



Università degli Studi di Napoli Federico II

DOTTORATO DI RICERCA

DIRITTI UMANI: TEORIA, STORIA E PRASSI

XXXIII CICLO

TESI DI DOTTORATO

***“LA CORRUZIONE NEI CONTRATTI PUBBLICI TRA
TECNICHE DI TUTELA E VIOLAZIONE DEI VALORI
COSTITUZIONALI”***

TUTOR

ILL.MO PROF. CARLO LONGOBARDO

COORDINATORE DEL DOTTORATO

ILL.MO PROF. COSIMO CASCIONE

*DOTTORANDA
ROSAMARIA FRUNZI*

INDICE

LA CORRUZIONE NEI CONTRATTI PUBBLICI TRA TECNICHE DI TUTELA E VIOLAZIONE DEI VALORI COSTITUZIONALI

INTRODUZIONE..... 1

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO GENERALE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITA', BUON ANDAMENTO E TRASPARENZA DELLA P.A.

1.1 Precedenti, origine e linee evolutive.....	4
1.2. La riserva di legge.....	8
1.3. L'imparzialità e buon andamento tra dottrina tradizionale e trepida giurisprudenza costituzionale.....	10
1.4. Imparzialità e buon andamento nell'" <i>età delle riforme</i> "	15
1.5. Imparzialità, buon andamento e giurisprudenza amministrativa.....	17
1.6. Riferimenti internazionali, sovranazionali e comparati	19
1.7 Il divieto di discriminazioni e il principio di buona amministrazione nel diritto comunitario.....	23
1.8. Disposizioni analoghe all'art. 97 in altre Costituzioni.....	25
1.9. I riferimenti penalistici.....	28
1.10. La disposizione tra crisi e riforma.....	31
1.11. Considerazioni giurisprudenziali.....	38

CAPITOLO II

LA NATURA GIURIDICA DEL REATO DI CORRUZIONE

2.1. Le modifiche introdotte con la l. 6.11.2012, n. 190 e con la l. 27.05.2015, n. 69.....	40
2.2. La corruzione propria dopo la riforma del 1990: struttura della fattispecie.....	42
2.3. Ragioni dell'incriminazione e interessi tutelati.....	45
2.4. Condotta illecita, oggetto della condotta, oggetto della corruzione, problema dell'atto discrezionale.....	47
2.5. La contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio.....	51
2.6 Il dolo.....	58
2.7 Forme di manifestazione.....	59
2.8 La continuità normativa tra le fattispecie di concussione e indebita induzione: considerazioni giurisprudenziali e differenze normative.....	64

CAPITOLO III

I CONTRATTI PUBBLICI NELLA NORMATIVA ANTICORRUZIONE

3.1. La legge anticorruzione.....	70
3.2. I fenomeni di corruzione.....	72
3.3 la repressione della corruzione nella normativa anticorruzione.....	79
3.4 Gli obblighi di pubblicità e trasparenza.....	86
3.5 Il nuovo codice dei contratti pubblici: gli obiettivi e l'impianto normativo attuale.....	96
3.6 La riforma del decreto "Sblocca Cantieri".....	106

CONCLUSIONI.....	114
-------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	116
--------------------------	------------

INTRODUZIONE

Esistono almeno tre strategie “normative” per prevenire la corruzione negli appalti pubblici.

In primo luogo, l'utilizzo di norme generali che impongono obblighi ai soggetti pubblici e privati che negoziano e concludono contratti. Tra questi, gli obblighi di astensione per i funzionari pubblici in caso di conflitto di interessi, gli obblighi di disclosure, di trasparenza, i modelli organizzativi degli enti di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, i codici di condotta.

In secondo luogo, l'utilizzo di norme settoriali per innalzare il “costo” della corruzione: ad esempio, la compressione della discrezionalità della stazione appaltante in relazione ai criteri di scelta del contraente, i limiti imposti all'utilizzo del subappalto e la regolazione del mercato dei subaffidamenti, l'apertura (eventuale) a più concorrenti degli appalti segreti, il ricorso contingentato alle varianti in corso d'opera, la predisposizione di “liste bianche” di fornitori presso gli uffici territoriali del governo e così via.

Infine, annoverabili tra quelle a contenuto e ambito di applicazione generale, le norme sulla formazione etica dei dirigenti pubblici oppure, a carattere settoriale, le norme, recentemente introdotte, sulla formazione specifica dei funzionari appartenenti ad uffici ad alto rischio di corruzione.

Le tre strategie trovano posto in corpi normativi differenti: salvo eccezioni, gli obblighi di portata generale sono disseminati in tutto

l'ordinamento mentre gli obblighi più minuti trovano spazio all'interno delle singole discipline di settore.

Da tali circostanze derivano almeno due conseguenze fondamentali. In primo luogo, la portata della prevenzione di corruzione e illegalità è funzione della strategia prescelta. Le norme generali hanno effetti diffusivi e "di sistema": si pensi alla recente disciplina della trasparenza amministrativa che non ha, quale unico obiettivo, il contrasto dei fenomeni corruttivi. In secondo luogo, le norme settoriali (si pensi alle limitazioni di discrezionalità dell'amministrazione appaltante o al ricorso a varianti) vivono costantemente il compromesso tra irrigidimento procedimentale ed eccessiva libertà contrattuale pubblica.

Le direttive europee sugli appalti pubblici del 2004 hanno sposato la seconda strategia. Esse non contengono, ad esempio, alcun richiamo al conflitto di interessi. Il legislatore europeo si era forse illuso che avrebbero provveduto, nel frattempo, i legislatori nazionali. Contengono diversi richiami, invece, in tema di esclusione dalle gare di operatori economici oggetto di infiltrazione criminale o di concorrenti colpevoli di corruzione o frode (più in generale, di reati che abbiano inciso in maniera rilevante sulla moralità professionale e che abbiano determinato uno status di indegnità a contrattare o concludere contratti con la parte pubblica).

Si tratta certamente di una novità rispetto alla legislazione nazionale vigente sino a quel momento nel nostro Paese: la legge Merloni, ad esempio, aveva ricondotto la prevenzione della corruzione e dell'illegalità ad una peculiare caratterizzazione del procedimento, ossia allo svilimento del

momento discrezionale nell'aggiudicazione, in maniera molto più marcata rispetto alla legge di contabilità di Stato del 1923, che da questo punto di vista poteva considerarsi compiutamente "liberale", lasciando all'amministrazione un grado sufficientemente ampio di autonomia negoziale.

Anche la legge anticorruzione contiene disposizioni specifiche in tema di appalti pubblici. Essa appare più conforme alla seconda strategia cui si faceva riferimento: si preoccupa di dettare norme di manutenzione di singoli istituti, tutti ricompresi nella disciplina speciale dei contratti pubblici. Tra queste, ne spiccano tre, probabilmente quelle più rilevanti: gli obblighi di trasparenza e di comunicazione da parte delle stazioni appaltanti, la predisposizione delle c.d. "white list" di fornitori non soggetti ad infiltrazione criminale, i limiti al ricorso all'arbitrato.

La logica che ha ispirato le direttive del 2004 e le nuove proposte non è dissimile. Tuttavia, le disposizioni previste da queste ultime sono più specifiche e mischiano la prima e la seconda strategia: prevedono norme a portata generale (ad esempio, quelle sul conflitto di interessi) ed altre legate a singoli istituti (ad esempio, quelle sulle certificazioni di moralità).

I cardini della prevenzione di "nuova generazione" sono, come detto, tre: le norme sul conflitto di interessi, le certificazioni (o, meglio, autocertificazioni) di moralità (simili, per certi versi, alle "liste bianche"), i nuovi poteri attribuiti all'autorità pubblica di vigilanza. Di queste si offrirà una breve panoramica nel prosieguo della trattazione.

CAPITOLO PRIMO

INQUADRAMENTO GENERALE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO E TRASPARENZA DELLA P.A.

Sommario: 1.1. Precedenti, origine e linee evolutive. – 1.2. La riserva di legge. – 1.3. L'imparzialità e buon andamento tra dottrina tradizionale e trepida giurisprudenza costituzionale. – 1.4. Imparzialità e buon andamento nell'«età delle riforme». – 1.5. Imparzialità, buon andamento e giurisprudenza amministrativa. – 1.6. Riferimenti internazionali, sovranazionali e comparati. – 1.7. Il divieto di discriminazioni e il principio di buona amministrazione nel diritto comunitario. – 1.8. Disposizioni analoghe all'art. 97 in altre Costituzioni. – 1.9. I riferimenti penalistici. – 1.10. La disposizione tra crisi e riforma. – 1.11. Considerazioni giurisprudenziali.

1.1. Precedenti, origine e linee evolutive.

I principi scolpiti negli artt. 97 e 98 della Costituzione, come è noto, in passato non hanno rinvenuto collocazione alcuna nello Statuto Albertino.

In linea con la propria natura di documento costituzionale finalizzato, in primis, a garantire la «*prerogativa regia*», l'art. 5 dello Statuto attribuiva unicamente al Re l'esercizio del potere esecutivo e, a latere, l'art. 6 gli conferiva il potere di nominare «*le cariche dello Stato*» evidenziando che, invece, era da ritenersi decisamente scarna la disciplina inerente la figura dei Ministri, senza, peraltro, menzione alcuna della Pubblica Amministrazione (di seguito P.A.).

Ciò posto, non è da escludersi che il *punctum dolens* della parzialità della P.A. sia emerso a partire, almeno, dalla seconda metà del secolo XIX¹, probabilmente in non casuale coincidenza con quella che potremmo definire la «*rivoluzione*» del governo parlamentare.

Giova precisare che l'Assemblea Costituente, *illo tempore*, ha considerato priva di pregio la materia successivamente confluita negli artt. 97 e 98 della Costituzione.

In effetti, *ab origine*, la P.A. non ha mai avuto un'autonoma evidenziazione, qualificandosi meramente come parte del potere esecutivo.

L'attenzione dell'Assemblea Costituente si era, piuttosto, soffermata sulle funzioni del Governo.

Si è trattato, in sostanza, della manifestazione di una *forma mentis* che ha posto una netta linea di demarcazione tra rami alti e rami bassi, relegando il diritto amministrativo nell'ambito di una sorta di “*metafora arboricola*” del diritto pubblico, non ritenendolo degno di attingere ai rami alti, l'empireo del diritto costituzionale.

Gli attuali artt. 97 e 98 della Costituzione devono la loro origine a una proposta dell'onorevole Aldo Bozzi riguardante, esclusivamente, il regime giuridico dei dipendenti pubblici, con conseguente discussione opera della I sezione della II Sottocommissione nella seduta del 14 gennaio 1947.

La medesima rilevanza costituzionale della materia oggetto della proposta, con riferimento all'accesso ai pubblici impieghi, fu negata dall'allora relatore Costantino Mortati. A parere di quest'ultimo, infatti, «*la*

¹ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1968, 63

necessità di includere nella Costituzione alcune norme riguardanti la Pubblica Amministrazione», sorgerebbe esclusivamente per due esigenze: in primis quella di «assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici»; secondariamente, in un contesto finalizzato all'introduzione di forme di responsabilità dei pubblici dipendenti, quella di «creare un'organizzazione che giovi a precisare la responsabilità dei pubblici impiegati», o meglio ancora a individuare il soggetto cui accollare la responsabilità.

In ordine alla prima necessità suindicata, il relatore riteneva sufficiente riprendere una disposizione simile a quella, a suo tempo, contenuta nella *Costituzione di Weimar*, in virtù della quale i pubblici dipendenti erano posti a servizio della collettività e non già dei singoli partiti. Al Mortati sfuggiva, pertanto, il nesso tra professionalità della burocrazia e reclutamento per merito, già precedentemente messo in chiara luce da Max Weber².

A valle di alcune discussioni riguardanti la possibilità o meno di escludere ovvero limitare il diritto di sciopero dei pubblici funzionari, fu il Tosato a richiamare l'attenzione della Sottocommissione sulla rilevanza della *quaestio*, individuando la seguente formula di compromesso: «*affinché potesse essere garantito il rispetto del principio dell'eguaglianza di tutti i cittadini, per la parte della Costituzione relativa ai rapporti di pubblico impiego, sarebbe necessario adottare una norma costituzionale, in cui fosse affermato che ai pubblici uffici non si può accedere che per concorso, salvo i casi in cui la legge non disponga altrimenti*»³.

² M. WEBER, *La politica come professione*, in ID., *Il lavoro intellettuale come professione* [1919], tr. it., Torino, 1980.

³ Seduta del 14 gennaio 1947, in A.C., VIII, 1866.

Sulla stessa linea si espresse quindi il Terracini, presidente della Sottocommissione, osservando che una simile previsione avrebbe precisato «in forma solenne che non si può entrare a far parte di una pubblica Amministrazione per tramite di favoritismi».

La proposta Tosato è stata approvata nella forma che, attualmente, è oggetto di lettura del 3° co. dell'art. 97⁴ Cost., così come sono state approvate alcune disposizioni, *inter alia* quella rievocante la formula in virtù della quale i pubblici impiegati sono posti al servizio della Nazione confluenti, poi, nell'art. 98 di cui si tratterà in apposito e separato commento.

Come è stato osservato, *«poiché il testo dell'art. 91 del Progetto riuniva i futuri art. 97, con l'estensione agli "enti di diritto pubblico" della regola del concorso, e 98, 1° e 2° co., se ne deve inferire che il Comitato di redazione del Progetto fornì un contributo determinante alla sua stesura: per la riduzione delle norme sui pubblici impiegati a quella che compare nel testo vigente dell'art. 98, 1° co., per la formulazione di quelle dell'art. 97, 2° co., in cui era in parte confluito il principio caldeggiato da Mortati sulla responsabilità dei funzionari, e soprattutto dell'intero primo comma, di cui nessuno aveva parlato in sede di Sottocommissione»*⁵.

L'art. 97 Cost. non nasce, quindi, dai grandi dibattiti intercorsi tra i padri costituenti, ma è da reputarsi figlio di un lavoro oscuro, lontano dai riflettori.

Come autorevolmente osservato a pochi anni dall'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana, *«sebbene la riforma dell'amministrazione occupi, tra*

⁴ Seduta del 14 gennaio 1947, in A.C., VIII, 1867 ss.

⁵ Merita di essere ricordata la proposta di La Rocca e Togliatti tesa a conferire al legislatore il potere di determinare «i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni»: seduta del 24 ottobre 1947, in A.C., IV, 3563; dal 2° co. viene espunta l'espressione «e negli enti di diritto pubblico», peraltro sostanzialmente pleonastico.

le esigenze politiche dei tempi nostri e del nostro paese, un posto preminente e sotto molti punti di vista anzi vada considerata urgente, anzi addirittura indilazionabile, tale riforma non è stata realizzata dalla nuova Costituzione, che si è limitata a porre qualche principio, che dovrà guidare e potrà agevolare l'opera del futuro legislatore, cui è lasciato l'onere di procedere alla riforma medesima [...]. Dell'attività amministrativa, peraltro, la nuova Costituzione si occupa, assai più di quanto non facesse lo Statuto albertino, sia per dare sistemazione costituzionale ad alcuni principii, che si erano venuti enucleando attraverso l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della materia, sia per segnare qualche indirizzo alla futura opera di riforma».

Concludendo, si può ancora una volta ribadire che uno dei limiti maggiori della Costituzione repubblicana è rappresentato dalla scarsa attenzione attribuita ai problemi della P.A..

1.2. La riserva di legge.

Il 1° co. dell'articolo 97 Cost., come è noto, riserva alla legge l'organizzazione dei pubblici uffici. La disposizione si ricollega all'analogia riserva contenuta nell'art. 95, 3° co. Cost., in materia di numero e attribuzioni dei Ministeri.

La dottrina ha, puntualmente, sottolineato come la scelta della riserva di legge si muovesse sul piano della rottura rispetto all'ordinamento preesistente.

L'art. 1, co. n. 3, della l. n. 100/1926 infatti, non solo affidava al potere regolamentare del Governo l'organizzazione dei pubblici uffici ma provvedeva, altresì, a delegificare la materia.

L'interpretazione presto prevalsa dell'art. 97, 1° co. Cost. è nel senso che si tratti di riserva di legge relativa. Tale conclusione, di per sé, non risolve ogni *quaestio* inerente la definizione dell'ambito rispettivo di intervento del Legislatore e del potere regolamentare.

In proposito, si è osservato che *«esistono degli obblighi in materia di esercizio del potere di organizzazione a carico del legislatore: esso deve comunque intervenire in questa materia dosando il suo intervento in modo diverso a seconda che si tratti di disciplinare le strutture organizzative, di primo livello, destinate a garantire l'attuazione di fini che all'azione dei pubblici poteri impone la cura degli interessi generali della collettività, così come risultanti dal circuito di mediazione politica che fa capo al Parlamento, ovvero le strutture organizzative di secondo livello, destinate ad operare in sintonia con la ulteriore specificazione che di quei fini viene operata dal diverso circuito di mediazione, anch'essa politica, che fa capo all'Esecutivo. Nel primo caso, l'intervento sarà tendenzialmente più incisivo, per certi aspetti anche esaustivo, nel secondo caso, prevalentemente orientato alla sola predeterminazione di principi e criteri direttivi»*.

Si tratta, evidentemente, di una distinzione puramente quantitativa e come tale, a differenza di quella tra riserva assoluta e relativa, non di oggettiva applicazione.

Non è mancato, al proposito, chi ha ritenuto che, chiarita la rilevanza della materia trattata, la disposizione di cui al 1° comma dell'art. 97 Cost. sia naturalmente dotata di margini di elasticità⁶.

Ad ogni buon conto, non è da ritenersi vigente nella Costituzione repubblicana la legittimità *in subiecta materia* di regolamenti liberi ovvero indipendenti.

Il problema, peraltro, si è acuito nell'ultimo ventennio in relazione alla più generale problematica, accennata in tal sede, della delegificazione quale linea portante delle riforme amministrative⁷.

1.3. L' imparzialità e buon andamento tra dottrina tradizionale e trepida giurisprudenza costituzionale.

Unito al principio cardine di legalità, i principi di imparzialità e buon andamento costituiscono, *sine dubio*, i canoni fondamentali dell'attività amministrativa, quale sia la forma giuridica da questa assunta.

«La presenza di questi principi, rapportabili all'art. 97 della Costituzione [...], tende a configurare l'attività delle Pubbliche Amministrazioni come sempre finalizzata alla cura di interessi della collettività; sia che si svolga secondo moduli propriamente procedimentali, che secondo moduli negoziali; pur con accentuazioni diverse»⁸.

⁶ E. NICOLAI, *Riserva di legge e organizzazione della Pubblica Amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1988, 3313.

⁷ G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Torino, 1996, 130

⁸ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, pag. 244.

La precisazione assume notevole importanza nella misura in cui le recenti riforme amministrative, con particolare focus sulle modifiche introdotte nell'art. 1, l. 241/1990 dalla l. 15/2005, capovolgono l'impostazione tradizionale del nostro diritto amministrativo, individuando nel diritto privato lo strumento operativo *par excellence* delle PP.AA.⁹.

L'imparzialità è principio che esclude le determinanti politiche nell'uso del potere amministrativo¹⁰; «*parzialità dell'amministrazione vuol dire preferenza fatta dall'amministrazione*».

Il principio di imparzialità della P.A. esplicita, con particolare riferimento all'attività di esecuzione del comando legislativo da parte di apparati pubblici, il principio di eguaglianza e, quindi, di eguaglianza dinanzi alla legge secondo quanto disposto dall'art. 3 Cost.; tale principio cardine è da considerarsi, inoltre, strumento del buon andamento, in quanto garanzia che siano adottate scelte ottimali sulla base di criteri oggettivi.

Come è stato autorevolmente osservato, tale principio «*si pone come un autentico vincolo o limite generale (o, come forse è preferibile, come modo di essere generale) del potere discrezionale in tutti i campi in cui tale potere è demandato alla Pubblica Amministrazione*».

Il principio di imparzialità apparteneva alla tradizione del diritto amministrativo già prima dell'entrata in vigore della Costituzione, essendo la disparità di trattamento una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

⁹ F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1960, 53 s.

La costituzionalizzazione del principio *de quo* ha indotto taluno a ritenere che la disparità di trattamento e la palese ingiustizia viziassero, ormai, il provvedimento a titolo di violazione di legge¹¹, ma l'opinione non ha trovato seguito in giurisprudenza.

Autorevole dottrina volle, poi, dedurre dall'art. 97 la creazione *ex novo* di un vero e proprio diritto soggettivo all'imparzialità e al buon andamento.

L'ossessione del riparto delle giurisdizioni, chiaramente condizionante l'assetto e l'evoluzione del diritto amministrativo, impedì l'accoglimento di una simile, garantistica posizione, che avrebbe portato con sé l'attrazione alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie relative all'esercizio di poteri discrezionali della P.A.¹².

Non ha trovato il meritato seguito in dottrina nemmeno la suggestione che radicava (anche) nei principi di imparzialità e buon andamento un nuovo modo di leggere i rapporti tra cittadini - e non più sudditi - e P.A.

Al proposito, si è riconosciuto che un «*campo in cui la paritarietà tenta ancora di trovare una sua affermazione ed è un campo che si radica, questa volta, nella nuova concezione costituzionale quale emerge sia dall'art. 2 che dall'art. 97 Costituzione. L'art. 2 che [...] garantisce al cittadino la sua posizione di persona anche nell'ambito delle formazioni sociali ove volge la propria attività; l'art. 97 che, mi sia consentito di dire correlativamente impone la imparzialità*

¹¹ E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 315; BARILE, 1958, 38.

¹² A. ANGELETTI, *Aspetti problematici del riparto delle giurisdizioni e Stato amministrativo*, Milano, 1980.

dell'amministrazione»¹³. Infatti, «se è vero che la imparzialità può essere vista sotto un profilo oggettivo come norma di comportamento dell'amministrazione e come tutela della stessa amministrazione, collegandosi così al principio di legalità ed a quello di eguaglianza, non può nemmeno escludersi che essa debba essere vista sotto il profilo soggettivo che, in definitiva, significa non tanto che l'amministrazione debba proporsi il perseguimento di interessi obiettivi quanto il dovere della adozione di criteri di equità, di buona fede, di parità di trattamento, ciò che qualifica la sua azione come quella di un soggetto teso alla soddisfazione di fini pubblici».

La tepidità del Costituente ha, probabilmente, influito su parte della dottrina più antica, nella quale si riscontrano talune letture tese a svalutare pesantemente la portata sostanziale del 1° co., art. 97 Cost., in particolare per quanto concerne il principio del buon andamento.

Al riguardo, si è sostenuto che «l'esistenza di uno specifico dovere di amministrare bene di cui sarebbe titolare l'ente pubblico va anch'essa negata per i medesimi motivi per cui va negato un dovere dello Stato di fare buone leggi o di rendere giustizia in maniera soddisfacente. Né in contrario varrebbe invocare [...] l'art. 97 della Costituzione [...]. Premesso che scarsi lumi forniscono all'interprete i lavori preparatori, nessun appoggio sembra consentito trarre da tale norma [...]. Essa mira soprattutto a porre una riserva di legge in materia di organizzazione di pubblici uffici e per di più non detta al legislatore alcuna direttiva in ordine al fine da raggiungere, mentre soltanto dalla legge viene fatto dipendere l'instaurarsi o, in ipotesi, il permanere di un buon andamento della pubblica amministrazione. Segue che, o la legge è quella già esistente, ed allora l'art. 97 non possiede alcuna forza

¹³ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 816.

innovativa rispetto ad un principio tanto ovvio, quanto, s'è visto, inconsistente per il diritto; o la legge era, rispetto all'entrata in vigore della Costituzione, la legge futura, ed allora il c.d. dovere discenderebbe, se mai, dalla legge e non dalla Costituzione»¹⁴. Naturalmente, si potrebbe dubitare, dal punto di vista di un sistema improntato alla gerarchia delle fonti, in ordine all'esattezza della proposizione richiamata per ultima. L'opinione in discorso non manca, peraltro, di calcare la mano, affermando ulteriormente che: «Comunque, a parte il concreto e piuttosto dubbio valore giuridico dell'enunciato costituzionale, il buon andamento attiene alla tecnica della organizzazione degli uffici, di cui la legge dovrà tenere conto, mentre assurdo sarebbe il far dipendere da questa il venire ad esistenza di un dovere, come quello di cui si tratta, che poi tra l'altro riposerebbe, ove dovesse essere adempiuto, non già su di una certa organizzazione degli uffici, bensì sulle capacità intellettuali dei funzionari. La legge, in altre parole, non è per definizione in grado di "assicurare" una buona amministrazione [...]».

La potenziale carica innovativa insita nella Costituzione è stata, altresì, smorzata da letture giurisprudenziali spesso conservatrici, ad esempio per quanto riguarda la questione se il principio del *due process of law* sia o meno desumibile dalla Carta Fondamentale. Nonostante la migliore dottrina rilevasse la presenza del principio del giusto procedimento nella filigrana dei principi di imparzialità e buon andamento iscritti nell'art. 97 Cost., e, più in generale, nella trama complessiva della Costituzione¹⁵, la Corte Costituzionale è rimasta ferma nel ritenere, invece, che il principio del giusto

¹⁴ E. CASSETTA, *cit.*, 304 ss.

¹⁵ PALICI DI SUNI, *Inerzia della p.a. e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 13

procedimento non sia recepito a livello costituzionale e, di conseguenza, non sia vincolante per il Legislatore, discendendone la piena libertà di quest'ultimo in ordine alla disciplina del procedimento amministrativo, senza prevedere forme di partecipazione dei privati coinvolti dalla decisione finale¹⁶.

1.4. Imparzialità e buon andamento nell'«età delle riforme».

Lecture tese a svalutare la portata innovativa dei principi di cui all'art. 97, 1° co. Cost. hanno, probabilmente, contribuito a giustificare una sostanziale inerzia del Legislatore, pur chiamato in causa dalla disposizione citata, sul piano delle riforme amministrative, nonostante importanti documenti istituzionali di denuncia dell'inefficienza della P.A., quali il "*Rapporto sui problemi dell'amministrazione dello Stato*", elaborato da Massimo Severo Giannini, allora Ministro della funzione pubblica¹⁷, poi dimissionario a seguito della mancanza di iniziative del Governo.

A catalizzare il movimento riformatore non è stata la Costituzione, ma il procedere dell'integrazione economico - giuridica a livello europeo.

La caduta delle barriere doganali e, in evidenza, la libera circolazione dei capitali hanno messo in luce i costi economici dell'inefficienza e della parzialità delle PP.AA..

¹⁶ C. Cost. 210/1995, 103/1993, in *Regioni*, 1993, 1671, con nota di S. STAIANO, *Lo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali nella lotta alla criminalità organizzata tra Corte costituzionale e giudice amministrativo*, 344/1990, 978/1988.

¹⁷ D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1209 ss.

A partire dal 1990, pertanto tardivamente, ha preso corpo una serie di interventi normativi, da ricollegarsi ai fondamentali principi di azione dettati dal 1° co., dell'art. 97 Cost..

Considerato che sono i fattori economici quelli ad aver reso non più deferibile l'esigenza della riforma, per primi meritano di essere ricordati i numerosi testi normativi che hanno condotto numerose imprese, già in mano pubblica, alla privatizzazione.

Tale processo non solo ha ridotto gli spazi di intervento diretto a favore di imprese e categorie di imprese, ma ha altresì accentuato il ruolo dei pubblici poteri quali regolatori.

In questo quadro ha avuto modo di esplicitarsi il ruolo di spicco esercitato dalle Autorità Amministrative Indipendenti, prima fra tutte l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, istituita con la l. 287/1990.

Le Authorities rappresentano, infatti, lo strumento mediante il quale il Legislatore tenta di assicurare, in massimo grado, l'imparzialità dell'azione amministrativa in settori ove particolarmente pregiudizievole potrebbe risultare l'influenza dell'indirizzo politico.

Nel senso di depoliticizzare in termini generali la gestione dell'attività amministrativa si sono, poi, mossi alcuni interventi riformatori a partire dalla l. 142/1990 e dal d.lgs. n. 29/1993, i quali hanno distinto tra attività di indirizzo e successivo controllo, di competenza degli organi politicamente

legittimati e attività di gestione vera e propria, riservata alla burocrazia professionale¹⁸.

Come è stato autorevolmente osservato, «nelle formule riportate non solo campeggia l'affermazione dell'autonomia degli apparati tecnico-professionali, ma viene altresì scolpita la distinzione fra momento politico di indirizzo e controllo, e momento amministrativo-gestionale nella maniera più incisiva e forse tra le più nette e difficilmente eludibili, che sia dato riscontrare nel nostro ordinamento»¹⁹.

1.5. Imparzialità, buon andamento e giurisprudenza amministrativa.

La giurisprudenza amministrativa si è prontamente allineata agli insegnamenti della Corte Costituzionale e ha più volte affermato, in virtù dei principi d'imparzialità e buon andamento, che le commissioni giudicatrici delle gare nei pubblici appalti debbano essere prevalentemente composte da soggetti muniti di qualificazione professionale idonea in relazione alle esigenze della valutazione concorsuale²⁰; analogamente, si è giudicato che dai principi di imparzialità e buon andamento della P.A., sanciti nell'art. 97 Cost., discenda la regola per cui, nelle gare finalizzate alla scelta degli imprenditori ai quali commettere gli appalti pubblici, gli organi preposti al giudizio delle offerte debbano possedere la relativa idoneità e che, pertanto, le commissioni giudicatrici debbano essere composte prevalentemente di persone fornite di

¹⁸ PASTORI, *Governo e amministrazione negli enti locali fra la l. n. 142/90 e la l. n. 81/93*, in *Dir. amm.*, 1995, 57 ss.

¹⁹ PASTORI, *La dirigenza regionale e locale nella legislazione vigente*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Modena, 1992, 966.

²⁰ Cons. Stato, sez. V, 61/1996

specifica competenza tecnica alla valutazione dei progetti o munite di qualificazioni professionali che tale competenza facciano presumere.

Tuttavia, tra i meriti dell'«età delle riforme» pare debba in questa sede essere segnalato quello di aver indotto, o, quantomeno, agevolato il giudice amministrativo nel far ricorso sempre più frequente ai principi di imparzialità e buon andamento, al fine non solo di interpretare il diritto vigente ma di completare, altresì, vere e proprie lacune del sistema giuridico.

Dal primo punto di vista vengono, *inter alia*, in rilievo numerose decisioni relative all'applicazione degli istituti relativi alla partecipazione al procedimento amministrativo e al diritto d'accesso ai documenti²¹.

A tal proposito, con specifico focus sulla l. n. 241/1990, una sentenza della sezione di Catania del T.A.R. Sicilia ha osservato che: «*non c'è dubbio che [...] il legislatore ha voluto spostare il fulcro dell'attività amministrativa autoritativa dall'atto conclusivo alla precedente fase della formazione della decisione, ossia all'istruttoria, ed in conseguenza di ciò ha voluto che l'atto finale assumesse sempre di più il carattere di un riepilogo di quanto è avvenuto nell'istruttoria. E proprio nell'istruttoria la partecipazione del destinatario dell'atto è, come si è visto, diventata indispensabile. Tale partecipazione denominata "funzionale" costituisce, infatti, uno dei momenti chiave della trasparenza dell'azione amministrativa in quanto grazie a essa il privato prende parte attivamente (con i diritti e le facoltà di cui agli artt. 10 e 11 della legge) alla definizione degli interessi che il provvedimento realizza, prima dell'emanazione del provvedimento stesso. Con la nuova legge avviene in sostanza una "giurisdizionalizzazione" del procedimento amministrativo in quanto*

²¹ Cons. St., sez. IV, 1245/1999.

si introduce l'obbligatorietà del contraddittorio e si realizza quel principio del «giusto procedimento» desumibile dall'art. 97 Cost. Il principio dell'intervento dei privati, quindi, viene a collegarsi a quello dell'imparzialità e della buona amministrazione previsti espressamente dal citato art. 97. In definitiva, il procedimento è pur sempre rivolto a soddisfare interessi pubblici, ma nella nuova ottica legislativa l'intervento del privato e l'emersione del suo interesse nel procedimento serve proprio a consentire alla pubblica amministrazione una migliore soddisfazione dell'interesse pubblico attraverso una gestione più razionale e più democratica del potere, così da passare da una amministrazione di tipo monologico ad una di tipo dialogico»²².

1.6. Riferimenti internazionali, sovranazionali e comparati.

Mentre l'indirizzo politico può essere, ed è per definizione, parziale e partigiano, l'attuazione dell'indirizzo politico - l'amministrazione - deve, invece, connotarsi per imparzialità.

La professionalità della burocrazia è modalità organizzativa tesa a garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa.

Considerato che i vertici politici «*tendono di regola a gestire il potere nella prospettiva di consolidare e accrescere il proprio consenso elettorale e dunque a curare soprattutto gli interessi di una parte ben precisa dell'elettorato*»²³, il problema è

²² T.A.R. Catania, 31.1.1994, n. 67, in *Foro it.* 1994, III, 448, in motivazione. Insiste sul mutato rapporto tra cittadino e amministrazione, la quale è chiamata a perseguire gli interessi pubblici ad essa normativamente affidati, nel *confronto-scontro* con il cittadino, anche Cons. Stato, sez. VI, 515/1998, annotata da RIZZO, *Ancora sulla partecipazione del privato al procedimento di imposizione del vincolo*, in *Urbanistica e app.*, 1999, 415.

²³ M. CLARICH, *Politica e amministrazione negli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 782

quello di individuare sfere di competenza precluse all'azione dei soggetti legittimati politicamente e affidate, invece, alla burocrazia professionale, legittimata dal punto vista tecnico-scientifico.

Nell'alternativa se «*l'amministrazione debba essere organizzata come siamo abituati tradizionalmente a vedere, attraverso apparati serventi ed ausiliari degli organi politico-elettivi, che sono portatori dell'indirizzo politico-partitico di maggioranza, o se invece debba essere organizzata attraverso apparati autonomi, tecnico-professionali e funzionalmente subordinati ai poteri di indirizzo e controllo degli organi politico-elettivi*», il rispetto del principio di imparzialità di cui all'art. 97, 1° co., Cost., impone di preferire la seconda opzione²⁴.

La disposizione pare trovare il suo primo precedente costituzionale nell'art. 6 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il quale prevede l'accesso dei cittadini ai pubblici impieghi «secondo la loro capacità».

La professionalità della burocrazia è assicurata dalla regola del concorso per l'accesso agli impieghi nella P.A. di cui all'art. 97 3° co. Cost., principio chiaramente escludente la nomina politica, tipica dello *spoil system*, a favore di un sistema selettivo che assicuri (almeno in linea teorica), una legittimazione tecnica dei pubblici dipendenti.

In altri termini, il concorso pubblico rappresenta la forma generale e ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, trattandosi di meccanismo strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione²⁵.

²⁴ PASTORI, *La dirigenza*, cit.

²⁵ C. Cost. 34/2004; si veda BATTINI, *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione degli istituti di reclutamento e carriera*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, VI, 611.

Il pubblico concorso è, dunque, il metodo che offre le migliori garanzie di selezione dei soggetti più capaci, palese strumento di efficienza dell'azione amministrativa.

Come è stato più volte rimarcato dalle giurisdizioni amministrative, le operazioni di concorso per il reclutamento di personale costituiscono un procedimento amministrativo i cui singoli atti incidono sulla scelta dei candidati più capaci (in funzione del perseguimento del buon andamento dell'amministrazione, al quale è sistematicamente preordinata la disposizione di cui all'art. 97 Cost.) ovvero sul rispetto dell'imparzialità (in relazione all'attuazione del principio di eguaglianza specificamente al riguardo ribadito dall'art. 51 Cost.)²⁶.

La Corte costituzionale è stata, spesso, chiamata a intervenire in ordine alla valutazione di legittimità di disposizioni statali e regionali escludenti la regola del concorso per l'assunzione agli impieghi con le P.A. ovvero riservavano a personale già dipendente, spesso precario, la partecipazione ai concorsi per l'assunzione, anche a cariche dirigenziali, o per l'avanzamento in carriera.

A tal proposito è bene ricordare innanzitutto che, anche successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione, la regola del concorso continua a imporsi altresì ai legislatori regionali, come d'altra parte è fatto palese dal richiamo al rispetto della Costituzione che si impone, giusta l'art. 117, 1° co. Cost., a ogni istanza produttiva di norme.

²⁶ Corte dei conti, sez. contr., 1844/1985, in *Cons. Stato*, 1986, II, 569.

In particolare, il giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 97, 3° co., Cost., disposizioni legislative riservanti al personale già dipendente, anche sprovvisto di titolo di studio universitario, l'accesso alla dirigenza²⁷.

La Consulta ha osservato che il pubblico concorso è *«meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme che possono considerarsi non irragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possono giustificare per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione»*²⁸.

Riassumendo i risultati cui era già pervenuta la giurisprudenza costituzionale, in una successiva pronuncia, la Corte Costituzionale ha rilevato che *«l'accesso dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni a funzioni più elevate non sfugge, di norma, alla regola del pubblico concorso, cui è possibile apportare deroghe solo in particolari situazioni che ne dimostrino la ragionevolezza»*, *cosicché, «di regola, questo requisito non è configurabile [...] a proposito di norme che prevedano scivolamenti automatici verso posizioni superiori (senza concorso o comunque senza adeguate selezioni o verifiche attitudinali) o concorsi interni per la totalità dei posti vacanti»*.

²⁷ C. Cost. 218/2002, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 97 cost., l'art. 12, 1° co., l. 140/1999, che consentiva l'inquadramento nella qualifica dirigenziale, immediatamente superiore a quella di capo servizio rivestita, alla data del 12.7.1982, dal personale delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; secondo la Corte, la disposizione derogava ingiustificatamente alla regola del pubblico concorso, senza neppure prevedere alcuna verifica del possesso dei requisiti richiesti per l'attribuzione della qualifica superiore.

²⁸ C. Cost. 194/2002

1.7. Il divieto di discriminazioni e il principio di buona amministrazione nel diritto comunitario.

In un processo destinato a condurre ad un' Unione sempre più stretta tra i popoli europei un ruolo chiave è, certamente, assunto dal divieto di discriminazione in base alla nazionalità di cui all'art. 12 TCE.

L'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali prevede, peraltro, un divieto di discriminazione in base a sesso, razza, colore della pelle e così via, elevando a principio generale una serie di divieti di discriminazione già presenti in svariate disposizioni del diritto secondario.

Tale norma ha un contenuto dispositivo simile all'art. 3 Cost., al quale, come s'è accennato, può ricondursi anche il dovere di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.²⁹

Dell'imparzialità nell'azione amministrativa è fatta espressa menzione nell'ambito del principio di buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, disposizione a tenore della quale «1 Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare - il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti sia adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, - il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del

²⁹ E. CHITI e al., *Diritto amministrativo europeo*, in *Corso di diritto amministrativo*, 6, a cura di Cassese S., Milano, 2005, 31 ss.

segreto professionale; - l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni individuo ha diritto al risarcimento da parte della Comunità dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni individuo può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue del trattato e deve ricevere una risposta nella stessa lingua»³⁰.

La disposizione, sotto la formula-ombrello del «*diritto ad una buona amministrazione*», rimarca principi del giusto procedimento quali elaborati nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Anche se raramente nella *case law* comunitaria si fa riferimento al concetto generico di buona amministrazione, negli anni si sono, comunque, elaborati tutta una serie di principi relativi all'azione amministrativa.

A differenza dell'art. 97 Cost., l'art. 41 della Carta è formulato in termini di diritti del cittadino. La disposizione, con quelle che seguono, risponde all'intento «*di fornire al cittadino europeo non solo una serie di diritti politici par excellence, bensì anche alcuni diritti a carattere più strettamente amministrativo, in grado cioè di metterlo in diretto rapporto con le istituzioni comunitarie viste sul versante della loro attività amministrativa*»³¹.

³⁰ R. BIFULCO, *Art. 41*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 285 ss.

³¹ R. BIFULCO, *Art. 41*, cit., 285.

1.8. Disposizioni analoghe all'art. 97 in altre Costituzioni.

Alla luce di quanto sinora esposto, giova precisare che le altre Costituzioni sono carenti di una disposizione analoga, per contenuti, all'art. 97 Cost..

Numerose delle regole ivi contenute, tuttavia, trovano riscontro in altri testi fondamentali, che in alcuni casi offrono una garanzia anche maggiore rispetto agli interessi giuridici tutelati dalla nostra disposizione.

La riserva al Legislatore del potere di dettare la disciplina dell'organizzazione amministrativa non è, tuttavia, molto diffusa nelle Costituzioni di vari Stati europei: si può, però, ricordare che l'art. 103 della Costituzione Greca prevede l'istituzione, *ex lege*, dei pubblici uffici, riservando alla medesima altresì l'individuazione delle procedure per l'accesso agli uffici.

E ancora, l'art. 132 della Costituzione dei Paesi Bassi reca una riserva di legge in tema di organizzazione delle province e dei comuni, mentre il successivo art. 134 dispone che: «(1) *Possono essere istituiti e soppressi per legge o in virtù della legge organismi pubblici per le professioni e le imprese ed altri organismi pubblici. (2) La legge regola le funzioni e l'organizzazione di tali organismi pubblici [...]*»; infine, secondo l'art. 267, 3° co., Cost. Portogallo, «*La legge può creare entità amministrative indipendenti*».

Alcuni testi prevedono una riserva di legge più generica in materia di attività amministrativa (e una regola generale in tal senso si desume comunque dal principio di legalità, peraltro da coniugarsi con un ruolo più o

meno rilevante della fonte regolamentare in sistemi come quello francese): ad esempio, in base all'art. 18, 1° co., della Costituzione austriaca, «*l'intera attività amministrativa statale deve essere disciplinata da leggi*»³², mentre, secondo la lettura dell'art. 107, 2° co., della Costituzione dei Paesi Bassi, «*La legge stabilisce regole generali di diritto amministrativo*».

L'espresso richiamo, a livello costituzionale, a principi quali quelli di imparzialità e buon andamento, è piuttosto raro. Si segnala, però, l'art. 266 della Costituzione del Portogallo, rubricato «*principi fondamentali*», a norma del cui 2° co., «*Gli organi e agenti amministrativi sono subordinati alla Costituzione e alla legge e devono agire, nell'esercizio delle loro funzioni, nel rispetto dei principi della uguaglianza, della proporzionalità, della giustizia, della imparzialità e della buona fede*». Tale disposizione è, *sine dubio*, da ritenersi più completa dell'art. 97 Cost. e, soprattutto, fa riferimento a principi di origine comunitaria richiamati nel nostro Paese unicamente a livello di normativa primaria nell'art. 1, l. 241/1990, come riformato dalla l. 15/2005. Inoltre, il 3° co., art. 9 della Costituzione Spagnola sancisce «*il divieto di arbitrio dei pubblici poteri*», mentre la garanzia dell'eguaglianza a opera della P.A. è prevista dall'art. 2, Cap. I, Cost. Svezia.

In molte Costituzioni, pur mancando normalmente espressi richiami all'idea di buona amministrazione è, tuttavia, prevista la figura dell'*Ombudsman*, con poteri più o meno accentuati volti alla repressione della *maladministration*: al riguardo, oltre alle note esperienze in area nordico-scandinava (art. 55 Cost. Danimarca; artt. 109 ss. Cost. Finlandia), si possono

³² PALICI DI SUNI PRAT, CASSELLA, COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, 2^a ed., Padova, 2001.

ricordare l'Avvocatura popolare prevista dall'art. 148 Cost. Austria, l'*Ombudsman* nazionale di cui all'art. 78.a di quella dei Paesi bassi, il *Provedor* di giustizia di cui all'art. 23 di quella portoghese, e il difensore del popolo istituito dall'art. 54 di quella spagnola³³.

Numerose Costituzioni specificamente garantiscono diritti riconducibili all'imparzialità e al buon andamento: è il caso, ad esempio, del diritto d'accesso (previsto dall'art. 32 della Costituzione del Belgio), mentre l'art. 110 Cost. Paesi Bassi prevede espressamente che: «*I poteri pubblici osservano nell'esercizio delle loro funzioni regole di pubblicità in conformità a disposizioni da stabile con legge*». In sistemi di *common law*, tipo quello irlandese, diritti analoghi, come quelli attinenti alla *fairness* del procedimento amministrativo trovano, invece, la loro fonte nella giurisprudenza. Inoltre, già nel proprio art. 2, la Cost. portoghese indica che la Repubblica si propone, tra l'altro, «*il rafforzamento della democrazia partecipativa*»; all'art. 48 è, invece, garantito il diritto di partecipazione alla vita pubblica e quello all'informazione, poi specificati rispettivamente all'art. 109 e all'art. 268; all'art. 77 è prevista la partecipazione democratica all'insegnamento; alla lett. g) dell'art. 80 la partecipazione, ma di organizzazioni rappresentative; alla definizione delle principali misure economiche e sociali; all'art. 263 la partecipazione della popolazione alla vita amministrativa, e all'art. 267, 5° co., si dispone «*Il procedimento amministrativo sarà oggetto di una legge speciale, che assicurerà la razionalizzazione dei mezzi da utilizzare per i servizi e la partecipazione dei cittadini alla formazione di decisioni o deliberazioni che li riguardano*». In modo più

³³ M. COMBA, *Ombudsman*, e BORGONOVO RE, *Ombudsman in diritto comparato*, in *Digesto pubbl.*, X, Torino, 1995, 296 e 306

sintetico l'art. 2, Cap. VII, Cost. Svezia, relativo all'attività governativa, stabilisce: «[...] *Alle associazioni e ai privati cittadini deve essere data l'opportunità di esprimere il proprio punto di vista, ove necessario*».

1.9. I riferimenti penalistici.

Il codice penale tutela il buon andamento e l'imparzialità della P.A. al titolo II del codice penale.

A titolo esemplificativo, le norme che puniscono i fatti di peculato tutelano, anzitutto, il buon andamento e l'imparzialità della P.A., indicati dall'art. 97, 2° co. Cost., beni cui è finalizzata la disciplina, coperta da riserva di legge, dell'organizzazione dei pubblici uffici.

In particolare, il delitto di peculato offende il buon andamento della P.A. anzitutto perché nuoce al mantenimento della destinazione della cosa, sottratta a seguito dell'atto appropriativo al soddisfacimento di finalità di interesse pubblico.

Il concetto di buon andamento quale bene protetto dalle norme penali non deve, tuttavia, intendersi solo nel senso della conservazione o dell'utilizzo in senso funzionalistico della *res* al fine di soddisfare un interesse pubblico (sia esso riferito allo Stato-apparato o allo Stato-comunità). Una simile prospettiva, incentrata sul criterio di efficienza dell'azione amministrativa non terrebbe, infatti, adeguatamente conto della possibilità che il bene possa essere anche di proprietà del privato e che il soggetto titolare della qualifica pubblicistica ne abbia il possesso ovvero la

disponibilità, senza che da ciò ne derivi alcuna possibilità di utilizzo da parte della P.A. (come, a titolo esemplificativo, nel caso dello stupefacente destinato alla distruzione).

La tutela del buon andamento offerta dall'art. 314 c.p. (fermo restando quanto si dirà per le condotte del tutto inoffensive che non realizzano il fatto tipico) assicura, dunque, in un senso più ampio, che l'azione amministrativa sia scevra da ogni forma di abuso appropriativo sulla *res* da parte del soggetto titolare della qualifica pubblicistica, anche a prescindere dalle conseguenze che tale atto di appropriazione possa avere sull'efficienza dell'attività amministrativa. Ciò ben si coglie considerando che, sebbene la parola "*abuso*" e il verbo "*abusare*" non compaiano nella *littera* della norma incriminatrice, *«l'attuale art. 314, senza per questo trascurare la protezione del patrimonio, pone l'accento sul disvalore di particolari abusi qualificati del possesso dovuto all'attività prestata»*. Ne deriva che il bene del buon andamento della P.A., leso dal delitto di peculato come da altri delitti del Libro II, titolo II c.p., non debba essere inteso in senso aziendalistico - economicistico, bensì in senso personalistico, *«partendo cioè dal carattere strumentale (o, se si preferisce, "di servizio") dell'attività amministrativa, la quale non è mai fine a se stessa ma è sempre funzionale al soddisfacimento di situazioni giuridiche soggettive (individuali o collettive) di interessi pubblici»*³⁴.

³⁴ M. CATENACCI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2017, 12-13. Secondo A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, 36, dopo la riforma del 1990, «resta confermato che la tutela penale, pur riguardando pure l'interesse alla destinazione della cosa, concerne in primo luogo l'interesse a che il pubblico ufficiale non abusi del suo ufficio per avvantaggiare indebitamente sé od altri». Evidenziano l'elemento dell'abuso

Sottolineando il carattere di abuso che connota la condotta appropriativa del P.U. ovvero dell'incaricato di pubblico servizio, si comprende altresì perché il peculato offenda, *a latere* del buon andamento, anche l'imparzialità della P.A.: tale bene, espressamente contemplato, come noto, dall'art. 97, 2° co. Cost., risulta offeso proprio perché, approfittando il soggetto pubblico della posizione di vantaggio derivatagli dal possesso o dalla disponibilità della *res*, la consumazione del fatto criminoso altera una situazione di parità di tutti i cittadini dinnanzi all'amministrazione generando, chiaramente, un privilegio. Per questo si è detto in dottrina che, «nel caso del peculato, la "parzialità" è a vantaggio dello stesso p.u./i.p.s., il quale approfitta della propria posizione per "accaparrarsi" risorse a cui egli avrebbe invece potuto accedere solo in condizioni di parità con gli altri soggetti dell'ordinamento»

Il delitto di concussione, anch'esso, offende in modo inscindibile, da un lato, il buon andamento e l'imparzialità della P.A., dall'altro la libertà morale e gli interessi patrimoniali e non del soggetto (normalmente, ma non necessariamente, un privato) che subisce l'atto costrittivo. Trattasi, quindi, di reato plurioffensivo³⁵.

nella condotta di peculato anche PALAZZO, sub *artt.* 314-316, 8 e L. STORTONI, *Delitti contro la Pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 4^a ed., Bologna, 2006, 114

³⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, P.S.*, II, 16^a ed., Milano, 2016, 409; C. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, 193; PIOLETTI, *Concussione*, in *Digesto pen.*, III, Torino, 1989, 3; PAGLIARO, PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, P.S.*, I, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 10^a ed., Milano, 2008, 132-133 (che tuttavia ritengono che la tutela sia offerta in via principale alla P.A. e in via secondaria al privato, il cui consenso non vale ad escludere il fatto di reato); PELISSERO, *Concussione*, 180; L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 4^a ed., Bologna, 2006, 127; M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 4^a ed.,

Le stesse SS.UU. della Corte di Cassazione hanno ritenuto che il delitto di concussione possiede una «*plurima essenza lesiva, che incide non solo sul buon andamento e sull'imparzialità della pubblica amministrazione ma anche sulla libertà di autodeterminazione della vittima, sì da non risultare comprimibile, come accade per altri ordinamenti (quello tedesco e quello spagnolo), all'interno di un reato contro il patrimonio, qual è l'estorsione*»³⁶.

1.10. La disposizione tra crisi e riforma.

La Costituzione repubblicana, come del resto anche altre carte fondamentali, non attribuisce indiscusso rilievo alla materia amministrativa.

Al di fuori delle materie coperte da riserva di giurisdizione, sottratte al potere del Governo e delle PP.AA. la Costituzione repubblicana sembra, in definitiva, limitarsi a rafforzare garanzie operanti nelle più avanzate democrazie liberali dell'Ottocento, attribuendo valore primario ai principi di imparzialità e buon andamento e alla professionalità della burocrazia. Il tradizionale circuito decisionale è, però, fatto salvo dall'art. 95 Cost., che

in *Comm. Romano, P.S.*, I, Milano, 2019, 107. Sulla tutela della libertà morale del concusso offerta dall'art. 317 v. anche PALOMBI, *La concussione*, Torino, 1998, 117. Per G. FIANDACA, V. MUSCO, *Diritto penale, P.S.*, I, 5^a ed., Bologna, 2012, 208 «non fanno invece parte dell'oggettività giuridica della concussione gli interessi della vittima (patrimonio o libertà di autodeterminazione)»; per M. CATENACCI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Estratto dal V volume del *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, diretto da PALAZZO, PALIERO, Torino, 2017, 58, il bene lesa dalla concussione è l'imparzialità della P.A., offesa con una particolare modalità, cioè tramite «un atteggiamento vessatorio nei confronti del soggetto passivo», da cui la gravità del delitto in commento, indice di notevole pericolosità sociale.

³⁶ C., S.U., 24.10.2013-14.3.2014, n. 12228

scolpisce la responsabilità politica del Ministro per gli atti compiuti dal proprio dicastero³⁷.

La sottoposizione alla giurisdizione delle decisioni della P.A. giusta gli artt. 24, 103 e 113 Cost. rappresenta, *in re ipsa*, la garanzia di chiusura delle regole destinate ad assicurare l'azione imparziale della P.A. La giurisdizione è essenziale strumento per prevenire e reprimere applicazioni parziali della legge in casi concreti da parte della P.A.. Tuttavia, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio di poteri discrezionali della P.A., è sempre sufficiente per garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 97 Cost., senza contare che la possibilità di adottare leggi in luogo di provvedimenti conduce a cortocircuitare non solo gli istituti a presidio dell'imparzialità dell'azione amministrativa posti dagli artt. 97 e 98 Cost., ma anche le forme della garanzia giurisdizionale³⁸.

In queste condizioni, alcune riforme a livello costituzionale paiono auspicabili. Innanzitutto, il novero dei principi dell'azione amministrativa che trovano garanzia a livello costituzionale dovrebbe essere incrementato sulla falsariga del modello oggi offerto dagli artt. 41 e ss. della Carta europea dei diritti fondamentali. La regola dell'accesso mediante concorso ai pubblici

³⁷L.TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, in *Riforme amministrative e responsabilità dei pubblici dipendenti*, a cura di Cammelli, Bottari, Recchione, Rimini, 1996, 54 s.

³⁸ La Corte costituzionale, in forza del retaggio di una superata concezione dell'assoluta sovranità della legge, ammette la legittimità costituzionale delle leggi in luogo di provvedimento (ad es. C. cost. 331/1988, secondo la quale «nessuna disposizione costituzionale [...] prevede che gli atti a contenuto particolare e concreto debbano necessariamente avere la forma di atto amministrativo»); in dottrina R. DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 917, ed in particolare, per quanto riguarda le leggi in luogo di provvedimento amministrativo, *ivi*, 927 ss.

uffici dovrebbe, inoltre, essere rafforzata con specifico riferimento alla dirigenza, potenziale destinataria di uno specifico *status* costituzionale in termini di garanzia avverso le ingerenze politiche. Il ricorso alle Autorità amministrative indipendenti potrebbe essere ulteriormente esteso in aree ove non sono necessarie scelte tra interessi pubblici e privati potenzialmente configgenti³⁹, e le stesse dovrebbero essere oggetto di disciplina costituzionale, in particolare al fine di garantirne effettivamente e in modo uniforme la loro indipendenza dall'indirizzo politico (sul punto giova precisare che la novella è del tutto carente)⁴⁰.

A tale ultimo proposito, si rileva che il modello delle citate Authorities avrebbe potuto trovare esplicita consacrazione costituzionale nella riforma costituzionale approvata dal Parlamento nel 2005 e poi respinta nel referendum del 25 e 26 giugno 2006, la quale avrebbe inserito nella legge fondamentale un nuovo art. 98-bis, a tenore del quale *«per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza in materia di diritti di libertà garantiti dalla Costituzione e su materie di competenza dello Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, la legge approvata ai sensi dell'articolo 70, terzo comma, può istituire apposite Autorità indipendenti, stabilendone la durata del mandato, i*

³⁹ V.CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle «amministrazioni indipendenti»*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi, Merusi, Milano, 1993, 23 ss.

⁴⁰ R.CARANTA, *Les conditions et modalités juridiques de l'indépendance du régulateur*, in *Les régulations économiques: légitimité et efficacités*, a cura di Frison-Roche, Paris, 2004, 72.

requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. Le Autorità riferiscono alle Camere sui risultati delle attività svolte»⁴¹.

La disposizione, che in parte ricalcava il testo *illo tempore* predisposto dalla Commissione Bicamerale della XIII Legislatura, teneva conto del riparto di competenza in materia legislativa tra Stato e Regioni; l'area principale di possibile intervento del Legislatore statale avrebbe comportato una coincidenza, in particolare, tra le materie previste dall'art. 117, 2° co., lett. e) e quelle facenti riferimento alla «moneta», alla «tutela del risparmio e mercati finanziari», alla «tutela della concorrenza e organizzazioni comuni del mercato» (qualunque cosa voglia dire l'ermetica espressione aggiunta dalla riforma della riforma) e al «sistema valutario»; rispetto al progetto della Commissione Bicamerale, nel testo del 2005 mancava la previsione, già a livello costituzionale, di un meccanismo di scelta dei componenti delle autorità tale da garantire la loro effettiva indipendenza⁴².

Improbabile è, invece, un più articolato intervento riformatore a tutela dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa. Qualche apprezzabile risultato potrebbe, però, essere ottenuto con qualche correzione ad alcuni indirizzi della Corte Costituzionale.

Chiarito che, ad oggi, le leggi provvedimento sono da ritenersi incompatibili con il principio di imparzialità e, quindi, con l'art. 97 Cost., sarebbe utile un più coraggioso sindacato sulla legislazione ordinaria alla

⁴¹ R.CARANTA, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di Falcon, Padova, 2005, 153 ss.

⁴² V.CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002, 355 ss.

luce del principio di buon andamento, modernamente declinato come economicità, efficienza ed efficacia.

Se, da un lato, il sindacato di imparzialità si interseca con quello di non discriminazione *ex art. 3 Cost.* e, quindi, ha raggiunto un certo approfondimento, la giurisprudenza costituzionale non ha valorizzato in tutte le sue potenzialità, desumibili proprio dalla *case law* in materia di sindacato di ragionevolezza, il principio di buon andamento⁴³.

Considerata la rilevanza che assumono, nella casistica applicativa dell'art. 97 Cost., i ricorsi diretti dello Stato avverso le leggi regionali è, poi,

⁴³ Una maggior determinazione può forse leggersi in talune sentenze più recenti, come C. cost. 211/2003, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 159, 2°, 3° e 4° co., d.lg. 267/2000, (t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), nella parte in cui non prevede che la impignorabilità di determinate somme presenti nelle casse pubbliche non operi qualora, dopo l'adozione da parte dell'organo esecutivo della deliberazione ministeriale di preventiva quantificazione degli importi delle somme destinate alle suddette finalità e la notificazione di essa al soggetto tesoriere dell'ente locale, siano emessi mandati a titoli diversi da quelli vincolati, senza seguire l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento, o, se non è prescritta fattura, delle deliberazioni di impegno da parte dell'ente stesso; in questo caso, il principio di buon andamento, sia pur congiunto con quello di imparzialità, è alla base di una decisione manipolativa sufficientemente incisiva; in proposito NATALI-PISTORIO, in *Giur. it.*, 2004, 1574; più discutibile C. cost. 201/2003, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione legislativa lombarda nella parte in cui prevedeva l'incompatibilità della carica di consigliere regionale esclusivamente con riguardo alle cariche di sindaco e assessore di comuni capoluogo di provincia e di comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti, ritenendo che lo stesso si ponesse in contrasto con i principi fondamentali cui si informa l'art. 65, 1° co., dello stesso d.lg. 267/2000, secondo cui, al fine di garantire l'autonomia politico-amministrativa delle istituzioni locali e l'efficienza e l'imparzialità delle funzioni, la carica di consigliere regionale è incompatibile con qualsiasi altra carica negli enti locali; pare, infatti, procedimento discutibile quello che pretende di derivare dalla legislazione statale principi di imparzialità e buon andamento.

da ritenere che, in ordine all'effettività della disposizione, ma anche di buona parte dei diritti costituzionalmente garantiti, incida negativamente l'orientamento della Corte Costituzionale, volto a negare alle Regioni la legittimazione a impugnare leggi dello Stato per motivi diversi dalla lesione delle proprie competenze⁴⁴. In tal modo, si pone la legislazione statale al riparo da un efficace strumento di verifica del rispetto di taluni dei principi di cui all'art. 97 Cost.; infatti, se è facile riscontrare casi di giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, per quanto riguarda il profilo

⁴⁴ In una giurisprudenza consolidata, nonostante la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, si vedano proprio in riferimento all'art. 97 Cost., oltre al *leading case* C. cost. 93/2003, C. cost. 96/2003 e 274/2003, nonché, ma a proposito di un conflitto di attribuzioni, C. cost. 9/2004, secondo la quale, poiché il giudizio per conflitto di attribuzione proposto dalla Regione nei confronti dello Stato è finalizzato ad accertare l'esistenza di una lesione, da parte del secondo, della sfera di competenza della prima, deve escludersi l'ammissibilità di censure con le quali si faccia valere la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., i quali esulano dal tema proprio dell'oggetto del conflitto di attribuzione, giacché altrimenti, tramite lo strumento del conflitto, la Corte potrebbe essere chiamata impropriamente ad un sindacato generale di legittimità costituzionale, del tutto estraneo al sistema, su atti non aventi forza di legge; a commento FOÀ, *Il restauro è espressione della tutela dei beni culturali: la disciplina normativa è solo statutale*, in *Foro amm.*, 2004, 356; in termini generali si veda C. cost. 50/2005, secondo la quale «con il ricorso proposto ai sensi dell'art. 127, comma 2, Cost., le Regioni possono addurre soltanto la lesione delle loro attribuzioni legislative da parte dello Stato e non anche la violazione di qualsiasi precetto costituzionale. Ciò non significa che i parametri evocabili siano soltanto quelli degli artt. 117, 118 e 119 Cost., bensì che il contrasto con norme costituzionali diverse può essere efficacemente addotto soltanto se esso si risolve in una esclusione o limitazione dei poteri regionali [...]. È soltanto sotto questo profilo [...] che in questa sede la legittimità costituzionale delle norme costituzionali va accertata, senza che possano avere rilievo denunce di illogicità o di violazione di principi costituzionali che non ridondino in lesioni delle sfere di competenza regionale»; la decisione appena citata esclude il potere delle Regioni di invocare un sindacato di opportunità *ex artt. 3 e 97 Cost.* (punto 10 della motivazione).

dell'imparzialità e la regola del concorso, meno agevole è configurare l'interesse di un privato a sollevare profili relativi al buon andamento⁴⁵.

La *vexata quaestio* potrebbe, peraltro, essere superata se si consolidasse l'indirizzo di cui è espressione una recente sentenza, la quale ha ritenuto non fondata, proprio con riferimento all'art. 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 2° co., D.L. 7/2002, convertito in l. 55/2002, in materia di disposizioni di accelerazione dei procedimenti per la realizzazione o il potenziamento di impianti per la produzione di energia, il quale prevede un procedimento unico al quale partecipano le amministrazioni interessate, svolto in piena osservanza dei principi di semplificazione, seguendo le linee scolpite nella l. 241/1990, d'intesa con la Regione interessata; in particolare, per quanto qui rileva, la Corte ha ritenuto che il giudizio sul rispetto del principio di buon andamento dell'amministrazione si fonde in un *unicum* con il giudizio di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza nell'allocatione delle funzioni amministrative, ciò in quanto la scelta concernente l'allocatione al livello centrale delle funzioni amministrative si giustifica proprio in relazione alla necessità di garantirne una più adeguata ed efficiente esplicazione⁴⁶.

Merita, in definitiva, di essere superata la situazione a suo tempo denunciata da Umberto Allegretti il quale, con espresso riferimento

⁴⁵ C. Cost. 168/2004.

⁴⁶ C. Cost. 6/2004; più discutibile, a parere di chi scrive, la teoria secondo la quale il principio di sussidiarietà, a questo punto letto di concerto con l'art. 97 Cost., consenta di derogare all'ordine delle competenze legislative sancite dall'art. 117 Cost.; il discutibile precedente sul punto è, com'è noto, C. Cost. 303/2003.

all'imparzialità e al buon andamento, rilevava che «l'applicazione dei due concetti è più scarsa di quanto ci si aspetterebbe, e soprattutto comporta conseguenze meno esigenti del possibile».

1.11. Considerazioni giurisprudenziali.

Conformemente ai voti della prevalente dottrina, la Corte Costituzionale ha, con alcune recenti sentenze, stretto il freno sul dilagare dello *spoil system* in ordine alla dirigenza pubblica. Una prima decisione, pur muovendosi in linea di continuità con gli indirizzi - invero piuttosto lassisti - precedenti, ha tuttavia escluso la legittimità di una legge della Regione Calabria che estendeva ai responsabili dei dipartimenti sanitari e amministrativi la decadenza prevista per i dirigenti nominati in chiusura della precedente legislatura. Il giudice delle leggi ha giustificato la ritenuta illegittimità affermando, da un lato, che le ragioni a giustificazione dello *spoil system* non sussistono necessariamente rispetto a funzionari non apicali e dall'altro, che in materia sussistono esigenze prioritarie di continuità dell'azione amministrativa⁴⁷.

Più decise le affermazioni contenute in due pronunce successive, che hanno ritenuto costituzionalmente illegittime, sotto il duplice profilo dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, molteplici

⁴⁷ C. Cost. 233/2006.

disposizioni di legge statale e regionale che prevedevano la decadenza automatica dei dirigenti nominati nelle precedenti legislature.

Secondo la Corte, nel dettaglio, i due principi costituzionali appena citati esigono che la posizione dei dirigenti sia circondata da garanzie; in particolare, che la decisione dell'organo politico relativa alla cessazione anticipata dall'incarico rispetti il principio del giusto procedimento. La dipendenza funzionale del dirigente non può diventare dipendenza politica. Il dirigente è sottoposto alle direttive del vertice politico e al suo giudizio e, in seguito a questo, può essere allontanato. Ma non può essere messo in condizioni di precarietà che consentano la decadenza senza la garanzia del giusto procedimento⁴⁸.

Resta da vedere se il nuovo indirizzo, articolatamente motivato con riferimenti alla giurisprudenza precedente all'introduzione dello *spoil system*, verrà in futuro ad incidere non solo sulle disposizioni relative ai provvedimenti di revoca dei dirigenti, ma anche sulle previsioni relative alla loro nomina.

⁴⁸ C. Cost. 106 e 107/2007.

CAPITOLO SECONDO

LA NATURA GIURIDICA DEL REATO DI CORRUZIONE

Sommario: 2.1. Le modifiche introdotte con la L. 6.11.2012, n. 190 e con la L. 27.5.2015, n. 69. – 2.2. La corruzione propria dopo la riforma del 1990: struttura della fattispecie. – 2.3. Ragioni dell'incriminazione e interessi tutelati. – 2.4. Condotta illecita, oggetto della condotta, oggetto della corruzione, problema dell'atto discrezionale. – 2.5. La contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio. – 2.6. Il dolo. – 2.7. Forme di manifestazione. – 2.8. La continuità normativa fra le fattispecie di concussione ed indebita induzione: considerazioni giurisprudenziali e differenze normative.

2.1. Le modifiche introdotte con la L. 6.11.2012, n. 190 e con la L. 27.5.2015, n. 69.

Seguitamente alla l. n. 190/2012, l'Italia ha concretizzato gli impegni internazionali assunti con la "*Convenzione penale sulla corruzione*", tenutasi a Strasburgo il 27.1.1999 e ratificata con l. 28.6.2012, n. 110 e con la "*Convenzione contro la corruzione*", adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31.10.2003 con risoluzione n. 58/4 (Convenzione di Merida), già ratificata con l. 3.8.2009, n. 116.

L'art. 319 c.p. è stato modificato dall'art. 1, 75° co., lett. g della novella nella disciplina della pena, innalzata sia nel minimo sia nel massimo edittale (ante riforma la reclusione era da due a cinque anni, sotto la vigenza della legge del 2012 il delitto era punito con la reclusione da quattro a otto anni).

Con successiva l. n. 69/2015, la pena della reclusione è stata ulteriormente innalzata sia nel minimo che nel massimo edittale: dal 14 giugno 2015 la corruzione propria è, infatti, punita con la reclusione da sei a dieci anni.

Come chiarito dalla Suprema Corte, Sez. VI, 25.9-26.11.2014 n. 49226, la legge Severino non ha eliminato l'ipotesi di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (nuovo art. 319) il quale è, però, sanzionato in maniera più grave rispetto alla figura di reato di cui all'art. 318 c.p..

La stessa collocazione topografica delle due norme, in rapporto di progressione sanzionatoria tra loro, evidenzia che la previsione di base è costituita dall'art. 318 c.p., la cui presenza ha eliminato la necessità non solo di prevedere un'espressa sanzione per la corruzione collegata al compimento di atti dell'ufficio non contrari a legge, ma anche di stabilire il compimento o meno di un atto d'ufficio e la relativa natura, mentre il nuovo art. 319 c.p. contempla i casi di maggiore gravità, in cui il P.U. omette o ritarda un atto di sua competenza o ne compie di addirittura contrari ai doveri d'ufficio, situazioni che, in quanto tali, esigono una risposta più rigorosa da parte dell'ordinamento.

In merito al rapporto tra le fattispecie punite dagli artt. 318 e 319 c.p., si segnala Cass., Sez. VI, 23.2.2016, n. 15959, secondo cui lo stabile asservimento del P.U. a interessi personali di terzi, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri di ufficio non predefiniti, né specificamente individuabili *ex post*, ovvero mediante l'omissione o il ritardo di atti dovuti, integra il reato di cui all'art. 319 c.p. e non il più lieve reato di corruzione per

l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p. il quale ricorre, invece, quando l'oggetto del mercimonio sia costituito dal compimento di atti dell'ufficio⁴⁹.

Sul rapporto tra le due fattispecie di corruzione giova ricordare anche l'orientamento della Suprema Corte., Sez. VI, 17.4-11.9.2018, n. 40344, secondo cui l'art. 318 c.p. attiene a «*quelle situazioni in cui non sia noto il finalismo del mercimonio della funzione o in cui l'oggetto di questo sia sicuramente rappresentato da un atto dell'ufficio*», essendo, invece, applicabile l'art. 319 c.p. «*quando la vendita della funzione sia connotata da uno o più atti contrari ai doveri d'ufficio*».

2.2. La corruzione propria dopo la riforma del 1990: struttura della fattispecie.

L'art. 319 c.p. dispone che sia punito con la reclusione da sei a dieci anni «*il Pubblico Ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri d'ufficio*», riceva, per sé o per altri, denaro o altra utilità o ne accetti la promessa.

Com'è facile notare, la norma punisce allo stesso titolo e modo tanto la corruzione passiva propria antecedente ("*per omettere o ritardare*", "*per compiere*") quanto la corruzione passiva propria susseguente ("*per aver omesso o ritardato*", "*per aver compiuto*"). È, questa, una novella apportata al testo

⁴⁹ C., Sez. VI, 5.4-26.6.2018, n. 29267; C., Sez. VI, 11.2.2016, n. 8211.

dell'art. 319 c.p. dalla l. 26.4.1990, n. 86. In precedenza, le due forme di corruzione passiva propria erano disciplinate separatamente (quella antecedente al 1° co., quella susseguente al quarto comma) e diversamente (quella antecedente punita con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da seicentomila a quattro milioni di lire; quella susseguente con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da duecentomila a due milioni di lire). Il contenuto del 2° e del 3° co. della vecchia formulazione dell'articolo, è, invece, trasfuso, rispettivamente, negli artt. 319 *bis* e 319 *ter* c.p..

Le ragioni di tale innovazione sono, essenzialmente, di ordine probatorio⁵⁰ e, indirettamente, di ordine general -preventivo. I fatti di corruzione sono caratterizzati da un'accentuata segretezza: essi sono, quindi, assai difficili da provare, almeno finché non ci sia un effettivo trasferimento di utilità che determini una visibile modificazione dei patrimoni dei due soggetti. E', invece, quasi impossibile (in assenza di una confessione o testimonianza) dimostrare se e quando sia avvenuto l'incontro tra una promessa di utilità da parte di un privato e la relativa accettazione da parte di un P.U..

E', anzi, assai probabile che, dietro a una "*dazione/ricessione*" avvenuta ad atto compiuto, vi sia una "*promessa/accettazione della promessa*" anteriore al compimento dell'atto, e che tuttavia non si sia in grado di dimostrarlo. La funzione probatoria dell'equiparazione fra corruzione propria antecedente e corruzione propria susseguente è pensata per casi simili ed è volta ad evitare che il reo si avvalga della difficoltà di provare il momento

⁵⁰ STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 4^a ed., Bologna, 2006, 143

dell'avvenuto accordo verbale per ottenere l'applicazione del trattamento più mite in origine previsto per la corruzione propria susseguente.

La norma, inoltre, si presta anche a letture general -preventive: l'appesantimento del carico di disvalore gravante sui fatti di corruzione propria susseguente può leggersi come una sorta di affermazione simbolica di quanto sia disapprovato quel tipo di condotta, a prescindere dalla sua collocazione temporale rispetto al momento dell'atto onde ottenere, da parte dei cittadini, una spinta motivazionale ancora maggiore ad astenersene.

Ad ogni buon conto, i commentatori sono d'accordo nel ritenere che queste ragioni siano insufficienti a giustificare la cancellazione di ogni differenza tra corruzione antecedente e corruzione susseguente in seno all'art. 319 c.p.⁵¹: la relazione cronologica tra momento della corruzione e momento dell'atto è troppo importante nella ricostruzione del contenuto d'illecito dei fatti corruttivi perché se ne possa oscurare così facilmente la rilevanza. Dal fatto che una corruzione sia antecedente ovvero susseguente dipende, infatti, anche la proiezione offensiva delle condotte verso interessi di primaria importanza, quali imparzialità e buon andamento della P.A..

È dubbio, dunque, che il Legislatore possa legittimamente aggirare le difficoltà di dimostrare la relazione cronologica fra corruzione e atto d'ufficio a mezzo di una vera e propria presunzione *iuris et de iure* di antecedenza dell'accordo rispetto all'atto retribuito: così sopprimendo, attraverso il ricorso

⁵¹ GROSSO, *sub* artt. 318-322, in PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 290.

a meccanismi presuntivi, uno degli elementi dalla cui prova dovrebbe maggiormente dipendere la ricostruzione dell'offensività del fatto.

La realizzazione di esigenze probatorie o anche general - preventive non dovrebbe mai avvenire in contrasto con i principi costituzionali e politico-criminali fondamentali quali - nel nostro caso - quelli di offensività, ragionevolezza, proporzione tra (disvalore del) fatto e (ammontare della) sanzione.

Si aggiunga, a renderla ancor più discutibile, che la riforma ha inciso, altresì, sulla struttura delle condotte di corruzione passiva propria: in precedenza, infatti, la corruzione propria susseguente - in coerenza con quanto ancora oggi avviene per quella impropria - era punita unicamente nel caso di trasferimento effettivo dell'utilità («*il pubblico agente che riceve*»); era implicitamente esclusa, invece, la rilevanza penale delle condotte di accettazione della promessa. Unificando le ipotesi di corruzione propria antecedente e susseguente in un'unica fattispecie, ad oggi queste risultano entrambe punibili anche quando avvenute mediante «*promessa/accettazione della promessa*».

2.3. Ragioni dell'incriminazione e interessi tutelati.

Quando assume la forma susseguente, la corruzione passiva propria ha un contenuto d'illecito non dissimile da quello di una corruzione passiva impropria susseguente (v. *sub* art. 318): suo tramite il P.U. ricava, per sé o per altri, una posizione di indebito vantaggio; è l'illecito sfruttamento della

posizione, del ruolo, per fini di lucro, o per indebito beneficio personale, a determinare la rilevanza penale del fatto. Ciò nondimeno, a rendere ancor più riprovevole il comportamento del P.U. vi è, in tal caso, la circostanza che egli, a tale scopo, si sia spinto sino a compiere atti contrari ai suoi doveri d'ufficio, o che egli mostri di non avere scrupoli a trarre benefici da un precedente illecito (pur non finalizzato, in origine, alla successiva corruzione) e quindi, in senso lato, ad aggravarne le conseguenze⁵².

Complesso è, invece, il contenuto d'illecito di una corruzione passiva propria antecedente. Esso condivide con tutte le forme di corruzione passiva (anche quelle susseguenti) il disvalore caratteristico consistente nel fatto che il pubblico ufficiale sfrutti l'ufficio per ricavare, per sé o per altri, una posizione di indebito vantaggio; ciò da cui peraltro facilmente discende, in caso di divulgazione della vicenda corruttiva, un conseguente discredito per la P.A., e l'idea che essa sia gestita o rappresentata da persone disposte a vendere i propri favori al miglior offerente. A questo, nel caso specifico della corruzione passiva propria antecedente, va ad aggiungersi la circostanza che l'atto compravenduto è contrario ai doveri d'ufficio, e che quindi il P.U. si impegna a violare i propri doveri posizionali. La dimensione

⁵² Certo è, comunque, che una corruzione susseguente, anche propria, è strutturalmente incapace di ledere l'imparzialità e il buon andamento della P.A.: *contra* MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, in *RIDPP*, 1980, 441; MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *RIDPP*, 2000, 924.

offensiva del fatto del corrotto, in questo modo, proietta la propria ombra anche sull'azione della P.A.⁵³..

2.4. Condotta illecita, oggetto della condotta, oggetto della corruzione, problema dell'atto discrezionale.

Chiarita la fusione della forma antecedente con quella susseguente e la contrarietà dell'atto retribuito rispetto ai doveri d'ufficio, la fattispecie di corruzione passiva propria ha medesima struttura e contenuti delle fattispecie di corruzione passiva impropria.

Secondo la giurisprudenza⁵⁴, ai fini dell'accertamento della controprestazione offerta dal corruttore per atto contrario ai doveri di ufficio, la nozione di *altra utilità*, quale oggetto della dazione o della promessa al P.U., non va circoscritta soltanto alle utilità di natura patrimoniale, ma comprende qualsiasi vantaggio materiale o reale, patrimoniale o non patrimoniale che abbia valore per il P.U. e, dunque, anche qualsiasi prestazione di fare o non fare. Nella nozione predetta rientrano, pertanto, tutti quei vantaggi sociali le cui ricadute patrimoniali siano mediate e indirette (specificamente la promessa di intervento del soggetto

⁵³ BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, 36, l'incriminazione della corruzione propria antecedente mirerebbe propriamente ad apprestare una tutela anticipata al buon andamento della P.A.: punizione dell'accordo retributivo, avente ad oggetto il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio, come "avamposto" volto ad evitare il compimento di questo stesso atto; e corruzione propria antecedente - pare di capire - quale sorta di delitto-ostacolo rispetto, ad es., ad un abuso d'ufficio o ad un'omissione di atti d'ufficio.

⁵⁴ C., Sez. VI, 27.6.2013, n. 29789

favorito dall'atto contrario ai doveri di ufficio, al fine favorire la progressione di carriera del consigliere comunale nell'ambito di un'azienda municipalizzata, quale controprestazione per il mercimonio del proprio voto in consiglio).

In tal senso si è espressa la Suprema Corte, Sez. VI, 14.10.2014, n. 45847, secondo cui, peraltro, a nulla rileva, ai fini di escludere la penale responsabilità, il fatto che l'utilità sia corrisposta a distanza di tempo dall'accordo corruttivo. (Nel caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte, quest'ultima ha annullato con rinvio la decisione impugnata che aveva escluso i gravi indizi di colpevolezza del delitto di corruzione di cui all'art. 319 c.p. con riferimento alla condotta di corresponsione nel 2011, da parte dell'amministratore di una società operante nel settore dei lavori stradali, della somma di Euro 30.000 al gruppo sportivo dei vigili urbani, gestito dal Comandante del corpo, in cambio dell'affidamento - disposto nel 2009 da quest'ultimo - del servizio di ripristino della viabilità post-incidente all'interno del territorio comunale).

Diversamente che nella corruzione impropria, in quella propria la natura indebita della retribuzione è implicita nel fatto stesso che l'atto retribuito è contrario ai doveri d'ufficio⁵⁵.

Ulteriore particolarità è quella riguardante il concetto di «atto del suo ufficio» e la competenza del P.U. a compierlo. In materia di corruzione impropria, il concetto di competenza del P.U. a compiere l'atto retribuito va inteso in senso ampio: non occorre una

⁵⁵ GROSSO, *sub* artt. 318-322, 184, che così spiega il fatto che nell'art. 319 non si rinvenga l'espressione «indebitamente», che invece si trova nel testo dell'art. 318.

competenza specifica, basta che il compierlo rientri tra i poteri che egli ha in ragione del suo ufficio.

In materia di corruzione propria, invece, il discorso varia.

L'accezione ampia della competenza rimane ferma - ed è, anzi, a maggior ragione giustificata - in relazione al caso di corruzione che abbia ad oggetto il positivo compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio. Nel caso di corruzione propria avente ad oggetto l'omissione o il ritardo di un atto occorre, invece - e del resto è implicito in questi due concetti - che il P.U. abbia una specifica competenza a compiere l'atto per la cui omissione o ritardo viene retribuito.

Ai fini dell'integrazione del delitto di corruzione non ha, peraltro, rilevanza il fatto che il funzionario corrotto resti ignoto, quando non sussistano dubbi in ordine all'effettivo concorso di un P.U. o di un incaricato di pubblico servizio nella realizzazione del fatto, non occorrendo che il medesimo sia o meno conosciuto o nominativamente identificato (nel caso di specie l'imputato svolgeva, dietro versamento di somme di denaro, un ruolo di intermediario, quale collettore di notizie riservate provenienti da ambienti giudiziari)⁵⁶.

Ai fini della configurabilità del reato di corruzione, sia propria che impropria, non è determinante il fatto che l'atto d'ufficio o contrario ai doveri d'ufficio sia ricompreso nell'ambito delle specifiche mansioni del P.U. o dell'incaricato di pubblico servizio, essendo necessario e sufficiente che si tratti di un atto rientrante nelle competenze dell'ufficio cui il soggetto

⁵⁶ C., Sez. VI, 7.11.2011-27.1.2012, n. 3523.

appartiene e in relazione al quale lo stesso eserciti o possa esercitare, una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto⁵⁷.

In tema di corruzione, non configura "atto di ufficio" la condotta commessa "in occasione" dell'ufficio che non concreta l'uso di poteri funzionali connessi alla qualifica soggettiva dell'agente. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato la sentenza di condanna emessa nei confronti di un amministratore comunale che aveva redatto ricorsi amministrativi, nell'interesse di privati, finalizzati all'annullamento di sanzioni irrogate da altri funzionari comunali, ritenendo tale attività del tutto estranea alle competenze funzionali del suo ufficio)⁵⁸.

Infine, l'atto d'ufficio non dev'essere inteso in senso strettamente formale, in quanto esso è integrato anche da un comportamento materiale che sia esplicazione di poteri-doveri inerenti alla funzione concretamente esercitata⁵⁹.

Integra il delitto di corruzione propria la condotta del P.U. che, dietro elargizione di un indebito compenso, esercita i poteri discrezionali rinunciando a un'imparziale comparazione degli interessi in gioco, al fine di raggiungere un esito predeterminato, anche quando questo risulta coincidere, *ex post*, con l'interesse pubblico, salvo il caso di atto sicuramente identico a quello che sarebbe stato comunque adottato in caso di corretto adempimento delle funzioni⁶⁰.

⁵⁷ C., Sez. III, 31.3.2016, n. 31424.

⁵⁸ C., Sez. VI, 12.2.2016, n. 7731.

⁵⁹ C., Sez. VI, 28.2.2017, n. 17586.

⁶⁰ C., Sez. VI, 14.6.2017, n. 35940.

La Suprema Corte ha, di recente, escluso il reato di corruzione propria nella condotta del parlamentare che riceva un'indebita utilità in relazione all'esercizio della sua funzione, in quanto la sua attività non è soggetta a sindacato, secondo quanto espressamente previsto dagli artt. 67 e 68 Cost. l'assenza di vincolo di mandato e l'immunità per i voti espressi, con la conseguenza che non è possibile valutarne la condotta in termini di contrarietà ovvero conformità ai doveri d'ufficio⁶¹.

2.5. La contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio.

Elemento che distingue una corruzione propria da una corruzione impropria è il fatto che, nel primo caso, a differenza che nel secondo, l'atto oggetto della corruzione è contrario ai doveri d'ufficio.

Si configura contrario ai doveri di ufficio per violazione del dovere di imparzialità l'atto non legato a una legittima scelta discrezionale di natura politica, ma compiuto a fronte di un compenso promesso o ricevuto, con lo scopo di assicurare all'agente il maggior beneficio⁶².

I doveri cui ci si riferisce sono i cosiddetti doveri posizionali interni (o dinamici). Si ha, dunque, corruzione propria quando il P.U. viene retribuito per compiere o per aver compiuto un atto in contrasto con un qualche suo dovere (posizionale) interno.

⁶¹ C., Sez. VI, 2.7-11.9.2018, n. 40347.

⁶² C., Sez. VI, 27.1.2016, n. 8203.

Ove, invece, l'atto venduto fosse conforme ai doveri posizionali interni del P.U., non basterebbe a rendere propria la corruzione il fatto che costui, accettando una retribuzione per compierlo, o per averlo compiuto, mostri una scarsa considerazione del suo ruolo, e si mostri, pertanto, poco fedele alla P.A..

Di differente interpretazione è, invece, l'orientamento espresso dalla Suprema Corte, cfr. Sez. I, 16.5.2011, n. 25242, ove è stato chiarito che: «*Il dipendente ospedaliero che avverta sollecitamente gli impresari di pompe funebri del decesso imminente o già avvenuto dei ricoverati, pone in essere un atto contrario ai doveri d'ufficio, suscettibile di assumere rilievo come elemento di una condotta corruttiva, poiché attraverso la rivelazione di notizie d'ufficio riservate o segrete per i terzi, e delle quali non ha, comunque, disponibilità, viola i doveri di correttezza ed imparzialità posti a carico dei pubblici dipendenti*»⁶³.

Chiunque assuma volontariamente una pubblica funzione, invero, si fa, con ciò stesso, carico di un insieme di doveri che, unitamente ai correlativi poteri, contribuiscono a definire l'essenza della posizione rivestita (per questo: "*doveri posizionali*"). Quanto alla sostanza trattasi, da un lato, di doveri attinenti al tipo e contenuto delle decisioni da adottare (doveri interni), dall'altro si configurano quali doveri attinenti al tipo di comportamento da assumere, nell'espletamento del proprio ruolo, in rapporto a situazioni accessorie rispetto all'adozione di decisioni (doveri esterni)⁶⁴.

⁶³ C., Sez. II, 1.6-27.6.2018, n. 29442

⁶⁴ VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in GP, 1979, II, 325

Per esigenze di chiarezza e semplificazione, possiamo definire doveri interni quelli riguardanti direttamente il *modus*, il contenuto, i tempi degli atti da compiere, e delle decisioni da adottare e, quindi, dell'azione amministrativa (per ciò: "*doveri dinamici*"): il dovere di emanare l'atto *x*, di emanarlo entro il momento *y*, di emanarlo effettuando il miglior bilanciamento tra gli interessi coinvolti, ecc.; i doveri esterni sono, invece, quelli riguardanti il modo d'essere o d'apparire dell'agente rispetto agli interessi o scopi perseguiti nel sistema normativo rilevante (per questo: "*doveri statici*"): il dovere di mostrarsi imparziali, di astenersi in presenza di certe cause che lo rendano necessario (incompatibilità) o opportuno, il dovere di fedeltà, il dovere di tenere un comportamento decoroso sul luogo di lavoro, ecc.

Sul punto, la Suprema Corte, cfr. Sez. VI, 26.2.2016, n. 23355 ha chiarito che l'atto contrario ai doveri dell'ufficio deve essere espressione diretta o indiretta della pubblica funzione esercitata dal P.U.. Ne discende che non si configura il delitto di corruzione passiva nel caso in cui l'intervento del P.U., in esecuzione dell'accordo illecito, non comporti l'attivazione di poteri istituzionali propri del suo ufficio o non sia a questi ricollegabile, essendo destinato a incidere nella sfera di attribuzioni di Pubblici Ufficiali terzi rispetto ai quali il soggetto agente è assolutamente carente di potere funzionale.

Ai fini della configurabilità del reato di corruzione propria non è, dunque, determinante che il fatto contrario ai doveri d'ufficio sia ricompreso nell'ambito delle specifiche mansioni del P.U. ovvero dell'incaricato di

pubblico servizio, essendo necessario e sufficiente che si tratti di un atto rientrante nelle competenze dell'ufficio cui il soggetto appartiene e in relazione al quale egli eserciti o possa esercitare una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto.

Sempre l'art. 319 c.p. indica espressamente due forme che la contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio può assumere: omissione e ritardo.

L'una e l'altra implicano che il P.U. abbia un obbligo di compiere l'atto e di compierlo entro un certo termine: corruzione per omettere, o per aver omesso, un atto si avrà quando il P.U. venga retribuito per astenersi, o per essersi astenuto, del tutto dal compiere un atto che deve, o doveva, compiere; corruzione per ritardare, o per aver ritardato un atto si avrà invece quando il P.U. venga retribuito affinché compia, o in quanto abbia compiuto l'atto dopo la scadenza del termine perentorio entro il quale andava compiuto.

Nei casi ora passati in rassegna, la contrarietà ai doveri interni è *in re ipsa*. Si tratta, eventualmente, di stabilire quale rilevanza attribuire all'offensività dell'omissione o del ritardo: *quid iuris*, a titolo meramente esemplificativo, quando l'atto omesso o ritardato, non avrebbe comunque prodotto effetti, anche se compiuto nei termini? Si ha corruzione? E, se sì, trattasi di corruzione propria?

Quando, invece, la corruzione ha ad oggetto il compimento di un atto positivo, la contrarietà ai doveri d'ufficio può essere determinata, ad esempio, dal fatto che il P.U. venga retribuito per agire, o per aver agito, quando invece abbia, o avesse, l'obbligo di astenersi; per compiere, o per aver

compiuto, un atto (per qualche aspetto rilevante) diverso da quello che ha, o aveva, l'obbligo di compiere.

Si ha corruzione propria nel caso di atto annullabile. Il reato, inoltre, può ritenersi integrato anche in certi casi di atto nullo: si pensi quando l'emanazione di un atto nullo rappresenti l'equipollente dell'omissione dello stesso e il corruttore abbia interesse a che non si producano gli effetti giuridici di esso.

Di converso, non può aversi corruzione, né propria né impropria, nei casi in cui il P.U. venga pagato per compiere o per aver compiuto, quello che in realtà è un atto inesistente, carente dei requisiti minimi necessari e sostanziali tali da attribuirgli la mera parvenza di atto dell'ufficio: qui, infatti, l'oggetto della corruzione è del tutto inesistente, essendo meramente apparente (es.: sentenza emanata da chi non è giudice); ed anzi, più radicalmente, manca un "*Pubblico Ufficiale*": tale locuzione è da intendersi non già in termini meramente statici, ma in base ad una connessione tra la qualifica del soggetto e il suo potere di compiere l'atto per il quale viene retribuito⁶⁵.

Ambigua appare invece l'idea, che emerge in qualche pronuncia, in virtù della quale, nel caso di corruzione avente ad oggetto una pluralità indeterminata di atti sia necessario, al fine di determinarne la contrarietà ai doveri d'ufficio, prendere in considerazione non ciascuno di essi singolarmente ma l'insieme dei servizi resi al privato⁶⁶.

⁶⁵ PAGLIARO, PARODI GIUSINO, *PS*, I, 221

⁶⁶ C., Sez. VI, 14.7.1998; C., Sez. VI, 5.2.1998.

Vero è che «*l'asservimento della funzione, per denaro, agli interessi privati, integra il reato di cui all'art. 319*»: ma ciò nei limiti in cui per "asservimento" si intenda l'impegno del P.U. a violare i propri doveri posizionali interni pur di soddisfare le richieste del corruttore. Non si comprenderebbe, altrimenti, secondo quale misteriosa alchimia dalla somma di più atti conformi ai doveri d'ufficio possa venir fuori una corruzione per atto contrario agli stessi.

Sul punto, si è espressa la Suprema Corte, cfr. Sez. VI, 15.10.2013-28.2.2014, n. 9883, secondo cui lo stabile asservimento del P.U. a interessi personali di terzi, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri di ufficio non predefiniti, né specificamente individuabili *ex post*, configura il reato di cui all'art. 319 c.p., e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 (nel testo introdotto dalla L. 6.11.2012, n. 190).

Parimenti, Cass. Sez. VI, 15.9-10.10.2017, n. 46492, configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio - e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione, di cui all'art. 318 - lo stabile asservimento del P.U. a interessi personali di terzi che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati, si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi divergenti da quelli istituzionali.

Emblematica è, poi, la sentenza della Suprema Corte, Sez., VI, 14.11.2001, ove viene chiarito che: «*La c.d. "corruzione propria" prevista dall'art. 319 non è ravvisabile in relazione al compimento di atti nei quali non esiste alcuno spazio di discrezionalità suscettibile di essere usato per favorire il corruttore, in quanto*

gli atti compiuti dal pubblico ufficiale in cambio di una illecita retribuzione mantengono la loro natura di atti conformi ai doveri di ufficio, né tale natura viene meno in dipendenza del numero degli atti per i quali è stata accettata la retribuzione poiché il commercio di una pluralità di pratiche amministrative, per numerose che esse siano, non comporta il complessivo asservimento delle funzioni pubbliche agli interessi privati e non trasforma i singoli atti compiuti in atti contrari ai doveri d'ufficio».

Integra il delitto di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio il comportamento di un P.U. (nella specie, un consigliere regionale) che, in cambio di una somma di denaro erogata da un privato, pone in essere una condotta di illegittima interferenza, qualificabile a sua volta di tipo corruttivo o concussivo, nei confronti di altro P.U. (nella specie, un funzionario regionale), allo scopo di indurlo ad accordare al privato un trattamento di impropria preferenza cronologica e di risultato nel rilascio di un'autorizzazione⁶⁷.

Integra, altresì, il delitto di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio la condotta del consigliere comunale che eserciti il diritto di voto a esso spettante in virtù di un accordo illecito che realizzi l'asservimento del *munus publicum* all'interesse privato⁶⁸.

Per l'accertamento del delitto è necessario, peraltro, dimostrare che il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio è stato la causa della

⁶⁷ C., Sez. VI, 15.2.2013, n. 17943

⁶⁸ C., Sez. VI, 27.6.2013, n. 29789

prestazione dell'utilità e della sua accettazione da parte del P.U., non essendo sufficiente a tal fine la mera circostanza dell'avvenuta dazione⁶⁹.

2.6. Il dolo.

Per il dolo di corruzione passiva propria, antecedente o susseguente vale, *mutatis mutandis*, quanto detto per il dolo di corruzione passiva impropria.

Una particolarità strutturale del dolo di corruzione propria riguarda, inoltre, la coscienza della natura indebita della retribuzione. Quando l'atto retribuito è lecito o addirittura doveroso nulla esclude che, in linea teorica, il diritto preveda che il P.U. venga retribuito per compierlo: di conseguenza, nel caso di corruzione impropria, la coscienza della natura indebita della retribuzione rappresenta un requisito ulteriore rispetto alla consapevolezza del tipo e contenuto dell'atto retribuito. Nel caso di corruzione propria, invece, la coscienza della natura indebita della retribuzione è implicita nella coscienza stessa della contrarietà dell'atto che si retribuisce, o per cui si viene retribuiti, rispetto ai doveri d'ufficio: il dolo finisce, dunque, per risolversi nella coscienza e volontà di (retribuire o di) farsi o lasciarsi retribuire per un atto che si sappia essere, e che effettivamente sia, contrario ai doveri d'ufficio⁷⁰.

⁶⁹ C., Sez. VI, 25.3-28.6.2010, n. 24439.

⁷⁰ IASEVOLI C., "La Legge Spazzacorrotti", Cacucci Editore, 2019, 87.

2.7. *Forme di manifestazione*

La Suprema Corte ha affermato che non risponde a titolo di concorso il soggetto il quale, non essendo stato parte dell'accordo corruttivo, intervenga nella sola fase esecutiva adoperandosi alla sua realizzazione, ancorché ciò non significhi che automaticamente la sua condotta sia indenne da penale responsabilità⁷¹.

Una questione particolare si pone, invece, rispetto al caso in cui il compimento dell'atto oggetto di corruzione integri gli estremi di un autonomo reato. Ci si chiede se, in tal caso, tra i due reati (corruzione ed esecuzione della medesima) vi sia un concorso effettivo o se l'uno costituisca, piuttosto, un *ante factum* o un *post factum* non punibile dell'altro. In proposito bisogna ritenere che, salvi taluni casi particolari, i due reati effettivamente concorrano. Può esservi, per esempio, concorso effettivo tra il reato di corruzione propria e quello di omissione di atti d'ufficio, di rivelazione di segreti d'ufficio, ovvero di peculato (si pensi al caso del pubblico ufficiale che accetti una retribuzione per distrarre una cosa mobile di cui disponga per ragioni d'ufficio a favore del corruttore, o per averlo già spontaneamente fatto).

In ordine ai rapporti tra corruzione propria e abuso d'ufficio, sembra certamente da escludersi un concorso effettivo nel caso in cui il pubblico ufficiale, mediante l'abuso, procuri «*a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale*»: qui, in effetti, i due reati hanno un

⁷¹ C., Sez. VI, 29.10-14.11.2019, n. 46404.

contenuto d'illecito fortemente omogeneo (sfruttamento della posizione per ricavare indebiti benefici per sé o per altri, in spregio degli interessi pubblici affidati alle cure della P.A.), cosicché, pur consistendo essi in due fatti naturalisticamente distinti, si può comunque ritenere che operi la clausola di consunzione contenuta ad apertura dell'art. 323 c.p..

Meno sicura appare la soluzione quando con l'abuso si arrechi «*ad altri un danno ingiusto*». Il contenuto d'illecito dell'abuso, in tal caso, è in certo senso speculare rispetto al caso precedente: uso dei poteri per causare indebiti svantaggi a terzi, in spregio degli interessi pubblici affidati alle cure della P.A. In tal caso, sembrerebbe teoricamente possibile un concorso effettivo tra i due reati, non potendo operare né il principio di specialità (poiché la norma sull'abuso d'ufficio certamente non è speciale rispetto a quella sulla corruzione propria, né questa lo è rispetto a quella), né il principio di consunzione (dal momento che i fatti, in tal caso, aggrediscono interessi almeno in parte eterogenei, e, soprattutto, paiono espressione di disvalori non riducibili l'uno all'altro).

Si ha, invece, concussione (e non corruzione propria), quando il P.U. costringa il privato a remunerarlo mediante abuso dei poteri: quando, ad esempio, prendendo spunto da una situazione di obiettiva difficoltà in cui versi il privato, il P.U. prospetti il compimento di un atto dovuto a questi sfavorevole condizionandone, però, la mancata esecuzione al fatto che il privato gli dia o prometta un'utilità (si pensi al caso dell'agente di polizia giudiziaria che, colta una persona nella flagrante commissione di uno dei reati di cui all'art. 380 c.p.p., gli prospetti la possibilità di non arrestarlo, come

sarebbe invece obbligatorio, in cambio di una qualche prestazione indebita da parte del primo; o anche al caso del finanziere che colga il venditore ambulante abusivo che lo costringa a retribuirlo per non procedere al sequestro del mezzo, come invece sarebbe obbligatorio fare). In questi casi, il privato retribuisce il pubblico agente affinché questi ometta un atto dovuto o compia un atto contrario ai doveri del suo ufficio: egli è costretto a farlo mediante un abuso dei poteri che, pur non consistendo in una vera e propria violenza o minaccia (il male prospettato, infatti, è un male giusto) e non escludendo la responsabilità del privato per corruzione attiva, tuttavia è tale da far sì che la condotta del P.U. integri gli estremi di una concussione. E, poiché la concussione è più grave della corruzione propria, l'art. 317 c.p. avrà una chiara prevalenza sull'art. 319 c.p., in forza del principio di consunzione.

Altre volte – applicando a titolo esemplificativo il criterio del vantaggio, il criterio della giustizia o quello dell'ingiustizia del danno – si ritiene invece che, nei casi in cui il privato sia costretto a pagare per evitare un danno giusto, la condotta del P.U. non sia sussumibile nella norma sulla concussione: egli andrebbe, pertanto, punito, per corruzione propria, e insieme a lui, con le stesse pene, il privato corruttore⁷².

Soluzioni, queste, entrambe insoddisfacenti: è vero che il privato paga per evitare un danno giusto e, pertanto, merita di essere punito come corruttore; è pure vero, però, che il disvalore astratto della sua condotta è chiaramente inferiore a quello della condotta del P.U. il quale, in pieno esercizio abusivo dei suoi poteri nonché approfittando della situazione di

⁷² C. 10.2.1982.

oggettiva difficoltà in cui versa, lo costringe a "corromperlo". Soluzione più corretta, dunque, sarebbe quella di punire entrambi i soggetti, l'uno per corruzione attiva, l'altro per concussione.

A favore della punizione del solo P.U. a titolo di concussione, militano alcune pronunce giurisprudenziali nelle quali, a prescindere dalla conformità dell'atto ai doveri d'ufficio, si dichiara irrilevante l'eventuale vantaggio che deriverebbe al privato dal compimento di esso: sul punto, la Suprema Corte⁷³ Sez. I, 2.10.2007, n. 42750, ha previsto che *«fra la contravvenzione di «comparaggio», tuttora ricadente nell'area di illegittima promozione dei farmaci, oltre i confini della lecita relazione collaborativa e informativa tra medico e impresa, e il delitto di «corruzione» ex artt. 319c.p. e 321 c.p., realizzato mediante significative e sostanziose erogazioni di denaro o altre utilità per scopo di lucro, di cui siano stati accertati gli elementi costitutivi, non intercorre affatto un rapporto di specialità, attesa la diversità del bene giuridico tutelato e dell'atteggiarsi del dolo, bensì è configurabile il concorso di reati».*

Inoltre, secondo C., Sez. VI, 24.6.2010, n. 38986, *«il reato di interesse privato del curatore negli atti del fallimento concorre con quello di corruzione propria, non sussistendo alcun rapporto di specialità tra l'art. 228 l. fall. e l'art. 319 c.p.»*

Sul rapporto tra corruzione ex art. 319 c.p. e concussione ex art. 317 c.p., si rinvia anche a Cass., Sez. VI, 21.5.2013, n. 30542, secondo la quale: *“ai fini dell'individuazione degli elementi differenziali tra i reati di corruzione e di concussione, è necessario avere riguardo al rapporto tra le volontà dei soggetti, che nella corruzione è paritario e implica la libera convergenza delle medesime verso la*

⁷³ C., Sez. VI, 21.1.2005.

realizzazione di un comune obiettivo illecito". Viceversa, nella concussione tale rapporto è caratterizzato dalla presenza di una volontà costringente o induttiva del pubblico ufficiale, condizionante la libera formazione di quella del privato, che si determina alla dazione, ovvero alla promessa, soggiacendo all'ingiusta pretesa del primo onde evitare un pregiudizio maggiore.

Sul punto, giova segnalare la pronuncia della S.C. (Cass. Sez. VI, 28.2.2017, n. 17586), alla cui stregua è configurabile il concorso formale tra reato di corruzione e quello di turbata libertà degli incanti, atteso che tali fattispecie criminose tutelano differenti beni giuridici: il primo, infatti, protegge l'interesse dell'Amministrazione alla fedeltà e all'onestà dei funzionari e, dunque, i principi di corretto funzionamento, buon andamento e imparzialità nell'amministrazione della cosa pubblica; il secondo protegge la libertà di partecipazione alla gara e la regolarità formale e sostanziale del suo svolgimento.

Ancora, Cass, Sez. VI, 28.2.2017, n. 15573 ritiene configurabile il vincolo associativo tra corrotto e corruttore, necessario per la sussistenza del delitto, atteso che il ricorso sistematico all'attività corruttiva può assumere la valenza di uno strumento utile a sottrarre indebitamente, programmaticamente e strutturalmente risorse alle casse pubbliche e a ripartire, sulla base della provvista così formata, illeciti vantaggi ai membri del sodalizio e, quindi, a perseguire e, eventualmente, realizzare una durevole comunanza di scopi tra soggetti portatori di interessi individuali diversificati.

Sui reati di corruzione (anche propria: art. 25, 2° co., D.L. 8.6.2001, n. 231) quali possibili reati-presupposto di una responsabilità amministrativa degli

enti collettivi, v. *sub* art. 318, par. 19. Una sanzione pecuniaria più grave, peraltro, è prevista nel caso di corruzione passiva propria aggravata ai sensi dell'art. 319 *bis* c.p., «quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità» (art. 25, 3° co.).

Si segnala, tuttavia, Cass., Sez. VI, 12.2.2016, n. 11442, secondo cui qualora il reato presupposto sia quello di corruzione e alla promessa faccia seguito la dazione, è a tale ultimo momento che deve farsi riferimento ai fini del calcolo della prescrizione dell'illecito amministrativo, trattandosi del momento in cui si verifica la consumazione del reato.

È configurabile il concorso materiale tra il reato di corruzione ed il reato di truffa in danno dello Stato in quanto l'accordo corruttivo non può integrare l'induzione in errore nei confronti del P.U. che partecipa all'accordo, ma può ben indurre in errore gli altri funzionari dell'ente pubblico ed in particolare gli organi di controllo⁷⁴.

2.8. La continuità normativa fra le fattispecie di concussione ed indebita induzione: considerazioni giurisprudenziali e differenze normative.

In alcune occasioni la Suprema Corte, in applicazione dei principi indicati dalle Sezioni unite "*Maldera*"⁷⁵, ha annullato la sentenza di merito richiedendo uno sforzo di accertamento motivazionale al giudice di rinvio in

⁷⁴ C., Sez. VI, 31.1-27.2.2018, n. 9047.

⁷⁵ SESSA A., "Sezioni unite Maldera e nomofilachia dei casi: barlumi di valore nella giurisprudenza-fonte", in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. Vol. 3-4. Pag.811-850

relazione alla prova della costrizione ovvero del conseguimento del vantaggio indebito da parte del privato.

Sul punto, vedasi Cass., 27 febbraio 2015, Leoni, ove l'imputato era stato condannato, all'esito del giudizio di appello, per il reato di concussione per avere, in qualità di funzionario comunale, costretto, o quantomeno indotto, un privato a consegnare denaro al fine di ottenere il parere favorevole al rilascio del permesso a costruire.

Nella specie, la Corte ha evidenziato come "*nei casi c.d. ambigui, quelli cioè che possono collocarsi al confine tra la concussione e l'induzione indebita ... i criteri di valutazione del danno antigiuridico e del vantaggio indebito, che rispettivamente contraddistinguono i detti illeciti, devono essere utilizzati nella loro operatività dinamica all'interno della vicenda concreta, individuando, all'esito di una approfondita ed equilibrata valutazione complessiva del fatto, i dati più qualificanti*".

Richiamati i principi delle SS.UU., si è chiarito come il giudice di merito avrebbe dovuto verificare, attraverso l'analisi della documentazione, se i rilievi mossi dal P.U. imputato (deputato, quale responsabile del procedimento, a rilasciare un parere determinante ai fini della concessione del nullaosta) fossero legittimi e non pretestuosi e se, pertanto, la dazione di denaro da parte dell'*extraneus* fosse o meno correlata a un preciso interesse ad "*oliare*" il corso della procedura di rilascio dell'autorizzazione amministrativa che, giusta la normativa applicabile, non avrebbero potuto ottenere.

Secondo la Corte, la prova in questione risultava fondamentale - almeno in astratto - a sciogliere il nodo relativo al corretto inquadramento giuridico della fattispecie, in quanto indispensabile al fine di accertare se, in presenza

della condotta abusiva del P.U., fosse ravvisabile un indebito vantaggio personale della "persona offesa", che avrebbe potuto di conseguenza agire non tanto per evitare un danno *contra ius*, ma al fine di ottenere un trattamento di favore nella procedura amministrativa.

In tale contesto si pone la giurisprudenza che sembra interpretare in modo letterale e geometrico il criterio discretivo generale indicato dalla sentenza *Maldera* ipotizzando, senza tuttavia esplicitarlo direttamente, una zona intermedia tra la tipicità del delitto di concussione e quella del reato di induzione indebita.

Assume rilievo, Cass., 28 marzo 2015, n. 22526, così massimata: "*Ai fini della configurabilità del reato di concussione non è sufficiente lo stato di timore riverenziale o autoindotto del destinatario di una richiesta illegittima proveniente da un pubblico ufficiale, neppure quando quest'ultimo riveste una posizione sovraordinata e di supremazia rispetto al primo, poiché il delitto di cui all'art. 317 cod. pen. richiede che l'agente provvisto di qualifica pubblicistica, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, esteriorizzi concretamente un atteggiamento idoneo ad intimidire la vittima. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la decisione impugnata, che aveva escluso la configurabilità del reato in presenza di una richiesta formulata da un'Alta carica dello Stato nei confronti di un funzionario di Polizia che, pur se "impropria e scorretta", non risultava essere stata accompagnata da ulteriori comportamenti positivi orientati a suggestionare, persuadere o convincere l'interlocutore)".*

Nella specie si è escluso che la richiesta avanzata dall'imputato fosse concussiva o induttiva e, tuttavia, l'assunto da cui la Corte sembra muovere è

che se il presupposto del delitto di concussione è costituito dall'esistenza di una minaccia, mentre quello della induzione indebita è dato dal doppio requisito dell'assenza della minaccia e dal conseguimento di un indebito vantaggio, sarebbe ipotizzabile una zona intermedia di *atipicità* tra le due fattispecie in quei casi in cui l'*intraneus*, abusando delle sue funzioni, ottenga - con modalità non minacciose - dall'*extraneus* qualcosa che non gli è dovuto, senza che tuttavia il privato *consegu*a un effettivo vantaggio indebito.

In tal caso, la condotta sarebbe penalmente irrilevante.

La sentenza, nel ritenere la condotta non riconducibile a nessuna delle due fattispecie, è particolarmente fedele al criterio nomofilattico enunciato dalle Sezioni Unite e, tuttavia, resta sullo sfondo il tema dell'effettiva continuità normativa tra la "*vecchia*" fattispecie di concussione e i "nuovi" artt. 317 c.p. e 319 *quater* c.p., affermata chiaramente dalle Sezioni Unite ed oggetto di riflessione di sentenze come quella in esame.

Fattispecie come quelle appena indicate erano sussumibili prima dello spaccettamento dell'art. 317 c.p. sotto il reato di concussione e ciò perché una delle due modalità di realizzazione del delitto - ossia quella per induzione - prescindeva dall'accertamento sia di una condotta minacciosa, sia di un qualsivoglia vantaggio indebito in capo al privato.

Fatti del tipo di quelli esaminati dalla Corte, se posti in essere con un abuso induttivo senza conseguimento di vantaggio indebito da parte dell'*extraneus* potrebbero, oggi, invece non essere ricondotte né all'interno della nuova "*concussione per costrizione*" né, tantomeno, al reato

di *induzione indebita*: l'integrazione della prima previsione criminosa sarebbe preclusa dalla mancanza dell'elemento della costrizione (la minaccia di un male ingiusto); la seconda dall'assenza del requisito del vantaggio indebito in capo al soggetto indotto.

La questione, dunque, attiene al se sia possibile che ci siano "*estranei*" che non possano essere puniti ai sensi dell'art. 319 *quater* c.p., perché non conseguono alcun vantaggio indebito, e neppure possono essere considerati persone offese nel delitto di concussione, in quanto alla condotta dell'*intraneus* non ha i caratteri della minaccia.

Le Sezioni Unite hanno affermato che vi è sempre continuità normativa almeno dalla parte dell'*intraneus*: il P.U. che concute - induce sarebbe sempre punibile, ora come allora.

Si tratta di un'affermazione che, diversamente da quanto ritenuto dalle Sezioni Unite, pare tuttavia mal conciliarsi con l'affermata natura di reato plurisoggettivo, proprio della nuova fattispecie prevista dall'art. 319 *quater* c.p.

Se si afferma che il reato previsto dall'art. 319 *quater* c.p. ha natura plurisoggettiva propria e, pertanto, richiede la necessaria compresenza del privato, la questione della continuità normativa non pare risolta essendo, appunto, possibile che vi siano privati che non conseguano indebiti vantaggi dall'abuso induttivo del P.U. e che non possono, al tempo stesso, essere considerati persona offesa di un abuso costrittivo.

Diversa pare la prospettiva ove si voglia "*scindere*" l'art. 319 *quater* c.p., affermando che esso contempra due fattispecie autonome di reato ben potendosi, in tal caso, punire sempre l'inducente anche nel caso in

cui l'indotto non consegue alcun indebito vantaggio e quest'ultimo solo nel caso di effettiva percezione del vantaggio.

CAPITOLO TERZO

I CONTRATTI PUBBLICI NELLA NORMATIVA ANTICORRUZIONE

Sommario: 3.1. La legge anticorruzione. – 3.2. I fenomeni di corruzione. – 3.3. La repressione della corruzione nella normativa anticorruzione. – 3.4. Gli obblighi di pubblicità e trasparenza. – 3.5 Il nuovo codice dei contratti pubblici: gli obiettivi e l'impianto normativo attuale - 3.6. La riforma del decreto “Sblocca Cantieri”.

3.1. La legge anticorruzione.

Sul *piano interno*, l'esigenza di una rivisitazione della materia dei delitti di corruzione e di una migliore definizione di quello che, autorevoli studiosi⁷⁶, hanno significativamente definito come il confine conteso tra concussione e corruzione, era avvertita da tempo sia nel dibattito teorico che nella prassi applicativa.

Esigenza manifestatasi con particolare evidenza all'indomani della stagione di "*Mani pulite*" e tradottasi, anche, in proposte organiche di revisione, oggetto di confronto serrato in dottrina. Si è, pertanto, palesata la consapevolezza della realtà criminologica della corruzione nonché la necessità di dare risposte legislative a talune istanze emergenti in sede applicativa.

⁷⁶ MONGILLO V., "*Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*", in Riv. it. dir. proc. pen., 2020, n. 2, p. 967-1019.

A ciò si affianca l'indubbio ampliamento dello spettro dei beni attinti dal delitto di corruzione, non più circoscritto al buon andamento e all'imparzialità della P.A., ma tale da riguardare, ad esempio, la concorrenza.

Sul *piano internazionale*, una riscrittura dell'impianto di disciplina in materia era il portato di precisi obblighi derivanti da strumenti normativi sovranazionali da tempo ratificati dall'Italia o di recente approvazione (*inter alia*, giova ricordare la *Convenzione Onu di Merida del 2003* e la *Convenzione penale sulla Corruzione di Strasburgo del 1999*). Tali strumenti richiedevano, difatti, l'introduzione nel nostro ordinamento di fattispecie quali "*Traffico di influenze illecite*" e "*Corruzione tra privati*" solo in parte "*coperte*" da figure di reato già presenti nel nostro ordinamento.

Accanto a tali obblighi posti dalle Convenzioni, vi erano le indicazioni provenienti da strumenti di *soft law*, basti pensare alle raccomandazioni formulate dai Gruppi di lavoro operanti all'interno di importanti istituzioni quali l'OCSE e il Consiglio d'Europa. È noto come, nel rapporto di valutazione di terzo ciclo sull'Italia predisposto di recente dal Gruppo di lavoro sulla corruzione internazionale dell'OCSE (*Work Group Bribery - WGB*), si rinnovi la raccomandazione di seconda fase sulla concussione percepita, nei casi di corruzione internazionale⁷⁷, come un possibile meccanismo di esenzione da responsabilità per il privato che effettui la promessa o dazione indebita.

⁷⁷ MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Esi, Napoli, 2012, p.1-658

Riferimenti al delitto di concussione sono, altresì, contenuti nel rapporto di valutazione di terzo ciclo sull'Italia adottato in occasione della 54 ° riunione plenaria del GRECO, tenutasi a Strasburgo il 20-23 marzo 2012. In particolare, nel rapporto *de quo*, è fatta espressa menzione del rischio di un ricorso improprio al delitto di concussione nell'ambito di indagini aventi a oggetto rapporti illeciti tra privati e pubblici agenti raccomandando, pertanto, un'analisi preliminare sull'applicazione pratica di siffatto delitto all'esito della quale valutare, se necessario, modifiche volte a chiarire la portata della disposizione.

3.2. I fenomeni di corruzione.

Il tema della lotta alla corruzione è da molti anni al centro del dibattito pubblico, anche se solo recentemente ha ricevuto particolare attenzione da parte delle forze politiche, traducendosi in interventi legislativi di rilievo, sia a livello nazionale che sovranazionale.

In particolare, a livello internazionale si ricordano la *Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997 e ratificata in Italia con la l. n. 300/2000, la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC)*, adottata nell'ottobre 2003 e ratificata con la l. n. 116/2009 e la *Convenzione penale sulla corruzione*, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della l. n. 110/2012. Nello specifico, la Convenzione Onu ha avuto il pregio di enucleare una serie di strumenti che sono stati, in gran parte, ripresi in seguito dal Legislatore nazionale, *inter alia* i codici di condotta dei

PP.UU. o l'accessibilità da parte del pubblico a informazioni riguardanti il funzionamento e i processi decisionali delle PP.AA..

A livello europeo, già nel 1999 il Consiglio d'Europa aveva promosso due convenzioni sulla corruzione penale e civile, entrate in vigore nel 2002, la cui attuazione è vigilata dal c.d. GRECO (Gruppo di Stati contro la corruzione); successivamente, è intervenuta anche la Commissione che, con la Comunicazione 6 giugno 2011 su "*La lotta contro la corruzione nell'Unione Europea*", ha presentato nuove misure volte a far divenire la lotta in questione parte integrante delle politiche europee, promuovendo, altresì, la pubblicazione biennale, a partire dal 2013, di un Rapporto Anticorruzione quale strumento di valutazione delle misure adottate dai singoli Stati membri⁷⁸.

Il Legislatore nazionale sull'onda di tali interventi ha, dunque, adottato una pluralità di norme in materia. Il riferimento è, anzitutto, alla l. n. 190/2012 (meglio nota come "*Legge Severino*"), emanata con il dichiarato intento di adeguarsi agli *standards* internazionali in materia, dando in particolare attuazione alla Convenzione Onu e alla Convenzione di Strasburgo.

Ma tale esigenza di adeguamento non è stato l'unico catalizzatore della riforma: a ciò si aggiungono, difatti, la necessità di assicurare un controllo e trasparenza maggiori dell'operato dell'amministrazione, oltre a considerazioni di carattere economico, dal momento che il danno alla

⁷⁸ F. DI MASCIO, *Una relazione della Commissione europea sulle politiche anti - corruzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 2, 548.

credibilità degli apparati amministrativi che comporta la corruzione rappresenta, *in re ipsa*, un potente deterrente alla crescita del Paese, disincentivando investimenti anche stranieri. Dalla Relazione illustrativa del disegno di legge emerge, inoltre, il chiaro intento di affrontare la *quaestio* sottesa in una chiave di lettura preventiva piuttosto che repressiva: gli strumenti sanzionatori vengono individuati, difatti, unicamente come alcuni dei possibili per la lotta all'illegalità. La riforma, in particolare, è intervenuta su tre fronti: attraverso l'introduzione di nuovi istituti giuridici e strumenti *ad hoc* con finalità preventive; la previsione di specifiche discipline attuative, contenute in una delega e, di non minor rilievo, la modifica del sistema previgente di tutela penale della P.A., attraverso un inasprimento delle pene nonché la previsione di nuove fattispecie di reato⁷⁹.

Si ricorda, in particolare, la previsione del PNA, *Piano nazionale anticorruzione* (art. 1, comma 2, lett. b) della l. n. 190/12 il quale, oltre a indicare gli obiettivi governativi per lo sviluppo della strategia contro la corruzione, fornisce indirizzi e supporto alle amministrazioni per l'attuazione della prevenzione all'interno delle stesse. Sulla base delle indicazioni contenute nel Piano, ciascuna P.A. è tenuta ad adottare il Piano triennale di prevenzione della corruzione attraverso il quale si individuano le aree attinenti ai procedimenti amministrativi di propria competenza che risultino più a rischio corruzione e, sulla base di ciò, si elaborano gli strumenti considerati più opportuni.

⁷⁹ M. MACCHIA, *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo*, in F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 98

Alla delega contenuta nella l. n. 190 hanno fatto seguito il d.lgs. n. 235/2012 (sull'incandidabilità a cariche elettive), il d.lgs. n. 33/2013 (in materia di pubblicità e trasparenza) e il d.lgs. n. 39/2013 (sull'inconferibilità o incandidabilità a funzioni pubbliche). Il d.lgs. n. 33/2013, in particolare, prevede una serie di obblighi di pubblicità e trasparenza a carico delle PP.AA., in quanto proprio trasparenza e pubblicazione di dati costituiscono la prima misura per prevenire la corruzione⁸⁰.

Per opportuna conoscenza, giova completare il quadro sinora delineato menzionando la rilevanza dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), istituita con il D.L. n. 90/2014, che ha determinato la contemporanea soppressione dell'AVCP (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici) e l'assorbimento delle funzioni svolte dalla CIVIT (ex Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni), eccezion fatta per quelle relative alla misurazione e valutazione della performance, attribuite al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio.

La previsione di tale Autorità rappresenta uno degli strumenti delineati dal Legislatore per rafforzare il contrasto alla corruzione: difatti, la *mission* istituzionale a essa affidata consiste nel portare avanti un'azione di prevenzione e contrasto al fenomeno nell'ambito delle PP.AA. in ogni campo⁸¹. A tal fine, essa svolge diverse attività, essenzialmente di vigilanza

⁸⁰ G. NAPOLITANO, *"La logica del diritto amministrativo"*, 2014, Bologna, 228

⁸¹ Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015, 2.

ma anche consultive. Sotto il primo profilo la vigilanza è svolta, principalmente nel settore dei contratti pubblici, attraverso il controllo sulla regolarità delle procedure di affidamento; a tale vigilanza di tipo "*tradizionale*" se ne è di recente aggiunta una nuova, definita "*collaborativa*", attuata mediante la stipula di protocolli con le stazioni appaltanti e finalizzata a supportare queste ultime nelle attività di gestione delle procedure di gara fino alla conclusione dell'appalto. Come è stato osservato, trattasi di un nuovo *modus operandi* che consente all'Autorità di intervenire non solo *ex post*, per censurare comportamenti illeciti, ma anche *ex ante*, al fine di indirizzare le stazioni appaltanti verso scelte corrette e trasparenti prevenendo, dunque, eventuali criticità.

Emerge come, negli ultimi anni, l'ANAC abbia assunto un ruolo centrale sul piano del contrasto al fenomeno corruttivo, in particolar modo nel settore degli appalti pubblici: quest'ultimo, difatti, rappresenta da sempre uno dei terreni maggiormente fertili per il dilagare dell'illegalità. In tale ambito, indiscussamente, la corruzione determina conseguenze particolarmente negative, incidenti direttamente sull'economia del Paese, sull'attuazione della concorrenza, sulla fiducia nello Stato di diritto. La buona gestione della domanda pubblica di beni, lavori e servizi è fondamentale sia per incentivare la competitività sia per garantire la corretta allocazione delle relative risorse: basti pensare che, secondo le stime della Commissione Europea, l'ammontare totale degli appalti pubblici in Italia è stato stimato in più di cento miliardi di euro, pari a circa il 6% del PIL nazionale. E, difatti, il costo della corruzione viene stimato proprio in relazione alla "*ineffectiveness*",

vale a dire l'impossibilità che il progetto realizzi pienamente gli obiettivi prefissati, nonché all' *"inefficiency"*, che si verifica in presenza di costi maggiori sostenuti dalle amministrazioni rispetto a quelli di mercato.

Il forte rischio di corruzione cui è esposto il settore degli appalti pubblici è alla base della scelta del Legislatore del 2014 di attribuire all'ANAC, oltre alle competenze sopra descritte, anche poteri di carattere straordinario.

Nel nuovo assetto delineato emerge, a supporto di quanto asserito, il riconoscimento della figura del Presidente, destinatario di poteri straordinari di sorveglianza e cautelari nell'ambito delle procedure di affidamento per la realizzazione, quali l'Expo. Tale scelta è stata, senz'altro, sollecitata dalla situazione di grave allarme sociale che si era venuta a creare all'indomani delle già ricordate vicende giudiziarie legate agli scandali emersi per la realizzazione dell'Esposizione universale e del Mose di Venezia.

I poteri *de quibus* consentono all'Autorità di intervenire con immediatezza e tempestività, al fine di evitare che gli illeciti possano riverberarsi sui tempi di esecuzione delle commesse pubbliche ovvero pregiudicare l'interesse alla realizzazione delle opere.

Nello specifico, l'urgenza di realizzare grandi infrastrutture ed eventi dall'importanza strategica, lo stanziamento di ingenti risorse economiche, unito alla situazione di allarme sociale, ha comportato l'introduzione di strumenti *ad hoc* per il contrasto alla corruzione; in casi simili, difatti, *"l'esigenza di rispettare un termine finale improrogabile (...) associata a*

pianificazioni errate ed alla disponibilità di ingenti risorse economiche comporta, generalmente, un aumento esponenziale del rischio di deviazioni corruttive"⁸².

Della vulnerabilità del settore degli appalti alla corruzione ne è, del resto, consapevole lo stesso Legislatore europeo il quale, con le nuove direttive del 2014, ha cercato di individuare alcuni strumenti volti a prevenire il fenomeno⁸³. A tal proposito, è bene evidenziare che, proprio in occasione del recepimento di tali nuove direttive, il ruolo dell'ANAC è stato ulteriormente rafforzato. Come è stato osservato, il Legislatore ha reso l'Autorità "*uno strumento amministrativo di regolazione del sistema*", attraverso l'attribuzione di funzioni e poteri estesi, che vanno al di là della prevenzione della corruzione⁸⁴.

Alle funzioni "*classiche*" di vigilanza, di controllo, di raccomandazione, di adozione di atti di indirizzo e linee guida si aggiungono, infatti, quelle di promozione dell'efficienza e sostegno allo sviluppo di *best practices*: in particolare, l'ANAC ha assunto un ruolo principale nella "*professionalizzazione*" delle stazioni appaltanti, con ciò ritenendosi che non ogni soggetto possa svolgere le relative funzioni, ma unicamente quegli enti

⁸² Così in Autorità Nazionale Anticorruzione, *cit.*, 127.

⁸³ N. PARISI, M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'A.N.A.C. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, 2, 409

⁸⁴ A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*", Varenna, 17-19 settembre 2015, in corso di pubblicazione.

dotati delle necessarie capacità tecniche e organizzative, la cui sussistenza dovrà essere valutata dall'ANAC stessa⁸⁵.

3.3. La repressione della corruzione nella normativa anticorruzione.

Già l'art. 8 della Convenzione di Strasburgo del 1999 prevedeva che gli Stati sanzionassero con la nullità il patto di corruzione o, quantomeno, con l'annullamento del contratto stipulato in conseguenza del reato. Anche la giurisprudenza si era attestata su posizioni simili: la S.C. di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul risarcimento dei danni subiti da un ente pubblico per indebita aggiudicazione di un appalto per corruzione, ha sancito la nullità del contratto concluso, a seguito dell'elusione delle norme inderogabili poste a presidio dell'interesse pubblico all'individuazione del contraente privato più affidabile; nullità che deve ritenersi imperativa quando, alla base della stipula del contratto, vi è una condotta penalmente sanzionata. In tal caso la nullità è posta, ad avviso della S.C., a presidio del buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, principi frustrati dall'accordo corruttivo⁸⁶. Ancora, il T.A.R. del Piemonte ha recentemente affermato la legittimità di una revoca disposta dalla stazione appaltante per

⁸⁵ L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna, 17-19 settembre 2015.

⁸⁶ Cass., Sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3672, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 2, 214.

essere la stessa venuta a conoscenza, in un momento successivo all'aggiudicazione, di fatti gravi (nella specie penalmente rilevanti) e idonei a elidere il rapporto fiduciario che deve necessariamente sussistere con l'impresa aggiudicataria. Ad analoghe conclusioni è pervenuto anche il T.A.R. della Campania⁸⁷. In entrambi i casi, la revoca viene disposta non in funzione sanzionatoria, ma a tutela dell'interesse pubblico costituito dalla natura fiduciaria dei contratti di appalto. In tal senso, si è recentemente pronunciata anche la Corte di Giustizia UE, a seguito di un rinvio pregiudiziale disposto dal T.A.R. di Milano⁸⁸.

L'art. 32 in quest'ottica si presenta, dunque, come disposizione particolarmente innovativa. La norma in esame prevede, infatti, che, nel caso in cui sia in corso un'indagine giudiziaria per reati contro la P.A. o comunque laddove si rilevino situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite ovvero eventi criminali, il Presidente dell'ANAC può proporre al Prefetto competente per territorio di ordinare la rinnovazione degli organi sociali dell'impresa o di provvedere alla sua temporanea gestione, al fine di dare completa esecuzione al contratto di appalto o di concessione. Il comma 7 stabilisce, inoltre, che durante l'applicazione della misura straordinaria *"l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma*

⁸⁷ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 10 settembre 2013, n. 4214.

⁸⁸ Sent. 11 dicembre 2014, nella causa C 440/13; in particolare, sostiene la Corte che, rispetto alla valutazione della indispensabilità del servizio oggetto della gara, prevalgono le ragioni di opportunità e di buona amministrazione; la rottura del rapporto fiduciario con la stazione appaltante impedisce di attendere gli esiti del procedimento penale o la conclusione delle indagini preliminari, per giungere alla aggiudicazione.

1 (...) è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva." Il comma 10 prevede, infine, eccezionalmente il potere del Prefetto di adottare in via autonoma le misure suddette nei confronti delle imprese, quando abbia emesso un'informativa antimafia negativa e ritenga necessario ed urgente assicurare l'esecuzione del contratto.

In definitiva, il Legislatore ha previsto la possibilità di mantenere in vita il contratto nonostante la presenza, accertata o in fase di accertamento di fatti gravi, anche penalmente rilevanti. Chiara risulta l'opzione normativa di privilegiare l'esecuzione dell'opera rispetto alla revoca dell'appalto.

È stato, invece, valutato come recessivo l'interesse delle altre imprese potenzialmente vincitrici al subentro e all'esecuzione dell'appalto (e, quindi, alla reintegrazione in forma specifica): si legge, infatti, nella sentenza che qui si commenta che *"la soluzione legislativa adottata con la normativa in questione - piaccia o no - ha qualificato come recessivo l'interesse delle imprese partecipanti alla gara a subentrare nel contratto, rispetto al primario interesse pubblico all'esecuzione di opere pubbliche considerate urgenti"*. Operando in siffatto modo, il Legislatore ha altresì colmato una lacuna dell'ordinamento per tutti quei casi in cui, come in quello di specie, non rilevano vizi tali da determinare un annullamento della gara o dell'aggiudicazione, ma si verificano fatti

penalmente rilevanti tali da rendere intollerabile l'esecuzione del contratto da parte del soggetto coinvolto negli stessi⁸⁹.

Il Consiglio di Stato ritiene, in definitiva, che "*piaccia o no*", la soluzione in questione sia quella considerata idonea dal Legislatore a realizzare quell'obiettivo del bilanciamento tra interessi opposti sopra rilevato.

Tale scelta può trovare, per certi aspetti, un suo antecedente nell'art. 14 del d.lgs. n. 190/2002 (legge-obiettivo per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale). Con tale disposizione, in relazione ai giudizi aventi ad oggetto procedure di progettazione, approvazione e realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento si precludeva, in sostanza, la reintegrazione in forma in specifica, attraverso la sospensione o l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione dei contratti stipulati, "*in nome dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*". L'unica forma di tutela ammessa era quella del risarcimento per equivalente. Il Legislatore, dunque, analogamente a quanto avviene oggi con l'articolo 32, qualificava come recessivi gli interessi degli altri concorrenti o gli altri interessi pubblici di fronte al preminente interesse della Nazione a dotarsi di infrastrutture.

Se, dunque, i descritti meccanismi volti a sollecitare la realizzazione di grandi opere possono essere in parte condivisi, determinano, tuttavia, il sorgere di alcuni interrogativi.

⁸⁹ A. MASARACCHIA, *Sacrificato l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara*, in *Guida dir.*, 7 febbraio 2015, n. 7

Ci si può chiedere, in particolare, se la scelta del Legislatore, ancorché comprensibile, possa davvero considerarsi efficiente. Come è stato osservato già in passato, l'opzione in questione non sempre può rivelarsi "*economicamente razionale*": tenere in vita il contratto frutto dell'accordo corruttivo o in generale il contratto e l'aggiudicazione illegittimi, eliminando la reintegrazione in forma specifica, può dirsi ragionevole solo ove "*il valore dell'incremento produttivo derivante dalla realizzazione dell'opera sia maggiore del costo della sua realizzazione più il costo del risarcimento dell'eventuale concorrente escluso illegittimamente dall'aggiudicazione del contratto*"⁹⁰.

Da un'analisi costi - benefici può, dunque, emergere che la ritenuta prevalenza dell'interesse pubblico alla sollecita realizzazione di un'opera non sempre produca benefici effettivi, dal momento che il costo derivante dal sacrificio imposto agli altri interessi (sia pubblici che individuali) può risultare maggiore dell'eventuale beneficio. Si consideri tra l'altro che, dal testo dell'art. 32, non emerge condizione limitativa alcuna della prevalenza della priorità dell'opera pubblica.

Rimane, poi, il fatto che la P.A., in tali casi, non beneficerà dell'offerta migliore, ma di quella che costituirà il risultato dell'accordo corruttivo, con conseguente sacrificio di altro rilevante interesse pubblico, come quello all'efficienza e al buon andamento.

Con riferimento alla prima delle problematiche menzionate, qualche indicazione possiamo, in realtà, trarla dal comma 10 dell'art. 32.

⁹⁰ M. FIOCCA - G. MONTEDORO, *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb. e app.*, 2004, 10, 1132

Quest'ultimo, difatti, con riferimento al potere straordinario del Prefetto di adottare le misure ivi contemplate, contiene un elenco di condizioni legittimanti il potere stesso: *"l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici"*. Potrebbe, allora, concludersi nel senso di ritenere che è in presenza dei suddetti interessi che la disposizione normativa che privilegia l'esecuzione del contratto, anche se aggiudicato in maniera illegittima, sarà applicabile: non già, dunque, a tutti gli appalti pubblici in maniera indistinta, ma solo a quelli nel cui ambito vengano in rilievo gli interessi pubblici contemplati. Del resto, le stesse misure previste dalla norma hanno, per loro natura, carattere straordinario, come la gestione e l'amministrazione straordinaria o il rinnovo degli organi sociali: è legittimo, pertanto, ritenere che le stesse andranno applicate solo in casi caratterizzati da una certa eccezionalità.

Da un'analisi di alcuni recenti commissariamenti attuati su proposta dell'ANAC emerge, in effetti, come tale strumento sia utilizzato in casi assolutamente peculiari. A conferma di ciò è possibile prendere come esempio la recente proposta dell'ANAC di applicazione delle misure *ex art. 32* nei confronti dell'Ospedale israelitico di Roma (poi disposte dal Prefetto con decreto del 2 dicembre 2015). In questa vicenda si inserisce, inoltre, l'art. 3 del D.L. 13 novembre 2015, n. 179 (*"Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese esercenti attività sanitaria per il SSN"*) con cui il Governo è intervenuto proprio sul citato art. 32, al fine di estenderne la

portata applicativa. Nel caso di specie, a seguito dell'emersione giudiziaria di gravissime condotte illecite poste in essere dagli organi direttivi della struttura ospedaliera, si è ritenuto opportuno disporre l'amministrazione straordinaria al fine di evitare che il rischio, peraltro assolutamente concreto, che venisse disposta la revoca dell'accreditamento si riverberasse dannosamente sul profilo occupazionale e su quello delle prestazioni sanitarie a favore di una vasta platea di utenti. Come si vede, anche in questo caso, la straordinarietà della misura trova una sua giustificazione nel fatto che ci si trovi di fronte a situazioni altrettanto straordinarie e anomale che rischiano di ledere in maniera grave interessi pubblici rilevanti, come la continuità dell'assistenza sanitaria.

Chiarito, dunque, questo aspetto, rimane l'altro, quello della potenziale inefficacia del contratto - frutto dell'accordo corruttivo. Ciò potrebbe sollevare alcune perplessità, soprattutto alla luce delle nuove direttive comunitarie enfaticamente rilevanti la qualità negli appalti pubblici. Bisogna, allora, riprendere la domanda posta all'inizio del paragrafo: è davvero possibile un bilanciamento tra l'interesse alla legalità nei contratti pubblici, da un lato, e quello alla sollecita realizzazione di opere pubbliche, dall'altro? Oppure privilegiare l'esecuzione dell'appalto comporta sempre e comunque l'integrale sacrificio dell'interesse alla legalità e all'efficienza?

Limitando la risposta al caso che ci occupa, riteniamo che la scelta del Legislatore costituisca un buon tentativo di bilanciamento. Operando in tal modo si permette, infatti, la celere realizzazione di opere pubbliche, soprattutto quando le stesse rivestano un particolare interesse per la

Nazione; allo stesso tempo, tuttavia, la legalità dell'attività amministrativa non viene frustrata, ma la si tutela tramite l'amministrazione straordinaria dell'impresa coinvolta nei fatti penalmente rilevanti. Inoltre, grazie alla previsione di cui al comma 7 dell'art. 32, si evita che la stessa tragga un beneficio dall'esecuzione dell'appalto, mediante l'accantonamento dei proventi dallo stesso derivanti in un apposito fondo. Per riprendere il ragionamento precedente si potrebbe dire che, con tale disposizione, l'esternalità negativa viene, in qualche modo, internalizzata.

La soluzione in questione, dunque, appare degna di merito perché, di fatto, mentre il soggetto corruttore difficilmente potrà beneficiare dell'esecuzione del contratto, al contrario il Paese ne trarrà un grande vantaggio. Annullare l'aggiudicazione o revocare il contratto, in nome del ripristino della legalità e dell'efficienza avrebbe, invece, comportato l'accumulo di ritardi nel completamento dei lavori in misura di gran lunga superiore rispetto a quelli che, purtroppo, già si sono verificati, determinando un rinvio dell'apertura dell'Esposizione universale che, di certo, avrebbe avuto ripercussioni negative sul Paese, anche in merito all'immagine di quest'ultimo sul piano internazionale.

3.4. Gli obblighi di pubblicità e trasparenza.

Oltre alle misure generali anticorruzione riguardanti la generale attività amministrativa, la riforma del 2012 ha previsto specifiche misure in ordine a tale settore.

La riforma ha operato, *in primis*, sulla maggiore trasparenza e pubblicità dell'operato delle stazioni appaltanti, presupposto irrinunciabile della lotta alla corruzione. Ferme restando le disposizioni specifiche dettate dal Codice dei contratti pubblici, è stato previsto un contenuto minimo della pubblicità sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti con riferimento alla struttura proponente, all'oggetto del bando, all'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, all'aggiudicatario, all'importo di aggiudicazione, ai tempi di completamento dell'opera o servizio o fornitura, all'importo delle somme liquidate⁹¹. Per quanto specificamente riguarda le informazioni sui costi di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini, la riforma rinvia ad uno schema tipo redatto dall'ANAC.

Spetta, inoltre, a tale Autorità pubblicare le informazioni, obbligatoriamente ricevute dalle Amministrazioni nel proprio sito *web* all'interno di una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per Regione. L'elenco delle Amministrazioni inadempienti è, poi, trasmesso dall'ANAC alla Corte dei conti entro il 30 aprile di ogni anno e, in ogni caso, l'inadempimento comporta a carico della stazione appaltante l'irrogazione della sanzione prevista per la mancata ottemperanza alla richiesta di dati ed informazioni formulata dall'Autorità.

Sotto altro profilo, la mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle PP.AA., delle informazioni sopra elencate costituisce violazione degli

⁹¹ Art. 1, c. 16, lett. b), della l. n. 190/2012.

standard qualitativi ed economici ai sensi dell'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 198 del 2009, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (cd. *class action* pubblica)⁹², oltre a integrare in capo al soggetto inadempiente gli estremi della responsabilità dirigenziale.

Ulteriore addebito sanzionatorio è previsto a carico dei responsabili del servizio che ritardino nell'aggiornamento dei contenuti sugli strumenti informatici.

Altra linea direttrice su cui si è mossa la riforma in tema di contrattualistica pubblica è stata quella di ampliare i poteri negoziali delle stazioni appaltanti.

I *patti di integrità*, richiamati anche dal Piano Nazionale Anticorruzione approvato con delibera CIVIT n. 72 dell'11 settembre 2013, sono espressamente previsti dall'art. 1, comma 17, della l. 190/2012 e rappresentano un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo, volte a valorizzare comportamenti eticamente adeguati per tutti i concorrenti. Tale patto si sostanzia in un documento che la Stazione appaltante richiede ai partecipanti alle gare e che permette un controllo reciproco, con annesse sanzioni nel caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo.

Anche i *protocolli di legalità* (già previsti, in via generale, dalla direttiva del Ministero degli Interni del 23 giugno 2010) sanciscono un comune impegno

⁹² FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.

ad assicurare la legalità e trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo e il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Nei protocolli le Amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate.

Mediante l'accettazione delle clausole sancite nei patti di integrità e nei protocolli di legalità, al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, l'impresa concorrente accetta regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara⁹³.

La legge afferma espressamente che le stazioni appaltanti possano prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara. Tale disposizione, anche alla luce del recente principio della tassatività delle clausole di esclusione, si giustifica in quanto gli strumenti in questione sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e le norme che li prevedono devono essere considerate imperative e di ordine pubblico (volte a prevenire e contrastare la criminalità organizzata nel settore degli appalti).

⁹³ Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657

La riforma si è anche mossa nel senso dell'affidabilità degli operatori economici che partecipano alle procedure pubbliche di scelta del contraente. Sono, infatti, state previste le cd. *white list*, vale a dire elenchi da istituire presso le Prefetture di imprese operanti in settori di attività particolarmente esposti all'azione della malavita organizzata da sottoporre, conseguentemente, a controlli periodici. L'istituzione obbligatoria presso ogni Prefettura di elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori riguarda i settori di attività maggiormente esposti a rischio di infiltrazione mafiosa. Agli elenchi sono iscritti gli operatori economici che, dalle verifiche prefettizie, non risultano soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa: la verifica è assimilabile a quella prevista per il rilascio dell'informazione antimafia dall'art. 10, comma 7, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 e dall'art. 86 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, codice antimafia. L'iscrizione negli elenchi della prefettura in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività: gli accertamenti utili all'iscrizione nelle *white list* hanno, infatti, già completato la necessaria attività istruttoria. La comunicazione prefettizia può essere sostituita dall'iscrizione alle *white list* per tutte le attività economiche il cui esercizio richiede la comunicazione antimafia e cioè l'attestazione prefettizia dell'insussistenza delle cause di decadenza o di divieto di cui all'art. 67 del codice antimafia. La verifica viene rinnovata periodicamente e, in caso di esito negativo circa l'insussistenza del rischio di infiltrazione mafiosa, viene disposta la cancellazione dell'impresa dall'elenco. Ai fini delle verifiche, l'impresa iscritta nell'elenco deve comunicare alla Prefettura qualsiasi

modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni dall'avvenuta modifica. La mancata comunicazione comporta la cancellazione dell'iscrizione.

Ancora, vi è stato l'ampliamento del novero dei reati che giustificano la risoluzione del contratto ai sensi dell'art.135 del d.lgs. n. 163/2006.

Ulteriore elemento di novità è quello attinente alla modifica della disciplina dell'arbitrato di cui all'art. 241 d.lgs. 163/2006. Tali disposizioni si prefiggono di limitare l'applicazione dell'istituto dell'arbitrato, tradizionalmente svantaggioso per la P.A. e si presta a infiltrazioni di corrotte. Ad esempio, è previsto che il deferimento ad arbitri di controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici possa avvenire unicamente previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'Amministrazione. È, inoltre, prevista la nullità della clausola compromissoria priva di autorizzazione preventiva o del ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione.

Ancora, si estende l'applicazione delle disposizioni in materia di arbitrato anche alle controversie relative a società partecipate da PP.AA. o ad esse collegate che, comunque, abbiano ad oggetto prestazioni finanziate con risorse pubbliche.

A seguito delle recenti inchieste penali che hanno riguardato il Mose di Venezia e Expo 2014 di Milano, con d.l. 26 giugno 2014 n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, il Governo ha emanato ulteriori disposizioni volte a garantire un migliore livello di certezza

giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici che completano la riforma del 2012.

La prima grande innovazione è, certamente, quella che ha previsto la soppressione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici - AVCP e l'assorbimento delle relative funzioni da parte dell'ANAC. Tale ultima Autorità, già costituita con la l. n. 101 del 2013, ha dapprima ereditato le funzioni anticorruzione che la l. n. 190/2012 aveva attribuito alla CIVIT (già istituita con l. n. 150/2009).

Il procedimento di modifica dell'assetto e funzioni dell'ANAC si conclude con il d.l. n. 90 del 2014 con la soppressione dell' Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (AVCP) e l'attribuzione delle relative competenza all'ANAC. Inoltre, la stessa legge toglie all'ANAC la materia del controllo di *performance* delle amministrazioni (ereditate dalla Civit) e la trasferisce al dipartimento per la funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Alla luce di quanto finora asserito, emerge che, ad oggi, l'Anac è a tutti gli effetti un'Autorità preposta alla lotta alla corruzione in tutti i settori dell'attività amministrativa. Con specifico riferimento ai contratti pubblici, l'Anac è diventata l'Autorità di settore che assolve il compito della vigilanza e garanzia della qualità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. L'effettività dell'azione svolta è, di fatto, assicurata dai poteri sanzionatori attribuiti nella stessa materia.

Tra le varie misure anticorruptive disposte rileva, certamente, la previsione di misure amministrative nei confronti delle imprese responsabili

di fenomeni di corruzione. L'art. 32 del d.l. n. 90/2014 prevede che, nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i reati di concussione, corruzione e turbativa d'asta ovvero in presenza di rilevanti situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili a un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico (compresi i concessionari di lavori ed i contraenti generali), il Presidente dell'Anac ne informa il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati, propone al Prefetto competente l'adozione dei seguenti provvedimenti alternativi:

- a) ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione;
- b) provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.

Nel caso in cui le indagini relative ai reati di cui sopra riguardino componenti di organi societari diversi da quelli destinatari dei provvedimenti di cui alle suddette lett. a) e b), è prevista la possibilità di adottare misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa attraverso la nomina, da parte del Prefetto, di uno o più esperti (non più di tre) che devono fornire all'impresa prescrizioni operative.

Ulteriori misure di controllo preventivo in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a

tentativo di infiltrazione mafiosa, misure relative all'esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture e, nell'ambito di queste, misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese, affidandone l'attuazione al Presidente dell'ANAC e al Prefetto competente.

In ultimo, può essere segnalato, sempre sul fronte della prevenzione della corruzione la previsione della trasmissione ad ANAC, ai fini dell'adozione degli eventuali provvedimenti di competenza, delle varianti in corso d'opera di cui all'art. 132, c. 1, lettere b), c) e d), del Codice dei contratti pubblici, di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto. Tali varianti sono trasmesse all'ANAC unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento all'ANAC entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante.

Le nuove misure descritte hanno, dunque, costituito un indubbio cambiamento di tendenza rispetto al precedente assetto della normativa anticorruzione per il settore della contrattualistica pubblica.

Il Legislatore italiano sembra aver preso atto che inefficienza e corruzione hanno nature diverse, da fronteggiare con gli opportuni, diversi, rimedi. La corruzione va contrastata senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure che non limitino la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento, ingessando le regole della gara. Le regole dello svolgimento della gara non possono assurgere a "*bacchetta magica*" risolutoria dei problemi di inefficienza e corruzione. Fuori dalle regole della gara (e probabilmente, anche fuori dal Codice dei contratti pubblici), occorre

individuare misure contro la corruzione, sia preventive che repressive, che abbiano come presupposto la trasparenza dell'operato delle amministrazioni.

Tali misure possono e devono riguardare il contesto nel quale la gara si svolge (ad esempio, la composizione della commissione aggiudicatrice, il rafforzamento dei vincoli di pubblicazione e trasparenza del bando, la trasparenza degli atti di gara, l'affidabilità dei concorrenti, contrasto ai conflitti d'interesse, ecc.) ma non le regole di gara in senso stretto ovvero la sua tipologia le modalità di selezione, il criterio di scelta. Le regole dell'espletamento della gara, che ne condizionano l'esito⁹⁴, devono avere come obiettivo unico quello di selezionare la migliore offerta possibile e, dunque, condurre ad una scelta efficiente. Al di fuori di tali regole di gara, occorre creare un contesto ambientale che sterilizzi le procedure dalla corruzione.

L'illustrata riforma della disciplina Anticorruzione, iniziata nel 2012 e, probabilmente, non ancora conclusa, sembra andare in tal senso. Pare dunque, in via di superamento l'idea (ereditata dalla legge *Merloni* fin dagli anni 90) che il rimedio contro la corruzione possa essere trovato dentro le regole *strictu sensu* delle procedure di aggiudicazione e attraverso il loro irrigidimento, con la riduzione al minimo della discrezionalità amministrativa. Le misure anticorruptive degli ultimi anni, si collocano, infatti, fuori dalla regolazione della gara e trovano il loro presupposto nella maggiore trasparenza dell'operato della P.A..

⁹⁴ NOBEL W. S. VICKREY, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, *Journal of Finance*, Volume 16, Issue 1 (Mar., 1961), 8-37

Non può non essere, inoltre, segnalato che molte disposizioni contenute nella legge anticorruzione e nel suo completamento costituito dal d.l. n. 90/2014 (norme sulla risoluzione dei contratti, sull'arbitrato, sul commissariamento delle imprese coinvolte in fatti corruttivi, misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, trasmissione all'ANAC delle varianti, ecc.) riguardano la fase dell'esecuzione dei contratti che, come si è osservato, costituisce il momento meno trasparente e più critico della vita dei contratti pubblici. Anche tale apprezzabile circostanza costituisce una dimostrazione del mutato atteggiamento del Legislatore verso il fenomeno della corruzione nella contrattualistica pubblica⁹⁵.

3.5. Il nuovo codice dei contratti pubblici: gli obiettivi e l'impianto normativo attuale

L'emanazione del nuovo Codice Appalti, il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha rappresentato l'occasione per cercare di semplificare le tantissime norme procedurali che fin dalla fase della programmazione portano al collaudo, con l'eliminazione ad esempio del regolamento di esecuzione, sostituito dallo strumento flessibile delle linee guida ANAC.

Le continue modifiche al Codice, tuttavia, se da una parte rispondono all'esigenza di sopperire alla situazione di grave crisi, dall'altro creano incertezza tra gli operatori del settore. Specie tra coloro che, privi di

⁹⁵ SESSA A., "Sistema penale e 'legalità reticolare': opzioni di valore nella più recente normativa anticorruzione", in LE CORTI SALERNITANE. Vol. 1-2. Pag.261-293

un'adeguata specializzazione, si trovano a dover gestire ingenti risorse, così bloccate.

A livello europeo, le direttive 17 e 18 del 2004 sono state sostituite dalle direttive 23, 24 e 25 del 2014, e recepite dal legislatore italiano con l'emanazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (pubblicato in G.U. n. 91 del 19 aprile 2016), che va a sostituire il d.lgs. n. 163/2006.

Il quadro normativo immediatamente successivo all'entrata in vigore del Codice appare radicalmente modificato, con l'abrogazione del d.P.R. 207/2010, sostituito dalle linee guida dell'ANAC e dai decreti attuativi del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

La nuova disciplina in materia di contratti pubblici si caratterizza, quindi, per una forte semplificazione e sinteticità della normativa di riferimento, in aperta controtendenza con gli interventi del passato.

Oltre al Codice, modificato e integrato da diverse disposizioni normative, la materia è disciplinata dalle seguenti Linee Guida ANAC:

Linee Guida n. 1 – Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (G.U. n. 228 del 29 settembre 2016);

Linee Guida n. 2 – Offerta economicamente più vantaggiosa (G.U. n. 238 dell'11 ottobre 2016);

Linee Guida n. 3 – Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (G.U. n. 273 del 22 novembre 2016);

Linee Guida n. 4 – Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici (G.U. n. 274 del 23 novembre 2016);

Linee Guida n. 5 – Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (G.U. n. 283 del 3 dicembre 2016);

Linee Guida n. 6 – Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice (G.U. n. 2 del 3 gennaio 2017);

Linee Guida n. 7 – Iscrizione nell’Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall’art. 192 del d.lgs. 50/2016 (G.U. n. 61 del 14 marzo 2017);

Linee Guida n. 8 – Procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (G.U. n. 248 del 23 ottobre 2017);

Linee Guida n. 9 – Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato (G.U. n. 92 del 20 aprile 2018);

Linee Guida n. 10 – Affidamento del servizio di vigilanza privata (G.U. n. 138 del 16 giugno 2018);

Linee Guida n. 11, recanti «Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea»;

Linee Guida n. 12 – Affidamento dei servizi legali (G.U. n. 264 del 16 novembre 2018);

Linee Guida n. 13 – La disciplina delle clausole sociali (G.U. n. 50 del 28 febbraio 2019);

Linee Guida n. 14 – recanti “Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato” (G.U. n. 73 del 27 marzo 2019);

Linee Guida n. 15 – recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici» (G.U. n. 182 del 05 agosto 2019).

Il quadro è completato da ulteriori decreti ministeriali che, ad esempio, disciplinano i requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria (D.M. MIT 2 dicembre 2016, n. 263); i criteri ambientali minimi (D.M. Ambiente 11 gennaio 2017); gli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara (D.M. MIT 2 dicembre 2016); l'individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico (D.M. MIT 10 novembre 2016, n. 248), oltre ad altri interventi avente un carattere interpretativo e specifico, per i quali si rinvia ai singoli istituti.

In attesa della sostituzione delle disposizioni del d.P.R. 207/2010 che ancora producono effetti sono intervenuti, dapprima, il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, c.d. Decreto Correttivo al Codice e, successivamente, il D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (convertito con Legge 14 giugno 2019, n. 55), c.d. Decreto Sblocca Cantieri, di cui si parlerà diffusamente in seguito, che hanno modificato parzialmente la rotta iniziale del Codice.

Il d.lgs. n. 56/2017 (pubblicato sul supplemento ordinario n. 22/L alla G.U. n. 103 del 5 maggio 2017, per entrare in vigore il successivo 20 maggio), primo intervento di modifica del codice dei contratti, ha introdotto molteplici novità nell'ambito dei contratti pubblici. A partire dalla rubrica del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, modificata più semplicemente in "*Codice dei contratti pubblici*".

Una delle novità maggiormente significative e discusse è, senza dubbio, rappresentata dall'abrogazione dell'articolo 211 comma 2.

Tra le funzioni e i poteri che il Codice aveva riservato all'ANAC, era stata infatti prevista la possibilità per l'Autorità di invitare mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela qualora avesse ravvisato un vizio di legittimità degli atti della procedura di gara. Il mancato adeguamento dell'amministrazione comportava la corresponsione di una sanzione amministrativa da un minimo di euro 250 a un massimo di euro 25.000 a carico del dirigente responsabile.

La sua eliminazione ristabilisce in parte quel distorto sistema di "*subordinazione*" delle amministrazioni pubbliche all'Autorità che non trova la necessaria corrispondenza nelle disposizioni di legge.

Per il resto, il correttivo ha inciso indistintamente su tutte le parti del Codice, talvolta intervenendo semplicemente su alcuni refusi, in altri casi modificando sostanzialmente alcuni dei più importanti istituti degli appalti pubblici.

La relazione illustrativa al correttivo evidenzia come le modifiche proposte siano state mirate a perfezionare l'impianto normativo senza intaccarlo, con lo scopo di migliorarne l'omogeneità, la chiarezza e adeguatezza, così da perseguire efficacemente l'obiettivo dello sviluppo del settore degli appalti pubblici.

Le modifiche più significative, oltre all'introduzione di nuovi provvedimenti attuativi da parte dell'ANAC e del Ministero delle infrastrutture, hanno riguardato:

- Sul piano delle definizioni. Il correttivo interviene sull'articolo 3 del Codice dedicato alle definizioni. Sono introdotte le definizioni di lavori di categoria prevalente e lavori di categoria scorporabile. Viene, inoltre, definita l'attività di manutenzione, distinguendo tra manutenzione ordinaria e straordinaria (art. 3);
- esclusioni: inserita un'interessante norma in ambito di esclusione a vantaggio dell'imprenditoria agricola. Sono, infatti, esclusi dall'applicazione del Codice gli appalti aventi ad oggetto l'acquisto di prodotti agricoli e alimentari per un importo non superiore a 10.000 euro annui per ciascuna impresa, da imprese agricole singole o associate situati in comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di

statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993 (art. 17);

- progettazione. Diviene obbligatorio l'utilizzo delle tabelle dei corrispettivi approvate con il D.M. Giustizia del 17 giugno 2016. E' prevista una tutela per i progettisti (e i loro compensi) nei casi in cui non si addivenga al finanziamento dell'opera progettata e si stabilisce il divieto di sostituire il compenso con forme di sponsorizzazione o rimborso. Nell'ambito delle attività di programmazione triennale dei lavori pubblici e dell'espletamento delle procedure di dibattito pubblico, nonché dei concorsi di progettazione e di idee, è introdotta la possibilità di redigere il "documento di fattibilità delle alternative progettuali", consistente nella prima fase di elaborazione progettuale (artt. 21, 23 e 24);
- dibattito pubblico. Sono previste delle modalità di monitoraggio, per il tramite di una commissione istituita presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, delle procedure di dibattito pubblico (art. 22);
- requisiti dei consorzi. Viene inserita una norma dedicata alla qualificazione dei consorzi e all'utilizzo dei requisiti sia maturati in proprio, sia posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia mediante avvalimento quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto (art. 47);

- appalto integrato. E' introdotta la possibilità di affidare all'impresa di costruzioni anche la progettazione, ponendo a base di gara il progetto definitivo, nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori ovvero in caso di affidamento dei lavori mediante procedura di partenariato per l'innovazione o di dialogo competitivo (art. 59);
- presidente della commissione giudicatrice. Per i lavori di importo inferiore a 1 milione di euro, nonché per quelli che non presentano particolari complessità e per i contratti di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie, il presidente della commissione giudicatrice non può essere scelto all'interno dell'amministrazione ma deve essere nominato tra gli esperti iscritti all'albo tenuto dall'ANAC (art. 77);
- responsabile del procedimento. All'art. 77, comma 4 del Codice, dettato al fine di evitare eventuali conflitti di interesse per i commissari, viene aggiunto un secondo periodo che prevede una valutazione, gara per gara, rispetto alla nomina del responsabile del procedimento quale membro della commissione giudicatrice (art. 77);
- soccorso istruttorio. E' eliminato il riferimento al pagamento della sanzione in caso di presentazione di una offerta incompleta da parte del concorrente. Viene infatti prevista esclusivamente l'esclusione dalla procedura in caso di mancata regolarizzazione documentale da parte del concorrente (art. 83);

- criteri di aggiudicazione. In relazione al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, è introdotto un tetto massimo del 30 per cento per il punteggio economico. E' altresì modificata la possibilità di utilizzo del prezzo più basso: per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo e con applicazione obbligatoria dell'esclusione automatica; per i servizi e le forniture di importo inferiore a 40.000 euro e per gli stessi affidamenti aventi un valore massimo inferiore o pari alla soglia comunitaria, soltanto se caratterizzati da elevata ripetitività e fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico oppure a carattere innovativo (art. 95);
- offerte anomale. Nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, la valutazione della soglia di anomalia può essere fatta quando siano ammesse almeno 5 offerte (art. 97);
- certificato di regolare esecuzione. Fino all'adozione del decreto ministeriale di cui all'art. 102, comma 8, del Codice, il certificato di collaudo è sempre sostituito da quello di regolare esecuzione per i lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, mentre sussiste la facoltà di emissione per i lavori fino a 1 milione di euro (art. 102);
- subappalto. E' eliminata la norma (art. 105 comma 4 del Codice) che prevedeva la possibilità di procedere al subappalto soltanto in caso di

indicazione espressa nel bando di gara. Viene inserita un'ulteriore ipotesi di esclusione dal novero dei contratti di subappalto per le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore all'indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. Infine, è inserito l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori in sede di offerta nel caso di attività esposte a rischio di infiltrazione mafiosa (art. 105);

- modifiche del contratto. E' introdotta la possibilità di modificare il contratto senza necessità di una nuova procedura in caso di contratti entro le soglie di cui all'articolo 35 del Codice e quando ci si ritrovi entro il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali, senza comunque alterare la natura complessiva del contratto (art. 106);
- termini di pagamento. E' fissato in quarantacinque giorni il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto (art. 113-bis);
- rimedi alternativi alla giurisdizione. Viene meno la possibilità di utilizzo, tra i rimedi alternativi a quelli giurisdizionali, del collegio consultivo tecnico (art. 207);
- i poteri dell'ANAC. L'art. 211, comma 2, del Codice, come detto, prevedeva che l'ANAC potesse "raccomandare" alla stazione appaltante

di correggere eventuali atti illegittimi, sanzionando l'eventuale inadempimento con una sanzione (da un minimo di euro 250,00 ad un massimo di euro 25.000,00). Il correttivo elimina questa norma e con essa qualsiasi connessa responsabilità del dirigente responsabile (art. 211).

3.6. La riforma del decreto "Sblocca Cantieri".

Al fine di rispondere alle criticità che comunque manteneva il Codice nonostante l'intervento del Decreto Correttivo, è stato emanato il D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (in Gazzetta Ufficiale – Serie Generale – n. 92 del 18 aprile 2019), recante *"Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici"*, convertito con legge 55/2019.

Si tratta di un provvedimento che apporta modifiche rilevanti al d.lgs. 50/2016 ma anche al Testo Unico Edilizia, alle disposizioni relative agli eventi sismici dell'Abruzzo nell'anno 2009, del nord e centro Italia, oltre a varie disposizioni riguardanti l'organizzazione degli enti locali.

Per quanto concerne il Codice dei contratti pubblici, le principali novità, presenti nel Capo I del decreto intitolato *"Norme in materia di contratti pubblici, di accelerazione degli interventi infrastrutturali e di rigenerazione urbana"*, sono state:

- abrogazione delle linee guida ANAC. L'articolo 216 comma 27^{octies} del Codice, stabilisce infatti che *"Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni*

dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma". La maggiore problematicità di questo intervento riguarda la mancata abrogazione di tutte le linee guida fino ad oggi approvate dall'ANAC e la futura coesistenza di provvedimenti tra loro "contrastanti";

- modifica dell'articolo 23 comma 3bis, relativo all'affidamento ed esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria a prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo;
- modifica dell'articolo 35, comma 9, lettera a), dedicato alla determinazione del valore dell'appalto quando l'affidamento avviene per lotti distinti, nel quale è stata eliminata la locuzione "contemporaneamente". Questa modifica ha origine dalle raccomandazioni fornite dalla Commissione europea nella procedura di infrazione avviata contro l'Italia, in cui si è osservato che aggiungendo la qualifica "contemporaneamente", la normativa italiana

ha ristretto l'applicabilità dell'obbligo di computare il valore complessivo stimato della totalità dei lotti, rispetto a quanto indicato nella direttiva 2014/24, per cui tale criterio si applica anche quando l'appalto *"può dar luogo ad appalti aggiudicati per lotti distinti"*. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il computo del valore complessivo stimato della totalità dei lotti si applica, quindi, anche nel caso di appalti aggiudicati per lotti distinti, e non solo in caso di aggiudicazione contemporanea di lotti distinti;

- modifica dell'articolo 35 comma 18, estendendo la corresponsione dell'anticipazione del prezzo dell'appalto al 20% (calcolato sul valore stimato dell'appalto e non sull'importo contrattuale) a tutti gli appalti, quindi anche agli affidamenti di forniture e servizi, ivi compresi quelli di progettazione;
- modifica dell'articolo 36. Inizialmente, l'art. 1 comma 912, della Legge di Bilancio 2019, era intervenuto introducendo, per il solo 2019, l'innalzamento della soglia per l'affidamento diretto da 40.000,00 a 150.000,00 euro, *"previa consultazione di almeno tre operatori economici"* nonché l'innalzamento della soglia della procedura negoziata con almeno dieci operatori economici, per importi pari o superiori a 150.000 e inferiori a 350.000 euro. Con lo Sblocca Cantieri, per i lavori, la soglia si innalza da 150.000,00 a 200.000,00 euro e gli operatori da consultare scendono ad almeno tre. Scompare la procedura negoziata e il criterio del prezzo più basso diviene la regola per gli affidamenti da 200.000,00 euro e fino alla soglia comunitaria. Per le procedure sopra

soglia, scompare il tetto del 30% da attribuire al punteggio economico. La riduzione della soglia entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori amplia l'ambito di applicazione delle procedure aperte, con conseguenti complessità legate alla gestione di procedure molto partecipate;

- modifica dell'articolo 36 comma 5, in materia di inversione procedimentale e apertura dell'offerta economica prima della busta contenente la documentazione amministrativa. Questo istituto, di derivazione europea, ha posto fin da subito delle problematiche operative. La posticipazione riguarda unicamente la documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità tecnico-economica (artt. 80, 83, 84, 87 e 89), non pare invece riguardare adempimenti diversi anche se essenziali quali la garanzia provvisoria (art. 93), il pagamento del contributo ANAC, l'adesione ai patti/protocolli di integrità/legalità, l'eventuale sopralluogo obbligatorio, il mandato e l'impegno in caso di RTI. Potrebbe, quindi, essere necessario uno «sdoppiamento» temporale nell'esame della documentazione amministrativa;
- modifica dell'articolo 47, con la previsione che la possibile assegnazione a imprese del consorzio non configura subappalto;
- modifica all'articolo 80, comma 1, nella parte in cui le cause di esclusione del concorrente vengono riferite anche al subappaltatore;
- modifica all'articolo 80, comma 4, prevedendo l'esclusione del concorrente che non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento

delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati, a prescindere quindi dall'accertamento definitivo della violazione e dal suo importo;

- modifica dell'articolo 95. E' stata innalzata, da due milioni di euro fino alla soglia comunitaria, la possibilità per le amministrazioni di utilizzare il criterio del massimo ribasso, con obbligo di applicare l'esclusione automatica delle offerte anomale, laddove l'appalto non presenti carattere "*transfrontaliero*" ed il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a dieci;
- modifiche all'articolo 105 in tema di subappalto. Viene eliminato il divieto per l'affidatario di subappaltare a soggetti che abbiano partecipato alla stessa gara e soppresso l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori in sede di offerta. È altresì introdotta la possibilità che il subappalto possa spingersi fino al 50% dell'importo complessivo del contratto;
- reintroduzione dell'appalto integrato, in via transitoria e per i progetti definitivi approvati entro il 31.12.2020, con pubblicazione del bando entro i successivi 12 mesi.

La legge di conversione del Decreto Sblocca Cantieri, Legge 14 giugno 2019, n. 55, recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*", ha confermato alcune delle disposizioni previste nel decreto legge, cancellandone invece delle altre (ad

esempio, è venuta meno l'originaria modifica dell'articolo 36 relativa all'inversione procedimentale).

È stata ribadita la sostituzione delle linee guida ANAC con il regolamento, l'applicazione di alcune norme è stata sospesa fino al 31 dicembre 2020 e altre sono state invece introdotte solo per un periodo limitato.

Le norme del Codice sospese fino al 31 dicembre 2020 sono:

- facoltà e non obbligo per i comuni di qualsiasi dimensione di appaltare senza obbligo di CUC, SUA, soggetti aggregatori (salvo convenzioni CONSIP);
- divieto di appalto integrato (art. 59, comma 1);
- albo centralizzato ANAC (art. 77, comma 3);
- terna dei subappaltatori (art. 105, comma 6);
- divieto di riserve su aspetti progettuali validati (art. 205, comma 2).

Le norme del Codice in vigore solo fino al 31 dicembre 2020, invece, sono:

- affidamento dei progetti e lavori in pendenza di risorse (art. 23, comma 11);
- subappalto esteso dal 30% al 40% (art. 105, comma 2);
- inversione procedimentale per i soli settori speciali (art. 133, comma 8);
- progettazione semplificata delle manutenzioni.

La prima impressione che si ha dell'intervento normativo del 2019 sul *Codice dei contratti pubblici* - realizzato con il D.L. n. 32/2019, convertito con varie modifiche nella l. n. 55/2019, così detto "*sblocca cantieri*" - è che si tratti

dell'ennesima modifica⁹⁶ di una materia che altresì nella sistemazione fornita dal d.lgs. n. 50/2016, nuovo *Codice dei Contratti Pubblici*, sembra destinata a non pervenire mai a un assetto stabile; malgrado le direttive UE di cui il Codice è attuazione nazionale (Dir. 2014/23, 24 e 25) siano, nel quinquennio decorso, rimaste quasi integralmente identiche.

L'impressione è solo in parte fondata.

Il confronto con il diritto EU evidenzia, ad ogni buon conto, una circostanza significativa: i problemi di assetto della disciplina dei contratti pubblici derivano, principalmente, non dalla mutevolezza del parametro normativo comunitario, ma dalle difficoltà nazionali connesse al tipo di organizzazione delle amministrazioni coinvolte, alla loro funzionalità, al sistema dei controlli e delle responsabilità⁹⁷, alla fragilità del decisore a fronte degli interessi di settore, anche quando si tratta di micro interessi.

L'intervento legislativo in esame risulta in linea con una più ponderata politica di revisione del Codice dei contratti pubblici del 2016, almeno in comparazione con l'esperienza successiva al d.lgs. n. 163/2006. Peraltro, più "ponderata", solo per l'osservatore italiano, dato che rimane il dato oggettivo che più della metà delle disposizioni del Codice hanno avuto nel triennio intercorso dal 2016 piccole o grandi modifiche; circostanza sconosciuta nei maggiori Stati membri dell'UE, che pure sono alle prese con i medesimi problemi posti dalle direttive del 2014.

⁹⁶ M.P. CHITI, *Il decreto "sblocca-cantieri": ambizioni e limiti*, in questa *Rivista*, 2019, 6, 719 ss.

⁹⁷ M. MARIANI - L. SPAGNOLETTI - E. TOMA (a cura di), *La legge "sblocca cantieri" (Legge 14 giugno 2019, n. 55). Le novità del Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.

Rimane aperta la prospettiva politica di un nuovo codice che prenda il posto dell'attuale. Ha molto stupito la decisione del Governo di presentare un d.d.l. per la delega a riformare organicamente la materia. Il disegno di legge n. 1162 del 22 marzo 2019 intende delegare il Governo ad adottare, nel termine di un anno, uno o più decreti per il riassetto della disciplina della materia e per realizzare un nuovo codice, sostitutivo di quello del 2016. Il d.d.l. è, per un verso, ripetitivo della delega da cui è scaturito il vigente Codice; per l'altro, introduce nuovi elementi, per niente chiari, in tema di fonti e per alcuni particolari istituti. Non si tratta, dunque, di una delega per un mero riassetto della legislazione, ma per un vero nuovo Codice di cui non si avverte la necessità. È, dunque, positivo che il d.d.l. non abbia ancora iniziato il suo *iter* di approvazione.

La conclusione sul tipo di intervento normativo seguito nel 2019 è che solo in parte siano fondate le critiche, diffusissime, per l'apparente degenerazione delle continue innovazioni legislative, ancor prima che il precedente assetto sia stato testato dalle amministrazioni e dagli operatori.

CONCLUSIONI

Non è agevole determinare la rilevanza immediata delle modifiche che la legge n. 190 ha apportato alla legge sul procedimento. Se quest'ultima viene esaminata alla luce della sua interpretazione giurisprudenziale, alcune misure introdotte dalla l. n. 190 si dimostrano meno innovative di quanto possano apparire a un primo esame. In altri casi, l'applicazione letterale delle nuove disposizioni potrebbe portare ad appesantimenti del procedimento tutto sommato ingiustificati, non controbilanciati da vantaggi effettivi in termini di maggiore qualità e imparzialità dell'amministrazione. Questo potrebbe ugualmente spingere a letture conservative delle norme, incanalate in soluzioni interpretative già collaudate. Da tale punto di vista, la legge n. 190 parrebbe ascrivibile alla ormai lunga serie di interventi non indispensabili che il legislatore ha effettuato sulla legge del procedimento.

Non si può tuttavia neppure disconoscere che tale genere di modifiche e integrazioni valgano a indicare le aree di attenzione che il legislatore ha ricollegato ai fenomeni corruttivi e al loro contrasto. Gli istituti coinvolti vedono esplicitate e rafforzate alcune loro funzioni latenti. Si pensi all'obbligo di motivazione e a una sua applicazione in funzione di emersione e prevenzione dei fenomeni corruttivi. In questo modo, anche l'interpretazione delle norme potrebbe vedere slittamenti in direzioni oggi meno battute. I vizi meramente "formali", ad esempio, potrebbero beneficiare di una "riquotazione", ogni qualvolta le formalità violate tutelassero una più

generale esigenza di trasparenza dell'amministrazione non riducibile alla decisione concretamente raggiungibile in un caso specifico.

BIBLIOGRAFIA

ANGELETTI S., *Aspetti problematici del riparto delle giurisdizioni e Stato amministrativo*, Milano, 1980.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, P.S.*, II, 16a ed., Milano, 2016, 409.

APRILE E.- CASSANO M. - GAMBARDELLA M.- MONGILLO V. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, diretto da Lattanzi - Lupo, vol. VII: I delitti contro la pubblica amministrazione, libro II: Artt. 314-360*, Giuffrè, Milano, 2010

BATTINI S., *Concorsi interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione degli istituti di reclutamento e carriera*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, VI, 611.

BENUSSI C., *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, 193.

BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 816.

BIFULCO R., *Art. 41*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 285 ss.

CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di) "*Negoziazioni Pubbliche - scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*", Milano 2013

CARANTA R., *Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di Falcon, Padova, 2005, 153 ss.

CARANTA R., *Les conditions et modalités juridiques de l'indépendance du régulateur*, in *Les régulations économiques: légitimité et efficacités*, a cura di Frison-Roche, Paris, 2004, 72.

CARINGELLA F.- GIUSTINIANI M. (a cura di), *Il decreto sblocca cantieri. Commento organico alle novità introdotte nei contratti pubblici dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. dalla l. 14 giugno 2019, n. 55*, Roma, 2019.

CASSETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 315; BARILE, 1958, 38.

CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1968, 63

CASSESE S., *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, in part. 84 ss.

CATENACCI M. (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Estratto dal V volume del *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, diretto da PALAZZO, PALIERO, Torino, 2017, 58.

CATENACCI M., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2017, 12-13.

CAVALIERE A., LONGOBARDO C., MASARONE V., SCHIAFFO F., SESSA A., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia* in Edizioni Scientifiche Italiane Vol. unico. Pag.1-762

CERULLI IRELLI V., *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002, 355 ss.

CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 244.

CERULLI IRELLI V., *Premesse problematiche allo studio delle «amministrazioni indipendenti»*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi, Merusi, Milano, 1993, 23 ss.

CHIRULLI P. – BARDELLONI S., *Il decreto "sblocca cantieri": un perenne equilibrio precario tra interessi contrapposti*, in *www.mefop.it*, 9 settembre 2019.

CHITI M.P., *Il decreto "sblocca-cantieri": ambizioni e limiti*, in questa Rivista, 2019, 6, 719 ss.

CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, in *Corso di diritto amministrativo*, 6, a cura di Cassese S., Milano, 2005, 31 ss.

CLARICH M., *Politica e amministrazione negli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 782

COMBA M., *Ombudsman*, e BORGONOVO RE, *Ombudsman in diritto comparato*, in *Digesto pubbl.*, X, Torino, 1995, 296 e 306

- D'AURIA G., *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1209 ss.
- DICKMANN R., *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 917, ed in particolare, per quanto riguarda le leggi in luogo di provvedimento amministrativo, *ivi*, 927 ss.
- DI MASCIO F., *Una relazione della Commissione europea sulle politiche anti - corruzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 2, 548.
- FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, P.S.*, I, 5^a ed., Bologna, 2012, 208.
- FIDONE G., *Il sistema dei contratti pubblici spagnolo: la flessibilità dei modelli garantita da programmazione e controlli*, in Comporti G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011
- FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.
- FIOCCA M. – MONTEDORO G., *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb. e app.*, 2004, 10, 1132
- FOÀ S., *Il restauro è espressione della tutela dei beni culturali: la disciplina normativa è solo statuale*, in *Foro amm.*, 2004, 356.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 1960, 53 s.
- GROSSO C., *sub artt. 318-322*, in PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 290.
- IASEVOLI C., *"La Legge Spazzacorrotti"*, Cacucci Editore, 2019, 87.
- LONGOBARDO C., *Le pene accessorie spazzeranno via i corrotti?*, in *Giustizia penale della post-modernità*, 2019.
- MACCHIA M., *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo*, in F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 98

- MANES V., *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in RIDPP, 2000, 924.
- MARIANI M.- SPAGNOLETTI L.- TOMA E. (a cura di), *La legge "sblocca cantieri" (Legge 14 giugno 2019, n. 55). Le novità del Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.
- MASARACCHIA A., *Sacrificato l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara*, in Guida dir., 7 febbraio 2015, n. 7
- MERUSI F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in Dir. amm., 2004, 649
- MIRRI M.B., *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, in RIDPP, 1980, 441.
- MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Esi, Napoli, 2012, p.1-658
- MONGILLO V., *"Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2020, n. 2, p. 967-1019.
- NAPOLITANO G., *"La logica del diritto amministrativo"*, 2014, Bologna, 228
- NICOLAI M., *Riserva di legge e organizzazione della Pubblica Amministrazione*, in Giur. cost., 1988, 3313.
- NOBEL W. S. VICKREY, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, Journal of Finance, Volume 16, Issue 1 (Mar., 1961), 8-37
- PAGLIARO A., PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, P.S., I, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 10^a ed., Milano, 2008, 132-133.
- PAJNO A., *"La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione"*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su *"La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione"*, Varenna, 17-19 settembre 2015, in corso di pubblicazione.

- PALICI DI SUNI E., CASSELLA, COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, 2^a ed., Padova, 2001.
- PALICI DI SUNI E., *Inerzia della p.a. e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 13
- PALOMBI E., *La concussione*, Torino, 1998, 117.
- PARISI N., CHIMENTI M.L., *Il ruolo dell'A.N.A.C. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, 2, 409
- PASTORI F., *Governo e amministrazione negli enti locali fra la l. n. 142/90 e la l. n. 81/93*, in *Dir. amm.*, 1995, 57 ss.
- PASTORI F., *La dirigenza regionale e locale nella legislazione vigente*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Modena, 1992, 966.
- PIOLETTI G., *Concussione*, in *Digesto pen.*, III, Torino, 1989, 3.
- REBUFFA G., *Lo Statuto albertino*, Bologna, 2003, 68 ss.
- RIZZO M., *Ancora sulla partecipazione del privato al procedimento di imposizione del vincolo*, in *Urbanistica e app.*, 1999, 415.
- ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 4^a ed., in *Comm. Romano, P.S.*, I, Milano, 2019, 107.
- SESSA A., *Le indagini passive nella legge n. 3 del 2019 (c.d. legge 'spazzacorrotti'): il sistema penale (anti)democratico alla prova della provocazione 'coperta'*, in *ARCHIVIO PENALE*. Vol. 2. Pag.1-56
- SESSA A., *"Sistema penale e 'legalità reticolare': opzioni di valore nella più recente normativa anticorruzione"*, in *LE CORTI SALERNITANE*. Vol. 1-2. Pag.261-293
- SESSA A., *"Sezioni unite Maldera e nomofilachia dei casi: barlumi di valore nella giurisprudenza-fonte"*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*. Vol. 3-4. Pag.811-850
- STORTO A.- BOLOGNINO D.- BONURA H. (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, 2019.

STORTONI L., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 4^a ed., Bologna, 2006, 143

TARLI BARBIERI G., *Le delegificazioni (1989-1995)*, Torino, 1996, 130

TORCHIA L., *La responsabilità dirigenziale*, in *Riforme amministrative e responsabilità dei pubblici dipendenti*, a cura di Cammelli, Bottari, Recchione, Rimini, 1996, 54 s.

TORCHIA, L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti-servizi e forniture nei settori ordinari*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna, 17-19 settembre 2015.

VASSALLI G., *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *GP*, 1979, II, 325

WEBER M., *La politica come professione*, in ID., *Il lavoro intellettuale come professione* [1919], tr. it., Torino, 1980.