del contratto d'appalto è la possibilità della revisione dei prezzi; in effetti, nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici una delle regole fondamentali – sancita da diverse disposizioni normative, prima fra tutte l'art. 326 della legge fondamentale 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato F (6), abrogato dal Codice dei contratti pubblici – è quella della invariabilità del prezzo.

Il principio della invariabilità del prezzo è stato peraltro ridimensionato dalla introduzione nell'ordinamento di un altro principio, in forza del quale è stata ammessa la possibilità di rivedere – in varia misura ed al ricorrere di determinati presupposti – il prezzo di aggiudicazione degli appalti.

È evidente che i due principi ora richiamati – invariabilità del prezzo e revisione dei prezzi contrattuali – operano su piani e per il raggiungimento di interessi diversi. Il primo è finalizzato a garantire la certezza della spesa pubblica occorrente per la realizzazione di un'opera. Il secondo tutela l'interesse dell'impresa ad un equo compenso ed è finalizzato a garantire il permanere nel tempo dell'equilibrio del sinallagma contrattuale.

In quest'ottica sono stati introdotti nel nostro ordinamento gli istituti della revisione prezzi prima e del prezzo chiuso poi.

La nascita della revisione prezzi può essere fatta risalire al R.D. 20 giugno 1915, n. 859, ed al successivo D.Lgt. 17 novembre 1918, n. 1868. Si trattava peraltro di disposizioni eccezionali relative al periodo di guerra. L'applicazione generalizzata del meccanismo della revisione dei prezzi contrattuali è invece riconducibile al D.L. 6 febbraio 1919, n. 107, e, successivamente, al D.Lgs. C.P.S. 6 dicembre 1947, n. 1501. Quest'ultimo decreto ha costituito la base dell'istituto revisionale per quasi cinquanta anni, fino alla completa soppressione del medesimo, avvenuta nel 1992.

Nelle more, l'istituto della revisione prezzi è stato oggetto di diversi interventi legislativi, il più significativo dei quali – per quanto concerne l'ambito della presente trattazione – è senz'altro costituito dall'art. 33 della legge 28 febbraio 1986, n. 41.

Tale articolo, oltre ad apportare diverse modificazioni alla disciplina previgente, ha introdotto un sistema 'alternativo' alla revisione prezzi, denominato «prezzo chiuso». Il quarto comma della richiamata disposizione legislativa ha infatti introdotto «la facoltà, esercitabile dall'Amministrazione, di ricorrere al prezzo chiuso, consistente nel prezzo del lavoro al netto del ribasso di asta, aumentato del 5 per cento per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori. Nel caso di contratto a prezzo chiuso non è ammesso il ricorso alla revisione prezzi». Dunque, la disciplina del prezzo chiuso introdotta nel 1986 non ha nulla a che vedere con quella attualmente dettata dal Codice.

L'art. 133 del Codice conferma il divieto – già contenuto nelle legge Merloni – di procedere, nei lavori pubblici, alla revisione dei prezzi.

Conferma altresì la non applicabilità del primo comma dell'art. 1664 del codice civile, a mente del quale «qualora per effetto di circostanze im-

prevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo».

Il Codice – sulla scorta della vigente disciplina della legge n. 109/94 – dispone che per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti si applica il 'prezzo chiuso'.

L'art. 133 stabilisce che il prezzo chiuso consiste nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2 per cento, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi. Tale percentuale è fissata, con decreto del Ministro delle infrastrutture da emanare entro il 30 giugno di ogni anno, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2 per cento.

Il quarto comma dell'art. 133 disciplina una deroga al sistema del prezzo chiuso.

Stabilisce, infatti, che in deroga a quanto previsto dal comma 2, qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta con il decreto di cui al comma 6, si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il 10 per cento e nel limite delle risorse di cui al comma 7.

g. Il collaudo dei lavori pubblici

Il collaudo dei lavori ha lo scopo di verificare, entro sei mesi dall'ultimazione dei lavori, che l'opera sia stata eseguita 'a regola d'arte' secondo quanto previsto dal contratto e dai capitolati. Al termine delle operazioni di collaudo viene redatto un certificato di collaudo che ha carattere provvisorio e assume carattere definitivo dopo due anni (art. 141 d.lgs. 163/06).

Le stazioni appaltanti nominano da uno a tre tecnici professionalmente qualificati scelti tra i propri dipendenti (in possesso dei requisiti tecnici come le lauree in architettura ed ingegneria, l'abilitazione all'esercizio professionale e l'iscrizione al rispettivo albo da almeno cinque anni). Nel caso di lavori di particolare complessità il collaudo è svolto da una commissione composta da tre membri, di cui uno assume la funzione di presidente. I tecnici incaricati del collaudo non devono essere in conflitto d'interessi, e cioè non devono avere svolto alcun incarico all'interno del procedimento di realizzazione dell'opera oggetto del collaudo e non devono aver avuto, negli ultimi tre anni, rapporti di lavoro o di consulenza con l'esecutore dei lavori. In caso di opere di particolare complessità tecnica e di affidamento dei lavori in concessione è obbligatorio il collaudo in corso d'opera.

h. Cenni sul contenzioso nella fase di esecuzione: transazioni, accordo bonario ed arbitrato

Il Codice dei contratti pubblici disciplina tre istituti finalizzati alla deflazione del contenzioso giurisdizionale; si tratta della transazione (art. 239), dell'accordo bonario (art. 240) e dell'arbitrato (art. 241). La transazione, che rappresenta una novità e si propone come strumento facoltativo e alternativo rispetto all'accordo bonario, è diretta a prevenire o risolvere controversie a prescindere dalla sussistenza di un diritto che legittimi l'esperimento dell'azione. Infatti, secondo la disciplina del codice civile (art. 1965) la transazione è un contratto con il quale le parti, rinunciando in parte alle proprie pretese, pongono fine ad una lite o la prevengono.

L'accordo bonario è disciplinato dall'art. 240 del Codice, il quale prevede che, nel caso di riserve iscritte per un valore superiore al 10% del prezzo contrattuale, possa essere attivata tale procedura. Ulteriore presupposto dell'accordo bonario è la dichiarazione effettuata dal Responsabile unico del procedimento della non manifesta infondatezza delle riserve iscritte dall'impresa.

Nel caso l'importo dei lavori sia pari o superiore a dieci milioni di euro, il Responsabile promuove la costituzione di una Commissione incaricata di presentare una proposta motivata di accordo bonario, una volta acquisita la relazione riservata del Direttore dei lavori, nonché, ove costituito, dell'organo di collaudo.

Nel caso di lavori di importo inferiore ai dieci milioni di euro, la nomina della Commissione è facoltativa e, quando non sia costituita, la proposta di accordo viene formulata direttamente dal Responsabile del procedimento.

L'art. 241 del Codice disciplina il ricorso all'arbitrato tenendo conto delle nuove disposizioni introdotte nel codice di procedura civile con la novella del 2005. Il ricorso all'arbitrato è consentito solo per le controversie relative a diritti soggettivi connessi all'esecuzione dei contratti pubblici e prevede due distinte procedure, a seconda che il Presidente del Collegio sia o meno nominato dalla Camera arbitrale. Quando il Presidente del Collegio non sia stato nominato dalla Camera arbitrale si applicano le norme del codice di procedura civile (integrate dalle previsioni dello stesso art. 241).

Nel caso in cui il Presidente del Collegio sia nominato dalla Camera arbitrale (quando, cioè, non c'è accordo tra le parti sulla nomina) l'arbitrato si profila come arbitrato amministrativo in cui il collegio assume una qualificazione pubblica e agisce attraverso atti e provvedimenti amministrativi.

4. Dove si annida la corruzione

Il quadro normativo sommariamente ricostruito appare come uno scudo sufficiente rispetto alle ipotesi di corruzione o di altre infiltrazioni malavitose. In realtà, la situazione che emerge dalle indagini giudiziarie che ruotano intorno al settore dei lavori pubblici sembra essere di segno opposto. È evidente che le norme di per sé si siano evolute, soprattutto ne-

gli ultimi anni, secondo un percorso di coerenza con i principi e le norme europee, che, dando buona prova di sé nel resto d'Europa, dovrebbero consentire anche in Italia la realizzazione di opere pubbliche nel rispetto dell'interesse pubblico e di quello del mercato. Il malcostume e la corruzione si annidano, soprattutto, nelle fasi di attuazione della normativa; va ricordato, però, come molte recenti modifiche normative apparentemente secondarie e finalizzate alla maggiore efficienza del sistema (si pensi all'ampliamento del ricorso alle procedure negoziate disposto dal cosiddetto decreto sviluppo) comportano rischi di tenuta del sistema stesso. Senza la pretesa di compilare un catalogo esaustivo dei punti deboli del sistema dei lavori pubblici, segnaliamo i tre punti più critici e pericolosi, nei quali più che in altri si possono annidare il malcostume e la corruzione.

Il primo punto riguarda la scarsità di grandi opere rispetto alla grande quantità di piccoli o piccolissimi interventi. Pur essendo statisticamente meno dotati di infrastrutture rispetto agli altri paesi europei, non riusciamo a progettare, finanziare e realizzare grandi opere ma le nostre migliaia di stazioni appaltanti si limitano, quando possono, a varare piccoli progetti nei quali, più facilmente, può annidarsi il malaffare. Il mercato dei contratti pubblici in Italia soffre di una eccessiva frammentazione sia dei soggetti sia delle procedure; in questa situazione è più difficile operare controlli sulla qualità della progettazione ed esecuzione e sulla legittimità delle procedure.

Il secondo punto critico è il ricorso alle procedure d'emergenza. La storia recente ci mostra come sia emersa una vera e propria amministrazione parallela che opera sul presupposto, vero o falso, di una qualsivoglia emergenza, che giustifica il ricorso ad atti e provvedimenti derogatori della normativa ordinaria. Le ordinanze di protezione civile vengono usate in modo surrettizio per realizzare lavori pubblici che, in tal modo, sfuggono alle regole del Codice dei contratti pubblici e ai controlli ordinari. La scelta di includere i cosiddetti grandi eventi tra le competenze della Protezione civile, operata nel 2001, si è rivelata completamente sbagliata, in quanto consente, con una discrezionalità che rasenta l'arbitrio, di scegliere quali opere sottrarre alle procedure ordinarie operando in un sistema opaco che, come le recenti indagini giudiziarie hanno dimostrato, consente la corruzione e il malaffare.

Il terzo elemento di criticità si nasconde nella possibilità di attuare le procedure di realizzazione delle opere pubbliche in modo non conforme alle loro finalità: anche una buona norma può essere attuata in modo scorretto. In questo caso, la corruzione si può annidare in particolare in alcune fasi della procedura. Già le scelte localizzative possono essere il frutto di operazioni scorrette o illegali; realizzare opere pubbliche, come ad esempio le urbanizzazioni (strade, reti, edifici pubblici), può avere un enorme impatto sui valori delle aree circostanti.

La stessa elaborazione dei bandi di gara può essere il frutto di patti corruttivi: individuare alcuni requisiti al posto di altri può aprire o chiudere la partecipazione alle gare a determinate imprese. Possono verificarsi si-

tuazioni in cui nel bando emerge 'la fotografia' di una certa impresa, non certo direttamente indicata ma tratteggiata indirettamente attraverso requisiti che solo questa possiede.

Tra le fasi della scelta del contraente particolarmente critica risulta quella dell'aggiudicazione. Nella scelta dell'offerta più vantaggiosa è opportuno che le commissioni di aggiudicazione abbiano un margine di apprezzamento discrezionale delle offerte stesse; l'ampissimo contenzioso amministrativo che si concentra proprio su questa fase mostra come la discrezionalità sia eccessiva e usata in modo disinvolto. Certo, è difficile provare che un punteggio particolarmente alto sia attribuito ad una offerta a seguito di un patto corruttivo, ma più spesso la questione si risolve sul piano della legittimità amministrativa (rilevando sovente il vizio dell'eccesso di potere).

La fase dell'esecuzione contrattuale sembrerebbe immune da profili di illegalità se non fosse per le possibilità che le parti hanno, come si è visto nel paragrafo precedente, di variare i termini dell'esecuzione e i prezzi pattuiti. Le riserve a volte rappresentano un pretesto per legittimare un aumento dei corrispettivi: se la stazione appaltante (nelle vesti del direttore dei lavori e del responsabile del procedimento) asseconda tali richieste può derivare un cospicuo e indebito arricchimento.

Anche la fase finale del collaudo presta il fianco a possibili illegalità: l'evento peggiore che si può ipotizzare è il collaudo positivo di un'opera che non avrebbe dovuto superare le verifiche. In questo caso l'amministrazione prende in carico e usa, a fini pubblici, un'opera insicura e mal realizzata (con le immaginabili conseguenze come nei due casi di San Giuliano di Puglia e dell'Aquila).

Infine, nelle stesse fasi precontenziose possono annidarsi fenomeni di illegalità. Transazioni e accordi sono, in buona sostanza, rimessi alla volontà delle parti, sia pure nell'ambito di un sistema di regole generali; come escludere che tale volontà possa essere viziata da fenomeni di corruzione? Più cauto il discorso sugli arbitrati, dove la presenza di arbitri di solito professionalmente dotati dovrebbe escludere illegalità. Ma al di là dei fenomeni di rilevanza penale, che pure sono stati a volte accertati, negli arbitrati gioca spesso un pregiudizio sfavorevole alle amministrazioni appaltanti, che vengono, magari in un giudizio formato non solo in punta di diritto ma su considerazioni di equità, condannate a pagare prezzi più alti rispetto a quelli contrattualmente pattuiti.

5. Per frenare la corruzione

La corruzione nei lavori pubblici può essere frenata. Indubbiamente il modo migliore sarebbe la crescita di un maggior senso dello Stato e del bene comune; ma difficilmente ciò può essere realizzato per legge o per decreto.

Vi sono degli accorgimenti tecnici che potrebbero contribuire a migliorare il sistema; ne segnaliamo quattro:

- a. applicare correttamente le norme. L'apparato normativo è oggi completo e può risultare efficiente ed efficace; altri stati europei applicano le stesse norme con successo. In altre parole, l'aggiramento delle norme non dipende dalla farraginosità, dalla complicazione e quindi dall'inapplicabilità delle norme stesse. Se in altri momenti questa era una sorta di scusante, oggi non è più praticabile.
- b. Creare centrali di committenza. Molte stazioni appaltanti sono di piccola o piccolissima dimensione e non hanno i mezzi per progettare, affidare, collaudare i lavori; andrebbero istituite delle centrali territoriali (potrebbero essere i provveditorati regionali alle opere pubbliche) con lo scopo di affiancare queste piccole amministrazioni anche nelle delicate procedure amministrative.
- c. Aumentare i controlli. Negli anni '90 del secolo scorso, grazie ad alcune riforme amministrative sono stati sostanzialmente aboliti alcuni tipi di controllo (segnatamente quelli preventivi) per affidarsi ai controlli successivi. Forse la riforma non era sbagliata, ma certi suoi effetti rischiano di lasciare completamente scoperti importanti segmenti dell'attività amministrativa. Gli unici controlli effettivi sono quelli successivi operati dalla magistratura, ordinaria, amministrativa e contabile; forse un po' poco quando si parla di contratti pubblici attraverso i quali si spendono somme spesso rilevanti. Andrebbero ampliati i poteri di controllo ispettivo dell'Autorità di vigilanza, che potrebbe diventare il principale organo di controllo del settore con competenze estese a tutte le stazioni appaltanti.
- d. Ultimo rimedio è quello della riduzione dei casi di emergenza. Gli ultimi anni hanno mostrato una crescita abnorme del fenomeno senza, peraltro, ottenere risultati positivi. Emergenze che si trascinano per anni, o decenni, commissari che ruotano senza risolvere alcun problema e senza alcuna responsabilità. Dalle molte indagini giudiziarie avviate e concluse emerge chiaramente come dietro le emergenze fittizie e i grandi eventi si nascondano la corruzione e il malaffare. Sul punto, andrebbe modificata la norma sulla protezione civile escludendo i grandi eventi dalle sue competenze e andrebbero introdotte forme di controllo sull'uso dei poteri emergenziali.

CONCLUSIONI. PER UNA DISCIPLINA 'INTEGRATA' ED EFFICACE CONTRO LA CORRUZIONE

Francesco Palazzo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Governo e Parlamento si muovono. – 3. Le ragioni di una riforma penale. – 4. Nuove fattispecie criminose. – 5. Verso una macrofattispecie di corruzione? – 6. Inasprire le pene con *juicio* – Un auspicio finale.

1. Premessa

Quale ultimo relatore e, soprattutto, quale responsabile del progetto nazionale di ricerca in cui s'inserisce questo nostro odierno seminario, credo che mi saranno consentite alcune parole preliminari.

Prima di tutto, parole di vivo e sentito ringraziamento ai relatori, in specie a quelli che sono venuti da fuori e ai colleghi amministrativisti, che hanno accettato di buon grado un compito se non arduo certo inconsuetto: quello di parlare a un uditorio prevalentemente di penalisti, rendendo accessibile il loro discorso così approfondito e anche dettagliato a chi non è specialista della loro complessa disciplina.

In effetti, il progetto di ricerca cui alludevo si propone l'ambizioso obiettivo di scandagliare in diversi settori dell'ordinamento il rapporto tra 'strumenti' amministrativi e diritto penale nella tutela dei beni giuridici. E il rapporto amministrativo/penale si atteggia diversamente a seconda dei vari settori di materia in cui viene in considerazione, ma fondamentalmente – tanto per avvicinarsi al tema – si può dire che esso è o un rapporto 'vizioso' o un rapporto 'virtuoso'. Così, ad esempio, non è di regola commendevole il fenomeno cosiddetto della amministrativizzazione del diritto penale, tutte le volte in cui quest'ultimo, assumendo una funzione sostanzialmente sanzionatoria di norme, obblighi, ordini, procedimenti amministrativi finisce necessariamente per perdere i suoi tratti distintivi fondamentali – in punto ad esempio di legalità, offensività o colpevolezza – pur rimanendo la sanzione e il relativo processo penali a tutti gli effetti. Diversamente, di grande interesse e potenzialmente virtuose sono le relazioni tra amministrativo e penale tutte le volte in cui tra i due s'instauri una fisiologica sinergia nel senso che il primo si ponga quale strumento, più che surrogatorio, integrativo del secondo, nel senso che le disposizioni e gli istituti amministrativi fungono da fronte preliminare e preventivo per la tutela avanzata di beni giuridici che solo *in ultima ratio* riceveranno la tutela del diritto penale. Campo privilegiato di questo secondo tipo di rapporto è appunto la corruzione, cui è specificamente dedicato il nostro seminario essendo questo il tema di pertinenza del gruppo di ricerca dell'Università di Firenze nell'ambito del progetto nazionale di cui s'è detto.

Corruzione, dunque. E per la verità questa esigenza di coniugare amministrativo e penale nell'azione di contrasto alla corruzione, come si suole dire, non è affatto nuova, visto che già la nota Commissione Cassese del 1996 aveva operato in questo senso e oggi, come vedremo subito, le istanze internazionali e anche le nostre forze politiche si muovono nella stessa direzione. Così che ci è sembrato particolarmente opportuno ritagliare uno spazio nella ricerca complessiva nazionale al tema della corruzione.

In effetti, la sinergia tra amministrativo e penale si presenta qui ed ora un'esigenza a nostro giudizio ineludibile, a causa principalmente di una sorta di paradosso che caratterizza l'azione contro la corruzione. Se, infatti, da un lato gli interessi per così dire 'finali' pregiudicati dalla corruzione sono fondamentali (andando dalla stessa vita umana – il terremoto dell'Aquila insegna – all'ambiente e all'economia nazionale), così da reclamare la stigmatizzazione e l'efficacia proprie dello strumento penale, dall'altro lato non è facile procedere sulla via dell'ulteriore ed indiscriminato rafforzamento della risposta penale senza correre il rischio di qualche deriva. Il potenziamento a tutti i costi della disciplina penale della corruzione potrebbe ormai avvenire o nel senso di una sua utilizzazione in chiave meramente sanzionatoria delle violazioni amministrative, anche delle più minute o di quelle meramente procedurali, trasformando così in 'viziosa' la relazione sinergica tra penale e amministrativo; ovvero, nel senso opposto di svincolare pressoché totalmente l'illecito penale dal suo substrato amministrativo – e dal reale riferimento ai corpositi beni del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione – per concentrarlo tutto ed esclusivamente sul semplice mercimonio, sul puro contatto tra pubblico e privato, così da spingere in definitiva verso una volatilizzazione del contenuto offensivo del reato, tutto esaurito nell'offesa al prestigio o alla dignità delle funzioni pubbliche.

Il tentativo di evitare la radicalizzazione verso queste estremizzazioni dell'intervento penale si avvantaggerebbe molto di un potenziamento, sul fronte preventivo, degli 'strumenti' amministrativi. D'altra parte, un siffatto potenziamento dovrà essere, in primo luogo, reale ed effettivo, non puramente apparente, simbolico, ineffettivo; in secondo luogo, ammesso che sia funzionale al suo scopo sul versante amministrativo, non dovrà costituire una sorta di 'alibi' sul versante penale, cioè esonerare da quei rafforzamenti della disciplina penale che per un motivo o per l'altro siano da considerare opportuni o necessari. Questo è stato l'obiettivo principale che ci ha guidato nell'organizzare il seminario odierno avvantaggiandoci di questa larga e qualificata partecipazione di colleghi amministrativisti.

2. *Government and Parliament move*

Mentre scriviamo queste righe è all'esame delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei Deputati un grappolo di

progetti di legge in tema di contrasto alla corruzione⁹. E ciò è sicuramente positivo, poiché nel momento in cui si chiedono al Paese grossi sacrifici è un buon segnale la manifestazione della volontà politica di intervenire là dove alligna la malapianta di una ‘tassa’ ingiusta e insopportabile ai cittadini, che contribuisce inoltre a creare quella sfiducia internazionale verso l’Italia certamente dannosa per la nostra crescita economica e sociale.

Ruolo trainante di questa rinnovata attenzione per la corruzione è svolto dal disegno di legge governativo, già approvato dal Senato ed il cui impianto è pressoché interamente centrato sul fronte preventivo ed amministrativo¹⁰, essendo la parte penale limitata ad un innalzamento delle pene per molti dei reati contro la pubblica amministrazione. E anche questo è sicuramente positivo, poiché è ormai opinione diffusa che – date le caratteristiche criminologiche ormai assunte dal fenomeno – non si può puntare tutto sulla repressione penale senza intervenire anche sulle condizioni di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione pubblica favorevoli alla corruzione. È pacifica, infatti, la necessità di una ‘strategia integrata’ (penale/amministrativa; preventiva/repressiva), come del resto viene chiesta dalle istituzioni europee.

Cammin facendo, durante l’iter legislativo il disegno di legge governativo è stato affiancato da una serie di proposte di legge d’iniziativa parlamentare, la maggior parte provenienti dall’opposizione, tutte eccetto una¹¹ concentrate sul fronte penale e repressivo, orientate come sono a introdurre modifiche anche molto incisive nel codice penale. E anche questo è positivo, poiché sarebbe altamente auspicabile che in una materia ‘sensibile’ come questa si realizzasse finalmente una certa convergenza d’intenti delle forze politiche, per il risanamento di un costume il cui tasso di corruzione – almeno come esso viene percepito – non giova a nessuno.

3. *Le ragioni di una riforma penale*

In effetti, pur dovendo dare atto che forse l’esigenza più urgente è quella che si pone sul versante preventivo/amministrativo, non mancano ragioni

⁹ Ddl governativo C 4434, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione» (approvato dal Senato il 15 giugno 2011); pdl C 3380, d’iniziativa dei deputati Di Pietro e altri (presentata il 9 aprile 2010); pdl C 3850, d’iniziativa dei deputati Ferranti e altri (presentata il 10 novembre 2010); pdl C 4382, d’iniziativa dei deputati Giovannelli e altri (presentata il 25 maggio 2011); pdl C 4501, d’iniziativa dei deputati Torrisi e altri (presentata il 12 luglio 2011); pdl C 4516, d’iniziativa del deputato Garavini (presentata il 18 luglio 2011).

¹⁰ Su tale ddl, e più in generale sul versante preventivo-amministrativo dell’azione di contrasto anticorruzione, vedi l’editoriale di C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1045 ss.

¹¹ Pdl C 4501, d’iniziativa dei deputati Torrisi e altri, cit.

che rendono più che opportuno un intervento riformatore esteso anche al versante repressivo/penale. Rimane, semmai, aperto il problema di calibrare la portata di tale secondo intervento riformatore entro limiti che siano politicamente praticabili e giuridicamente soddisfacenti ed accettabili.

Quanto al primo punto, l'opportunità di una revisione dell'attuale assetto codicistico dei delitti di corruzione si fonda su molteplici ragioni.

In primo luogo, esistono delle vere e proprie lacune di tutela che si sono venute a formare a seguito delle trasformazioni del fenomeno corruttivo e che, puntualmente, sono state messe in evidenza dall'esperienza giurisprudenziale. Il pensiero corre immediatamente alle fattispecie di traffico di influenze e di corruzione *per la funzione*, cioè svincolato da uno o più atti d'ufficio determinati.

In secondo luogo, rimane ancora molto da fare per adeguare la nostra disciplina penale alle numerose convenzioni internazionali in materia di corruzione.

In terzo luogo, in un momento storico che alcuni hanno voluto avvicinare al periodo di 'tangentopoli' e che comunque segnala un impressionante indebolimento dell'etica pubblica, il rafforzamento della stigmatizzazione penale ha qualche ragion d'essere. Certamente, il punto è delicato poiché si potrebbe scivolare lungo il piano inclinato dell'uso simbolico del diritto penale o addirittura verso un diritto penale in funzione moralizzatrice. Ma altrettanto certamente non si può negare che, accanto ai valori del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, la Costituzione individua anche quelli della «disciplina e onore» con cui debbono esercitate le funzioni pubbliche (art. 54). Così che imprimere un'equilibrata inclinazione del sistema di tutela penale della pubblica amministrazione verso questi valori ne manterrebbe comunque l'asse entro il campo costituzionale adeguandolo peraltro ad un'esigenza storica reale e presumibilmente non contingente.

Infine, sebbene si tratti di una prospettiva questa sì da non incoraggiare più di tanto, non c'è dubbio che le note difficoltà probatorie dei fatti corruttivi potrebbero essere attenuate da una configurazione delle fattispecie o dall'introduzione di istituti sostanziali idonei ad agevolare l'accertamento processuale.

4. Nuove fattispecie criminose

Per quanto riguarda la calibratura dell'eventuale riforma della disciplina penale, tutte le proposte di legge che l'affrontano si muovono lungo quattro principali direttrici: l'introduzione di nuove fattispecie; la revisione strutturale di quelle esistenti; la revisione del sistema sanzionatorio; l'intervento su fattispecie diverse da quelle di corruzione ma ad esse per così dire contigue.

Le *nuove fattispecie* che quasi tutte le proposte di legge configurano sono il traffico d'influenze e la corruzione per la funzione. Per l'introduzione

della prima, i tempi dovrebbero ormai essere senz'altro maturi. Essa, sanzionando il fatto di chi – pubblico funzionario o privato – riceve il vantaggio (o la promessa) per influire sul comportamento di un altro pubblico agente che rimane estraneo al *pactum sceleris*, colmerebbe una reale lacuna oltre ad essere raccomandata dalla Convenzione ONU di Merida ed imposta dalla Convenzione di Strasburgo (peraltro non ratificata dall'Italia).

La seconda fattispecie è più problematica, ma è anche vero che ormai la giurisprudenza ha sottoposto ad un processo di volatilizzazione il requisito dell'atto d'ufficio determinato, così che la nuova incriminazione avrebbe il non trascurabile vantaggio quantomeno di porre fine ad una situazione ambigua. A parte ciò, è indubbio che la fattispecie, esistente in Germania e Spagna, rifletterebbe una realtà criminologica messa in luce appunto dall'esperienza giurisprudenziale. È vero che la vendita della (generica) funzione – la c.d. iscrizione al libro paga – sembrerebbe avere un contenuto offensivo evanescente, ma non paiono del tutto giustificate le preoccupazioni di qualche autorevole studioso spagnolo, che paventa di «cadere negli inferi della moralizzazione del diritto penale». In effetti, in questa fattispecie il pericolo per il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, se è indubbiamente più remoto e meno concreto, ha però una portata quantitativa indiscutibilmente più vasta proprio per l'indeterminatezza della prestazione pattuita dal pubblico ufficiale. Piuttosto, il vero *punctum dolens* della fattispecie è il trattamento sanzionatorio, che dovrebbe essere decisamente meno severo di quello della corruzione per l'atto d'ufficio. Il che raccomanderebbe – a differenza di quanto capita in alcune delle proposte – di tenere distinte le fattispecie di corruzione per la funzione e per l'atto, così come avviene appunto in Spagna e Germania.

5. Verso una macrofattispecie di corruzione?

La ristrutturazione delle fattispecie esistenti, di corruzione per l'atto, risponde ad una idea largamente presente nelle proposte presentate, e cioè di raggruppare in un'unica 'macrofattispecie' pressoché tutti i vari delitti di corruzione oggi previsti. L'idea non è di per sé affatto peregrina, essendo questa soluzione sintetico-unitaria utilizzata ad esempio in Francia. Essa sarebbe però molto lontana dalla nostra tradizione legislativa (oltre che da quella tedesca), ma soprattutto potrebbe essere imputata di privilegiare le esigenze probatorie – indubbiamente agevolate dall'indistinta previsione – rispetto alla necessità di mantenere un accettabile rapporto di proporzione tra reato e pena e, in fondo, di salvaguardare il principio cardine di tipicità del diritto penale. Comunque sia, non c'è dubbio che l'introduzione della macrofattispecie comporterebbe alla fine un incremento nient'affatto trascurabile della discrezionalità giudiziale, per l'insopprimibile necessità di prevedere una forbice edittale piuttosto divaricata in modo da permettere al giudice di recuperare la necessaria proporzione tra reato e pena in sede commisurativa.

Tuttavia, il discorso è a ben vedere più impegnativo poiché la macrofattispecie, a fronte a nostro avviso di un modesto vantaggio sul piano probatorio (per la perdurante necessità di contestare e poi provare un fatto comunque determinato), implicherebbe invece uno spostamento d'accento del contenuto di disvalore del reato. L'idea infatti di accomunare corruzione propria ed impropria, antecedente e susseguente, mette in ombra i diversi disvalori quanto a buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, concentrando invece il contenuto offensivo nel mero *pactum sceleris* con cui si realizza l'improprio contatto tra funzione pubblica e interesse privato: il che significa esaltare il disvalore consistente nella violazione di quella «disciplina e onore» della funzione, che pure ha una rilevanza costituzionale. Come tale, dunque, un bene legittimamente candidabile per la tutela penale o per il suo rafforzamento.

Alla revisione strutturale delle fattispecie esistenti nel senso della macrofattispecie, con assorbimento finanche della concussione per induzione, si accompagna nelle proposte l'introduzione di norme premiali per chi denunci il reato. Si tratta, come noto, di una vecchia proposta sui cui dettagli tecnici – pur assai rilevanti – non possiamo qui indugiare. In estrema sintesi, constatiamo innanzitutto come sia molto significativo che solo una delle proposte si spinge a prevedere addirittura una causa di non punibilità per il denunciante, mentre le altre si limitano a beneficiarlo con una pur consistente attenuante: il che sembra testimoniare che i tempi non sono maturi per formulare ipotesi così estreme come quella della impunità. Quanto alla soluzione della circostanza attenuante, i tempi potrebbero invece essere maturi per l'introduzione di una norma generale sulla collaborazione processuale quale circostanza attenuante comune: il che, mentre da un lato darebbe un significato più 'sistematico' e meno sospetto alla norma, dall'altro attenuerebbe le riserve verso questi trattamenti privilegiati differenziati. Tanto più che le riserve, che hanno notoriamente e tradizionalmente circondato la premialità, proprio in materia di corruzione si accrescono di argomenti ulteriori e specifici per nulla trascurabili.

In effetti, mentre terrorismo e mafia sono realtà criminali che si pongono fuori dello Stato e anzi contro di esso, la pubblica amministrazione in cui alligna la corruzione sta dentro lo Stato, e addirittura il fenomeno corruttivo s'insinua nei gangli più alti dell'apparato politico. E allora potrebbe essere ragionevole ritenere che l'ordinamento sia tenuto a reagire prima di tutto al suo interno, migliorando se stesso, piuttosto che offrire impunità ai suoi agenti pubblici: è il vecchio discorso della autotutela della dignità della classe politica e del ceto burocratico-amministrativo, che imporrebbe di eliminare o ridurre le 'mele marce' (o il sistema che le produce) prima di alimentare chiusure corporative o conflittualità istituzionali. In secondo luogo, posto che la corruzione si situa in un terreno di coltura alimentato da acuti, inestricabili e potenti rapporti e conflitti di interessi politici ed affaristici, la premialità potrebbe rischiare di dislocare per così dire questo poco edificante groviglio di interessi anche sul piano giurisdizionale, generando alla fine un effetto moltiplicatore di cui

soprattutto i pubblici ministeri finirebbero per essere gli strumenti più o meno consapevoli. E non sarebbe certo un bel risultato per una prospettiva riformista che si proponga di potenziare la tutela della «dignità e onore» delle funzioni.

Tutto ciò, senza implicare preconette preclusioni, raccomanda però grande cautela nell'ipotizzare oggi norme premiali per la collaborazione processuale che, al di fuori di una circostanza attenuante comune, siano configurate specificamente per i delitti di corruzione.

6. *Inasprire le pene con juicio*

Qualche cenno rapidissimo a proposito delle possibili modifiche sul piano sanzionatorio. Da condividere, innanzitutto, la tendenza per un generale inasprimento delle pene, rimane però il fatto che da noi ogni intervento sanzionatorio è inquinato da un *arrière-pensée* relativo alle conseguenze processuali e soprattutto a quelle in tema di prescrizione. E allora, posto che indubbiamente i tempi di accertamento di questi reati sono particolarmente lunghi per le note ragioni (legate al ritardo con cui può venire alla luce la *notitia criminis* e poi alle difficoltà delle indagini), per evitare di spingere le cornici edittali verso limiti distonici rispetto al sistema così da rasantare una sproporzione specialmente insopportabile se le nuove fattispecie risultassero meno consistenti quanto a disvalore, la cosa migliore sarebbe di intervenire direttamente sui tempi prescrizionali. Il 'suggerimento' viene dalla Convenzione di Merida, dalle ultime raccomandazione del GRECO, e lo stesso legislatore non ha mancato di muoversi in tal senso nella recente 'manovra' a proposito dei reati tributari.

Pure da condividere, poi, è il proposito di generalizzare la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici per tutte le forme di corruzione (compresa, forse, anche quella per la funzione). Rimane comunque aperto il problema dell'effettività esecutiva delle pene accessorie in generale e, inoltre, quello di un completo e radicale riordino della disciplina delle incandidabilità, che appare tanto urgente per la necessità di eliminare le discrasie tra le varie tipologie di elezioni, quanto complesso per la molteplicità degli aspetti da regolare. E forse lo strumento della delega legislativa potrebbe essere il più adeguato alla bisogna.

Infine, un incondizionato favore va espresso per il proposito di intervenire sulle *fattispecie contigue* rispetto a quelle di corruzione, poiché assai spesso ne sono la spia o lo strumento rimanendo invece sempre più difficile l'accertamento della corruzione.

Seppure a costo di apparire ingenui, tra le fattispecie contigue bisognose di un potenziamento repressivo metteremmo anche l'abuso d'ufficio, divenuto notoriamente difficile da perseguire a seguito delle riforme succedutesi. In verità, nel generalizzarsi di situazioni di conflitto d'interessi (peraltro rimasto in ombra anche sul versante preventivo/amministrativo della riforma), in cui il pubblico agente è anche – più o meno direttamen-

te – imprenditore o affarista, sempre più frequenti diventano strumentalizzazioni della funzione pubblica disgiunte da un vero e proprio *pactum* ‘duale’, o perché il politico-amministratore avvantaggia se stesso o il suo entourage o perché avvantaggia altri nella tacita intesa e ragionevole convinzione di usufruire poi di un ‘ritorno’ nella sua qualità di politico-affarista o affarista-politico. Così che, evaporato il patto corruttivo, non resta che l’abuso quale specie di autocorruzione però con uno spettro di utilità assai largo perché dilatato dallo sconfinato groviglio del conflitto d’interessi.

7. *Un auspicio finale*

Per chi condivide l’idea, che invero ci parrebbe più che ragionevole, di affiancare all’intervento ormai indilazionabile sul fronte preventivo/amministrativo una revisione anche della normativa penale sulla corruzione, si pone il susseguente problema di una equilibrata calibratura dell’intervento. Le varie proposte di legge in discussione alla Camera dei deputati offrono un ampio ventaglio di possibili soluzioni, che abbiamo molto sommariamente riassunto nella pagine precedenti. Nel far ciò abbiamo anche tentato di attribuire alle varie opzioni un grado di maggiore o minore ‘praticabilità’ complessiva, che tenga conto del punto di vista politico, sistematico e di principio. Vero tutto ciò, sarebbe legittimo augurarsi che il ‘legislatore’ sappia trovare un punto di equilibrio sul quale possano convergere le forze di maggioranza e larga parte di quelle di opposizione, dando così un segnale positivo al Paese.

I RELATORI

FRANCESCO CINGARI, *ricercatore confermato di Diritto penale nell'Università di Firenze*

ALESSANDRO CRINI, *sostituto procuratore generale presso la Corte d'Appello di Firenze*

ALFREDO FIORITTO, *professore associato di Diritto amministrativo nell'Università di Pisa*

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, *professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Siena*

CARLO MARZUOLI, *professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Firenze*

FRANCESCO PALAZZO, *professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Firenze*

