

CONFLITTO D'INTERESSI, *PANTOUFLAGE* E TUTELA PENALE DELL'IMPARZIALITÀ

di Nicoletta Ortu

(*Dottoressa di ricerca in diritto penale,
Sapienza Università di Roma*)

Sommario: 1. Introduzione: una dichiarazione di intenti. – 2. Corruzione e prevenzione nel prisma del contesto sovranazionale. – 3. L'approccio "a monte" tra strumenti penali ed amministrativi. – 4. Le coordinate del sistema dei conflitti di interessi. – 5. Il *pantouflage* come ipotesi particolare di conflitto di interessi. – 6. Il divieto di *pantouflage* tra criticità e limiti applicativi. – 7. La progressiva offesa al corretto agire amministrativo: dal *pantouflage* alla corruzione. – 7.1. Le intersezioni tra *pantouflage* e *lobbying* patologico. – 8. Il vuoto lasciato dall'abuso d'ufficio nella repressione del conflitto di interessi alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 95 del 2025. – 8.1 Il nodo del *pantouflage* nel sistema della corruzione: sussidiarietà o vuoto di tutela?

1. Il tema della prevenzione della corruzione si impone con rinnovata rilevanza nel dibattito contemporaneo, in particolare alla luce delle recenti modifiche che hanno toccato il sistema penalistico della corruzione, attraverso l'abrogazione la fattispecie "sentinella" dell'abuso d'ufficio, pur lasciando invariato l'assetto dei presidi amministrativi a contrasto dei conflitti di interessi.

Repressione e prevenzione sono invero "sistemi" integrati, interdipendenti, e rappresentano – o almeno dovrebbero in teoria rappresentare e funzionare come – un *continuum* nel fornire una risposta coerente, da parte dell'ordinamento, all'esigenza di contrasto del fenomeno corruttivo, nella sua accezione più ampia. Perché contrastare la corruzione è condizione imprescindibile per un'amministrazione effettivamente informata all'interesse pubblico, efficiente e capace di favorire il corretto funzionamento del sistema-Paese.

Da qui nasce l'interesse di un'indagine sulle coordinate di fondo che dal 2012 a oggi informano l'approccio preventivo anticorruzione, nelle sue differenze strutturali e "valoriali" con quello repressivo, mettendo in luce la sostanziale "complementarietà" e "sussidiarietà" delle due prospettive. Prospettive che, coerentemente con la loro funzione, partono da una nozione di corruzione diversa, come emerge non solo dalla

legislazione interna ma anche dall'assetto sovranazionale.

Nell'ambito della prevenzione, un ruolo assai rilevante, per le sue ripercussioni sul piano della repressione, come recentemente rimodulato, è ricoperto dal sistema dei conflitti di interesse, ormai sfornito di un presidio penalistico specifico. E, all'interno di tale sistema, emergono le implicazioni, talvolta criptiche ma comunque evidenti, del divieto di *pantouflage* sul fenomeno corruttivo e le possibili intersezioni che il comportamento alla sua base presenta con i delitti *lato sensu* di corruzione.

Proprio quest'ultimo punto si intende indagare nelle pagine che seguono, nel suo contesto più ampio, dando rilievo in un'ottica penalistica ad un istituto apparentemente estraneo al sistema dei reati contro la pubblica amministrazione, seppure con esso potenzialmente *interferente*.

Si cercherà dunque, posato uno sguardo d'insieme sul sistema della prevenzione della corruzione, alle sue direttrici e alla nozione di corruzione per esso rilevante (§ 2), colta nelle sue differenze con la corruzione in senso tecnico-penalistico, anche alla luce della diversa funzione assolta da prevenzione e repressione (§3), di indagare le coordinate della materia dei conflitti di interesse (§ 4), per chiarire quale ruolo svolga, in essa, la fattispecie di *pantouflage* (§ 5), definirne i contorni e i nodi critici (§ 6), nonché individuarne i risvolti patologici potenzialmente inseribili in un'area di rischio penale (§§ 7-7.1). Ciò al fine di tracciare qualche spunto critico sull'adeguatezza della tutela "sopravvissuta" alla c.d. riforma Nordio di fronte a situazioni, come quelle oggetto di analisi, potenzialmente in grado di sviare l'azione amministrativa dal suo canone aureo di imparzialità (§§ 8-8.1).

2. Una vera enfasi sulla prospettiva preventiva in materia di corruzione è stata innanzitutto impressa, sulla scorta delle spinte sovranazionali, dalla legge n. 190 del 2012, che come noto ha tentato di valorizzare il ruolo della prevenzione quale controaltare necessario agli strumenti repressivi, al fine di assicurare l'efficacia del sistema anticorruzione.

Proprio la crescente pervasività del fenomeno – e la conseguente preoccupazione delle istituzioni – ha reso evidente, tanto sul piano internazionale, quanto su quello nazionale, la necessità di un contrasto c.d. integrato della corruzione, atteso che un approccio limitato a riconoscerle dignità soltanto una volta superata la soglia della rilevanza penale si rivelerebbe non solo riduttivo, ma anche dannoso.

La strategia preventiva mira infatti ad anticipare il momento del contrasto

attraverso un armamentario di strumenti che, pur non presentando la natura repressivo-punitiva della sanzione penale, sono informati allo scopo di minare le condizioni che consentirebbero la nascita di episodi *lato sensu* corruttivi.

Tale consapevolezza trova esplicita cittadinanza, tra le fonti internazionali, nella Convenzione delle Nazioni Unite siglata a Merida nel 2003 (UNCAC, ratificata dall'Italia con la legge n. 116 del 2009)¹, ove l'intero secondo capitolo – titolato appunto “*preventive measures*” – è dedicato, per quanto riguarda la corruzione pubblica², agli strumenti a presidio del corretto agire amministrativo e dell'integrità tanto dei processi pubblici quanto dei pubblici agenti, secondo un approccio che attribuisce rilievo non solo alle ipotesi di corruzione vera e propria, “consumate” e tipizzate dalle fattispecie penalistiche, ma anche all'adozione di misure dirette a evitare il manifestarsi di comportamenti solo potenzialmente corruttivi.

In questo contesto, il sistema di prevenzione della corruzione di impostazione sovranazionale, che mira a promuovere e garantire l'integrità in tutte le attività pubbliche a ogni livello di governo attraverso l'analisi del rischio corruttivo nei vari ambiti dell'agire amministrativo, rappresenta il necessario completamento della strategia repressiva incarnata dai reati di corruzione (previsti nel seguente capitolo III della Convenzione di Merida), nell'ottica di assicurare un utilizzo delle risorse pubbliche effettivamente informato alla realizzazione del pubblico interesse, di garantire la trasparenza delle procedure amministrative e l'imparzialità delle decisioni³.

Il sistema di prevenzione tracciato dalla Convenzione, oltre ad avere forza cogente, trova peraltro un forte sostegno in termini di effettività nel fatto che gli Stati aderenti – come anche previsto in relazione agli altri accordi internazionali sul tema – sono del pari tenuti al rispetto delle norme di *soft law* emesse in funzione di monitoraggio dell'attuazione della stessa e del rispetto degli impegni convenzionalmente assunti⁴.

¹ Il richiamo alla fondamentale importanza della prevenzione è presente anche nei preamboli della Convenzione Penale contro la Corruzione adottata dal Consiglio d'Europa nel 1999 e nella Convenzione sulla lotta alla corruzione pubblica nelle transazioni internazionali dell'OCSE del 1997, seppure nelle stesse non sono espressamente previsti e disciplinati specifici strumenti preventivi, rimettendoli alla discrezionalità di ciascuno Stato contraente.

² La Convenzione tratta, invero, anche della corruzione nel settore privato, sia in una prospettiva repressiva che preventiva.

³ Cfr. ANAC, PNA 2019, 9 ss., ripreso dai successivi Piani dell'Autorità.

⁴ Ci si riferisce nello specifico alle raccomandazioni dei gruppi di lavoro operativi costituiti in seno alle medesime Organizzazioni internazionali, quali il *Working Group on Bribery* (WGB) dell'OCSE, istituito nel 1994, sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali istituito nel 1994; il *Groupe*

Premesse tali coordinate, appare utile chiarire i contorni dei concetti di “corruzione” – vocabolo per eccellenza polisemico – quindi di “prevenzione” rilevanti ai fini della Convenzione di Merida e, più in generale, degli accordi internazionali sul tema, per comprendere se essi coincidono con quelli adottati nell'ordinamento italiano.

Tanto nella Convenzione ONU che per altre Convenzioni firmate e ratificate dall'Italia – la Convenzione OCSE del 1997, la Convenzione dell'Unione Europea dello stesso anno, le Convenzioni Civile e Penale contro la corruzione del Consiglio d'Europa del 1999, così come, da ultimo, la Proposta di Direttiva Europea contro la Corruzione del 2023 – la nozione di corruzione pubblica in senso tecnico che si evince da norme definitorie o dal complesso delle disposizioni (di matrice tipicamente penalistica) ricomprende il fatto intenzionale di un pubblico funzionario di richiedere o accettare la dazione o promessa – e, parallelamente, la condotta di un privato di effettuare la dazione o la promessa – direttamente o per interposta persona, di un'utilità indebita per l'esercizio di un potere o funzione pubblica al fine di curare un interesse privato proprio o di terzi.

Gli elementi comuni enucleabili dalle diverse norme, che prendono in considerazione la corruzione nella sua accezione di *bribery*, sono l'intenzionalità della condotta sul piano soggettivo; e, sul piano oggettivo, l'offerta, promessa o dazione (diretta o indiretta) a un pubblico agente dal lato attivo; la sollecitazione, l'accettazione della dazione o della promessa di utilità (per sé o altri) dal lato passivo; l'utilità illecita, pecuniaria o di altro tipo, come oggetto della condotta; la finalità che l'agente pubblico agisca nell'esercizio delle proprie funzioni (che, nella Convenzione Civile del Consiglio d'Europa, ove è presente l'unica norma definitoria, è sostituita dal requisito maggiormente pregnante dell'“incidenza [dello scambio illecito] sul normale esercizio di una funzione o sul comportamento richiesto al beneficiario della commissione illecita”). In tutte le Convenzioni (fatta apparentemente eccezione della Convenzione Penale del Consiglio d'Europa, nella cui versione in lingua francese si richiede, in parallelo con la norma nazionale di quel Paese, il compimento di un “*acte*”, però assente nella versione inglese, che si riferisce invece alla tangente per spingere l'*intraneus* ad agire, «*to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions*»)

d'Etats contre la Corruption (GRECO) del Consiglio d'Europa, istituito nel 1999, di cui l'Italia è parte dal 2007, con il compito di stimolare la lotta contro la corruzione e di monitorare il rispetto da parte degli Stati membri degli standard e delle norme minime elaborate dal Consiglio d'Europa; l'*Implementation Review Group* (IRG), istituito nel 2009 nell'ambito delle Nazioni Unite, con compiti di assistenza tecnica e verifica circa la corretta attuazione della Convenzione da parte degli Stati aderenti.

si fa riferimento all'esercizio della funzione da parte dell'agente pubblico come controprestazione dell'utilità data o promessa (che nella Convenzione OCSE sembra prescindere addirittura dai limiti delle competenze funzionali dell'agente pubblico corrotto).

Accanto alle – e a completamento delle – norme che chiedono la criminalizzazione della *bribery*, enunciandone gli anzidetti elementi costitutivi, nei principali atti internazionali figura anche – seppur tra le incriminazioni la cui introduzione negli ordinamenti interni è, nel caso della UNCAC solamente auspicata, a differenza di quanto avviene nella Convenzione Penale del Consiglio d'Europa – il traffico di influenze⁵, definibile come il fatto di promettere, offrire o concedere a taluno, direttamente o indirettamente, un'utilità indebita affinché questi abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica un indebito vantaggio per il committente, così come il fatto di accettare o sollecitare, da parte del trafficante, l'indebita utilità per la propria mediazione illecita, indipendentemente dalla circostanza che l'influenza sia poi effettivamente esercitata o il vantaggio per il committente raggiunto.

In sostanza, nella macro-nozione di corruzione emergente dalla normativa sovranazionale sembra poter ricadere ogni scambio illecito tra agente pubblico e privato: ogni influenza indebita, mediante offerta, promessa o dazione di utilità, sull'operato di un pubblico agente, volta a sollecitare un esercizio imparziale della funzione pubblica. Ogni forma di esercizio a fini privati delle funzioni pubbliche, a prescindere dalla struttura bilaterale del reato.

Se da una parte tale nozione può ritenersi sul piano concettuale assimilabile a quella fatta propria dall'ordinamento italiano, dall'altra occorre rilevare che nel diritto penale interno la corruzione – nell'accezione tecnica di *bribery* – oltre ad essere “completata” dal traffico di influenze quale “delitto ostacolo”, come avviene anche nel contesto internazionale – è frammentata in una pluralità di norme incriminatrici che reprimono diversi schemi di accordi illeciti di matrice corruttiva, così da formare un vero e proprio sotto-sistema. Il quale, peraltro, confina con quello della concussione (art. 317 Cp) che,

⁵ Il traffico di influenze è preso in considerazione dalla Convenzione Penale del Consiglio d'Europa come figura che le Parti contraenti sono tenute a introdurre nei propri ordinamenti («*each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences*») e come incriminazione solo raccomandata dalla Convenzione di Merida delle Nazioni Unite, la quale contempla altresì, con la medesima formula («*each State Party shall consider adopting*») non cogente, anche l'abuso d'ufficio. Peraltro, nella Proposta di Direttiva europea sulla lotta contro la corruzione del 2023, la criminalizzazione di entrambe le figure non è solamente auspicata, ma rientra a tutti gli effetti tra gli obblighi di tutela imposti a ciascuno Stato Membro.

pur non incriminando propriamente un accordo, dal momento che ha ad oggetto una transazione illecita fondata su una dinamica estorsiva tra agente pubblico e privato, rappresenta l'ipotesi limite del più ampio "sistema del malaffare amministrativo".

Parallelamente a quanto si riscontra nella Convenzione di Merida e nell'impianto della citata Proposta di Direttiva europea – nonostante il diverso regime di cogenza delle relative disposizioni⁶ – al sistema della corruzione si è accostato per decenni (se non secoli) l'abuso d'ufficio, quale reato-sentinella rispetto alle manifestazioni più gravi del fenomeno corruttivo. Il dato relativo al meno stringente regime di cogenza riservato dalla Convenzione di Merida a tale figura di reato non sembra invero mettere in discussione la rilevanza di tale fattispecie anticipatoria nel sistema anticorruzione, anzi si pone in direzione opposta, ribadendone l'opportunità. Tuttavia, come ben noto, il legislatore domestico, con la legge n. 114 del 2024, ha espunto l'abuso d'ufficio dal nostro codice penale, rendendo peraltro l'Italia pressoché l'unico Stato a risultarne completamente sfornito.

La predetta architettura è quindi composta dalla corruzione per l'esercizio della funzione, art. 318 Cp, ipotesi generale e baricentro del sistema; dalla corruzione c.d. propria, art. 319 Cp, fondata sul mercimonio di un atto contrario ai doveri d'ufficio, individuato o quantomeno individuabile⁷; dalla corruzione in atti giudiziari, art. 319-ter Cp (che mutua dal punto di vista strutturale lo schema delle due figure che precedono, e deve la propria maggiore severità al preciso ambito – quello giudiziario – in cui si inserisce); dall'induzione indebita a dare e promettere utilità, art. 319-quater Cp, fattispecie "di confine" che ha ridisegnato il discrimine tra corruzione e concussione; dall'istigazione alla corruzione, art. 322 Cp, che incrimina un "tentativo" unilaterale di corruzione; oltre all'art. 321 Cp che incrimina la posizione del privato e all'art. 320 Cp che parifica al pubblico ufficiale anche l'incaricato di un pubblico servizio, in aderenza alla nozione ampia di agente pubblico prescelta in ambito internazionale⁸.

⁶ Indicato, nella convenzione di Merida, dalla formula «*shall consider adopting*», analoga a quella prevista per il traffico di influenze. Per quanto riguarda la Proposta di Direttiva, l'art. 11, nell'*initial position* del Consiglio, anche a seguito alle istanze provenienti dal Governo italiano, a differenza di quanto previsto nelle versioni del testo di Commissione e Parlamento Europeo, del pari incoraggia – non obbliga – gli Stati a introdurre il reato in questione, secondo la dicitura «*Member States may take the necessary measures ...*» anziché "*shall*". Le *initial positions* delle Istituzioni (File: 2023/0135(COD), del 29.1.2025), sono consultabili al link: eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5772_2025_INIT. Sul punto si veda anche E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, in www.lalegislazionepenale.eu (16.7.2024).

⁷ Cfr. in giurisprudenza, per tutte, Cass 22.10.2019 n. 18125/2020, in CEDCass, n. 279555-10.

⁸ Tutte le convenzioni in materia (fatta eccezione della Convenzione Civile del Consiglio d'Europa) presentano

Tuttavia, nell'ottica della prevenzione, limitare il concetto di corruzione al solo significato tecnico appena indicato, seppure nel suo più ampio spettro, appare riduttivo se si guarda al fenomeno empirico sottostante, molto più complesso e articolato rispetto alla "semplice" dinamica di scambio presa in considerazione dalle fattispecie di corruzione in senso stretto. Così, ai fini dell'applicazione degli strumenti preventivi, nel nostro ordinamento si ritengono comprese nella macro-nozione di corruzione, come chiarito a più riprese dall'ANAC, anche una serie di figure di reato riconducibili, più genericamente, a "condotte di natura corruttiva", come tali da intendersi quelle richiamate dall'art. 7 della legge n. 69/2015⁹.

La disposizione appena citata, infatti, annovera tra i reati in presenza dei quali il pubblico ministero informa il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione dell'esercizio dell'azione penale, oltre a quelli sopra indicati, anche le ipotesi previste agli artt. 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis del codice penale, consentendo di estendere la nozione di corruzione alla c.d. corruzione internazionale (fattispecie a ben vedere non limitata alle sole ipotesi di corruzione vera e propria, facendo riferimento anche alla concussione, al peculato e, da ultimo, all'indebita destinazione di denaro o cose mobili)¹⁰, al traffico di influenze illecite, fino a ricomprendervi la turbata libertà degli incanti e la turbata libertà nella scelta del contraente, reati nella prassi strettamente legati a quelli corruttivi¹¹.

infatti norme definitorie sul concetto di agente pubblico, che ricostruiscono in senso ampio, andando a ricomprendervi qualsiasi soggetto che detenga un mandato legislativo, esecutivo, amministrativo o giudiziario (nominativo o elettivo, permanente o temporaneo, remunerato o non remunerato, a qualsiasi livello gerarchico) in uno Stato – anche estero – o in un'organizzazione internazionale; nonché qualsiasi persona che eserciti una pubblica funzione, anche per un organismo pubblico od una pubblica impresa, o che fornisca un pubblico servizio, come definiti e applicati dal diritto interno dello Stato; e ogni altra persona definita «pubblico ufficiale» nel diritto interno.

⁹ Cfr. ANAC, PNA 2019, 9 ss. e la delibera dell'Autorità n. 215 del 2019, p. 16, che, nel chiarire l'ambito di applicazione della misura della rotazione straordinaria, ha ricondotto nel novero delle "condotte di natura corruttiva" le ipotesi di reato prese in considerazione dall'art. 7, l. n. 69/2015, rubricato "Informazione sull'esercizio dell'azione penale per i fatti di corruzione" (che incide l'art. 129, co. 3, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale), ai fini del quale i "fatti di corruzione" che ne rappresentano il presupposto ricomprendono "le condotte di natura corruttiva" e sono fatti coincidere dalla legge con i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis del codice penale.

¹⁰ Salta all'occhio una discrasia: tra le fattispecie di reato ricomprese, attraverso la tecnica del richiamo e dell'assimilazione della qualifica, nell'art. 322-bis Cp figurano anche le ipotesi di peculato, di abuso d'ufficio prima della sua abrogazione ad opera della legge n. 114 del 2024, e, all'indomani della sua introduzione ad opera del D.L. n. 94 del 2024, convertito in legge n. 112 del 2024, di indebita destinazione di denaro o cose mobili di cui all'art. 314-bis Cp, che invece non sono richiamate dall'art. 7, l. n. 69/2015 nel definire i "fatti di corruzione".

¹¹ È peraltro possibile notare che la medesima estensione dell'ambito applicativo della fattispecie anche alle ipotesi di turbativa, considerato lo stretto legame che esse presentano nella prassi rispetto ai reati di corruzione,

Dal sistema emerge quindi, quale punto di riferimento per le strategie di prevenzione, una nozione ampia di corruzione pubblica, non limitata al perimetro di comportamenti ascrivibili allo schema della “*bribery*”, che appare addirittura più ampia rispetto a quella presa in considerazione dalle Convenzioni internazionali, essendovi incluse anche le ipotesi di turbativa.

L'ampiezza della nozione è spiegabile in ragione del fatto che le condotte ascrivibili alla corruzione pubblica, rilevanti sotto la lente preventiva, possono avere luogo nei settori e nei momenti più vari dell'agire amministrativo, inteso in senso lato in conformità con la definizione ampia di pubblica funzione fornita dall'art. 357 Cp: dalla classica attività di emanazione di atti e provvedimenti, di esercizio di poteri autoritativi o negoziali, all'amministrazione della giustizia o all'esercizio di funzioni politico-legislative, anche in contesti internazionali, sovranazionali o esteri.

Coerentemente, una tipica classificazione della corruzione nelle scienze criminologiche è invero per tipologia e, fondandosi proprio sul diverso ambito in cui il fenomeno criminale può innestarsi, distingue quella politica, che riguarda i “*lawmakers*”, gli attori nella funzione legislativa, i quali si servono della tangente per il loro vantaggio politico e personale, in cambio di favoritismi; da quella amministrativa, che svia l'attività dei pubblici uffici dall'esclusivo perseguimento di finalità pubbliche (si pensi alla tangente finalizzata all'evitare un accertamento tributario, o ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto); ancora dalla “*institutionalised corruption*”, che si riferisce agli agenti che sfruttano posizioni di potere per influenzare i processi e le azioni istituzionali (come, ad esempio, il personale delle forze dell'ordine e i membri del sistema giudiziario)¹². Tale diversità di ambito e di caratteristiche non consente però di mettere in discussione l'unitarietà del fenomeno corruttivo dal punto di vista sostanziale.

Sicché, ai fini della prevenzione, considerata la diversa finalità di quest'ultima

è rinvenibile anche, nell'ottica di agevolare l'emersione della transazione corruttiva, nello strumento premiale di cui all'art. 323-ter Cp, che esclude la punibilità di chi, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione ai delitti ivi previsti (di cui agli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 346-bis, 353, 353-bis e 354) e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili.

¹² Cfr. International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., 16. Si vedano anche, tra i più risalenti lavori sul tema, A.J. Heidenheimer – M. Johnston – V.T. LeVine, *Political Corruption: A Handbook*, New York 1989, *passim*; M. Johnston, *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*, Cambridge 2005, *passim*; G.C. Gray, *Insider Accounts Of Institutional Corruption: Examining the Social Organization of Unethical Behaviour*, in *BJC* 2013, 533-551.

rispetto agli strumenti repressivi penalistici, è possibile postulare un ambito di applicazione delle relative strategie tale da abbracciare un più generale concetto di “*maladministration*”.

Si registra dunque, sul piano interno come su quello sovranazionale, una dicotomia tra corruzione in senso penalistico alla base delle fattispecie incriminatrici e *maladministration*, consistente nell’ «assunzione di decisioni (di assetti di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell’interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari»¹³. Il parametro della prevenzione è quindi naturalmente più esteso di quello che informa la repressione, e concepisce la “corruzione” secondo un’accezione ampia, comprensiva di tutte le «situazioni in cui, nel corso dell’attività amministrativa, si riscontri l’abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica, che è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319-ter, Cp, e sono tali da comprendere non solo l’intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le situazioni in cui a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malf funzionamento dell’amministrazione a causa dell’uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l’inquinamento dell’azione amministrativa *ab externo*, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo»¹⁴. Si rivolge pertanto a tutti i comportamenti contrastanti con la necessaria cura dell’interesse pubblico e con l’affidamento riposto dai cittadini nell’imparzialità dei pubblici amministratori.

Orbene, le fonti sovranazionali sopra menzionate vincolano gli Stati contraenti all’adozione, accanto e a completamento delle fattispecie di reato¹⁵, di misure

¹³ Secondo la definizione data dall’ANAC nel primo aggiornamento del PNA, approvato nell’ottobre del 2015. Sul concetto si veda anche M. De Benedetto, *Regolazione e anticorruzione*, in *IstFed* 2022, p. 395 ss.

¹⁴ Secondo quanto affermato dall’ANAC nel primo Piano Nazionale Anticorruzione, approvato l’11 settembre 2013 ai sensi dell’art. 1, co. 2 lett. b, l. n. 190/2012, nel quale l’Autorità ha per la prima volta chiarito, in sede di PNA, il proprio ambito di operatività nonché il significato della prevenzione ad essa riferibile. Si veda, in dottrina, R. Cantone, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell’ANAC*, in M. D’Alberti (a cura di), *Combattere la Corruzione*, Soveria Mannelli 2016, 125 ss.; C. Pepe, *Nuovi appunti sul divieto di pantouflage (art. 53 c.16-ter del D.Lgs. 165/01): tra origini, figure affini e frontiere giurisprudenziali*, in *GAmm* 2019, 4 ss.

¹⁵ Occorre tenere a mente, come in parte accennato, che le Convenzioni richiedono agli Stati l’introduzione delle diverse fattispecie di corruzione secondo due diversi livelli di cogenza: accanto ad alcune figure di reato che gli Stati contraenti sono obbligati a introdurre («*each State shall adopt*»), come la corruzione pubblica e la corruzione c.d. internazionale, attive e passive, il riciclaggio, il peculato (*embezzlement, misappropriation or other diversion of property by a public official*), nonché il traffico di influenze e la corruzione privata nella

preventive di ampio spettro, pensate in relazione al rischio di corruzione legato agli aspetti nevralgici della pubblica amministrazione – come il reclutamento, l'assunzione, la promozione, il pensionamento e i sistemi di rotazione dei dipendenti pubblici; i criteri per l'elezione o la candidatura ai fini di un mandato pubblico; il finanziamento dei partiti politici; i conflitti di interessi; la trasparenza nella stipulazione di contratti e nella gestione delle finanze pubbliche; le garanzie di indipendenza e integrità della magistratura, etc.¹⁶ – che possono dividersi in misure di tipo oggettivo, a carattere organizzativo, e di tipo soggettivo, che prescrivono norme di comportamento.

Le prime – tra le quali è possibile annoverare la rotazione del personale, gli strumenti a garanzia della trasparenza, i controlli e gli obblighi di formazione – sono di carattere generale e mirano a scongiurare il rischio di corruzione sul piano del funzionamento e dell'organizzazione complessiva delle amministrazioni pubbliche, evitando il crearsi di condizioni organizzative che possano prestare il fianco alla proliferazione di comportamenti corruttivi, a prescindere da valutazioni di tipo soggettivo.

Le seconde incidono invece su specifici rischi, sulla prevenzione di comportamenti potenzialmente in grado di assumere rilevanza penale, e, in particolare, di integrare uno dei reati contro la pubblica amministrazione anche diversi da quelli in senso stretto di corruzione; nonché, più in generale, dell'adozione di condotte "devianti", in contrasto con i valori o con norme amministrativo-disciplinari a cui i dipendenti pubblici devono attenersi nell'esercizio delle proprie funzioni (quali il necessario perseguimento dell'interesse pubblico, l'imparzialità, il buon andamento da intendersi come efficienza ed economicità)¹⁷.

Convenzione Penale di Strasburgo e, *pro futuro*, nella Proposta di Direttiva europea, ve ne sono altre, come il traffico di influenze, la corruzione nel settore privato e l'abuso d'ufficio nella UNCAC, la cui adozione è, seppur caldeggiata, rimessa alla discrezionalità dello Stato (con la formula «*each State shall consider adopting*»).

¹⁶ Cfr. art. 7 ss. UNCAC. È interessante segnalare che il medesimo approccio basato è adottato, sul piano preventivo, dalla Proposta di Direttiva Europea del 2023, il cui art. 3 della proposta originaria nel testo della Commissione (dislocato in un apposito Capitolo III nella versione risultante dall'*initial position* del Consiglio) richiede in particolare che le misure di prevenzione siano aggiornate e adattate allo specifico rischio legato a ciascuna area di attività amministrativa. Le strategie preventive prese in considerazione dalla Proposta di Direttiva si fondano sull'informazione al pubblico, sull'incentivare ricerca e sensibilizzazione in materia di corruzione, sulla formazione del personale, sulla garanzia del diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico, sugli strumenti di prevenzione dei conflitti di interessi, su obblighi dichiarativi dei beni di proprietà dei pubblici ufficiali, sulla predisposizione di norme efficaci che regolano l'interazione tra il settore pubblico e il settore privato.

¹⁷ Cfr. ANAC, PNA 2019, 9 ss.

Merita attenzione il fatto che la Proposta di Direttiva Europea del 2023 in materia di lotta contro la corruzione individua una nozione armonizzata di “prevenzione della corruzione” tra le norme definitorie, nell’art. 3 del testo provvisorio¹⁸, da leggersi alla luce del considerando n. 5, coincidente con l’identificazione, l’individuazione e l’eliminazione proattive delle cause e delle condizioni che rendono possibile la corruzione, attraverso lo sviluppo e l’attuazione di un sistema globale di misure idonee e di strumenti necessari per ridurre “il potenziale per la corruzione” e dissuadere dagli atti ad essa connessi a livello nazionale ed eurounitario. Tale nozione sembrerebbe quindi abbracciare sia presidi organizzativi che mirano a scongiurare il realizzarsi delle condizioni genetiche della corruzione, sia norme di natura sanzionatoria – di tipo penale o extrapenale – che operino sul piano della deterrenza.

Sul piano interno, la legge n. 190 del 2012 ha delineato, in armonia con il concetto ampio di corruzione precisato e con quanto previsto in sede sovranazionale, una nozione altrettanto ampia di prevenzione, che ricomprende un armamentario per la prima volta di respiro organico di strumenti tesi appunto ad ostacolare ed impedire il compimento di condotte corruttive da parte dei pubblici agenti – e in taluni casi anche di privati – minandone le condizioni genetiche: misure volte cioè ad individuare tutte quelle condotte, situazioni e condizioni favorevoli al sorgere di forme di “*maladministration*”, sia sotto il profilo organizzativo che soggettivo, capaci rivelarsi prodromiche alla commissione di fatti corruttivi. Non di rilievo secondario, in attuazione della normativa sovranazionale la legge Severino ha inoltre, come ben noto, istituito una Autorità indipendente – l’ANAC – il cui compito istituzionale è individuato non solo nell’azione di prevenzione della corruzione e nella relativa vigilanza in tutti gli ambiti dell’attività amministrativa, ma anche di interpretazione, chiarificazione e implementazione della sfera applicativa di tali strumenti¹⁹.

¹⁸ Come emendato al 21 febbraio 2024 e, in seguito, come da *initial positions* delle istituzioni, aggiornata al 29 gennaio 2025.

¹⁹ Il sistema di prevenzione della corruzione introdotto dalla legge n. 190 del 2012 richiede un’azione coordinata tra l’ANAC a livello nazionale e le singole amministrazioni a livello decentrato. La strategia, a livello nazionale, è attuata attraverso il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) adottato da ANAC, che costituisce atto di indirizzo di durata triennale per le pubbliche amministrazioni funzionale all’adozione dei singoli Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (PTPCT). A livello decentrato, del pari, ogni amministrazione definisce annualmente un PTPCT, il quale individua il grado di esposizione al rischio di corruzione e indica le misure e gli interventi organizzativi volti a prevenire e a contenere il rischio di assunzione di decisioni non imparziali (art. 1, co. 5, l. 190/2012). È quindi compito delle amministrazioni valutare e gestire il rischio di corruzione, adottando una metodologia che si articola nell’analisi del contesto (interno ed esterno), nella valutazione del rischio (identificazione, analisi e ponderazione del rischio) e il trattamento del rischio (identificazione e programmazione delle misure di prevenzione). Sul punto cfr. ANAC, PNA 2019, 15 e, da ultimo,

In quest'ottica, l'analisi del contesto e la valutazione del rischio da parte delle singole Amministrazioni sono quindi attività prodromiche all'individuazione e alla pianificazione delle misure preventive, che rappresentano una missione di fondamentale importanza, da attuare nei propri Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza.

3. Dall'analisi congiunta delle fonti normative, tanto interne quanto sovranazionali, che affrontano il fenomeno corruttivo, emerge con evidenza la centralità delle strategie preventive come presidio imprescindibile. Come anticipato, l'intero secondo capitolo della Convenzione di Merida è specificamente dedicato alla prevenzione in senso proprio; più recentemente, anche la Proposta di Direttiva Europea contempla una norma definitoria finalizzata a proporre una nozione armonizzata di prevenzione.

Questa definizione si rivela particolarmente significativa in quanto sembra riuscire a ricomprendere sia gli strumenti propriamente preventivi sia quelli aventi funzione dissuasiva o deterrente – dunque orientati alla prevenzione generale – rispetto a condotte “connesse alla corruzione”, espressione che evoca, in ottica nazionale e sistemica, le “condotte di natura corruttiva” precedentemente menzionate.

Tale impostazione si riflette, inoltre, nel preambolo della versione provvisoria dell'atto normativo europeo (in particolare nel considerando 1(b) introdotto dal Parlamento Europeo nella sua *initial position*, ma non ripreso dal Consiglio, e nel considerando 5), dove si afferma che la lotta alla corruzione rappresenta una condizione fondamentale per il rafforzamento della qualità della democrazia e alla piena realizzazione dello Stato di diritto, perché una strategia anticorruzione sia effettiva ed efficace è fondamentale agire già a monte del fenomeno, per minare l'esistenza stessa di contesti potenzialmente generativi di pratiche corruttive.

Agire a monte rispetto alla manifestazione del fenomeno corruttivo costituisce,

ANAC, Linee guida n. 1 in tema di c.d. divieto di *pantouflage* – art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 493, del 25 settembre 2024. L'ampio concetto di “cattiva amministrazione” quale punto di riferimento del sistema della prevenzione è peraltro individuato anche dall'art. 1, co. 36, della l. 190/2012, che, nel definire i criteri di delega per il riordino della disciplina della trasparenza, fa esplicito riferimento al fatto che gli obblighi di pubblicazione rappresentano livelli essenziali delle prestazioni che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad erogare non solo ai fini della prevenzione della corruzione in senso stretto, ma più in generale a contrasto della “cattiva amministrazione”. Il nesso tra prevenzione della corruzione e implementazione della qualità dell'azione amministrativa è messo in luce anche da altre norme, quali il comma 8-bis dell'art. 1 della l. 190/2012, introdotto nel 2016 con d.lgs. n. 97, nel quale è stato esplicitato il compito di verifica da parte dell'organismo indipendente e di valutazione della coerenza fra gli obiettivi stabiliti nei documenti di programmazione strategico-gestionale e i piani triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza.

pertanto, un obiettivo strategico centrale. A tal fine, il legislatore si avvale di strumenti differenziati, attivati sia sul piano amministrativo che su quello penale. Entrambe le dimensioni offrono forme di contrasto anticipato rispetto al “danno-corruzione” – termine qui impiegato in senso volutamente atecnico – pur attraverso strumenti di natura e finalità differenti, in particolare per quanto riguarda il loro rapporto con il “rischio corruttivo”. In ogni caso, una prevenzione propriamente detta può dirsi appannaggio esclusivo dell'ambito amministrativo.

Il diritto penale, infatti, interviene a reprimere il fenomeno corruttivo, configurandosi come il principale strumento di contrasto, connotato da finalità eminentemente sanzionatoria e repressiva. Le fattispecie incriminatrici in materia di corruzione delineano un sistema complesso e articolato, in larga parte strutturato attraverso il modello del reato di pericolo²⁰. In tal modo, assumendo quale bene protetto l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione pubblica, tutelati dall'art. 97 Cost., il legislatore ha inteso reprimere non tanto la lesione effettiva, quanto il pericolo di compromissione del bene giuridico, anticipando la soglia della rilevanza penale al momento dell'accordo illecito, ancor prima che si realizzi la condotta esecutiva del *pactum sceleris*, e a prescindere da essa²¹. Prima ancora, quindi, del concreto esercizio dell'attività amministrativa in modo imparziale, che segue la presa

²⁰ Sul punto cfr. in giurisprudenza, per tutte, Cass. 22.10.2019 n. 18125/2020, cit., e da ultimo Cass. 8.6.2023 n. 1245/2024, in CEDCass., n. 285886 – 02. Sul modello di illecito di pericolo, còlto nella sua struttura oggettiva, in particolare nel contesto dei *white-collar crimes*, si veda, *amplius*, M. Poggi d'Angelo, *Modelli relazionali di pericolo nei reati economici*, Torino 2025, 223 ss.

²¹ Sul momento consumativo dei reati di corruzione cfr., *ex plurimis*, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, artt. 314-335-bis, Milano 2019, 163 ss.; F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in DPC 2012, 148; C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in G. Marinucci – E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova 2013, 593 ss.; G. Balbi, *I delitti di corruzione, Un'indagine strutturale e sistematica*, Napoli 2003, 138; G. Marra, *Il delitto di corruzione tra modernità (empirica) e tradizione (dogmatica): problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in RTrimDPenEc 1998, 1005; R. Rampioni, *Nuovi virtuosismi interpretativi in tema di condotta costitutiva e momento consumativo del delitto di corruzione: l'art. 319 Cp quale disposizione a più norme!*, in CP 1998, 2005; R. Rampioni, *Momento consumativo del delitto di corruzione ed escamotages giurisprudenziali in tema di decorso del termine di prescrizione*, in CP 1996, 2556 ss.; G. Fornasari, *Delitti di corruzione*, in A. Bondi – A. Di Martino – G. Fornasari (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino 2008, 230; S. Seminara, *sub art. 318 Cp*, in A. Crespi – G. Forti – G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova 2008, 776; A. Segreto – G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 1999, 321. Sul punto si consenta un rimando anche alle osservazioni svolte in N. Ortu, *Gli accordi illeciti nel sistema della corruzione*, in CP 2022, 4260. Sulla “tipicità ubiquitaria” del sistema della corruzione si veda V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in RIDPP 2018, 1126 ss. Sulla tendenza del legislatore, da un lato, ad inasprire le risposte sanzionatorie in materia di corruzione e, dall'altro, a rafforzare gli strumenti premiali, cfr. L. Scollo, *La polarizzazione del diritto penale anticorruzione*, in www.lalegislaZIONEpenale.eu (6.5.2024).

in carico dell'interesse privato insita nella stipulazione del patto e concretizza la lesione del bene.

All'interno dell'architettura di incriminazioni in questione, la tutela del bene giuridico si realizza mediante diversi livelli di protezione, posizionati a distanze differenti rispetto all'oggetto assiologico della tutela. Alcune fattispecie, come il traffico di influenze illecite – pur collocato sistematicamente tra i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione – e l'istigazione alla corruzione, rappresentano ipotesi di reato altamente anticipatorie: la prima punisce un accordo prodromico alla corruzione vera e propria, suscettibile di evolvere in una dinamica corruttiva trilaterale; la seconda, un "tentativo" unilaterale di corruzione, non accolto dalla controparte.

In entrambe le ipotesi, il disvalore penalmente rilevante risiede nel rischio che la condotta degeneri in un vero e proprio scambio corruttivo: si sanziona dunque un pericolo qualificato, che precede l'effettiva compromissione dell'interesse protetto.

La corruzione "per l'esercizio della funzione" (art. 318 Cp), baricentro del sistema, a sua volta rappresenta un esempio paradigmatico di tutela anticipata, in cui è penalmente rilevante la sola accettazione, da parte dell'agente pubblico, dell'incarico – genericamente inteso – di curare un interesse privato, a prescindere dall'individuazione di uno specifico atto amministrativo come oggetto del patto. Il disvalore è incentrato ancora una volta, in chiave anticipatoria, sul mero accordo, in funzione "preventiva" della compromissione del bene giuridico (l'imparzialità e il buon andamento dell'agire amministrativo)²².

Sul limite estremo di questo *continuum* di incriminazioni si colloca l'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* Cp), fattispecie ibrida, fondata su un rapporto interpersonale strutturalmente asimmetrico, che si avvicina, per taluni versi, al paradigma concussivo caratterizzato dall'abuso costringitivo e, per altri, a quello corruttivo, stante il perseguimento di un "vantaggio illecito" (elemento costitutivo

²² Sul tema del modello di reato di pericolo, con particolare riferimento alla sua funzione teleologica, si vedano in dottrina, *ex plurimis*, S. Canestrari, *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma 1991, 2 ss.; M. Parodi Giusino, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, 3 ss.; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2019, 218 ss.; G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano 2021, 271 ss.; G.P. Demuro, *Il pericolo e la sua pena: tra proporzionalità e ne bis in idem*, in *RIDPP* 2023, 901 ss. Nella dottrina più risalente si veda, *ex multis*, G. Delitala, *Les délits de mise en danger. Rapport général*, in *RInDPén* 1969, 293 ss. e, nella versione in italiano, G. Delitala, *I reati di pericolo*, in *Id.*, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano 1976, 423. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Vol. I, Torino 1924, 78; A. Rocco, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale*, Milano 1913, 284.

“implicito” di fattispecie)²³. Anche in tal caso, ciò che viene punito è l'accordo illecito simil-corruttivo in sé, indipendentemente dalla concretizzazione di un comportamento amministrativo deviato. In questa ipotesi di *pactum sceleris*, a ben vedere, l'incriminazione si limita a contemplare la stipulazione del patto – che necessariamente, sul piano fenomenico, implica una serie di reciproci vantaggi in una dinamica di *do ut des*, in ragione della punibilità di ambo le parti della transazione – senza nemmeno menzionare la controprestazione, la finalità della dazione o promessa illecita (infatti ricavata dalla giurisprudenza “tassativizzante” tramite l'enucleazione di elementi “impliciti” di fattispecie), comportando un arretramento della soglia di tutela rispetto al bene giuridico.

Per converso, la c.d. corruzione propria (art. 319 Cp) si fonda su una maggiore determinatezza dell'oggetto dell'accordo illecito: ciò giustifica il trattamento sanzionatorio più severo, pur non richiedendosi, neanche in questo caso, il compimento effettivo dell'atto contrario ai doveri d'ufficio. Si tratta, in effetti, secondo la ricostruzione maggioritaria di un reato “di danno”²⁴, seppure di tipo peculiare, in

²³ Sicché, in forza dell'interpretazione giurisprudenziale “tassativizzante”, la fattispecie si presenta, con riferimento al soggetto pubblico, come una “concussione attenuata” e, con riferimento al soggetto privato, come “una corruzione mitigata dall'induzione”. Cass. 24.10.2013 n.12228/2014, Maldera, in *CP* 2014, 2018 ss., con nota di M. Gambardella, *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del “danno ingiusto” e “vantaggio indebito”, i casi ambigui, le vicende intertemporali*; cfr. anche M. Donini, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a Sez.un., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e A. e alla l. n. 190 del 2012, ivi 2014, 1484 ss.*; A. Sessa, *Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in *DPC* 2015, 241 ss. Nello stesso senso v. Cass. 15.7.2014 n. 47014, ivi 2015, 608, con osservazioni di E. Scarantino; Cass. 10.3.2015 n. 22526, ivi 2015, 3068 ss., con osservazioni di M. Gambardella. Sul punto si consenta un richiamo anche a N. Ortu, *op. cit.*, 4254.

²⁴ Come è stato a più riprese affermato in giurisprudenza di legittimità (cfr. da ultimo, Cass. 22.10.2019 n. 18125/2020, in *RIDPP* 2020, e Cass. 8.6.2023 n. 1245/2024, in *CEDCass*, n. 285886 – 01) l'incriminazione di cui all'art. 318 Cp sembra quindi seguire lo schema dell'anticipazione della tutela del bene protetto (l'imparzialità dell'agire amministrativo), secondo il modello del reato di pericolo. Tale ipotesi presenta quindi un livello di offensività diverso e di intensità minore rispetto alla corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, fondata sul danno effettivamente arrecato al valore protetto. Se infatti l'oggetto dell'accordo corruttivo con cui il pubblico agente si limita a mercificare la propria funzione è l'impegno a considerare in futuro, cioè a curare, gli interessi del privato corruttore ed a tutelarli, l'orientamento ormai dominante riconosce che «il discrimine tra le due ipotesi corruttive resta pertanto segnato dalla progressione criminosa dell'interesse protetto in termini di gravità (che giustifica la diversa risposta punitiva) da una situazione di pericolo (il generico asservimento della funzione) ad una fattispecie di danno, in cui si realizza la massima offensività del reato (con l'individuazione di un atto contrario ai doveri d'ufficio). Nel primo caso la dazione indebita, condizionando la fedeltà ed imparzialità del pubblico ufficiale che si mette genericamente a disposizione del privato, pone in pericolo il corretto svolgimento della pubblica funzione; nell'altro, la dazione, essendo connessa sinallagmaticamente con il compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, realizza una concreta lesione del bene giuridico protetto», giustificando di conseguenza la previsione di una pena più severa (così Cass. 11.12.2018 n. 4486/2019, in *CED Cass*, n. 274984; Cass. 25.9.2014 n. 49226, ivi, n. 261353; Cass. 24.4.2019 n. 33828, ivi, n. 276783; Cass. 20.6.2019 n. 32401, ivi, n. 276801).

cui la lesione al bene giuridico si consuma già con la pattuizione avente ad oggetto un atto determinato, antidoveroso, senza necessità che questo venga effettivamente realizzato, traducendosi in un evento naturalistico. L'attitudine effettivamente lesiva del bene giuridico risiede dunque, anche qui, nel mero accordo.

Il tratto comune a tutte queste ipotesi è la funzione anticipatoria della tutela: il legislatore penalizza, in modo scalare, il rischio che l'agire amministrativo venga distorto dall'intromissione, e la presa in carico, di interessi privati. In questa prospettiva, il diritto penale opera secondo una logica di "prevenzione postuma", volta a impedire la concretizzazione della lesione mediante l'arretramento della soglia della rilevanza penale.

Il danno – se effettivamente di "danno" si può parlare – consiste allora non nel compimento ma ancor prima nella pattuizione di un atto amministrativo che, qualora compiuto, sarebbe in grado di inquinare il corretto ed imparziale esercizio della funzione pubblica, sviandolo dai propri fini istituzionali ed impedendo la realizzazione dell'interesse pubblico, attraverso la concreta presa in carico dell'interesse privato. Si tratta di un danno "eventuale", che non somiglia a quello generalmente preso in considerazione dai reati di lesione (si pensi, per tutti, all'omicidio, al furto, alle lesioni personali, etc.), anche in ragione della particolare essenza del bene giuridico tutelato, l'imparzialità e il buon andamento della P.A., che, pur non potendosi considerare un bene funzionale in senso stretto, appare comunque ancorato al corretto svolgimento della *funzione* amministrativa in senso lato.

Nell'ipotesi di corruzione antecedente, il compimento dell'atto oggetto dell'accordo corruttivo non riveste alcuna rilevanza ai fini della configurazione del reato, dal momento che la fattispecie incriminatrice si perfeziona già con il solo raggiungimento dell'intesa tra le parti (avente ad oggetto un atto contrario ai doveri d'ufficio del pubblico ufficiale). In tale contesto, l'esecuzione concreta dell'atto si colloca in una fase successiva, rappresentando un momento meramente esecutivo, privo di incidenza sulla consumazione del reato. Diversamente, nella corruzione susseguente, l'atto amministrativo risulta già compiuto al momento dell'accordo, e ciò assume rilevanza solo a posteriori, venendo investito di un significato corruttivo alla luce dell'intesa sopraggiunta, in una prospettiva teleologica²⁵. Sicché, il reato di corruzione propria, pur approfondendo l'offesa tipica della corruzione funzionale (che è legata ad essa da

²⁵ Sulla minore offensività della fattispecie, anche alla luce del dato storico, polarizzata sulla "violazione del dovere", cfr. V. Manes, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in RIDPP 2000, 926 ss.

un rapporto di progressione criminosa)²⁶, si costruisce attorno al momento pattizio, rimanendo giuridicamente centrato sull'accordo, prima e a prescindere dell'esecuzione delle prestazioni dedotte nel sinallagma.

In generale, nelle fattispecie di corruzione, il rapporto con il bene giuridico protetto è costruito in chiave di anticipazione della tutela: si sanzionano infatti, in misura crescente, situazioni caratterizzate da una crescente probabilità di lesione dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione²⁷. La "prevenzione" (*rectius*, anticipazione) penale si concretizza nella previsione di una serie di fattispecie che incriminano diversi gradi di probabilità di lesione del bene – dalle più arretrate, come il traffico di influenze illecite e l'istigazione alla corruzione, alle più vicine, come la corruzione per l'esercizio della funzione, fino ad un'ipotesi di massima gravità, ricostruita in termini di reato di danno, ma anch'essa con uno spirito anticipatorio.

In questo schema, il legislatore punisce dapprima condotte che prefigurano il rischio di una degenerazione verso la corruzione vera e propria (traffico di influenze, istigazione alla corruzione, abuso d'ufficio prima della sua abrogazione²⁸), e successivamente la corruzione in senso stretto. Anche quest'ultima, nella sua forma più generale (art. 318 Cp), non richiede che l'interesse pubblico sia effettivamente compromesso dall'azione amministrativa in questione. Solo l'art. 319 Cp postula un'effettiva lesione del bene²⁹, ma intesa non necessariamente come evento

²⁶ Così, per tutte, Cass. 22.10.2019 n. 18125/2020, in *CED Cass*, n. 279555-04, confermata dalle successive. In dottrina si veda, da ultimo, A. Gargani, *La "progressione criminosa" tra corruzione funzionale e corruzione propria: criticità*, in *GI* 2024, 406 ss., il quale mette in luce le criticità di tale orientamento, che contrasterebbe con il rapporto strutturale di specialità intercorrente tra le due incriminazioni, incompatibile con la relazione di *alternatività* che lega danno e pericolo; nonché, più in generale, la natura di reato di danno dell'art. 319 Cp., poggiando anche in tale caso – come si è ampiamente rilevato – il disvalore del fatto sull'accordo corruttivo.

²⁷ Sulla vicinanza – ma non coincidenza – tra i concetti di pericolo (connotato negativamente, come rischio di un male) e di probabilità (concetto neutro), cfr. G.P. Demuro, *Il pericolo e la sua pena: tra proporzionalità e ne bis in idem*, cit., 904; C. Brusco, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia* 2012, 383 ss.

²⁸ Ad opera, come noto, della c.d. legge Nordio, n. 114 del 2024.

²⁹ Ciò emerge in particolare nell'elaborazione giurisprudenziale relativa al rapporto tra la corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio e per l'esercizio della funzione, secondo la quale solo quando il patto corruttivo abbia ad oggetto un atto che prevede un uso distorto del potere discrezionale (ad esempio qualora le parti si accordino per l'emanazione di un atto di contenuto difforme da quello concretamente possibile all'esito di una effettiva ponderazione degli interessi coinvolti, o che comunque dia un peso preponderante all'interesse del privato nella decisione), allora il fatto integri una corruzione propria ex art. 319 Cp. Per converso, è ben possibile che l'accordo riguardi il corretto esercizio del potere discrezionale, senza che l'interesse privato inquina la decisione, la quale, ottenuta attraverso un corretto temperamento degli interessi in gioco, sia concretamente in grado di realizzare il migliore interesse pubblico. In queste ipotesi, deve ritenersi che la concreta realizzazione

naturalistico, bensì come violazione dei doveri funzionali del pubblico ufficiale, desunta dal contenuto dell'atto.

Le misure preventive amministrative, dal canto loro, si pongono su un piano ancor più anticipato rispetto a quello penalistico. Esse non mirano tanto a impedire l'offesa in senso tecnico-giuridico, quanto a evitare che si formino le condizioni favorevoli allo sviluppo di comportamenti corruttivi, anche solo potenziali, inclusi quelli presi in considerazione dalle incriminazioni prodromiche alla corruzione vera e propria. L'obiettivo è agire sulle radici del fenomeno: neutralizzare i contesti, gli assetti organizzativi e i fattori individuali che potrebbero agevolare o favorire pratiche devianti. Non si tratta quindi di reprimere la corruzione già in atto, ma di ridurre il rischio stesso che essa si manifesti.

In quest'ottica, le misure preventive non operano sulla soglia dell'offesa, ma su quella del rischio: mirano a evitare che maturino le condizioni che renderebbero plausibile l'insorgenza del fenomeno corruttivo, intervenendo a monte rispetto alla lesione del bene giuridico. Non viene qui in rilievo la soglia della tutela: più che contrastare singoli atti, esse si preoccupano di eliminare le cause che ne permetterebbero l'insorgenza.

Emergono, in definitiva, due diverse logiche di intervento. Da un lato, le norme penali mirano a prevenire la lesione dell'interesse protetto (art. 318 Cp), anche reprimendo condotte logicamente precedenti a quelle di corruzione (come quelle previste dagli artt. 322 e 346-bis Cp); dall'altro, gli strumenti amministrativi intervengono sul rischio strutturale della corruzione, e più in generale, su quello della cattiva amministrazione.

dell'interesse generale mediante un corretto uso del potere discrezionale impedisce di configurare l'atto emanato all'esito del procedimento come contrario ai doveri d'ufficio, consentendo, invece, l'applicazione dell'art. 318 Cp, se non si vuole cadere nell'equivoco di riconoscere a tali casi un disvalore ulteriore rispetto a quello insito della condotta di dazione/ricezione di utilità indebite, secondo un'interpretazione che risulta in palese contrasto con la volontà legislativa di distinguere due forme di corruzione, connotate da una diversa gravità, in ragione del diverso contenuto dell'accordo preso in considerazione (cfr., *ex multis*, Cass. 10.7.1995 n. 9927, in *CEDCass.*, n. 202877; Cass. 12.6.1997 n. 11462, *ivi*, n. 209699; Cass. 15.2.1999 n. 3945, *ivi*, n. 213885, poi confermate da Cass. 22.10.2019 n. 18125/2020, *cit.*; Cass. 10.11.2020 n. 1594/2021, in *CEDCass.*, n. 280342; Cass. 26.1.2023 n. 6557, *cit.*; Cass. 8.6.2023 n. 1245/2024, *cit.*). In dottrina si vedano, *ex multis*, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, *cit.*, 209-210; G. Fidelbo, *La corruzione "funzionale" e il contrastato rapporto con la corruzione propria*, in *GIns* 2020, 15 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2020, 477 ss.; G. Stampanoni Bassi, *Le corruzioni nel codice penale*, in G. Stampanoni Bassi (a cura di), *La corruzione, le corruzioni*, Milano 2022, 9 ss. Si consenta un rimando anche a quanto osservato in N. Ortu, *L'equilibrio irrequieto tra discrezionalità amministrativa, corruzione per l'esercizio della funzione e per atto contrario ai doveri d'ufficio*, in *CP* 2023, 2858 ss.

Il diritto penale conserva una funzione repressiva, pur se esercitata in un'ottica anticipatoria. Si tratta comunque di uno strumento sanzionatorio, che opera dopo che il pericolo si è "concretizzato". Le misure amministrative, invece, hanno una funzione proattiva, orientata alla costruzione e salvaguardia del valore pubblico, inteso in senso ampio come benessere collettivo, sviluppo sostenibile, qualità dei servizi e fiducia dei cittadini³⁰. Il loro obiettivo è generare condizioni strutturali che impediscano l'emergere della corruzione.

In questa prospettiva, la prevenzione della corruzione è non solo – e non tanto – protezione di un bene giuridico, ma diventa essa stessa parte e fonte di valore pubblico. Essa si estende a tutte le attività connesse alla missione istituzionale delle amministrazioni pubbliche, contribuendo non solo a evitare deviazioni, ma anche a orientare l'azione amministrativa verso l'efficienza, la trasparenza e l'imparzialità. Mentre la repressione penale interviene *ex post*, in ottica *reattiva*, rispetto all'offesa, data dalla verifica di episodi corruttivi, la prevenzione si muove *ex ante*, in chiave *proattiva*, contribuendo in modo decisivo a strutturare un'amministrazione sana e orientata al bene comune³¹.

4. Tracciate le sue coordinate generali e funzionali, la tutela di natura preventiva contro i fenomeni corruttivi trova, tra i propri principali strumenti operativi, quelli indirizzati alla individuazione e gestione del conflitto di interessi.

Tale situazione dalla nozione polimorfa postula lo svolgimento di un'attività capace di incidere sull'interesse di altri. In ambito amministrativo si verifica ove la cura dell'interesse pubblico (c.d. primario) cui un soggetto è chiamato a perseguire collide con – e rischia di essere deviata da – la presenza di un interesse (c.d. secondario) del quale il medesimo soggetto è direttamente o indirettamente titolare³².

³⁰ Cfr. Anac, PNA 2022, 22 ss.

³¹ Cfr. *ivi*.

³² V. Sarcone, *La disciplina e il monitoraggio del conflitto di interessi*, in C. Contessa – A. Ubaldi, *Manuale dell'anticorruzione e della trasparenza*, Milano 2021, 415; A. Lalli – A. Moreschini – M. Ricci, *L'ANAC e la disciplina del conflitto di interessi*, Napoli 2019, 3; ANAC, PNA 2019, 40. Tale nozione coincide con quella fatta propria dall'OCSE in *Managing conflict of interest in the public service: OECD guidelines and country experiences*, 2003, ove si afferma che il conflitto di interessi implica «un conflitto tra la missione pubblica e gli interessi privati di un agente pubblico, in cui quest'ultimo possiede interessi privati che potrebbero influire indebitamente sull'assolvimento dei suoi doveri e delle sue responsabilità pubblici». La medesima definizione è stata peraltro ripresa dall'Unione Europea nell'art. 57, par. 2, del regolamento finanziario applicabile al bilancio generale dell'UE (reg. n. 966/2012), ove si legge che: «... esiste un conflitto d'interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finanziario o di un'altra persona di cui al paragrafo 1, è compromesso da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da interesse economico o da qualsiasi altra comunanza

Il conflitto di interessi non implica il compimento di una condotta effettivamente pregiudizievole per l'interesse primario, ma rappresenta una condizione giuridica o di fatto ontologicamente connotata da un rischio di danno per tale interesse³³. Ciò vale a dire che una situazione di conflitto di interessi sussiste a prescindere dall'eventualità che da essa discenda una condotta impropria e dal concretizzarsi di un vantaggio per il soggetto agente³⁴.

È quindi possibile scorgere una evidente differenza sostanziale tra la situazione conflittuale e la lesione dell'interesse primario: l'essenza del conflitto di interessi va riportata al concetto di potenzialità, mentre l'offesa arrecata all'interesse pubblico (primario) – mediante una transazione illecita, corruttiva o concussiva, ovvero, prima della sua abrogazione, tramite un abuso d'ufficio – è riconducibile alla categoria dell'atto, dell'agire vero e proprio³⁵.

Il sistema di misure preventive alla corruzione prende in considerazione un'accezione ampia e onnicomprensiva di conflitto di interessi, andandovi a ricomprendere qualsiasi situazione potenzialmente in grado di minare il corretto agire amministrativo e anche solo astrattamente comprometterne l'imparziale esercizio³⁶.

Ciò non deve però confondersi con la mera conflittualità di interessi – pubblico e privati – innata all'esercizio dell'attività amministrativa, che sovente richiede il fisiologico sacrificio dei secondi³⁷. Il conflitto di interessi, per assumere rilevanza ai fini del sistema preventivo della corruzione deve infatti essere patologico, trovando il proprio nucleo nel rischio di abuso del potere pubblico – o comunque di prerogative pubblicistiche – da parte di chi è chiamato a farne esercizio; abuso che può contaminare la correttezza dell'agire amministrativo, sviandolo dal proprio fine

d'interessi con il destinatario». Nello stesso senso cfr. anche ANAC, Delibera n. 494/2019 recante le *Linee guida su Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*.

³³ Cfr. Cons. St., Sez. Cons. Atti Normativi, parere 31.1.2019 n. 667 relativo allo Schema di Linee guida ANAC aventi ad oggetto «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici», in attuazione dell'art. 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; A. Lalli – A. Moreschini – M. Ricci, *op. cit.*, 3.

³⁴ Cfr. Cons. St., Sez. Cons. Atti Normativi, parere 31.1.2019 n. 667, cit. Ciò è stato evidenziato anche dalla giurisprudenza amministrativa: si veda Cons. St. 11.7.2017 n. 3415; Cons. St. 14.5.2018, n. 2853.

³⁵ Così Cons. St., Sez. Cons. Atti Normativi, parere 31.1.2019 n. 667, cit.

³⁶ Cfr. ANAC, PNA 2019, p. 40.

³⁷ Si pensi, ad esempio, ai procedimenti ablatori, in cui il conflitto tra gli interessi coinvolti raggiunge il massimo grado, consistendo essi nel sacrificio da parte dell'autorità pubblica di un interesse ad un bene della vita di altro soggetto, che ne viene privato, in nome dell'interesse pubblico; sul punto cfr., *ex plurimis*, S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano 2000, 382 ss.; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, 322 ss.

istituzionale previsto dalla legge³⁸.

In questo particolare ambito, il fenomeno corruttivo da contrastare in via preventiva è quindi inteso in senso parimenti onnicomprensivo, come *mala gestio*, consistente cioè nell' «assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari»³⁹. Come «abuso da parte di un soggetto di un potere a questi delegato per ottenere vantaggi privatistici»⁴⁰.

In altri termini, la “corruzione” rilevante per i presìdi in materia di conflitto di interessi coincide con il cattivo esercizio della funzione pubblica in ragione dell'influenza giocata da un interesse esogeno, privato dell'agente, collidente con l'interesse pubblico e capace di sviarne la realizzazione⁴¹.

Peraltro non sembra possibile rinvenire, né a livello sovranazionale, né nazionale, un concetto generale di conflitto di interesse, il quale sfugge ad una netta categorizzazione, essendo intimamente legato a complesse dinamiche “economico-relazionali” insuscettibili di una esaustiva tipizzazione da parte del legislatore⁴².

Così, nel quadro della disciplina preventiva della corruzione-*maladministration*, accanto alle situazioni di conflitto di interessi concreto ed effettivo, tipizzate dagli artt. 7 e 14 del d.P.R. n. 62 del 2013⁴³, assumono rilievo altresì quelle di conflitto solo

³⁸ Cfr. V. Sarcone, *op. cit.*, 416 ss.; F. Monteduro – S. Brunelli – A. Buratti, *La corruzione: definizione, misurazione e impatti economici*, in *FormezPA*, Roma 2013, 18 ss.; J. Pope, *Confronting corruption: The elements of a national integrity system*, in *Transparency International Source Book*, Transparency International 2000, 13 ss., secondo cui, posto che la corruzione è definibile come “*abuse of entrusted power for private gain*”, l'abuso consiste nel mancato esercizio del potere secondo i termini e i limiti previsti dalla delega.

³⁹ Cfr. ANAC, PNA 2015, 7. Sul punto si veda anche V. Sarcone, *op. cit.*, 416.

⁴⁰ Così J. Pope, *Confronting corruption*, cit., 13.

⁴¹ Cfr. V. Sarcone, *op. cit.*, 416.

⁴² Cfr. M. Di Rienzo – A. Ferrarini, *Conflitti di interessi esogeni, endogeni, inerenti e apparenti*, in *AzIt* 2020, 42 ss.; G. Terracciano, *Il conflitto di interessi nella disciplina del procedimento amministrativo e degli appalti pubblici*, in F. Cerioni – V. Sarcone (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano 2019, 325.

⁴³ Regolamento “recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'art. 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”, il cui art. 7 prevede il generale obbligo di astensione del dipendente pubblico dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero del coniuge, di suoi parenti, affini, di conviventi, di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero con cui abbia causa pendente, grave inimicizia, rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti di cui sia amministratore o dirigente, ovvero in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. L'art. 14 disciplina invece gli speciali obblighi di astensione a cui è sottoposto l'agente pubblico nell'attività di stipulazione di contratti e altri atti negoziali pubblici.

potenziale che, pur non essendo rinvenibili in una specifica fonte normativa, si possono rivelare in grado di interferire con il corretto svolgimento della missione pubblica, influenzandolo e inquinandone l'imparzialità, anche solo apparentemente⁴⁴.

I presidi amministrativi pongono, in entrambi i casi, regole di condotta, *sub species* di obblighi di astensione, con l'obiettivo di orientare il comportamento dell'agente pubblico.

Quando però questi, trovandosi nelle situazioni descritte dalle rispettive norme, omette di astenersi, allora il fenomeno raggiunge il proprio culmine, passando dalla potenzialità di offesa all'offesa dell'interesse protetto: il conflitto di interessi si è qui concretizzato. Situazione che, almeno prima delle modifiche introdotte nell'ordinamento con la legge n. 114 del 2024 (c.d. riforma Nordio), ricadeva nel reato di abuso d'ufficio, ove tra gli elementi di fattispecie era espressamente prevista la realizzazione di un danno ingiusto e/o di un vantaggio illecito, così da giustificare il ricorso alla sanzione penale⁴⁵. L'abrogazione del delitto di cui all'art. 323 Cp lascia

⁴⁴ Cfr. ANAC, PNA 2019, 40.

⁴⁵ Nell'abrogato delitto di abuso d'ufficio ex art. 323 Cp, la sottofattispecie di conflitto di interessi prendeva infatti in considerazione l'avvenuta lesione del bene giuridico, richiedendo non solo l'effettivo sfruttamento della situazione conflittuale, ma anche la realizzazione di un danno ingiusto o di un vantaggio illecito per l'agente. Proprio in una pronuncia in materia di abuso d'ufficio, la Corte di cassazione, Cass. 21.2.2019 n. 22871, ha avuto l'occasione di affermare che il divieto in capo ai soggetti che esercitano una qualsiasi forma di potestà pubblica di agire in conflitto di interessi trova il proprio fondamento in Costituzione, nel dovere di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost., nonché nel dovere di adempiere con disciplina ed onore all'esercizio delle funzioni pubbliche ex art. 54 Cost. Peraltro, non può non rilevarsi fin da ora che, essendo stato definitivamente abrogato il delitto in oggetto da parte della riforma Nordio, il conflitto di interesse non troverà più alcuna tutela penalistica, nemmeno di fronte ai casi più gravi in cui non solo l'agente pubblico manca di astenersi di fronte a tale situazione, ma anzi la sfrutta intenzionalmente traendone un vantaggio illecito o cagionando un danno ingiusto. In senso critico rispetto alla scelta abolitiva si è, invero, espressa gran parte della dottrina: cfr., *ex plurimis*, A. Perin, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel piano di torsione della giustizia penale. Aspetti costituzionali e politico-criminali della "riforma Nordio"*, in www.la legislazione penale.eu (15.3.2025); L. Carraro, *L'abrogazione dell'abuso di ufficio: la tutela penale dall'arbitrio pubblico dopo la c.d. Riforma Nordio*, Pisa 2025; M. Donini, *Abrogare i reati per risolvere problemi del processo. Dal falso in bilancio all'abuso di ufficio*, in www.sistemapenale.it (15.7.2024); G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona Cesarini del 'peculato per distrazione' (art. 314-bis c.p) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della Direttiva UE 2017/1371*, ivi (10.7.2024); M. Gambardella, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" (la versione approvata dal Senato nel febbraio 2024)*, ivi (11.4.2024); M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, in www.la legislazione penale.eu (10.5.2024); M. Gambardella, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in www.sistemapenale.it (26.9.2023); R. Garofoli, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, ivi (21.9.2023); G. Lattanzi, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio. Note critiche*, ivi (20.9.2023); R. Cantone, *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio)*, ivi (19.9.2023); M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, ivi (18.9.2023); G.L. Gatta, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art.*

dunque una lacuna nell'ordinamento in quanto, a fronte di una pluralità di norme che impongono l'astensione in presenza di un conflitto di interessi, non ne resta alcuna che ne reprima la violazione, neppure quando questa si rivela dannosa o ingiustamente vantaggiosa⁴⁶.

L'OCSE distingue, coerentemente alle caratteristiche del fenomeno sopra descritte, tre tipi di conflitti di interessi: uno *reale*, che postula un conflitto effettivo tra la missione istituzionale e gli interessi privatistici di un pubblico funzionario, capaci di esercitare un'influenza indebita sull'assolvimento dei suoi doveri; uno *apparente*, che si ha quando appunto gli interessi privati di un agente pubblico sembrano influire indebitamente sull'osservanza dei suoi obblighi istituzionali, senza che però ciò di fatto avvenga; uno *potenziale*, che implica l'esistenza in capo a un agente pubblico di interessi privati potenzialmente capaci di generare un conflitto di interessi qualora questi dovesse in futuro ricoprire taluni uffici ovvero assumere determinate, confliggenti, responsabilità⁴⁷.

La prevenzione del conflitto di interessi presenta dunque carattere sistematico, assurgendo a principio dell'attività amministrativa, prima ancora che fondamento del contrasto alla corruzione, positivizzato attraverso l'inserimento nella legge sul procedimento amministrativo, n. 241 del 1990, dell'art. 6-bis ad opera della legge n. 190/2012 (art. 1, co. 41). Mentre, al contrario, il diritto penale dovrebbe operare – come peraltro avviene nei principali ordinamenti europei ed avveniva, nel nostro, prima della legge n. 114/2024 – in ottica prettamente repressiva, in reazione alle sole ipotesi di massima gravità, in cui si verifica una vera e propria offesa all'interesse tutelato.

La funzione dell'art. 6-bis della legge sul procedimento amministrativo è quella di prevenire il sorgere di conflittualità tra gli interessi dei pubblici decisori e la missione istituzionale che sono chiamati a svolgere, imponendo loro di astenersi di fronte ad un conflitto e segnalarne l'esistenza anche solo potenziale; sugellando al contempo la prevenzione alla corruzione come principio generale del diritto amministrativo⁴⁸.

323 c.p., ivi (19.6.2023), 205 ss.; M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, ivi (23.6.2023); C. Cupelli, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, ivi (23.1.2023); G. De Francesco, *La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica*, in www.la legislazione penale.eu (10.07.2023). *Contra*, per tutti, v. B. Romano, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in www.la legislazione penale.eu (12.12.2023); A. Merlo, *“Chi non fa non falla”: la pubblica amministrazione dinnanzi al reato di abuso d'ufficio*, ivi (29.12.2023).

⁴⁶ Il tema verrà ripreso e sviluppato *infra*.

⁴⁷ OECD, *Managing Conflict of Interests in the Public Service, OECD guidelines and country experience*, 24 ss. (www.oecd.org). Tale distinzione in categorie è stata fatta propria dal Consiglio di Stato nel citato parere 31.1.2019 n. 667. In proposito si veda anche V. Sarcone, *op. cit.*, 419.

⁴⁸ Cfr. Cons. St., Sez. Cons. Atti Normativi, parere 31.1.2019 n. 667, cit., 5 ss.

Posto che il conflitto di interessi ricorre a prescindere dal concretizzarsi di un vantaggio – che era espressamente preso in considerazione solamente ai fini dell'applicazione dell'ormai abrogato abuso d'ufficio – la rilevanza del conflitto potenziale si ricollega al pericolo di inquinamento della funzione pubblica, che, in ogni caso, deve essere valutato come se fosse concretamente incidente sull'imparzialità dell'agente pubblico, obbligandolo all'astensione⁴⁹.

Un'ulteriore ipotesi di conflitto di interesse, che si affianca alle categorie sopra descritte, è quella c.d. strutturale, che si verifica nei casi in cui nonostante il conferimento di una carica *lato sensu* amministrativa⁵⁰ sia formalmente rispettosa delle norme che disciplinano l'attribuzione di incarichi e cariche nelle pubbliche amministrazioni (in particolare delle situazioni di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi previste dal d.lgs. n. 39/2013), l'imparzialità nell'esercizio dell'attività amministrativa affidata all'agente pubblico rischia di essere sistematicamente inquinata da interessi personali o professionali di questi, derivanti dall'assunzione dell'incarico⁵¹. La situazione di conflitto che viene qui in rilievo non è limitata all'assunzione di una specifica tipologia di decisioni o atti, o allo svolgimento di particolari procedimenti, bensì si presenta generalizzata e permanente. Come affermato in dottrina, essa «non è disciplinata da alcuna fonte normativa, ma presenta i tratti caratteristici della nozione generale»⁵², oppure è normativamente previsto un generale obbligo di astensione, senza che siano però tipizzate le situazioni che fungono da parametro per valutare la conflittualità⁵³.

La gestione dei conflitti di interessi – espressione del principio generale di buon andamento e imparzialità dell'attività amministrativa sancito dalla Costituzione – è stata oggetto di disciplina con la l. n. 190 del 2012 che si rivolge sia al personale interno delle pubbliche amministrazioni, sia ai titolari di incarichi esterni conferiti dalle stesse e riguarda diversi profili: (i) il generale obbligo di astensione del dipendente in presenza di conflitto di interessi; (ii) le ipotesi di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso enti privati in controllo pubblico, disciplinate dal d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39; (iii) l'adozione dei codici di comportamento; (iv) l'autorizzazione a svolgere incarichi extra-istituzionali; (v)

⁴⁹ Cfr. V. Sarcone, *op. cit.*, 420.

⁵⁰ Cioè nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato regolati, finanziati e in controllo pubblico, cfr. ANAC, PNA 2019, cit.

⁵¹ Cfr. ANAC, PNA 2019, cit., p. 40.

⁵² Cfr. A. Lalli – A. Moreschini – M. Ricci, *op. cit.*, 6.

⁵³ Cfr. V. Sarcone, *op. cit.*, 420.

l'affidamento di incarichi a soggetti esterni in qualità di consulenti ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001; e (vi) il c.d. divieto di *pantouflage*, che sarà oggetto di analisi nei paragrafi che seguono.

5. Nella delineata architettura di presidi amministrativi, emerge la figura del *pantouflage* per la sua eccentricità, quale situazione fortemente contigua a quelle di conflitto di interessi ma ad esse non sovrapponibile.

Il c.d. *pantouflage*, dal francese *pantoufler*, cioè smettere di prestare servizio per lo Stato per entrare nel settore privato, che a sua volta deriva da *pantoufle* (letteralmente 'pantofola', intesa come scarpa indossata dalla società civile, in contrapposizione con "la botte", cioè lo stivale indossato dai militari), indica, storicamente, la situazione per cui un militare o un funzionario formatosi all'*École Polytechnique* (accademia militare francese di alta formazione e ricerca) o, più in generale, in un'alta scuola statale (come l'*École Nationale d'Administration* e l'*École Politique*), interrotto il proprio servizio per lo Stato, entra nel settore privato⁵⁴. Attraverso tale espressione si indicano altresì i rimedi a tale passaggio, al fine di non vanificare gli investimenti effettuati dallo Stato sull'istruzione e formazione di tali soggetti⁵⁵.

Il termine è stato preso in prestito ed entrato a far parte del lessico anticorruzione per fare riferimento non al generico passaggio di un soggetto dal settore pubblico a quello privato, ma a quelle specifiche ipotesi potenzialmente foriere di un rischio di corruzione, in cui la particolare posizione lavorativa pubblica potrebbe prestare il fianco a influenze o strumentalizzazioni a danno della correttezza e imparzialità amministrativa, volte a preconstituire condizioni favorevoli nell'ottica di un futuro passaggio al settore privato.

Il fenomeno è conosciuto negli ordinamenti anglosassoni come "*revolving doors*", sintagma che si riferisce però non solo al passaggio di agenti pubblici e politici dal settore pubblico a quello privato, ma anche a quello opposto, cioè l'ingresso nelle pubbliche amministrazioni di soggetti, soprattutto di vertice, provenienti dal settore privato, e che coincide soltanto nel primo segmento con il *pantouflage*⁵⁶. In entrambi

⁵⁴ Cfr. Voce *Pantouflage*, in *Vocabolario Treccani, Neologismi*, consultabile al link [pantouflage in Vocabolario - Treccani - Treccani - Treccani](#).

⁵⁵ Cfr. B.G. Mattarella, *Il pantouflage in Francia: i rapporti d'attività della Commission de deontologie delle function publique*, in *RTrimDPub* 2004, 623 ss.

⁵⁶ Come si legge nello studio commissionato dal dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo "*L'efficacia delle politiche sul conflitto di interessi negli Stati membri dell'UE*", del 2020 ([IPOL STU\(2020\)651697 IT.pdf \(europa.eu\)](#)), nonostante gli Stati Membri dell'Unione si siano impegnati ad

i casi, i movimenti ricompresi nelle “porte girevoli” possono essere diacronici o sincronici.

Diverso dal *pantouflage* ma comunque ricompreso nell'ambito delle “porte girevoli” è, oltre al passaggio da privato a pubblico di manager ed esperti, anche l'assunzione da parte di un agente pubblico di incarichi extraistituzionali ovvero di cariche onorifiche o altri ruoli in associazioni, fondazioni e enti, per i quali è necessaria l'autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza che, valutata la presenza di un conflitto di interessi, può, in caso positivo, negare l'autorizzazione ovvero, in caso negativo, concederla e gestire il conflitto di interessi potenziale attraverso la previsione di un periodo di raffreddamento o la prescrizione di particolari obblighi di condotta⁵⁷.

La normativa domestica in materia di *pantouflage* tipizza soltanto una porzione di questa serie di passaggi attraverso porte girevoli (la cui disciplina appare frammentata nell'ordinamento⁵⁸), limitandosi ad affrontare il rischio che il trasferimento di un soggetto dal settore pubblico al settore privato, con le conoscenze e relazioni intessute durante la propria occupazione nella Pubblica Amministrazione, possa farsi catalizzatore di dinamiche e scambi corruttivi. Il rischio di corruzione, in questo caso, risiede nel possibile sfruttamento da parte del soggetto pubblico dei poteri insiti nella funzione ricoperta, a favore di un soggetto privato destinatario degli stessi, in vista o in cambio di una futura occasione lavorativa presso il medesimo soggetto.

inserire, tra il 2007 e il 2020, normative e strumenti per regolare i passaggi del personale pubblico al privato (*post-employment*), il fenomeno delle *revolving doors* presenta una portata ben più ampia, estendendosi anche a quelle situazioni in cui i ruoli professionali, tanto nel pubblico quanto nel privato, vengono esercitati in sequenza temporale (diacronicamente), ovvero sincronicamente. Per una panoramica delle misure di *post-employment* vigenti in ambito eurounitario, si veda l'analisi condotta dall'*European Parliamentary Research Service* (EPRS), S. Kotanidis, *Rules on 'revolving doors' in the EU. Post-mandate restrictions on members of EU institutions and parliamentarians in Member States*, Bruxelles 2024, 10 ss. Sulla portata dei conflitti di interessi, e dei conseguenti effetti distorsivi, legati al fenomeno delle *revolving doors*, complessivamente inteso, cfr. A. Cerrillo-i-Martínez, *Beyond revolving doors: the prevention of conflicts of interests through regulation*, *PubInt* 2017, 357 ss.

⁵⁷ In simili casi, le amministrazioni devono ponderare la situazione di conflitto di interessi considerando il ruolo del soggetto pubblico all'interno dell'amministrazione, le competenze e i rapporti gerarchici, le funzioni attualmente o precedentemente svolte, valutando anche il conflitto di interesse potenziale ex art. 7 del d.P.R. n. 62/2013 (art. 53 co. 9 d.lgs. 165/2001). Cfr. “Criteri generali in materia di incarichi vietati ai pubblici dipendenti”, tavolo tecnico Dipartimento della funzione pubblica, Conferenza delle Regioni e Province autonome, ANCI e UPI, luglio 2014. Sul punto cfr. anche M. Di Rienzo – A. Ferrarini, *Anatomia delle Porte Girevoli (Revolving Door)*, in *SpEt* 2021.

⁵⁸ L'ipotesi speculare al *pantouflage* è, ad esempio, prevista all'art. 4 del d.lgs. 39/2013, che disciplina gli incarichi che la pubblica amministrazione affida a soggetti provenienti da enti privati dallo stesso regolati o finanziati, attraverso la previsione di un'ipotesi di inconferibilità, per 2 anni, relativa ai soli incarichi amministrativi di vertice, di amministrazione e agli incarichi dirigenziali esterni dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione.

L'attenzione al tema nasce, ancora una volta, sulla spinta di sollecitazioni internazionali, in particolare della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, il cui art. 12, par. 2, lett. e raccomanda agli Stati contraenti⁵⁹ l'adozione di un'apposita disciplina volta a prevenire i conflitti di interessi, attraverso l'imposizione, ove appropriato, di restrizioni, per periodi ragionevoli di tempo, alla libertà negoziale e professionale di ex funzionari pubblici nel settore privato, dopo la cessazione dal servizio per qualsiasi ragione, qualora tali attività o impieghi siano collegati alle funzioni ricoperte da tali agenti pubblici durante il loro mandato.

È bene notare che, fissata la finalità di prevenire i fenomeni corruttivi ed indicata l'opportunità di introdurre strumenti dissuasivi proporzionati ed adatti allo scopo, la Convenzione lascia un ampio margine di libertà agli stati in ordine all'individuazione degli stessi: per quanto riguarda l'ipotesi dei conflitti di interesse "successivi" di cui alla citata lett. e, non è indicato un preciso periodo temporale da ritenersi adeguato come *cooling-off period*, né sono specificati i poteri il cui esercizio consente l'operatività della misura, facendosi generico riferimento al collegamento diretto tra le "funzioni" esercitate dall'ex agente pubblico e le "attività" che questi intende svolgere nel settore privato; né è specificata una sanzione adeguata, la cui individuazione è rimessa alla discrezionalità degli Stati contraenti secondo i canoni propri dell'ordinamento.

Accanto alla Convenzione delle Nazioni Unite, peraltro, ha giocato un ruolo "persuasivo" nell'introduzione di un divieto generale di *pantouflage* nell'ordinamento italiano anche il GRECO (*Groupe d'États contre la corruption*, in seno al Consiglio d'Europa), che, con le proprie raccomandazioni – dotate non di forza vincolante bensì di *moral suasion* (in quanto fonti di *soft law*) – ha utilizzato il meccanismo della *peer pressure* per accelerare il processo di conformazione dell'ordinamento nazionale alle indicazioni del Gruppo in materia di strumenti preventivi della corruzione.

Il divieto di *pantouflage* è stato infatti espressamente trattato nel rapporto di valutazione del 2009, nel quale il Gruppo ha raccomandato allo stato italiano l'adozione di adeguate restrizioni relativamente ai conflitti di interesse che possono verificarsi con la circolazione in entrata e in uscita dalla pubblica amministrazione di persone che svolgono nella stessa funzioni esecutive. Anche in questo caso, tuttavia, oltre a circoscrivere soggettivamente i destinatari della misura caldeggiata, la raccomandazione non fornisce alcuna indicazione sul *quomodo*, lasciato alla

⁵⁹ La raccomandazione è posta, al paragrafo 1, con la formula imperativa «*each State Party shall take measures ... to prevent corruption in the public sector*», le quali possono includere ("*may include*") anche quelle anti-*pantouflage*.

discrezionalità del legislatore⁶⁰.

La legge anticorruzione del 2012, n. 190, con l'art. 1, co. 42, lett. l, ha quindi introdotto nell'ordinamento, all'art. 53, co. 16-ter, del d.lgs. 165/2001⁶¹, il precetto in virtù del quale

⁶⁰ Cfr. par. 155, Rapporto GRECO valutazione Italia del 2 luglio 2009, consultabile al link [Ministry of Justice | ARCHIVIO - Rapporto GRECO valutazione Italia - 2009 \(giustizia.it\)](http://Ministry_of_Justice_ARCHIVIO_-_Rapporto_GRECO_valutazione_Italia_-_2009_giustizia.it). Si segnala inoltre che il GRECO, nella successiva tornata di valutazione (2013), dopo l'entrata in vigore della legge anticorruzione del 2012, nel ritenere la normativa nazionale (ossia il neo introdotto co. 16-ter dell'art. 53, d.lgs. 165/2001, in materia di passaggi in uscita e il d.lgs. 39/2013, relativamente ai movimenti 'in entrata' nella P.A.) sufficientemente conforme alla raccomandazione ricevuta, ha rilevato che l'attuazione di tale disciplina «richiede un controllo efficace e lo sviluppo di direttive per i pubblici ufficiali su casi pratici che coinvolgano il dilemma etico che potrebbe verificarsi laddove essi vadano a lavorare per un soggetto privato simile, collegato o persino concorrente, una volta lasciato il servizio pubblico». Sul tema cfr., *amplius*, C. Pepe, *Nuovi appunti sul divieto di pantouflage (art. 53 c.16-ter del D.Lgs. 165/01): tra origini, figure affini e frontiere giurisprudenziali*, in *GAMM* 2019, 4 ss.

⁶¹ La norma prevede testualmente: «I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti». È tuttavia opportuno tenere a mente che, seppure non esistesse una regola tendenzialmente generale in tema di *pantouflage*, già prima della legge anticorruzione del 2012, erano presenti nell'ordinamento normative di settore recanti fattispecie di incompatibilità (successiva) animate dalla medesima *ratio* dell'art. 53, co. 16-ter citato, tra le quali si ricordano: l'art. 6, l. n. 60/1953 in materia di incompatibilità parlamentare; art. 49, d.p.r. n. 43/1973 e art. 63, d.p.r. n. 600/1973 relativi al personale dell'amministrazione finanziaria e della guardia di finanza; art. 22, l. n. 185/1990 relativamente al personale preposto a qualsiasi titolo all'esercizio di funzioni connesse al controllo sull'esportazione, importazione e transito di materiali di armamento; art. 2, co. 9, l. n. 481/1995, come modificata dal d.l. n. 90/2014, in merito agli ex dipendenti o componenti delle Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità; art. 2, l. n. 215/2004 relativo ai titolari di cariche di governo; art. 22, l. n. 90/2014 relativo al personale delle autorità indipendenti; art. 20.bis l. 28/12/2005, n. 262 con specifico riferimento alla Consob. Sul tema in dottrina cfr., *amplius*, C. Pepe, *Nuovi appunti sul divieto di pantouflage (art. 53 c.16-ter del D.Lgs. 165/01): tra origini, figure affini e frontiere giurisprudenziali*, cit., 4 ss.; M. Calcagnile, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, Bologna 2017, 84; R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 165. È possibile inoltre citare, con le dovute distinzioni in termini di *ratio*, anche l'art. 2, co. 3, lett. a della l. n. 247/2012 sui limiti previsti per l'esercizio della professione forense da parte dei magistrati. Sotto quest'ultimo profilo, si osserva però che, mentre nel *pantouflage* si previene che il dipendente pubblico agisca in modo imparziale sulla base di offerte/prospettive lavorative da parte del privato e si pone un periodo cuscinetto tra la cessazione del servizio pubblico e il lavoro presso il privato nei confronti del quale ha esercitato poteri, il caso del "cambio di toga" del magistrato presenta un profilo di rischio strutturalmente diverso. Il magistrato che diventa avvocato, infatti, non va a lavorare per un soggetto privato nei confronti del quale ha esercitato i propri poteri (categoria soggettiva che peraltro, a stretto rigore, sembra ipotizzabile solo in capo alle parti del giudizio, nella cui sfera giuridica si riversano gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali), ma esercita una professione che per antonomasia è indipendente. Il rischio alla base del *cooling-off period* in questo caso appare tutt'al più quello che, qualora la professione venga esercitata nel medesimo circondario in cui questi ha in precedenza prestato servizio – quindi nella propria "area di influenza" – l'ex magistrato possa sfruttare o beneficiare, anche involontariamente, di conoscenze e favoritismi presso gli ex colleghi o comunque gli uffici giudiziari. La *ratio* del periodo di raffreddamento, al quale peraltro non sembra essere associata alcuna sanzione ma solamente l'impossibilità di iscrizione presso l'albo circondariale, condizione ostativa all'esercizio della professione, in tale ipotesi sembra essere quindi ben diversa da quella di

i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività dell'Amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. Sono previste particolari conseguenze sanzionatorie: i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto disposto sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li abbiano conclusi o conferiti di contrattare con l'Amministrazione per i successivi tre anni, con l'obbligo di restituzione dei compensi ad essi riferiti eventualmente percepiti e accertati.

La norma in esame introduce una misura di carattere generale⁶² (caratterizzandosi per la capacità di incidere sul sistema complessivo della prevenzione alla corruzione, intervenendo in maniera trasversale), che si inserisce nel macro sistema della prevenzione dei conflitti di interesse come “incompatibilità (o, *rectius*, inconferibilità) successiva”, ponendosi il precedente incarico pubblico come temporanea preclusione a quello privato⁶³, sotto forma di divieto c.d. di *post-employment*⁶⁴.

In quanto tale, il divieto di *pantouflage* risponde ad una *ratio* parzialmente diversa dal conflitto di interessi in senso stretto, perché, mentre quest'ultimo postula una situazione di attuale o potenziale – ma comunque “sincronica” – collisione tra l'interesse pubblico alla cui realizzazione è finalizzata la posizione pubblica ricoperta e un interesse personale del soggetto, che rischia di influenzarne il corretto esercizio, il primo invece implica un conflitto a-sincrono, futuro e ipotetico, la cui rilevanza sorge

prevenire fenomeni, anche *latu sensu*, corruttivi.

⁶² A differenza di disposizioni speciali che il legislatore ha previsto per determinate amministrazioni in considerazione dei particolari compiti caratterizzanti che esse sono chiamate a svolgere, come le Agenzie fiscali (d.P.R. n. 600/1973, art. 63 e d.P.R. n. 43/1973, art. 49) e le Autorità di vigilanza nel settore bancario e assicurativo (Banca d'Italia, Consob e IVASS, ex legge n. 262/2005, art. 29-bis).

⁶³ Stante la natura di preclusione temporanea all'accesso ad un incarico, la dottrina ha parlato più propriamente di “inconferibilità successiva”, anziché incompatibilità, che attiene invece al cumulo di cariche. Sul punto cfr. M. Lucca, *Poteri decisionali e inconferibilità successiva* (cd. *Pantouflage*), in www.lexItalia.it, 3 novembre 2018, 2; R. Cantone, *Il pantouflage all'italiana; fra rigore formale e rischi di ineffettività*, in www.iusinitinere.it, 2019; Id., *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino 2020, 166.

⁶⁴ Cfr. G. Telesio, *Il divieto di pantouflage – revolving doors*, in C. Contessa – A. Ubaldi (a cura di), *Manuale dell'anticorruzione e della trasparenza*, Milano 2021, 403; A. Lalli, *I conflitti di interessi: tendenze e problemi aperti*, in *IstFed* 2022, 537; A. Lalli – A. Moreschini – M. Ricci, *op. cit.*, 44; R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 165; Id., *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla “riforma Madia” della pubblica amministrazione*, in *RSoc* 2018, 233; C. Pepe, *Lo ‘strano caso’ dell'art. 53, c. 16-ter, del D.Lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza delle gare*, in *federalismi.it*, 13 settembre 2017; M. Martone, *Rapporto di lavoro e corruzione*, in *LavPA* 2016, 575; A. Lalli, *Conflitto di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico*, in *RTrimDPub* 2016, 155.

per l'ordinamento in un momento cronologicamente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro pubblico.

La presente misura si affianca a quelle di *pre-employment* (le c.d. "inconferibilità", cioè i divieti temporanei di accesso alla carica o ad incarichi) e di *in-employment* (le c.d. "incompatibilità", relative al divieto di cumulo di più cariche) previste dal d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 (*"Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190"*), e tese invece allo scopo di neutralizzare i conflitti di interesse potenziali al momento dell'accesso e durante lo svolgimento di cariche ed incarichi pubblici.

La prima nota critica della disciplina emerge già dalla sua collocazione: il legislatore ha infatti optato per l'inserimento di un istituto tanto inedito, almeno nella sua nuova portata generale, quanto rilevante nell'ultimo comma, il 16-ter, di un corposo articolo – a più riprese interpolato – peraltro rubricato "incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi", pur non trattandosi propriamente né di un'ipotesi di incompatibilità, né di un'ipotesi di cumulo di incarichi, atteso il rapporto in termini di successione cronologica tra l'incarico alle dipendenze del pubblico e quello privato. La normativa sul *pantouflage* risulta quindi quasi nascosta in una sede che non ne valorizza né la funzione preventiva della corruzione, né lo stretto rapporto con i conflitti di interessi, rischiando di risultare per certi versi fuorviante⁶⁵.

Presupposto del divieto in esame è, invero, l'esistenza di un antagonismo di interessi, pubblico da una parte e privato dall'altra, che potrebbe spingere il dipendente della P.A. a sviare la propria funzione dalla realizzazione dell'interesse istituzionale, orientandola verso l'interesse personale di ricevere un incarico o ricoprire una posizione lavorativa presso un soggetto privato alla cessazione del proprio rapporto con la P.A., pregiudicando non solo i principi di efficienza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), ma anche quello secondo cui i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione (art. 98 Cost.), nonché del dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore (art. 54 Cost.).

Nell'ipotesi estrema, dietro simile situazione può celarsi financo un vero e proprio patto corruttivo, in virtù del quale il pubblico amministratore può esercitare la propria funzione o i propri poteri in favore del privato al fine di ottenere, *in cambio*, un

⁶⁵ Nello stesso senso cfr. R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 166.

vantaggioso (perché, ad esempio, rimesso alla libertà contrattuale tipica del diritto privato, peraltro senza massimali di sorta quanto alla retribuzione) rapporto lavorativo presso lo stesso privato una volta cessato il pubblico ufficio.

In questa dinamica si annida il rischio di fenomeni capaci di alimentare la c.d. cifra oscura della corruzione – rendendola invisibile – che possono esplicarsi attraverso la prestazione di tangenti “differite”: il soggetto pubblico può strumentalizzare la propria funzione a favore del privato nel tempo in cui la svolge, e riscuotere l'utilità che ne deriva solo dopo la cessazione del rapporto lavorativo pubblico, al momento del passaggio in quello privato.

La disposizione è dunque volta, come anticipato, da una parte a scoraggiare condotte scorrette ed imparziali del soggetto pubblico, che, abusando dell'esercizio del potere a questi delegato, potrebbe preconstituirsì opportunità lavorative e condizioni vantaggiose presso il soggetto privato destinatario della propria attività amministrativa. E, dall'altra, a neutralizzare il rischio che soggetti privati possano esercitare influenze e condizionare il corretto svolgimento dell'attività pubblica, sviandola dai propri fini istituzionali, attraverso promesse o prospettive lavorative rivolte a chi la esercita, dopo la cessazione per qualsiasi causa del rapporto di lavoro pubblico.

A tal fine, il legislatore ha previsto una duplice soglia temporale: un lasso di un triennio, prima della cessazione dell'incarico pubblico, entro il quale l'esercizio di poteri autoritativi o negoziali rileva e si presume potenzialmente rischioso; un ulteriore triennio dalla cessazione del rapporto di lavoro per scongiurare la residua “convenienza” di sfruttamento indebito dell'esercizio di suddetti poteri. Ciò si traduce in un c.d. periodo di raffreddamento, con l'obiettivo di bilanciare le esigenze di imparzialità della funzione pubblica con gli interessi professionali e la libertà negoziale dei soggetti dopo la cessazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica Amministrazione, altresì adeguato a ritenere l'eventuale situazione di conflitto di interesse legata all'esercizio dei poteri pubblici non più idonea a rappresentare un pericolo per l'imparzialità dell'azione amministrativa⁶⁶.

Il duplice piano di deterrenza della norma, verso il cessato soggetto pubblico e verso il futuro datore di lavoro privato, è messo in risalto dalle conseguenze sanzionatorie: non solo i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione del divieto sono nulli, con obbligo di restituzione dei relativi compensi, pregiudicando l'ex dipendente

⁶⁶ Cfr. Cons. St. 4.11.2022 n. 9684.

pubblico, ma è altresì impedito ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni.

La finalità ultima della disciplina è dunque quella di prevenire il rischio – prima ancora di situazioni corruttive – di *maladministration*, prevedendo una limitazione della libertà negoziale del dipendente per un determinato periodo, discrezionalmente ritenuto ragionevole dal legislatore, successivo alla cessazione del rapporto, funzionale a neutralizzare l'attrattiva della stipulazione di accordi corruttivi o dell'instaurazione di altre dinamiche collusive.

Il divieto, implicando comunque una compressione della libertà negoziale, può trovare applicazione solamente ove funzionale a tutelare il conflittuale valore dell'imparzialità dell'azione amministrativa, cioè in presenza delle condizioni indicate dalla disposizione, che richiede la sussistenza di un rapporto tra una pubblica amministrazione ed un soggetto privato e, nell'ambito di tale rapporto, l'esercizio da parte di un dipendente (*lato sensu*) della prima di poteri autoritativi o negoziali nei confronti del secondo. Il perseguimento del fondamentale principio di imparzialità amministrativa consente, pertanto, di giustificare, esistendo i requisiti previsti dalla norma, la recessione del principio di uguaglianza (sotto al profilo della detta limitazione della libertà negoziale) nel bilanciamento, senza comportare una (talvolta paventata) violazione del principio costituzionale di proporzionalità dell'azione amministrativa⁶⁷.

La formulazione scarna della norma con cui il legislatore ha inteso disciplinare un istituto complesso come quello in esame non ha però mancato di prestarsi a criticità interpretative sotto al profilo di una corretta delimitazione dell'ambito applicativo, nonché dell'attuazione della disciplina, considerata difficoltà di individuare, in assenza di indicazioni legislative, il soggetto competente dell'accertamento dell'eventuale violazione del divieto e dell'applicazione delle sanzioni ivi previste. Criticità che l'ANAC ha tentato di sciogliere nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza ⁶⁸ e della propria attività consultiva, condensate prima nell'atto di

⁶⁷ Con la citata sentenza Cons. St. 4.11.2022 n. 9684, cit., l'organo di vertice della giustizia amministrativa ha infatti escluso la prospettata frizione della disciplina sul *pantouflage* con i principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità dell'azione amministrativa, proprio in ragione del carattere prioritario – evitare la diffusione di fenomeni latamente corruttivi – dell'interesse tutelato dalla norma (l'imparzialità e correttezza dell'azione amministrativa).

⁶⁸ Il Consiglio di Stato, con la sent. n. 7411/2019, del 19.10.2019, ha infatti riconosciuto il potere in capo all'ANAC di vigilanza e di applicazione delle conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 53, co. 16-ter, d.lgs. 165/2001, quale espressione del più generale potere di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità attribuite dall'art. 16 del d.lgs. 39/2013. Tale riconoscimento è stato da ultimo confermato dalle *Linee guida N° 1 in tema di*

segnalazione n. 6 del 27 maggio 2020, “concernente proposte di modifica alla disciplina del *pantouflage* di cui all’art. 53, comma 16-ter, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (“Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”)”⁶⁹; e da ultimo, a seguito della consultazione avviata nell’aprile 2024 dall’Autorità, con le Linee guida sul tema, al fine di fornire indirizzi interpretativi e operativi uniformi ed aggiornati per la corretta interpretazione della normativa⁷⁰.

6. Allo scopo di realizzare le istanze di prevenzione dei descritti fenomeni di *maladministration*, la fattispecie di *pantouflage*, come emerge norma – ed altresì messo in luce dall’ANAC⁷¹ – presenta una serie di elementi costitutivi, al congiunto ricorrere dei quali consegue il citato effetto “sanzionatorio” (secondo il consueto schema “se F, allora S”). Essi, nello specifico, sono:

(i) la sussistenza di un precedente rapporto di pubblico impiego;

(ii) l’esercizio di poteri autoritativi o negoziali da parte del dipendente pubblico nei confronti del soggetto privato durante il triennio precedente alla cessazione dell’incarico;

(iii) l’assunzione di cariche o incarichi presso il medesimo soggetto privato.

Dalla individuazione della esatta portata degli stessi dipende la possibilità di comprendere se tale presidio si riveli non solo adeguato rispetto alle proprie finalità, ma anche aderente alla realtà con cui si deve confrontare per poter essere correttamente applicato; attività chiarificatrice che, nella genericità del legislatore, ha impegnato l’ANAC dall’introduzione della disposizione a oggi.

c.d. divieto di *pantouflage* art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 493, adottate con delibera ANAC n. 493 del 25.9.2024. Quanto alla disciplina relativa all’esercizio di tale funzione di vigilanza si veda il *Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari*, del 29.3.2017 (G.U. n. 91/2017), da ultimo aggiornato dalla delibera ANAC n. 328 del 30.7.2025, e, più nello specifico, il *Regolamento sull’esercizio della funzione di vigilanza e sanzionatoria in materia di violazione dell’art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001*, del 25.9.2024 (G.U. n.296/2024), come integrato dalla delibera n. 329 del 30.7.2025.

⁶⁹ Approvato con delibera n. 448 del 27.5.2020.

⁷⁰ Schema di linee guida pubblicato in data 9.4.2024 sul sito istituzionale dell’Autorità e consultabile al link [Schema di Linee guida in tema di c.d. divieto di pantouflage – art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 - www.anticorruzione.it](https://www.anticorruzione.it/Schema-di-Linee-guida-in-tema-di-c.d.-divieto-di-pantouflage-art.-53-comma-16-ter-d.lgs.-165/2001-), sfociato nelle *Linee guida N° 1 in tema di c.d. divieto di pantouflage art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 493*, adottate con delibera n. 493 del 25.10.2024, reperibili al link [Pantouflage, emanate da Anac le Linee Guida. Potere regolatorio e sanzionatorio dell’Autorità - www.anticorruzione.it](https://www.anticorruzione.it/Pantouflage-emanate-da-Anac-le-Linee-Guida-Potere-regolatorio-e-sanzionatorio-dell-Autorita-www.anticorruzione.it).

⁷¹ Si veda, da ultimo, alle citate linee guida (cfr. nota precedente), la decisione n. 6022/2023 e il PNA 2022, aggiornato al 2024 con Delibera n. 31 del 30.1.2025.

L'analisi del primo profilo (i) porta con sé l'indagine circa il significato da attribuire ai concetti di “pubblica amministrazione” e di “rapporto di pubblico impiego”, distinguendo – come fa l'ANAC – tra i c.d. “enti *in provenienza*”, cioè le pubbliche amministrazioni da cui proviene il soggetto pubblico e i c.d. “enti *in destinazione*”, ossia i soggetti privati che assumono o intendono conferire incarichi all'ex dipendente pubblico⁷².

Nel delineare l'ambito di applicazione soggettivo del divieto, la disposizione fa riferimento ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, quali destinatari della preclusione di stringere rapporti professionali, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro, con i soggetti privati nei cui confronti siano stati esercitati, negli ultimi tre anni di servizio, poteri autoritativi o negoziali.

Nonostante l'utilizzo di termini quali “servizio” e “pubblico impiego”, che fanno pensare ad una limitazione dell'ambito applicativo ai soli soggetti con un contratto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (secondo un regime, appunto, di pubblico impiego), tale ambito ricomprende in realtà anche i soggetti legati alla pubblica amministrazione da un rapporto di lavoro a tempo determinato o autonomo, estendendosi, ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 39/2013 – in coerenza con la *ratio* di presidio anticorruzione della norma, volta a evitare condizionamenti nell'esercizio di funzioni pubbliche – ai titolari di uno degli incarichi ivi previsti⁷³.

Ai fini dell'applicazione della disciplina *antipantouflage* di cui all'art. 53, co. 16-ter, del d.lgs. 165/2001, l'art. 21 del d.lgs. 39/2013 ha, infatti, precisato che sono assimilati ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti indicati all'art. 1 del medesimo decreto⁷⁴, cioè i titolari di incarichi amministrativi di vertice, di incarichi dirigenziali interni ed esterni, di amministrazione di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico e l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di

⁷² *Ivi*.

⁷³ Cfr., *ex plurimis*, PNA 2022 (aggiornato al 2024 con Delibera n. 31 del 30.1.2025) e 2019.

⁷⁴ Ai sensi del quale «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

lavoro, subordinato o autonomo.

L'Autorità, chiamata ad applicare la normativa in esame, ha da subito messo in luce un disallineamento tra le norme citate: mentre l'art. 1, co. 2, d.lgs. 165/2001, menziona tra le pubbliche amministrazioni solo gli enti pubblici non economici, l'art. 1, co. 2, lett. b), d.lgs. 39/2013, applicabile in forza dell'art. 21, fa indistinto riferimento agli enti pubblici.

La questione è stataolta in via interpretativa⁷⁵ dalla giurisprudenza amministrativa e dall'ANAC, secondo le quali il divieto in esame si riferisce non solo ai dipendenti degli enti pubblici non economici (già ricompresi fra le pubbliche amministrazioni dall'art. 1, co. 2, d.lgs. 165/2001) ma anche ai titolari degli incarichi menzionati nel d.lgs. 39/2013 negli enti pubblici economici, proprio in ragione del fatto che il citato decreto non distingue fra le due tipologie di enti⁷⁶.

Dalle disposizioni citate emerge quindi una nozione ampia di pubbliche amministrazioni rilevanti come enti *in provenienza* ai fini dell'applicazione della disciplina in esame, che ricomprende, oltre a quelle definite dall'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001⁷⁷, attraverso il richiamo operato dall'art. 21 del d.lgs. n. 39/2013, anche gli enti pubblici economici⁷⁸ e gli enti di diritto privato in controllo pubblico⁷⁹.

⁷⁵ Nonostante la soluzione offerta in via interpretativa a tale criticità applicativa, appare opportuno evidenziare che l'ANAC ha avuto modo di segnalare la necessità, nell'ambito di un'auspicata revisione organica della disciplina sul *pantouflage*, di un intervento del legislatore ai fini di chiarire espressamente l'applicabilità della stessa a tutti gli enti pubblici, ovvero eliminarne il richiamo indistinto (cfr., per tutti, ANAC, Atto di segnalazione del 27.5.2020, n. 6, approvato con delibera n. 448 del 27.5.2020).

⁷⁶ Cfr. PNA 2022, 65; Cons. Stato, 11.1.2018 n. 126. In merito alle Agenzie fiscali, si è evidenziata *supra*, nota n. 61, la vigenza di norme speciali (d.P.R. n. 600/1973, art. 63 e d.P.R. n. 43/1973, art. 49) recanti divieti di *post-employment*. Nel PNA 2018, in ogni caso, l'ANAC ha precisato che l'esistenza di discipline speciali non esclude l'applicabilità della normativa generale sul *pantouflage* prevista dall'art. 53, co. 16-ter, del d.lgs. 165/2001.

⁷⁷ Ossia le amministrazioni dello Stato, compresi istituti, scuole e istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e i loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'ARAN, le Agenzie di cui al d.lgs. n. 3008/1999, ed il CONI.

⁷⁸ Definiti dall'art. 1, co. 2, lett. b del d.lgs. n. 39/2013 «enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione ..., ovvero i cui amministratori siano da questa nominati». È bene ribadire che la norma definitoria appena citata non opera alcuna distinzione tra enti pubblici economici e non economici (questi ultimi già ricompresi nel novero delle pubbliche amministrazioni ex art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001), pertanto si ritiene che anche i primi, in conformità con la *ratio* della disciplina, siano soggetti all'applicazione della disciplina *antipantouflage*.

⁷⁹ Sul punto l'ANAC non manca però di segnalare (cfr. Atto di segnalazione del 27.5.2020, n. 6, approvato con delibera n. 448 del 27.5.2020), quale problematica che renderebbe opportuno un intervento legislativo, la difficoltà di individuazione della definizione di ente di diritto privato in controllo pubblico alla quale fare riferimento per l'applicazione della disciplina in esame, in considerazione della non perfetta coincidenza di nozione offertane dal d.lgs. 39/2013 rispetto al d.lgs. 175/2016 (*Testo Unico in materia di società in controllo*

Il combinato disposto degli artt. 1, co. 2 e 21 del d.lgs. n. 39/2013, per altro e collegato profilo, consente di ritenere che sono soggetti al divieto di *pantouflage* (sempre che, come si dirà, esercitino poteri autoritativi e/o negoziali nei confronti dei c.d. enti *in destinazione privati*), quindi in un “rapporto di pubblico impiego”:

(a) quanto alle pubbliche amministrazioni ex art. 1, co. 2 d.lgs. n. 165/2001: i dipendenti con un contratto di lavoro a tempo indeterminato; il personale legato alla PA da un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato o autonomo; i titolari di uno degli incarichi previsti dall'art. 21 del d.lgs. n. 39/2013 (cioè incarichi amministrativi di vertice, di livello apicale o assimilati⁸⁰; incarichi dirigenziali interni⁸¹; incarichi dirigenziali esterni⁸²);

(b) quanto agli enti pubblici economici e agli enti di diritto privato in controllo pubblico: i titolari degli incarichi di cui al d.lgs. n. 39/2013 richiamati dall'art. 21 dello stesso decreto (cioè gli incarichi amministrativi di vertice, di livello apicale, conferiti a soggetti interni o esterni all'ente; gli incarichi di amministratore, quali gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato; gli incarichi dirigenziali interni ed esterni).

La disposizione tace tuttavia sull'applicabilità del divieto ai soggetti titolari di cariche politiche, creando una lacuna normativa che l'ANAC ha tentato di colmare offrendone soluzione negativa ed ha prospettato al legislatore l'opportunità di estendere espressamente a taluni incarichi politici la disciplina sul *pantouflage*, non potendosi provvedere in via interpretativa senza forzarne i limiti⁸³.

pubblico”).

⁸⁰ Si fa riferimento alla definizione di cui all'art. 1, co. 2, lett. i, del d.lgs. n. 39/2013 che considera «incarichi amministrativi di vertice» quelli di Segretario generale, Capo Dipartimento, Direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni, ivi compresi quelli ad essi corrispondenti nei Ministeri, di cui all'art. 19, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. Schema di linee guida ANAC del 9.4.2024 e Linee guida n. 1/2024, p. 12).

⁸¹ Di cui all'art. 1, co. 2, lett. j del d.lgs. n. 39/2013, cioè gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, anche nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a soggetti interni alla pubblica amministrazione, in cui rientrano, a titolo esemplificativo, i dirigenti di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 165/2001.

⁸² Di cui all'art. 1, co. 2, lett. k del d.lgs. n. 39/2013, ossia gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, anche nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni, tra i quali possono annoverarsi quelli assegnati, in caso di carenza di organico, a soggetti in possesso di determinati requisiti ai sensi dell'art. 19, co. 6, del d.lgs. n. 165/2001 e gli incarichi “a contratto” affidati a soggetti selezionati sulla scorta di appositi regolamenti di cui all'art. 110 del d.lgs. n. 267/2000.

⁸³ Si rileva che l'ANAC, con la segnalazione del 10 giugno 2015, n. 4, in vista della revisione – poi mai realizzata – del d.lgs. 39 del 2013, aveva segnalato al legislatore l'opportunità di completare la disciplina sui regimi di

Come anticipato – e come si approfondirà – tali soggetti sono destinatari del divieto a condizione che esercitino poteri autoritativi e/o negoziali nei confronti di soggetti privati, presso i quali intendono poi instaurare un rapporto di lavoro o professionale.

Peraltro, sul punto occorre precisare che la natura occasionale (*“una tantum”*) dell'attività svolta nella pubblica amministrazione (o più in generale nell'ente *in provenienza*) non esclude l'applicazione della disciplina in esame. L'ANAC ha infatti ritenuto che il tenore letterale della norma conferisce rilevanza, quale presupposto per l'applicazione del divieto di *post-employment*, esclusivamente all'esercizio di poteri autoritativi e negoziali da parte del soggetto pubblico, e non anche allo svolgimento di tali poteri in forma stabile e continuativa⁸⁴.

L'applicabilità dell'istituto a prescindere dalla durata e dalla stabilità dell'incarico ricoperto dal soggetto pubblico appare giustificata, in presenza dei relativi presupposti, dall'esigenza di prevenire situazioni potenzialmente genetiche di *maladministration*, a cui la norma è informata, e che non viene meno di fronte alla temporaneità dell'esercizio dei poteri richiamati dalla stessa.

Venendo al secondo profilo (ii), si è chiarito poc'anzi che l'esercizio di poteri autoritativi e negoziali rappresenta il presupposto di applicazione della fattispecie e delle sue conseguenze sanzionatorie. Tale elemento, essenziale per comprendere l'ambito di applicazione oggettivo del divieto, si è prestato a propria volta ad una serie di dubbi interpretativi, per la sua scarna formulazione.

Innanzitutto, come chiarito a più riprese dall'Autorità, il potere autoritativo della pubblica amministrazione implica l'adozione di provvedimenti amministrativi atti ad incidere unilateralmente, modificandole, sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari, il cui esercizio si realizza in tutti i casi in cui il soggetto pubblico ha avuto il potere di incidere in maniera determinante su un procedimento e, di conseguenza, anche indirettamente sul provvedimento finale⁸⁵. Il potere negoziale è invece,

inconferibilità e di incompatibilità attraverso la previsione di una disciplina relativa agli incarichi politici (pur riferita ai soli incarichi conferiti per nomina, non elettivi, onde evitare di modificare le distinte discipline in tema di incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità), non limitata ai casi in cui gli stessi siano incarichi in “provenienza” (già previsti) ma anche quando rappresentino la “destinazione” del passaggio. Nell' Atto di segnalazione del 27.5.2020, n. 6, approvato con delibera n. 448 del 27.5.2020, l'ANAC segnala, parallelamente, l'opportunità di estendere la disciplina in materia di *pantouflage* alle medesime figure.

⁸⁴ Cfr., da ultimo, Linee guida ANAC n.1/2024, 12 ss. Come chiarito dall'Autorità, il divieto di *pantouflage* sarà applicabile, a titolo esemplificativo, anche gli incarichi assunti in via temporanea ed eccezionale, in quanto i relativi titolari potrebbero comunque essere chiamati ad esercitare i poteri autoritativi e negoziali spettanti al soggetto sostituito.

⁸⁵ Cfr. Linee Guida ANAC n.1/2024, 14 ss.; PNA 2022, 66; Parere sulla Normativa del 04.2.2015 (rif. AG/2/2015/AC);

tradizionalmente, quello che porta alla conclusione di negozi giuridici e alla stipulazione di contratti per l'acquisizione di beni e servizi per la P.A, quindi, in generale, allo svolgimento di attività di tipo privatistico, consensuale⁸⁶.

In tale ambito può, naturalmente, ricomprendersi anche l'adozione di provvedimenti che producono effetti favorevoli per il destinatario, quali atti di autorizzazione, concessione, sovvenzione, sussidi, vantaggi economici di qualunque genere⁸⁷.

Il profilo in esame si presenta come quello di maggiore genericità e necessita, sul piano applicativo, una valutazione caso per caso al fine di delimitare gli atti che rappresentano effettivo esercizio dei poteri autoritativi e negoziali che costituisce il presupposto del divieto di *pantouflage*.

Ai fini di tale vaglio, l'Autorità mette in luce l'esigenza di considerare non solo il tipo di atto emanato, per verificare se sia frutto di un effettivo potere autoritativo o negoziale, ma altresì la posizione, il ruolo ricoperto all'interno dell'amministrazione dal soggetto agente e nel procedimento amministrativo che porta all'emanazione dell'atto⁸⁸, nonché l'incidenza che questi ha avuto sull'adozione dell'atto finale.

In merito, sia nelle pronunce dell'ANAC sia nel PNA 2022, è stato precisato che l'esercizio di poteri autoritativi o negoziali è riscontrabile ed assume rilievo in tutte le situazioni in cui il soggetto, apicale o dipendente, agendo per conto dell'amministrazione – nel triennio precedente alla cessazione dell'incarico – ha avuto modo di incidere sul procedimento amministrativo e, di conseguenza, sul provvedimento finale in modo “concreto ed effettivo”, quindi non solo astrattamente, secondo un'ottica formalistica, ma sostanzialmente, attraverso l'emanazione di provvedimenti amministrativi e il perfezionamento di negozi giuridici mediante la stipula di contratti in rappresentanza giuridica ed economica dell'ente⁸⁹. Sembra

parere ANAC AG 2/2017 approvato con delibera n. 88 dell'8.2.2017; parere del Presidente ANAC del 25.10.2023, fasc. URUV n. 4762/2023.

⁸⁶ Cfr., per tutti, PNA 2019; v. anche ANAC, parere del 24.1.2024, fasc. n. 6022/2023.

⁸⁷ Cfr. Linee Guida ANAC n.1/2024; PNA 2022, p. 66; delibera n. 400 del 29.4.2020; delibera n. 88 dell'8.2.2017.

⁸⁸ L'Autorità indica quale strumento utile a tal fine la mappatura dei processi che le amministrazioni predispongono per la sezione rischi corruttivi e trasparenza del PIAO o per il PTPCT o per le misure integrative al MOG 231. Tale mappatura, infatti, recando la descrizione di tutti i processi relativi all'attività istituzionale di un'amministrazione o ente, nonché i responsabili e i soggetti coinvolti, fornisce informazioni essenziali per individuare coloro che esercitano i poteri autoritativi e negoziali rilevanti ai fini della disciplina del divieto di *pantouflage* (cfr., da ultimo, ANAC, Linee guida n.1/2024, cit., 15).

⁸⁹ Cfr. anche parere del Presidente ANAC del 24.1.2024, fascicolo 6022/2023; ANAC, PNA 2019, e, da ultimo, ANAC, Linee guida n. 1/2024, cit., 15 ss. Appare opportuno rilevare che nella citata delibera 88/2017 viene richiamata una precedente posizione dell'ANAC (Parere sulla Normativa del 4.2.2015), recante

peraltro chiaro che per l'integrazione di tale requisito di fattispecie è sufficiente l'esercizio di una concreta influenza su una determinata situazione giuridica (collaborando ad esempio all'istruttoria, attraverso l'elaborazione di atti endoprocedimentali, quali pareri, perizie, certificazioni, che vincolano in modo significativo il contenuto della decisione), non essendo, però, necessario che sia stato l'apicale o il dipendente in questione ad adottare personalmente l'atto⁹⁰. Il divieto di *pantouflage* si applica quindi non solo al soggetto che abbia firmato l'atto ma anche a coloro che abbiano partecipato, in modo rilevante, al procedimento⁹¹.

In relazione agli enti di diritto privato in controllo pubblico presi in considerazione dall'art. 21 del d.lgs. 39/2013, l'ANAC ha inoltre identificato quali destinatari del divieto di *pantouflage* anche gli amministratori di tali società⁹², i quali, nel caso in cui l'organo amministrativo sia composto da più persone, secondo quanto desumibile dall'art. 2380-bis Cc, operano inderogabilmente in modo collegiale (senza che ciò possa quindi essere escluso attraverso atti di autonomia privata), per cui la volontà della società può formarsi solo attraverso il concorso delle volontà dei singoli componenti del consiglio di amministrazione⁹³. In tali casi, l'esercizio dei suddetti poteri appare pertanto riferibile, in ultima analisi, all'intero collegio.

Per quanto concerne i soggetti privati destinatari dell'esercizio dei poteri negoziali e autoritativi, i c.d. enti *in destinazione*, l'Autorità, stante la scarna formulazione della

un'interpretazione maggiormente ampia del concetto di esercizio di poteri autoritativi e negoziali, tale da abbracciare anche i soggetti che potenzialmente avrebbero potuto essere destinatari dei predetti poteri e che avrebbero realizzato il proprio interesse proprio nell'omesso esercizio degli stessi.

⁹⁰ Cfr., *ex multis*, ANAC, PNA 2019; ANAC, parere AG/74 del 21.10.2015 e orientamento n. 24/2015. In dottrina cfr. D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit., 3 ss. *Contra* v. A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, Milano 2018, 141, ove si sostiene la tesi in base alla quale tale estensione comporterebbe un'eccessiva dilatazione dell'ambito applicativo della fattispecie, in assenza di chiare indicazioni in tal senso nel testo della disposizione.

⁹¹ A titolo esemplificativo, l'Autorità riconduce al novero dei soggetti normalmente dotati di poteri autoritativi e negoziali i dirigenti, i funzionari con incarichi dirigenziali (ad esempio ai sensi dell'art. 19, co. 6, del d.lgs. 165/2001 o dell'art. 110 del d.lgs. 267/2000), coloro che esercitano funzioni apicali o a cui sono conferite apposite deleghe di rappresentanza all'esterno dell'ente o che ricoprono incarichi amministrativi di vertice (quali quelli di Segretario generale, capo Dipartimento, o posizioni assimilate) (cfr. ANAC, PNA 2019; ANAC, delibera 88/2017; orientamento ANAC n. 2 del 4.2.2015). È bene notare che, coerentemente con quanto rilevato *supra*, l'eventuale mancanza di poteri gestionali diretti non esclude che, proprio in virtù dei compiti di particolare rilievo spettanti a tali dirigenti, il potere di incidere sull'assunzione di decisioni da parte dell'amministrazione sia significativo.

⁹² Cfr. Determinazione ANAC n. 1134/2017.

⁹³ In dottrina cfr., *ex plurimis*, F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna 2013, 312 ss.; U. De Crescenzo, *Il rapporto società-amministratori*, in O. Cagnasso – L. Panzani (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, Bologna 2010, 723 ss.

fattispecie anche su tale profilo, ha sviluppato un orientamento interpretativo che, valorizzando la finalità preventiva della norma, ne estende la portata oltre il tenore letterale apparentemente riferito solamente a società, imprese, studi professionali, propendendo per una nozione di soggetto privato più ampia possibile.

Rientrerebbero pertanto in tale categoria anche i soggetti che, pur presentando una veste giuridica privatistica, sono partecipati o controllati da una pubblica amministrazione, in quanto la loro esclusione dall'ambito del *pantouflage* comporterebbe una ingiustificata limitazione dell'applicazione della norma e una situazione di disparità di trattamento nonché l'opportunità di facili aggiramenti del divieto⁹⁴.

Per le società in controllo pubblico si viene quindi a creare un sistema di duplice rilevanza: sia quali pubbliche amministrazioni (ex art. 21, d.lgs. n. 39/2013), sia quali soggetti privati destinatari dell'attività negoziale della P.A, in tutti i casi in cui agiscano in qualità di operatori economici (ad esempio affidatari di una commessa pubblica), quindi alla stregua di una qualunque altra impresa operante sul mercato⁹⁵. Sul punto, non a caso, l'ANAC ha da tempo sollecitato un intervento del legislatore volto a rimuovere i residui dubbi interpretativi e che l'orientamento interpretativo dell'Autorità trovasse una esplicita previsione normativa⁹⁶.

L'applicazione della disciplina presuppone, in ogni caso, l'accertamento in concreto circa l'effettivo esercizio da parte del soggetto pubblico delle funzioni e dei poteri richiamati nei confronti dell'ente *in destinazione*⁹⁷. Non sembra tuttavia escluso che tale requisito, secondo un'interpretazione ampia, possa riferirsi anche ad enti privati che, pur non essendo direttamente destinatari dei poteri autoritativi o negoziali,

⁹⁴ Cfr. ANAC, PNA 2019, Atto di segnalazione del 27.5.2020 n. 6, approvato con delibera n. 448 del 27.5.2020; ANAC, delibera n. 88 del 2017. In dottrina cfr. D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit., 8.

⁹⁵ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui uno di tali enti (come un'Università o ente di ricerca) sia affidatario di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture da parte di una PA: pur presentando, sotto taluni profili, i tratti di un soggetto pubblico, ciò non toglie che, in tali casi, agisce in qualità di operatore economico, alle condizioni di mercato (cfr. sul punto Atto di segnalazione del 27.5.2020, n. 6, approvato con delibera n. 448 del 27.5.2020). In dottrina Cfr. D. Andracchio, *op. cit.*, 8;

⁹⁶ Cfr. Atto di segnalazione del 27.5.2020 n. 6, approvato con delibera n. 448 del 27.5.2020.

⁹⁷ Cfr., *ex multis*, ANAC, PNA 2019. D'altra parte, si segnala che autorevole dottrina sostiene che non risulta neppure necessario che i soggetti privati siano risultati destinatari effettivi dei menzionati poteri autoritativi o negoziali, essendo tale condizione sufficiente "in via potenziale", cfr. R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 168; B. Ponti, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, in M. Pelissero – B.G. Mattarella (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Milano 2016, 187.

facciano parte del medesimo gruppo societario degli effettivi destinatari⁹⁸.

Quanto al terzo macro-elemento della fattispecie (iii), è opportuno evidenziare che l'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore per il divieto di svolgere "attività lavorativa o professionale" presso i soggetti privati destinatari dei poteri negoziali e autoritativi esercitati prima della cessazione dell'incarico pubblico consente di ricomprendervi in via interpretativa incarichi di qualsiasi tipologia, quindi non solo l'assunzione a tempo determinato o indeterminato, ma anche attività di consulenza, lavoro autonomo o qualsiasi altra attività di natura professionale, a titolo oneroso, ivi compresi gli incarichi dirigenziali⁹⁹.

Limitare le ipotesi rilevanti ai soli rapporti di lavoro subordinato o professionale rischierebbe di escludere dall'ambito applicativo della norma i casi più rilevanti (quali, ad esempio, gli incarichi in organi di indirizzo, di amministrazione, in comitati direttivi), vanificando, ancora una volta, le finalità preventive del presidio¹⁰⁰: il grado di rischio per l'imparzialità dell'attività amministrativa risulta infatti normalmente proporzionale al prestigio e al profilo di responsabilità del ruolo che il cessato soggetto pubblico andrà a ricoprire nell'ente privato. Posizioni, queste, normalmente svincolate da rapporti di impiego in forma subordinata.

Caratteristiche che l'incarico presso l'ente in destinazione deve presentare per giustificare l'operatività del divieto di *post-employment* sono la necessaria onerosità, stabilità e continuità.

Quanto alla prima, nonostante la norma parli, sotto al profilo sanzionatorio, di

⁹⁸ In questo senso cfr. ANAC, delibera n. 88/2017, più volte citata, relativa al caso in cui il divieto è stato applicato al dirigente di una autorità portuale, il quale, cessato l'incarico, ha contratto un rapporto di lavoro presso una delle società facenti parte di un gruppo societario attivo nel settore della navigazione, sottoposto alla vigilanza dell'Autorità, la cui controllante era stata la diretta destinataria di attività autoritativa da parte dell'Autorità portuale *in provenienza*. Sotto tale profilo, l'unica eccezione sembra riguardare, secondo l'Autorità, gli incarichi presso società totalmente detenute e controllate dall'amministrazione di provenienza, dal momento che, in tali circostanze, non sarebbe ravvisabile il necessario «dualismo di interessi pubblici/privati con conseguente rischio di strumentalizzazione dei pubblici poteri rispetto a finalità privatistiche», essendo l'incarico in destinazione attribuito nell'interesse dell'amministrazione di origine (cfr., per tutte, ANAC, delibera 16.12.2020, n. 1090; ANAC, delibera 766/2018).

⁹⁹ Cfr. *ex plurimis* ANAC, PNA 2022; PNA 2019. In dottrina è peraltro emerso il dubbio circa l'operatività del divieto in caso l'offerta lavorativa pervenga al soggetto pubblico prima della cessazione del rapporto di lavoro presso una pubblica amministrazione. Sul punto è stato però evidenziato che una lettura della disposizione volta ad escluderne l'operatività in tali casi porterebbe all'esito paradossale di consentire agevoli elusioni del divieto, rendendo sufficiente un'anticipazione dell'offerta per neutralizzare l'efficacia dello strumento preventivo, in contraddizione con la sua stessa *ratio* (cfr. C. Pepe, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza della legge*, in *Federalismi.it*, 13 febbraio 2017, 17).

¹⁰⁰ Cfr. Atto di segnalazione del 27.5.2020, n. 6, cit.

“restituzione dei compensi *eventualmente* percepiti”, ove tale avverbio sembrerebbe aprire alla possibile inclusione degli incarichi gratuiti, appare tuttavia necessario considerare che una limitazione della libertà negoziale come quella imposta dal divieto in esame possa giustificarsi, alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, solo laddove funzionale a scongiurare il rischio di pregiudizio all'imparzialità dell'attività amministrativa in ragione della prospettiva, per chi la esercita, di un incarico futuro presso l'ente privato; rischio insito, in un'ottica costi-benefici, nei guadagni economici che ne derivano.

Per tale ragione, ai fini dell'applicazione del divieto, l'Autorità considera necessario che la natura onerosa dell'incarico risulti chiaramente dall'atto di conferimento, non rilevando tuttavia l'eventuale rinuncia personale al compenso da parte del soggetto che riceve l'incarico¹⁰¹.

La medesima esigenza di bilanciamento impone anche che suddetti incarichi siano stabili e continuativi, in quanto solo la prospettiva lavorativa con tali caratteristiche comporta – sempre in un'ottica costi-benefici – un rischio per l'imparzialità del dipendente, quindi dell'attività amministrativa che ammetta il sacrificio della libertà negoziale – per l'ex dipendente pubblico di accettare incarichi, e per quello privato di conferirli.

L'Autorità ha infatti chiarito a più riprese che, al contrario di quanto riconosciuto in merito alle attività svolte presso gli enti *in provenienza*, la natura occasionale dell'incarico non consente nemmeno di ritenere configurabile l'“attività professionale” richiesta dalla norma, che postula, invece, l'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata¹⁰².

In sostanza, al ricorrere dei richiamati elementi – il rapporto di lavoro presso una pubblica amministrazione, l'esercizio di poteri autoritativi o negoziali nei confronti del privato negli ultimi tre anni di servizio, l'instaurazione di un rapporto di lavoro presso il medesimo soggetto destinatario dei poteri – la norma fa scattare un periodo di raffreddamento di tre anni dalla cessazione dell'incarico pubblico, alla cui violazione conseguono le sanzioni sopra richiamate, in ragione della permanenza del rischio di corruzione/malamministrazione che giustifica il divieto. Rischio che si annida proprio nella contiguità del passaggio dalla “botte” alla “*pantoufle*”, capace di rendere tale passaggio tanto vantaggioso da dare adito, nella sua prospettiva, alla strumentale

¹⁰¹ Cfr. ANAC, PNA 2022; ANAC, Linee guida n. 1/2024, cit.

¹⁰² Cfr. ANAC, Linee guida n. 1/2024, cit.; ANAC, Atto del Presidente del 15.5.2024 - fasc.2139.2024; PNA 2022; ANAC, delibera del 29.4.2020, n. 400; ANAC, delibera del 5.6.2019, n. 53720; ANAC, delibera del 31.5.2016, n. 613.

distorsione dell'esercizio dei poteri da parte dell'agente pubblico.

7. Riprendendo quanto sviluppato nei paragrafi precedenti, l'offesa del bene protetto dall'art. 97 Cost., che si realizza con gli illeciti corruttivi (nonostante la loro natura anticipatoria), passa attraverso una sequenza ideale e progressiva, che lega il *pantouflage* alla corruzione in senso stretto, ove si massimizza l'attitudine lesiva del comportamento tipizzato, e che rispecchia l'idea già alla base della Convenzione di Merida, a propria volta ripresa, quale evidente spunto, dalla Proposta di Direttiva europea.

Il divieto di *pantouflage*, quale divieto di *post-employment*, assolve dunque alla funzione preventiva di un conflitto di interessi "ad effetti differiti"¹⁰³, garantendo che l'agente pubblico eserciti i propri poteri scevro dal condizionamento dato dalla prospettiva del futuro interesse all'instaurazione di un rapporto di lavoro con il privato destinatario del proprio ufficio. Gli obblighi di astensione presi in considerazione dalle fattispecie di conflitto di interessi, per altro verso, prevengono una conflittualità attuale – anche solo potenziale – data da una situazione contingente, ritenuta astrattamente idonea ad alterare l'esercizio imparziale della funzione.

L'illecito *lato sensu* corruttivo, in questa prospettiva, assume allora spesso le sembianze di un illecito empiricamente *progressivo*, non solo sul piano strettamente penalistico, in ragione del rapporto astratto in tali termini ricostruibile tra la corruzione propria e funzionale¹⁰⁴ – così come tra il traffico di influenze e i reati di corruzione –, ma già a partire da quello amministrativo, in quanto il conflitto di interessi, anche ad effetti differiti, preso in considerazione dalle norme di natura preventiva che impongono obblighi di astensione, incarna a ben vedere la sostanza della violazione del dovere di imparzialità, che a propria volta è al centro del fenomeno corruttivo (a maggior ragione dopo l'abrogazione dell'abuso d'ufficio, che ha lasciato l'ordinamento privo di una specifica incriminazione).

L'illecito corruttivo, di natura penale e con finalità repressiva, passa, dunque, attraverso una serie di illeciti di natura amministrativa e con funzione preventiva, le cui sanzioni, a differenza di quelle penali, mirano non solo a disincentivare ma anche

¹⁰³ Cfr. C. Pepe, *Nuovi appunti sul divieto di pantouflage*, cit.; A. Milone, *Corruzione pubblica e diritto penale. La crisi dei principi tra Italia e Stati Uniti*, Napoli 2023, 289 ss.

¹⁰⁴ Per brevità si consenta un richiamo, sul punto, a quanto osservato in N. Ortu, *L'equilibrio irrequieto tra discrezionalità amministrativa, corruzione per l'esercizio della funzione e per atto contrario ai doveri d'ufficio*, cit., 2858 ss.

ad ostacolare concretamente (ad esempio attraverso la nullità del contratto prevista per il *pantouflage* o per le incompatibilità e inconferibilità di cui al d.lgs. n. 39/2013, art. 17) la prosecuzione della condotta vietata, generativa del rischio di corruzione – la cui commissione rappresenta, invero, proprio il fallimento di tali presidi.

Il divieto di *pantouflage* si pone all'inizio della descritta "progressione" in quanto, prevenendo un esercizio dell'attività istituzionale "a futura memoria", strumentale a preconstituirsì il favore del privato-potenziale "datore di lavoro"¹⁰⁵, anticipa la soglia della prevenzione ad una fattispecie che, ancora prima rispetto alle altre ipotesi di conflitto di interessi, sanziona il "rischio" di corruzione, cioè che nel passaggio dal settore pubblico al privato si annidi una fenomenologia corruttiva e, nei casi estremi, che tale passaggio sia frutto di un accordo corruttivo ad "utilità differita", cioè concluso al momento in cui il soggetto ricopriva la qualifica pubblicistica con la promessa, da parte del privato, dell'utilità da fruire in futuro, costituita dal nuovo rapporto di lavoro. Rischio legato a situazioni che, peraltro, in un'ottica di tutela altresì dell'affidamento riposto dai cittadini nella correttezza dell'azione amministrativa, gettano ombre sull'imparzialità dell'attività svolta in passato dall'ex agente pubblico. Mentre le fattispecie penali prendono in considerazione la concretizzazione di quel rischio, tanto da giustificare le gravi pene che le caratterizzano.

In estrema sintesi: ponendo astrattamente la stipulazione del patto corruttivo come "danno-corruzione", le fattispecie amministrative che disciplinano i conflitti di interesse, partendo da quella di *pantouflage*, ne prevengono il rischio di verifica.

Come sopra evidenziato, ciò rispecchia – recependola – l'architettura fatta propria dalla Convenzione di Merida, che concepisce il fenomeno corruttivo rilevante come, da una parte, ai fini repressivo-penalistici, corruzione in senso tecnico e, dall'altra, ai fini della prevenzione, *maladministration* in senso ampio; con ciò descrivendone due volti che, lungi dall'essere scissi, sono invero strettamente collegati e formano un *continuum*. Prospettiva, questa, ripresa dalla Proposta di Direttiva europea che, come la Convenzione delle Nazioni Unite, adotta un approccio di contrasto integrato.

7.1. Sotto altro profilo, il fenomeno alla base del *pantouflage* può rilevare, nella dinamica dei rapporti tra pubblica amministrazione e imprenditoria, anche in relazione alle pratiche di rappresentanza di interessi che spesso fondano tali rapporti,

¹⁰⁵ Cfr. TAR Sardegna ord. 8.6.2016 n. 109 e sent. 15.11.2016 n. 888, relativa al caso oggetto della Delibera ANAC n. 292 del 9.3.2016. In dottrina cfr. C. Pepe, *Nuovi appunti sul divieto di pantouflage*, cit.

soprattutto quando la parte pubblica ha potere decisionale e/o ricopre un ruolo politico.

I pubblici decisori sono infatti i naturali destinatari delle attività di pressione e, a ben vedere, continuano prospetticamente a ricoprire un ruolo importante anche in seguito alla cessazione dalla carica ricoperta, ben potendosi a loro volta reinventare lobbisti, grazie ai rapporti e al patrimonio conoscitivo acquisiti durante l'incarico pubblico¹⁰⁶.

Simile passaggio che, come anticipato, nel lessico anglosassone è conosciuto come "*revolving doors*" (porte girevoli, ad indicare il cambio fluido di impiego dal settore pubblico a quello privato e viceversa), e che conosce sotto-categorie quali il *pantouflage* (nello specifico, il passaggio da un incarico pubblico ad uno privato), è potenzialmente foriero di conflitti di interessi – sia perché potrebbe spingere l'agente pubblico a piegare il corretto esercizio della funzione da lui esercitata agli interessi del privato in virtù della prospettiva, una volta cessato l'incarico pubblico, di ottenere posizioni lavorative presso di questi; sia per il vantaggio conoscitivo e la capacità di influenza su altri decisori pubblici acquisiti nella durata della carica – e giustifica la previsione da parte degli ordinamenti di *cooling-off periods*¹⁰⁷.

Ciò comporta quindi un possibile margine di rilevanza – non solo della corruzione in senso stretto, ma anche – del traffico di influenze illecite, reato che nel nostro ordinamento presidia il patologico svolgimento dell'attività di rappresentanza di interessi. Tale rilevanza si determina in relazione al secondo elemento di illiceità speciale contenuto nel traffico di influenze, ma soprattutto ad un elemento cardine dei reati di corruzione, cioè la dazione o promessa indebita di utilità che, nell'incontro tra

¹⁰⁶ In proposito delle *Revolving Doors Restrictions* nel panorama statunitense, ove si è rilevata e studiata la tendenza dei parlamentari di avviare a propria volta attività di *lobbying* dopo la cessazione dalla carica, cfr. R.G. Vaughn, *Post-Employment Restrictions and the regulation of lobbying by former Employees*, in R.H. Gordon – T.M. Susman (a cura di), *The Lobbying Manual*, Chicago 2016, 481 ss.; J. Blanes i Vidal – M. Draca – C. Fons-Rosen, *Revolving Door Lobbyists*, in *AER* 2012, 3731 ss.; R.L. Walker, *Additional Restrictions on Post Employment Activity and on Negotiating for Future Employment under Congressional Ethics Rules*, in R.H. Gordon – T.M. Susman (a cura di), *The Lobbying Manual*, cit., 511; J.M. Strickland, *The Declining Value of Revolving-Door Lobbyists: Evidence from the American States*, in *AJPS* 2019, 67 ss. Sul tema delle interconnessioni tra *revolving doors* e *lobbying* patologico cfr. anche, nella letteratura internazionale, R. Briffault, *The Anxiety of Influence: The Evolving Regulation of Lobbying*, in *ELLJ* 2014, 160 ss.; J. Tomain, *Gridlock, Lobbying, and Democracy*, in *WFJL&P* 2017, 87 ss.; M. Pons-Hernández, *Power(ful) Connections: Exploring the Revolving Doors Phenomenon as a Form of State-Corporate Crime*, in *CritCrim* 2022, 305 ss.; S.S. Belli – J. Beyers, *The Revolving Door and Access to the European Commission: Does the Logic of Influence Prevail?*, in *JCMS* 2024, 186 ss.; B.C.K. Egerod – A. Rasmussen – J. van der Ploeg, *Revolving door benefits? The consequences of the revolving door for political access*, in *IG&A* 2024, 311 ss.

¹⁰⁷ P.L. Petrillo, *Teorie e tecniche del lobbying*, Bologna 2019, p. 67 ss.

lobbisti e decisori pubblici, può essere rappresentata anche dalla possibilità di reimpiego nel settore privato, per i secondi, e la possibilità di accesso al decisore pubblico, per i primi¹⁰⁸.

In questo senso, il passaggio dal settore pubblico a quello privato costituisce una delle possibili situazioni generative del fenomeno alla base del traffico di influenze, consentendo, in assenza di periodi di raffreddamento mirati ad affievolire la concretezza e attualità dei rapporti e della conseguente capacità di influenza relativi all'attività pubblica prima svolta, all'ex decisore di sfruttare in senso illecito, senza soluzione di continuità, la propria situazione di vantaggio conoscitivo e "relazionale".

Del pari, e sotto altro profilo, il rischio di fenomeni di mediazione illecita può annidarsi ancor prima della cessazione della carica pubblica – in un'ottica non dissimile a quella che prelude alla corruzione – nello svolgimento stesso della relativa attività con la prospettiva di un futuro incarico presso il soggetto privato, dal quale può sia derivare l'assunzione di decisioni strumentalmente favorevoli per la controparte privata (fenomeno preso in considerazione dalla disciplina *antipantouflage* vigente, che rischia di mascherare una corruzione in senso stretto), sia – magari nell'ambito della medesima vicenda e del medesimo *accordo* – l'esercizio di un'influenza indebita, in qualità di mediatore, presso altro agente pubblico, competente a compiere atti in favore del privato (riconducibile al traffico di influenze illecite).

Questa seconda ipotesi non sembra tuttavia essere presa in considerazione, nel caso in cui il soggetto eserciti comunque una funzione amministrativa, dalla disposizione sul *pantouflage*, di cui al co. 16-ter dell'art. 53, d.lgs. 165/2001, la quale richiede, tra gli elementi costitutivi della fattispecie, l'effettivo *esercizio* di poteri autoritativi o negoziali per conto della PA. Requisito che non sembrerebbe riferibile a questa forma di attività prettamente "indiretta", frutto dell'influenza esercitata su altro agente pubblico. È pur vero infatti che, come ricordato, l'Autorità ritiene sufficiente l'esercizio di una concreta influenza su una determinata situazione giuridica, non essendo neppure necessario che sia stato l'apicale o il dipendente in questione ad adottare personalmente l'atto, ma è in ogni caso richiesta una partecipazione rilevante, da parte di questi, al procedimento (ad esempio collaborando all'istruttoria o ad atti endoprocedimentali), la quale non potrebbe ravvisarsi nella semplice attività di

¹⁰⁸ R. Alagna, *Il racconto dell'ancella: note critiche sul traffico di influenze illecite*, in RIDPP 2024, 633.

(indebita) influenza¹⁰⁹.

Peraltro, come rilevato, la disciplina “generale” del divieto di *pantouflage* non appare applicabile all'attività politica, terreno elettivo dell'attività di *lobbying* patologico, riferendosi alla sola funzione amministrativa in senso stretto. Tutt'al più, il fenomeno può quindi essere represso *ex post*, a “danno” (inteso come avvenuta stipulazione dell'accordo illecito) realizzato, solo nei limiti in cui ricorrano i presupposti della norma penale.

Il fenomeno delle porte girevoli calato nell'attività politica, che ai fini penalistici rientra nella nozione di pubblica funzione *ex art.* 357 Cp, almeno laddove si concretizza in un'attività legislativa, non appare presidiato da una norma come il co. 16-ter del citato art. 53, riferita solo alla pubblica funzione amministrativa, esercitata attraverso atti autoritativi o negoziali. Il sistema dispone dunque, astrattamente, di un solo strumento repressivo, senza alcun presidio preventivo generale, proprio nell'ambito dell'attività che più sembra prestarsi a strumentalizzazioni, anche mediante triangolazioni, in vista del futuro interesse all'assunzione di incarichi, che rischiano di ricadere nello spettro corruttivo, nel senso preso in considerazione dalla disciplina *antipantouflage*.

Il tema del *lobbying* e dei suoi labili confini di liceità-illiceità porta, come noto, con sé l'annosa questione relativa all'assenza di una sua regolamentazione organica nel nostro ordinamento, che sarebbe senz'altro utile a definire ciò che è certamente lecito, oltre a contribuire a delimitare l'area di rischio penale. Senza entrare nel vivo del tema – che esula dalla presente trattazione – emerge ogni caso con evidenza che, nell'ottica del generale sistema anticorruzione, un'eventuale regolamentazione della rappresentanza di interessi non potrebbe invero prescindere dalla predisposizione di un'organica disciplina, sul piano preventivo, dei conflitti di interessi e delle *porte girevoli*, se non al costo di rendere l'incriminazione del traffico di influenze, intrinsecamente prodromica alla corruzione vera e propria, uno strumento poco efficace¹¹⁰.

Infatti, venendo in rilievo sia nell'ipotesi di corruzione, sia in quella di traffico di influenze, accordi illeciti, seppure inseriti in stadi diversi della fenomenologia

¹⁰⁹ Cfr., *ex multis*, ANAC, PNA 2019; ANAC, parere AG/74 del 21.10.2015 e orientamento n. 24/2015. In dottrina cfr. D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit., 3 ss. *Contra* v. A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, cit., 141, ove si sostiene la richiamata tesi che definisce eccessiva e in contraddizione con il dato testuale una simile dilatazione dell'ambito applicativo della fattispecie.

¹¹⁰ Cfr. R. Alagna, *op. cit.*, 633 ss.

corruttiva (anticipato rispetto al contatto con l'agente pubblico, il quale ne resta estraneo, quello oggetto del traffico di influenze, al contrario di quello oggetto della corruzione, che coinvolge direttamente il soggetto pubblico), la reciprocità dei possibili vantaggi gioca un ruolo anche già dal momento in cui il contatto tra privati interessati e decisori è solo in fase progettuale.

Non a caso, emerge dalla dinamica di scambio alla base del *lobbying* che al termine dei propri incarichi, i pubblici decisori tendono ad assumere ruoli in imprese private che si relazionano economicamente con soggetti pubblici (Stato, enti pubblici, società partecipate), mettendo a disposizione di tali realtà il patrimonio di conoscenze acquisite durante l'incarico pubblico svolto, relative ai meccanismi decisionali e agli stessi concreti pubblici decisori¹¹¹.

Molto semplificando – e in via di mero esempio – nella mediazione corruttiva rilevante ai fini del traffico di influenze, invero, il vantaggio consistente nell'opportunità lavorativa presso il soggetto privato, portatore dell'interesse, potrebbe essere indirettamente offerto all'agente pubblico sul quale si vuole esercitare l'influenza dallo stesso privato, per il tramite del trafficante. L'utilità, in questa ipotesi, è appunto data non tanto come corrispettivo della mediazione, ma *per remunerare* l'agente pubblico in ottica prospetticamente corruttiva.

Sotto altro punto di vista, l'agente pubblico cessato dall'incarico ben potrebbe ravvisare nella prospettiva di vendere a sua volta la propria (sicura) capacità di influenza illecita, sfruttando canali preferenziali, oltre che le conoscenze acquisite durante lo svolgimento dell'attività pubblica, un incentivo allo svolgimento di attività di *lobbying*.

Di fronte ad un'inadeguata regolamentazione di conflitti di interessi, incompatibilità e inconfiribilità anche successive, l'angolo focale, dal contatto tra lobbista-mediatore e privato, alla base del traffico di influenze illecite, diviene il passaggio dei decisori cessati dalla carica in realtà private, le quali potranno giovare delle conoscenze e capacità di influenza sugli attuali decisori pubblici da questi acquisite in ragione dell'incarico. Situazione che la previsione di un periodo di raffreddamento mira a indebolire, minandone la "forza" e l'attualità, attraverso un lasso di tempo capace, appunto, di "raffreddarne" la potenzialità inquinatoria.

I due fenomeni, nella realtà dinamica del lobbismo e delle pratiche corruttive appaiono prospetticamente collegati, e l'incompletezza della predetta disciplina si

¹¹¹ Cfr. *ivi*.

rivera inevitabilmente sul traffico di influenze illecite, che rischia o di risultare eccessivamente ampio e poco rispettoso del principio di offensività, se si lega la punizione esclusivamente all'ambiguità che caratterizza taluni rapporti personali; oppure un' "arma spuntata", se si guarda solamente alla legittimità originaria del contatto tra il portatore dell'interesse rappresentato e il lobbista, il quale può ben fondarsi su relazioni contrattuali non contrastanti con l'ordinamento, ricadendo qui la visione politico-criminale proprio sulla pattuizione con finalità illecita di una mediazione formalmente lecita¹¹².

Non a caso, nella Proposta di Direttiva contro la corruzione da maggio 2023 al vaglio di Parlamento Europeo e Consiglio (considerando n. 12), il traffico di influenze viene fatto coincidere con il comportamento (intenzionale) corrotto di chi vende la propria influenza su persone che esercitano una funzione pubblica, a prescindere dal fatto che l'influenza sia stata esercitata o meno e che essa ottenga o meno il risultato voluto. Al contrario, non dovrebbe configurare il reato "l'esercizio legittimo di forme riconosciute di rappresentanza di interessi, che possono cercare di influenzare legittimamente il processo decisionale pubblico senza comportare uno scambio indebito di vantaggi", le quali spesso si svolgono in un contesto regolamentato proprio per evitare che, per mancanza di trasparenza, sfocino in pratiche corruttive. Lo stretto legame tra garanzie di trasparenza e prevenzione delle patologie del *lobbying* rende evidente, anche in sede europea, che un efficace sistema normativo sulla dichiarazione dei conflitti di interessi, sulle "porte girevoli" o sul finanziamento dei partiti politici può contribuire a evitare zone grigie e prevenire influenze indebite¹¹³.

8. Che la *ratio* alla base del divieto di conflitto di interessi – il quale si sostanzia in obblighi di astensione, nella maggior parte dei casi, o nel peculiare divieto di *post-employment* preso in considerazione dal *pantouflage* – rappresenti un vero e proprio principio del diritto amministrativo, corollario di quello di imparzialità, è testimoniato dalla molteplicità di disposizioni al riguardo presenti nell'ordinamento, a partire dal citato art. 6-*bis* significativamente introdotto nella legge generale sul procedimento amministrativo (n. 241 del 1990)¹¹⁴.

¹¹² R. Alagna, *op. cit.*, 633.

¹¹³ Il considerando n. 12 si conclude proprio con l'affermazione secondo cui: «*Having in place well-functioning additional rules on disclosing conflicts of interest, on 'revolving doors' or on the financing of political parties, can also help to avoid grey areas and prevent undue influence*».

¹¹⁴ Per una disamina si veda A. Cariola, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi: un'esercitazione su norme obbligatorie e merito costituzionale*, in www.sistemapenale.it (25.7.2024).

Ciò posto, con riguardo all'obbligo di astensione e alle sue conseguenze sanzionatorie, l'abuso d'ufficio andava a completare il sistema di norme preventive di natura amministrativa, garantendone l'effettività. Ciò avveniva soprattutto in ragione della marcata frammentarietà di tale apparato, delle "asimmetrie conoscitive", così come del blando sistema di controlli nonché dei limiti – anche in termini di onerosità – imposti dal ricorso giurisdizionale dinnanzi al giudice amministrativo (teso esclusivamente all'annullamento dell'atto illegittimo, su impulso dell'interessato, che, ancora più dell'amministrazione, sconta uno svantaggio informativo), che rendono tali situazioni di difficile emersione in tale ambito, laddove non dichiarate dal funzionario stesso¹¹⁵. Non solo, la rilevanza penale della violazione degli obblighi di astensione, caratterizzata dalle peculiari note di disvalore (già) tipizzate dalla fattispecie legale (ove non sia, cioè, una mera ripetizione del precetto amministrativo), oltre a garantire l'effettività e la dissuasività della risposta sanzionatoria predisposta dall'ordinamento per tale fenomeno, rende evidente l'*interesse pubblico* – e non meramente personalistico, come quello alla base dell'impugnazione in sede amministrativa del vizio dell'atto emanato in violazione del divieto – all'esercizio imparziale dell'attività amministrativa, che l'agire in conflitto di interessi radicalmente contraddice.

Il principio di imparzialità (e l'affidamento ad esso legato, nella cui rottura si sostanzia il fenomeno corruttivo secondo le scienze sociali ed economiche¹¹⁶) permea la concezione costituzionale di Pubblica Amministrazione, a partire dall'art. 97 Cost., ai sensi del quale la PA è organizzata in base alla legge in modo che ne sia assicurato il buon andamento e – appunto – l'imparzialità. Ed è la legge che deve garantire l'effettiva

¹¹⁵ Sul tema si veda, *amplius*, E. Carloni, *Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e costituzione*, in www.sistemapenale.it (18.12.2024), 5 ss.

¹¹⁶ Transparency International definisce volutamente la corruzione in modo ampio, come abuso del potere affidato ("*entrusted power*") al fine di ottenere guadagno privato, un tornaconto personale (la definizione è consultabile al link: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption/#define>). Cfr. in dottrina D. Della Porta – A. Vannucci, *La corruzione come sistema. Meccanismi, dinamiche, attori*, Bologna 2021. Il principio di affidamento intimamente legato alla corruzione ricorre anche in alcuni ordinamenti stranieri, primo fra tutti quello britannico, nel quale le *offences* di corruzione dello *UK Bribery Act* 2010 si sostanziano, dal lato passivo, nel concetto di "*breach of duty*" legato alla "*position of trust*" ricoperta dal corrotto. Per un'analisi della disciplina di tale ordinamento si rimanda a G.R. Sullivan, *The Bribery Act 2010: An Overview*, in *CLR* 2011, 87 ss.; Id., *Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010*, in J. Horder – P. Allridge (a cura di), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge 2013, 13 ss.; C. Nicholls – T. Daniel – A. Bacarese – J. Maton – J. Hatchard, *Corruption and Misuse of Public Office*, Oxford 2017, 58 ss.; C. Sallon – S. Tate, *The UK Anti-Bribery Handbook*, Londra 2021, 61 ss.; S.H. Deming, *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, Oxford 2014, 125 ss.; E. O'shea, *The Bribery Act 2010: A Practical guide*, Bristol 2011. Si permetta inoltre un richiamo a quanto precedentemente osservato, in proposito, in N. Ortu, *L'equilibrio irrequieto tra discrezionalità amministrativa, corruzione per l'esercizio della funzione e per atto contrario ai doveri d'ufficio*, cit., 2868 ss.

realizzazione del principio, anche attraverso un efficace sistema dissuasivo delle spinte dei pubblici amministratori alla parzialità. Compito nevralgico il cui assolvimento – positivo o negativo che sia – si riversa a cascata sulla garanzia di ogni altro diritto, eguaglianza *in primis*¹¹⁷.

Si tratta, invero, del canone che impone all'agente pubblico di agire nel pubblico interesse e per il bene comune, che rifugge l'emanazione di decisioni informate al perseguimento di un interesse personale del decisore, primaria espressione di un "principio di anticorruzione" che sembra farsi strada nelle principali esperienze costituzionali¹¹⁸. Principio ribadito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 41 (rubricato "Diritto ad una buona amministrazione"), che integra il parametro costituzionale attraverso gli artt. 11 e 117 Cost., il cui primo paragrafo prevede, tra l'altro, che «ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale»¹¹⁹.

Sicché, posto che il confronto con interessi particolari è connaturato all'attività amministrativa, si rende evidente l'importanza in un'efficace disciplina in materia di conflitto di interessi, che non solo sia capace di *prevenire* decisioni macchiate dalla cura di interessi personalistici, ma anche di *reagire*, con la dovuta carica di deterrenza, alle patologiche elusioni o violazioni delle norme preventive.

Ciò trova invero sostegno, a livello sovranazionale, in un'ulteriore norma – pienamente cogente – della Convenzione di Merida, l'art. 7, par. 4, ai sensi del quale «*each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavour to adopt, maintain and strengthen systems that promote transparency and prevent conflicts of interest*». Obbligo sul quale, nelle diverse ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale relative all'abrogazione dell'abuso d'ufficio¹²⁰, si è

¹¹⁷ Come rilevato da E. Carloni, *Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e costituzione*, cit., 11 ss., la rilevanza di un simile principio è evidente già nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino (art. 12): «la garanzia dei diritti dell'uomo e del cittadino ha bisogno di una forza pubblica; questa forza è dunque istituita per il vantaggio di tutti e non per l'utilità particolare di coloro ai quali essa è affidata».

¹¹⁸ Così Z. Teachout, *The Anti-Corruption Principle*, in *CorLR* 2009, 342 ss.; E. Carloni, *Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e costituzione*, cit., 11.

¹¹⁹ Sul punto si vedano, *amplius*, N.M. Maiello, *Il controllo penale sull'attività amministrativa. Un percorso tra modelli dell'agire amministrativo e confini dell'intervento punitivo*, Torino 2025, 95 ss.; M. Trimarchi, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *DAamm* 2011, 537 ss.

¹²⁰ Cfr. le ordinanze iscritte ai numeri 201, 222, 232 e 233 reg. ord. del 2024 e ai numeri 4, 5, 8, 10, 17, 18, 20, 25 e 33 reg. ord. del 2025 e, nel senso dell'individuazione di un obbligo di mantenere uno standard di efficace attuazione della Convenzione nel suo complesso, nonché rispetto all'obiettivo di assicurare il mantenimento di sistemi di prevenzione della corruzione, Cass. 21.12.2025 ord. n. 9442.

fondato un dovere di *stand still* che, anche in assenza di un tenore di piena cogenza nell'art. 19 (recante la disposizione sull'abuso d'ufficio), valesse a giustificare l'annullamento della normativa abolitrice; ma che, al contrario, la Corte non ha ritenuto sufficientemente pregnante¹²¹.

Nonostante l'impossibilità di fondarvi un vero e proprio obbligo di criminalizzazione, capace di conferire "forza di resistenza" all'abuso d'ufficio – la cui abolizione resta dunque appannaggio della insindacabile discrezionalità del legislatore – non può tuttavia negarsi l'importanza sistematica della norma appena citata. Si nota, invero, che nel prescrivere tale impegno alle Parti contraenti, il par. 4 dell'art. 7 – a differenza di quello precedente – non ne limita l'operatività alla sola implementazione di misure "legislative e amministrative", riferendosi in generale alla predisposizione di "sistemi" ("systems") di promozione della trasparenza e prevenzione del conflitto di interessi. Sebbene si faccia qui riferimento, a tale ultimo proposito, al concetto di "prevenzione", può ritenersi che la norma – repressiva – che incriminava l'abuso d'ufficio fosse parte a pieno titolo di tale "sistema", attesa la funzione deterrente, *general-preventiva*, propria del precetto penale.

L'abrogazione dell'unica norma deputata alla criminalizzazione del divieto di astensione in presenza di un conflitto di interessi – seppur riconosciuta come *non illegittima* dalla Consulta in quanto espressione di una volontà legislativa non confliggente con precisi e positivi obblighi di tutela, anche alla luce dell'effetto *in malam partem* del sindacato, benché la questione fondata sulla violazione dell'art. 117 Cost, riferito all'art. 7, par. 4, UNCAC fosse comunque *ammissibile*¹²² – viene quindi in rilievo sotto il profilo da ultimo evidenziato, incidendo sul *sistema* di contrasto dei

¹²¹ Cfr. C. cost. 7.5.2025 (dep. 3.7.2025) n. 95, che, pur ritenendole ammissibili in virtù delle deroghe al divieto di sindacato *in malam partem* codificate dalla giurisprudenza costituzionale, tra le quali figura anche la (sopravvenuta) violazione di obblighi sovranazionali di criminalizzazione (cfr., per tutte, C. cost. n. 37/2019), ha rigettato nel merito le numerose questioni formulate proprio sulla scorta dell'insussistenza di un preciso obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio, ai sensi della UNCAC, ricadendo la lacuna di tutela conseguente alla discrezionale – e insindacabile – scelta abrogativa da parte del legislatore esclusivamente nella responsabilità politica di quest'ultimo.

¹²² Ciò a differenza delle censure fondate sul contrasto con il principio di eguaglianza (in quanto il legislatore avrebbe lasciato irragionevolmente prive di sanzione penale condotte più gravi di altre, che continuano anche oggi a essere penalmente rilevanti), ovvero sul vuoto di tutela che, per effetto dell'abrogazione, si sarebbe creato rispetto a condotte gravemente dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, le quali sono state dichiarate inammissibili, in linea con la precedente giurisprudenza costituzionale (in particolare, per quanto attiene al canone di cui all'art. 97 Cost., le sentenze nn. 447/1998 e 8/2022, sempre in materia di abuso d'ufficio), che ritiene precluso l'esame di questioni formulate sulla base degli artt. 3 o 97 Cost., quando il loro accoglimento produrrebbe un effetto espansivo della punibilità.

conflitti di interesse, che rischia irrimediabilmente di rivelarsi incompleto, senza un presidio sanzionatorio che ne garantisca, in casi determinati, la tenuta.

In questa prospettiva, la pronuncia della Corte costituzionale assume rilievo non solo per l'oggetto specifico (l'abrogazione dell'abuso d'ufficio), ma anche per l'impostazione argomentativa, destinata a incidere in modo più ampio sulla comprensione del ruolo degli obblighi sovranazionali nel sistema delle fonti. In particolare, il ragionamento della Corte offre spunti significativi per riflettere sulla possibilità che l'art. 117, co. 1, Cost., operi – anche in materia penale – quale parametro di legittimità costituzionale rispetto a scelte di de-criminalizzazione che si pongano in contrasto con cogenti obblighi internazionali di senso contrario, specie in settori nevralgici come quello della lotta alla corruzione.

Il punto dell'ammissibilità in sede costituzionale della censura fondata sulle norme della UNCAC che – primo fra tutti l'art. 7, par. 4¹²³ – vengono invocate dai giudici rimettenti a sostegno di una "resistenza" dell'abuso d'ufficio all'abrogazione, merita quindi particolare attenzione, per la sua portata "di apertura", che verosimilmente fungerà da guida per le future letture dell'art. 117, co. 1, Cost. come parametro di legittimità costituzionale, soprattutto nell'ampia materia di cui si tratta. E, tra le questioni sulle quali ci si aspetta un'incidenza di simile apertura, spicca, per la sua contiguità con la presente, quella avente ad oggetto la legittimità costituzionale del traffico d'influenze illecite, come riformulato dalla medesima legge n. 114 del 2024, di cui è ragionevole attendersi, alla luce delle presenti basi argomentative, l'ammissibilità e l'accoglimento nel merito (stante l'esistenza in tale caso di un vero e proprio obbligo di criminalizzazione sovranazionale)¹²⁴.

¹²³ Le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale invocano, accanto all'art. 7, par. 4, anche l'art. 1, che tra le finalità dello strumento pattizio menziona «la promozione e il rafforzamento delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace», nel cui ambito può includersi la criminalizzazione di condotte prodromiche o ancillari alla corruzione, come quelle di abuso d'ufficio; l'art. 5, che impegna gli Stati contraenti a elaborare, applicare e mantenere «politiche di prevenzione contro la corruzione efficaci e coordinate che [...] rispecchino i principi dello stato di diritto, di buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, d'integrità, di trasparenza e di responsabilità»; l'art. 65, par. 1, che sancisce il generale obbligo di adottare tutte le misure necessarie, anche legislative, funzionali ad assicurare l'esecuzione degli obblighi convenzionali, nonché sul seguente par. 2, da cui si trae il principio secondo cui agli Stati contraenti è permesso di rafforzare la tutela attraverso misure anche più severe di quelle previste dalla Convenzione.

¹²⁴ Questione di legittimità costituzionale sollevata il 31 gennaio 2025 dal Tribunale di Roma. È interessante segnalare che la citata questione rappresenta lo sviluppo del noto "caso Arcuri", il quale, nelle vesti di commissario straordinario, era rinviato a giudizio per abuso d'ufficio (a fronte dell'archiviazione dei reati di corruzione e peculato) in un caso relativo alla fornitura di oltre 800 milioni di mascherine dalla Cina, per un costo di oltre 1,2 miliardi di euro, per fronteggiare l'emergenza pandemica. Il processo, conclusosi per Arcuri con un'assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, ha avuto seguito, per altri imputati, per

Ebbene, nella pronuncia n. 95 del 2025, viene ripreso, e portato ad un livello ulteriore, l'insegnamento della Corte secondo cui la violazione di obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, co. 1, Cost. rappresenta un valido motivo di deroga al divieto di sindacato costituzionale *in malam partem*, rendendo ammissibili le relative questioni¹²⁵. Ciò in quanto, da una parte si valorizza l'equiparazione, nel testo dell'art. 117 Cost., tra i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» e gli «obblighi internazionali», inclusi quindi quelli pattizi come la Convenzione di Merida, al cui rispetto il legislatore è tenuto e la cui violazione sortisce, anche in materia penale, la medesima conseguenza dell'illegittimità costituzionale¹²⁶. Non solo ove a ciò consegua un effetto *in bonam partem*, ma anche ove l'effetto sia *in malam*, consistente cioè nell'espansione di una disciplina sincronicamente vigente o – vero elemento di novità – di una disciplina abrogata, conforme all'obbligo di criminalizzazione.

Si chiarisce, d'altra parte, che l'operatività di tale meccanismo non trova un ostacolo nel principio penal-costituzionale della riserva di legge sancito dall'art. 25 Cost., in quanto l'obbligo sovranazionale di criminalizzazione richiede che sia in ogni caso il legislatore nazionale a fondare la responsabilità penale su una norma primaria interna,

traffico di influenze, in relazione al quale il g.u.p., su sollecitazione della Procura, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale relativa alla nuova formulazione del reato ad opera della legge Nordio, in quanto essa, richiedendo per la mediazione c.d. onerosa una finalizzazione alla commissione di un reato, a seguito dell'abolizione dell'abuso d'ufficio (alla cui commissione mirava il patto illecito) condurrebbe al proscioglimento delle parti della mediazione e alla restituzione della somma di oltre 11 milioni di euro sequestrata. Sul punto si veda G.L. Gatta, *Traffico di influenze illecite e riforma Nordio: il g.u.p. di Roma solleva questione di legittimità costituzionale nel processo per la fornitura delle mascherine cinesi (Covid)*, in www.sistemapenale.it 4.2.2025; A. Perin, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel piano di torsione della giustizia penale. Aspetti costituzionali e politico-criminali della "riforma Nordio"*, in www.lalegislazonepenale.eu (15.3.2025). Nel caso del traffico di influenze illecite, a differenza dell'abuso d'ufficio, viene in rilievo – come evidenziato – un preciso e vincolante obbligo di incriminazione. Infatti, mentre la UNCAC, anche per il traffico di influenze all'art. 18 usa analoga formula non pienamente cogente («shall consider adopting»), la Convenzione Penale di Strasburgo del 1999, strumento pattizio vincolante ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., al contrario, all'art. 12 impone la criminalizzazione della fattispecie con la formula cogente «shall adopt». Il citato art. 12, in particolare, costruisce il reato di *trading in influence* secondo una formulazione ampia, prendendo in considerazione: (i) lo sfruttamento di relazioni non solo esistenti ma anche asserite; (ii) un'utilità non solo economica ma di qualsiasi natura come corrispettivo della mediazione; (iii) qualsiasi vantaggio per il cliente quale obiettivo della mediazione. È dunque palese il contrasto, sotto tali profili, dell'attuale disciplina italiana, frutto della riforma Nordio, con la Convenzione di Strasburgo; contrasto che il legislatore del 2019 aveva invece appianato con la legge c.d. Spazzacorrotti, sciogliendo la riserva originariamente apposta, in sede di ratifica, sull'art. 12.

¹²⁵ Cfr., per tutte, C. cost. n. 37/2019

¹²⁶ Chiarito comunque che, nel caso di contrasto con una norma eurounitaria con effetti diretti il giudice comune può disapplicare la legge nazionale o regionale incompatibile. Sul tema si vedano, da ultimo, le sentenze della Corte costituzionale n. 31/2025; n. 21/2025, n. 7/2025, n. 181/2024 nonché l'ord. n. 21/2025.

effettivamente introdotta¹²⁷.

Tale esito è, in termini simili, già stato affermato dalla Corte nell'ipotesi in cui una norma penale italiana contrasti con un obbligo eurounitario¹²⁸, dichiarando incostituzionale per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., la disciplina nazionale con cui il legislatore aveva escluso le ceneri di pirite dalla disciplina generale in materia di rifiuti, in contrasto con un obbligo di criminalizzazione sancito dalle direttive europee sul tema, provocando così la *riespansione* della disciplina penale generale, sincronicamente vigente¹²⁹.

Parzialmente diverso è però il caso in cui – come sarebbe accaduto qualora le censure relative all'abrogazione dell'abuso d'ufficio fossero state accolte nel merito – l'art. 117 Cost. viene invocato, non solo in riferimento ad uno strumento internazionale

¹²⁷ Nel caso contrario, invero, come si legge anche nella sent. n. 95/2025, il principio di legalità penale rappresenterebbe un "controlimite", opponibile anche alle limitazioni di sovranità ammesse ai sensi dell'art. 11 Cost., non consentendo – come fatto presente dalla Consulta nella "saga Taricco" (ord. n. 24/2017) – che un effetto di aggravamento della responsabilità penale (nel caso di specie incidente sulla prescrizione) discenda direttamente da una norma sovranazionale (nel caso di specie, una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea).

¹²⁸ Un caso di questione di costituzionalità fondata sulla violazione di obblighi di criminalizzazione pattizi è invero rinvenibile in materia di falso in bilancio, come riformulato dalla riforma del 2002 (d.lgs. n. 61 del 2002), che tuttavia la Corte, con la sentenza 1 giugno 2004, n. 161 (in *DPP*, 2004, 1497 ss., con commento di F. Giunta, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità*), ha dichiarato inammissibile sulla base dell'ostacolo rappresentato dal principio di riserva di legge. La modifica impressa dal legislatore italiano sull'art. 2621 c.c. è stata ritenuta dal Tribunale di Milano in contrasto con l'art. 8 della *Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni commerciali internazionali* del 1997 (ratificata dall'Italia con legge 29.9.2000, n. 300), che impone alle Parti di prevedere adeguate sanzioni per le violazioni contabili delle imprese, al fine di impedire la creazione di fondi neri utilizzabili per finalità corruttive, in quanto l'introduzione nelle false comunicazioni sociali di soglie di punibilità parametriche percentualmente al risultato economico di esercizio o al patrimonio netto della società avevano reso penalmente irrilevanti falsità anche di grande consistenza. La Corte, in tale occasione, non potendo annoverare le soglie di punibilità nella categoria delle norme penali di favore, aveva affermato che «all'adozione della pronuncia invocata osta, tuttavia, il secondo comma dell'art. 25 Cost., il quale — per costante giurisprudenza di questa Corte — nell'affermare il principio secondo cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore». A ben vedere, però, la norma pattizia in tale sede invocata non appare, in ogni caso, recare un preciso obbligo di criminalizzazione, in quanto si limita a vietare l'istituzione di "fondi occulti", lasciando libero il legislatore nazionale quanto agli strumenti esperibili per la realizzazione di tale fine (art. 8, par. 2: «*Each Party shall provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for such omissions and falsifications in respect of the books, records, accounts and financial statements of such companies*»). La sentenza n. 95/2025, pertanto, appare superare definitivamente l'orientamento che rinviene nella reviviscenza di una norma non più vigente ad opera di una sentenza di illegittimità costituzionale un *vulnus* al principio di riserva di legge, chiarendo che, ove l'incostituzionalità derivi dalla violazione di un (vero e proprio) obbligo di criminalizzazione sovranazionale, la fonte della responsabilità penale non sarebbe la pronuncia della Corte, bensì la precedente disciplina normativa, conforme al vincolo.

¹²⁹ Cfr. C. cost. n. 28/2010.

pattizio anziché unionale, ma soprattutto per annullare una norma abrogativa, contrastante con un obbligo di criminalizzazione, di una fattispecie di reato conforme a tale obbligo, senza che sia presente nel sistema una disciplina generale capace di riespandersi. In tale ipotesi, la conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale non potrebbe che essere la *reviviscenza* della legge nazionale illegittimamente abrogata.

Si tratta, invero, di qualcosa di non sconosciuto al sistema, essendosi però verificato in passato per ragioni ben diverse: a seguito, cioè, della dichiarata illegittimità di una legge penale abrogatrice non per contrasto con un obbligo sovranazionale di criminalizzazione, bensì per violazione di norme costituzionali in materia di formazione delle leggi¹³⁰.

Analogo sarebbe il risultato pratico, anche sul piano intertemporale: la responsabilità penale troverebbe fondamento nell'originaria disciplina stabilita dal legislatore (nel rispetto, dunque, del principio di riserva di legge), vigente al momento del fatto; ferma l'irretroattività dell'effetto "ripristinatorio" della tipicità penale ai fatti commessi durante il periodo di pseudo-vigenza della legge abrogativa dichiarata incostituzionale.

Quanto affermato dalla Corte – come si sottolinea nella sent. n. 95/2025 – non equivale a sottrarre al Parlamento il dominio, costituzionalmente riservatogli, sulle scelte di incriminazione, in quanto obblighi sovranazionali di penalizzazione, soprattutto se di derivazione pattizia, (dopo la loro libera negoziazione da parte del Governo con gli altri Stati parte) sono infatti liberamente accettati dallo stesso Parlamento con la legge che autorizza la ratifica dei trattati, attraverso la quale possono ben essere apposte riserve e dichiarazioni. Scelta libera che, anche dopo la ratifica, può essere messa in discussione ed eventualmente revisionata con le modalità previste dal diritto internazionale (ad esempio promuovendo un emendamento al trattato).

Una parziale compressione del dominio del legislatore nazionale sulle scelte di

¹³⁰ È il caso delle sentenze C. cost. nn. 32 e 5/2014. Nel primo caso, la *reviviscenza* della normativa penale abrogata era derivata dall'incostituzionalità della Legge Fini-Giovanardi del 2006, che ha parificato il trattamento sanzionatorio per le droghe c.d. pesanti e leggere previsto dall'art. 73 del DPR 309/1990, per difetto del nesso di interrelazione funzionale tra il decreto-legge n. 272/2005 e la legge di conversione n. 49/2006, in violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., essendosi inserite rilevanti modifiche della disciplina penale in tema di stupefacenti in un intervento normativo d'urgenza dedicato a questioni assolutamente eterogenee (quali i finanziamenti per le olimpiadi invernali). La sentenza n. 5/2014, invece, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme abrogatrici della fattispecie di associazione paramilitare, operata con decreto legislativo in carenza della necessaria delega del Parlamento, così comportando la *reviviscenza* dell'incriminazione.

politica criminale non appare, a ben vedere, l'effetto diretto di una pronuncia della Corte del presente tenore, bensì discende dalla Costituzione stessa, che si è dotata di una norma come l'art. 117, co. 1, Cost., la quale vincola appunto la legge ordinaria al rispetto degli obblighi giuridici dallo Stato volontariamente assunti nel contesto sovranazionale, senza che si verifichi una vera compressione del principio di riserva di legge.

Ciò posto, nel merito la Corte ha – si ritiene condivisibilmente – escluso la sussistenza di un preciso obbligo di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio, non rinvenibile né sulla base dell'art. 19, per la sua formulazione non cogente, né dell'art. 7, par. 4, in quanto, ai fini dell'implementazione dei “sistemi” a garanzia della trasparenza e di prevenzione dei conflitti di interessi, lascia il legislatore libero nell'individuazione di strumenti e strategie.

È possibile – tornando al tema centrale – osservare che, dunque, la valenza dell'art. 7, par. 4, della Convenzione di Merida, non ponendo un vero e proprio obbligo di penalizzazione, ricorda da vicino quella dello stesso art. 97 Cost. nell'ordinamento nazionale, le cui esigenze costituzionali di tutela – come ricorda da ultimo la Corte nella citata sentenza n. 95/2025¹³¹ – non richiedono necessariamente l'attivazione dello strumento penale, ben potendo essere soddisfatte attraverso una pluralità di strumenti alternativi, preventivi e/o sanzionatori, i quali sarebbero anzi preferibili in ossequio al principio di *extrema ratio*, sempre che siano in grado di assicurare una protezione efficace. A ben vedere, in assenza di precisi obblighi di incriminazione – costituzionali o sovranazionali – la scelta degli strumenti di tutela degli interessi che la Costituzione impone in via generale di proteggere è riservata al legislatore, non giustificando l'art. 97 un'ingerenza del Giudice delle leggi su tale sfera di discrezionalità politica. E ciò, come chiarito ancora dalla Corte, vale anche a fronte dell'argomento (proposto dal Tribunale di Teramo¹³²) secondo cui la legittimazione ad un sindacato *in malam partem* sulla base dell'art. 97 Cost. sarebbe ancorata sull'art. 28 Cost., recante il principio della diretta responsabilità del pubblico agente per la violazione dei diritti stabiliti dalle leggi (anche penali) vigenti, in quanto tale principio non può essere

¹³¹ Fermo restando, tuttavia, che il Giudice delle leggi, mentre ha ritenuto inammissibili le doglianze relative all'art. 97 Cost., per le ragioni esposte, ha invece ritenuto ammissibili – seppur infondate – quelle imperniate sulla violazione dell'art. 117 Cost., in relazione alle citate norme della Convenzione di Merida, proprio per evidenziare che, qualora – a differenza quindi di quanto accade nel caso di specie – una fonte sovranazionale vincolante per il legislatore nazionale avesse previsto un preciso obbligo di incriminazione, la censura avrebbe potuto essere accolta, nonostante i suoi effetti *in malam partem*.

¹³² Cfr. ord. di rimessione reg. ord. n. 4/2025.

interpretativamente esteso fino a fondare un obbligo costituzionale di criminalizzazione relativo a ogni condotta di abuso del potere pubblico a danno di un privato.

Ciò nonostante, non può ignorarsi la valenza precettiva di tali principi che, seppure non azionabili in via diretta dinanzi alla Corte costituzionale, devono fungere da chiave di lettura critica delle scelte discrezionali – legittime ma discutibili – del legislatore.

Ebbene, l'art. 323 Cp puniva – quanto al tema di cui si scrive – la condotta di cagionare intenzionalmente, omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio patrimoniale”, facendo quindi da ponte tra la sfera penale e le norme extrapenali in materia di conflitto di interesse, ovunque disseminate nell'ordinamento amministrativo e differentemente declinate, integratrici della fattispecie. In sostanza, da una parte suggellava in via diretta la rilevanza penale della mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto» e, dall'altra, riportava “ad unità” il frammentato sistema amministrativo a contrasto dei conflitti di interesse («o negli altri casi prescritti»), conferendogli dignità penalistica laddove venivano ad integrarsi le particolari note di disvalore richieste dal tipo legale.

Sistema che – si ripete – nella sua frammentarietà presenta non poche lacune di tutela e conseguenti carenze di effettività, come rilevato anche in sede sovranazionale già prima dell'entrata in vigore della legge n. 114/2024, in particolare per quanto riguarda l'implementazione di “sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive”, oltre che l'introduzione di un apparato, allo stato assente, di verifiche sostanziali (*substantial reviews/substantive verifications*) sul contenuto delle dichiarazioni relative all'assenza di conflitti di interessi¹³³.

In presenza di un conflitto di interessi, in via generale, è infatti lo stesso funzionario a dover segnalare la situazione conflittuale. Il sistema si fonda dunque sulle dichiarazioni di assenza di conflitti di interesse¹³⁴ che, laddove previste (e solo in tali casi, non coincidenti con l'intero spettro dell'attività amministrativa), presidiano l'iter

¹³³ Cfr. GRECO, *Quinto ciclo di valutazione. Prevenzione della corruzione e promozione dell'integrità nei governi centrali (funzioni esecutive di alto livello) e nelle forze dell'ordine. Rapporto di Valutazione sull'Italia, Eval 5 Rep (2023)*5, adottato il 25.3.2024, pubblicato il 28.8.2024, 21 ss. (in particolare p. 28 sul profilo delle verifiche sostanziali e p. 30 su quello relativo all'efficacia delle sanzioni).

¹³⁴ Tali dichiarazioni possono assumere rilevanza penale ove mendaci, non in funzione di una norma che sanziona la mancata astensione in presenza di un conflitto di interesse, ma a titolo di falso ideologico.

procedurale, poi oggetto di possibili controlli meramente documentali da parte dell'Amministrazione. La quale, però, sconta un sensibile *deficit* conoscitivo, non potendo – già a monte rispetto all'efficacia degli strumenti sanzionatori – adeguatamente indagare le relazioni sostanziali da cui originano le situazioni di conflitto, a differenza dell'autorità giudiziaria penale¹³⁵. L'assenza di un presidio penale lascia dunque l'efficace attuazione del sistema di contrasto ai conflitti di interesse nelle mani di controlli solo formali (profilo già critico prima dell'entrata in vigore della riforma), con evidente depotenziamento dello stesso che, a fronte della manovra abolitrice del reato, non è stato ricalibrato. Né la rilevanza penale di simili fatti potrebbe – e dovrebbe – essere recuperata attraverso un'espansione applicativa di fattispecie esistenti ben più gravi (come, per tute, quelle di corruzione), se non al costo di forzare – ancora una volta in questa materia – il canone aureo di legalità penale¹³⁶.

In proposito è di interesse il confronto con un ordinamento straniero a noi vicino come quello Francese, il cui codice penale prevede, all'art. 432-12, il delitto di “*prise illégale d'intérêts*”, che punisce autonomamente proprio la “presa in carico”, da parte di un soggetto pubblico nell'esercizio delle sue funzioni, di un interesse “tale da compromettere la sua imparzialità, indipendenza o obiettività”, in un'impresa o in un'operazione della quale, al momento del fatto, è responsabile in tutto o in parte¹³⁷. La norma mira dunque ad impedire, sul piano penale, di approfittare delle proprie funzioni – direttamente o indirettamente, tramite intermediari – per compiere un atto o assumere una decisione funzionale al perseguimento di un interesse privatistico, in violazione del dovere di *probité* che deve informare l'esercizio della funzione e costituisce il bene giuridico tutelato. La giurisprudenza, peraltro, interpreta il concetto di interesse in modo ampio, non limitandolo al mero interesse economico, così da farvi ricadere anche quello di tipo “morale”¹³⁸, purché comunque in grado di

¹³⁵ Cfr. E. Carloni, *Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e costituzione*, cit., 8 ss.

¹³⁶ In relazione ai vuoti di tutela lasciati dall'abolizione dell'abuso d'ufficio, cfr. E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, cit., 40 ss.

¹³⁷ Il primo capoverso della norma citata dispone : « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction* ».

¹³⁸ C. Crim., 14.6.2000; C. Crim., 3.4.2007; C. Crim., 9.2.2005. In dottrina cfr. E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Paris 2016, 618 ss. ; S. Seminara, *L'art. 323 c.p. e le ipotesi di riforma*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*.

compromettere l'imparzialità dell'agente.

La presa o la conservazione di un interesse non è punita in quanto tale, ma in virtù del pericolo da essa scaturente per l'imparzialità della funzione pubblica. La condotta si sostanzia, quindi, in una mancata astensione in presenza di un conflitto di interesse, formulata in termini ancora più ampi (nonostante l'intervento riformatore tassativizzante di cui alla legge 22.12.2021, n. 1729, in virtù della quale l'interesse deve espressamente essere « *de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité* », e non, come nella precedentemente formulazione « *un intérêt quelconque* ») rispetto all'abrogata incriminazione italiana, non richiedendo peraltro alcuna forma rafforzata di dolo.

In tale sistema, invero, il conflitto di interessi è preso in considerazione dal legislatore come situazione meritevole di risposta penale – oltre che amministrativa, attraverso il rimedio dell'annullamento dell'atto amministrativo per “*excès de pouvoir*” – proprio in ragione della diretta correlazione con la tutela dell'imparzialità dell'attività amministrativa, che esso, ponendosi in antagonismo con l'interesse che giustifica il potere pubblico, rischia di pregiudicare, nonché con il fenomeno *latu sensu* corruttivo¹³⁹.

In ultima analisi, l'esigenza a che il diritto penale rappresenti l'*extrema ratio* – esigenza a propria volta dotata di dignità costituzionale, seppur non direttamente “giustiziabile”¹⁴⁰ – non può ritenersi contrastante con l'opportunità di conferire (o mantenere) la rilevanza penale a determinate condotte, ove non esiste, come nel caso di specie, un rimedio effettivo di altra natura di fronte a fenomeni che offendono beni giuridici di rilevanza centrale. Anche in tali casi, dunque, il rispetto del suddetto principio risulta assolto.

Come ribadisce anche la Consulta nella citata sentenza, il legislatore ha legittimamente esercitato il proprio potere discrezionale di revocare la scelta politico-criminale, di lunga tradizione, alla base dell'incriminazione dell'abuso d'ufficio. Tuttavia, quella relativa alla repressione dei casi maggiormente patologici di conflitto di interessi appare, nel nostro sistema, una rilevante lacuna, per il consistente deficit di tutela che lascia ai cittadini.

Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale, Padova, 1998, 522; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio in prospettiva comparata. Un contributo al dibattito sulla riforma*, in *Glns* 17.7.2023.

¹³⁹ Cfr. Y.M. Lagarde, *Le délit de prise illégale d'intérêts : de la sanction d'un devoir civique à la prévention d'un conflit d'intérêts*, in *APC* 2017, 41 ss.

¹⁴⁰ Sul tema si veda, per tutti, A. Gargani, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *RIDPP* 2018, 1488 ss.

L'accennata esperienza comparatistica dimostra, peraltro, che l'incriminazione della presa in carico di un interesse confliggente con quello al quale la decisione pubblica è legalmente informata ben può acquisire dignità autonoma, ed essere scissa dall'abuso d'ufficio vero e proprio, senza quindi esporsi al lamentato – presunto – effetto “paralizzante” dell'attività amministrativa, generativo di burocrazia difensiva, che unitamente allo scarso numero di condanne ha condotto all'abrogazione del delitto.

Ferma l'insindacabilità costituzionale della scelta abolitiva, i cui conseguenti vuoti di tutela ricadono tutt'al più nella sfera della responsabilità politica del legislatore – chiarito che “ingiusto” (o comunque criticabile sotto il profilo politico-criminale) e “costituzionalmente illegittimo” non necessariamente coincidono – di fronte all'esigenza di garantire il contrasto degli effetti patologici sulle decisioni pubbliche dell'agire in conflitto di interessi, l'abbandono dello strumento penale non può giustificarsi, se non affiancato dal rafforzamento del sistema di presidi extrapenalì, che ne compensi la mancanza¹⁴¹. Implementazione che, però, rappresenta un grande assente nella riforma.

8.1. Alla luce di quanto precede è possibile osservare che l'abuso d'ufficio nella forma della mancata astensione in presenza di un conflitto di interessi – così come la *prise illégale d'intérêts* francese – prende(va) in considerazione un momento logicamente precedente rispetto a quello al centro del *pantouflage*, ma ad esso eventualmente connesso. I due fenomeni possono però, in taluni casi, quasi confondersi. Si pensi all'ipotesi in cui l'agente pubblico, ancora in carica, assuma una determinata decisione sedotto dalla prospettiva di un rapporto lavorativo presso il privato, destinatario dei propri poteri, omettendo quindi di astenersi in presenza di tale interesse confliggente – potenziale e futuro. Siamo dunque prima della cessazione della carica, nel momento dell'agire: dunque, in un'ipotesi di conflitto di interesse vero e proprio, ove si dimostri la presenza, già in tale fase, di simile interesse privatistico capace di inquinare l'imparzialità del funzionario.

La prospettiva del *pantouflage* – come ampiamente rilevato – è di tipo “postumo”, cioè a carriera pubblica conclusa, sostanzandosi non in un dovere di astensione dinnanzi ad una imminente decisione da prendere ma ad un divieto di *post-employment*, ad una compressione della libertà negoziale, qualora la decisione – cioè

¹⁴¹ Cfr. E. Carloni, *Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e costituzione*, cit., 18.; A. Cariola, *op. cit.*

l'espressione del potere autoritativo o negoziale – sia stata presa, nei confronti del particolare destinatario. E l'esistenza di tale divieto realizza, retrospettivamente, un *chilling effect* proprio rispetto all'attrattività del non astenersi di fronte ad una futura prospettiva lavorativa, cioè ad un potenziale conflitto di interessi. O comunque, nei casi in cui l'interesse confliggente non sussiste al momento della decisione, il presidio garantisce che il tempo richiesto dal *cooling-off period* “raffreddi” la vicinanza dei rapporti tra (ex) amministratore e privato, scongiurandone ambiguità e patologie. Il *pantouflage*, nel sistema dei conflitti di interessi, è dunque un “presidio-ostacolo”, operante *ex post*.

Come la mancata astensione in presenza di conflitto di interessi, anche questa particolare ipotesi di porta girevole non è assistita dalla sanzione penale nel nostro ordinamento, e neppure sembra essere stata astrattamente riconducibile all'abrogato abuso d'ufficio, proprio per l'evidenziata differenza di prospettiva rispetto alla violazione dei doveri di astensione ivi in passato tipizzata. La scelta del legislatore domestico sembra quindi costante nel relegarne la rilevanza sul piano amministrativo.

Nell'ordinamento francese, al contrario, la rilevanza penale dei fenomeni di *revolving doors* è positivamente affermata dall'art. 432-13 del *Code Pénal*, il quale incrimina un fenomeno speculare rispetto a quello preso in considerazione dall'art. 432-12, cioè il conflitto “successivo” che il *pantouflage* incarna¹⁴². Il citato reato vede

¹⁴² La norma citata dispone : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire, militaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées au premier alinéa.

Pour l'application des deux premiers alinéas, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

L'infraction n'est pas constituée par la seule participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale ».

come protagonista l'ex agente pubblico (inclusi i membri del governo), qualsiasi fosse il suo *status* giuridico, che, cessato dall'incarico pubblico, acquisisce nuove funzioni presso un privato, senza che sia del tutto interrotto il legame con il precedente incarico, tradotto in termini giuridici dalla previsione di un intervallo di raffreddamento di tre anni. Si incrimina, in sostanza, la strumentalizzazione privata della posizione pubblica precedentemente ricoperta.

La disposizione non vieta di per sé a un ex funzionario pubblico di instaurare rapporti con un'impresa privata (o una società pubblica operante in un settore concorrenziale soggetto al diritto privato), bensì di operare tale passaggio qualora, nel corso dell'incarico pubblico, questi fosse competente di: (i) monitorarla o controllarla; (ii) stipulare contratti di qualsiasi genere con essa o esprimere pareri su tale attività negoziale; (iii) formulare proposte direttamente all'autorità competente delle predette decisioni o di esprimere un parere sulle stesse.

La *ratio* della disciplina – penale – è di porre un limite ai passaggi in uscita dal settore pubblico a quello privato, ponendo delle condizioni al fine di impedire che tali ex agenti pubblici consentano ai loro nuovi datori di lavoro di trarre vantaggio dalla rete di relazioni che hanno mantenuto nel settore pubblico, con gli effetti distorsivi della concorrenza che ne derivano. Per altro combinato verso, la norma penale assolve allo scopo deterrente di dissuadere il “dipendente” pubblico dalla tentazione di esercitare, durante l'incarico, i propri poteri in modo distorto, in quanto favorevole ai destinatari privati, dalla prospettiva di effettuare il predetto passaggio. Lo strumento predisposto a tal fine dal legislatore è quello – simile rispetto all'istituto preventivo domestico – di impedire l'immediata assunzione dell'ex agente pubblico, imponendo un periodo di raffreddamento (tre anni dalla cessazione delle funzioni, per qualsiasi causa). Il reato consiste, quindi, nella dolosa violazione del divieto, senza la necessità di provare che l'agente, o la società, abbia tratto un beneficio concreto dal precedente incarico pubblico del soggetto ¹⁴³. A fronte di una fattispecie simile, l'armamentario sanzionatorio è senz'altro diverso, e più incisivo, nel sistema francese, ove il divieto di *pantouflage* non solo trova la propria disciplina in una legge generale come il codice penale, ma è presidiato dalla sanzione penale.

Si rende dunque evidente lo scarto di tutela tra l'ordinamento francese e quello italiano, nel quale la reazione a tale fenomeno generativo di un rischio per

¹⁴³ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, cit., 630 ss. ; Id., *Pantouflage ou service - présidentiel - commandé ?*, *D* 2012, 2782 ; J. Lasserre Capdeville, *Le délit de “pantouflage”*, *AJCT* 2011, 395.

l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione è rimessa ad una norma collocata – quasi nascosta – nell'ultimo comma di una disposizione rubricata "incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi".

Fermo anche in questo caso il canone aureo del diritto penale come *extrema ratio*, alla luce di quanto precede non può non notarsi la scarsa efficienza delle tutele amministrative predisposte per prevenire e contrastare il *pantouflage*, disciplina foriera, nella estrema laconicità della disposizione, di continui dubbi interpretativi rimessi all'ANAC. Anche qui, l'assenza di un presidio penale per un fenomeno comunque generativo di un rischio di corruzione come il *pantouflage* non appare quindi adeguatamente compensato da una disciplina amministrativa – preventiva e sanzionatoria – idonea a garantirne un contrasto razionale, non solo efficace e dissuasivo ma anche proporzionato.

La sanzione interdittiva predisposta in via amministrativa dal citato art. 16-ter, al netto dei dubbi interpretativi derivanti da una formulazione approssimativa della fattispecie, è infatti automatica, priva di gradualità in relazione alla diversa gravità dei fatti, o di alcun margine di considerazione dell'elemento psicologico, rischiando di apparire sproporzionata rispetto ai casi di minore gravità, soprattutto in riferimento al divieto di contrattazione con le pubbliche amministrazioni¹⁴⁴ per tre anni in misura fissa.

La stessa ANAC ha in tal senso sollecitato un intervento correttivo del legislatore, mirato a ricalibrare la risposta ordinamentale al *pantouflage* attraverso la predisposizione, in una disposizione dotata di dignità autonoma, atteso il carattere generale della relativa disciplina, di un sistema di sanzioni pecuniarie e interdittive crescenti, proporzionate alla gravità delle violazioni¹⁴⁵.

In conclusione, a fronte delle evidenziate molteplici intersezioni tra *pantouflage* e spettro corruttivo e, più in generale, tra quest'ultimo e i conflitti di interessi, è necessario che l'ordinamento – soprattutto all'indomani dell'abrogazione dell'unica

¹⁴⁴ Ambigua anche la portata di tale sanzione, cioè la sua riferibilità a tutte le pubbliche amministrazioni, come sembrerebbe dal tenore testuale, ovvero alla sola amministrazione coinvolta nella vicenda, con conseguenze assai diverse sul piano del rispetto del principio di proporzionalità. Allo stesso modo, si apre la questione se il divieto si applichi al solo "soggetto privato" in destinazione o anche all'ex agente pubblico. Sul punto cfr., per tutti, R. Cantone, *Il pantouflage all'italiana: fra rigore formale e rischi di ineffettività*, in www.iusinitinere.it 2020, 21 ss.

¹⁴⁵ Cfr. ANAC, Atto di segnalazione n. 6 del 27.5.2020, nel quale si legge che «Una lettura della norma in questione orientata ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, declinati sia in ambito comunitario che costituzionale rende necessaria una graduazione della sanzione interdittiva da imporre al soggetto privato che abbia violato la disposizione di cui all'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 e che comunque non prescinda dalla valutazione dell'elemento psicologico» sotteso alla violazione del divieto.

incriminazione del conflitto di interessi – predisponga una disciplina sanzionatoria, anche di natura non penale, quanto più possibile attagliata ai fatti da contrastare, precisa e proporzionata, ed in ultima analisi idonea ad esercitare una carica dissuasiva adeguata anche in assenza di una disciplina prettamente repressiva. Solo allora il principio di *ultima ratio* – che ha la funzione di imporre un uso frammentario e razionale dello strumento penale, non di legittimare vuoti di tutela – potrà considerarsi davvero rispettato, anziché tradito.