



Università degli Studi di Salerno

Corso Valore PA "Anticorruzione e trasparenza nella PA - II Livello Tipo A"

CIRPA – Centro Interdipartimentale per la ricerca di Diritto, Economia e
Management della Pubblica Amministrazione

Prof. Aggr. Gaspare Dalia

Ricercatore di Diritto Processuale Penale
Docente di Diritto Processuale Penale Comparato
Dipartimento di Scienze Giuridiche – Scuola di Giurisprudenza
UNISA

Dispensa teorico-pratica a supporto della verifica finale circa l'applicazione degli strumenti e dei comportamenti proposti in situazioni reali (approccio della “formazione-intervento”).

Istituti scelti: conflitto d'interesse – art. 328 c.p. – art. 323 c.p. – art. 314 – artt. 353 e 353-*bis* – whistleblowing – *privacy* e trasparenza

Premessa

Con la normativa anticorruzione ci si riferisce ad un concetto più ampio di corruzione:

non solo i fatti penalmente rilevanti, ma ogni fenomeno di abuso e strumentalizzazione della funzione pubblica per conseguire vantaggi indebiti di natura personale.

Si tratta della cd. CORRUZIONE AMMINISTRATIVA, alla quale l'ordinamento intende rispondere soprattutto in via preventiva, ossia predisponendo una serie di cautele e misure volte ad evitare il rischio di fenomeni corruttivi nell'apparato pubblico.

Tre nuovi protagonisti nella lotta alla corruzione. Non solo (o non più soltanto) le forze tradizionali, ma, soprattutto ed *in primis*:

1) le pubbliche amministrazioni, chiamate a predisporre strumenti di monitoraggio e controllo sulla legalità dei propri procedimenti;

2) i pubblici dipendenti, chiamati ad un rinnovato sforzo di correttezza deontologica e di integrità nell'ambito delle loro mansioni;

3) l'intera opinione pubblica, chiamata a vigilare sul corretto esercizio della funzione amministrativa e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Obiettivo: previsione di misure anticipatorie volte a rafforzare la legalità nella gestione del procedimento amministrativo.

Com'è noto, la riforma del 2012 ha subito il condizionamento della Comunità Internazionale

- **All'art. 1 L. 190/2012 si legge:**

“In attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n.110, la presente legge individua, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e

di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

La Convenzione di Strasburgo, attuata in Italia con estremo ritardo – oltre a prevedere l'introduzione di nuove fattispecie di reato (ad es. traffico di influenze illecite), una loro migliore tipizzazione (concussione/induzione indebita) –, ha previsto anche l'istituzione di un'Autorità (governativa) indipendente (nel nostro Paese l'A.N.A.C.) con funzioni di indirizzo, controllo, gestione, prevenzione – ma anche repressione

(attraverso poteri sanzionatori) – dei rischi connessi a fenomeni corruttivi.

Pertanto, le condotte illecite devono essere distinte sul piano sanzionatorio (responsabilità civile, penale, disciplinare, contabile, amministrativa), sebbene possano essere “punite” su più fronti.

Ecco che, nel nostro Paese, è diventato di fondamentale importanza puntare sulla prevenzione

Ma, qual è il primo problema dell'anticorruzione?

Sicuramente quello della sua “percezione”

«più si perseguono i fenomeni corruttivi sul piano della prevenzione e le fattispecie di reato sul piano della repressione, maggiore è la percezione del fenomeno»
(così Giovanni Tartaglia Polcini, Il paradosso di Trocadero)

L'ANAC di Busia: <https://youtu.be/6taxXtd4gDg>

Ranking: <https://youtu.be/KxrDo3jcx9o>

Quali sono, dunque, gli strumenti per attuare la prevenzione?

Altre iniziative

- **individuazione di modalità di gestione delle risorse umane e finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;**
- **previsione dell'adozione di un Codice di comportamento per i dipendenti ed i collaboratori, che includa la regolazione dei casi di conflitto di interesse per l'ambito delle funzioni ed attività amministrative;**
- **regolazione di procedure per l'aggiornamento;**
- **previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;**

- **regolazione di un sistema informativo per attuare il flusso delle informazioni e consentire il monitoraggio sull'implementazione del modello da parte dell'amministrazione vigilante;**
- **introduzione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;**
- **la formazione, che riveste un'importanza cruciale nell'ambito della prevenzione della corruzione: l'attività amministrativa è svolta da soggetti consapevoli (la discrezionalità è esercitata sulla base di valutazioni**

fondate sulla conoscenza e le decisioni sono assunte “con cognizione di causa”); ciò comporta la riduzione del rischio che l’azione illecita sia compiuta inconsapevolmente;

- **la conoscenza e la condivisione degli strumenti di prevenzione (politiche, programmi, misure) da parte dei diversi soggetti che a vario titolo operano nell’ambito del processo di prevenzione;**

- **la creazione di una base omogenea minima di conoscenza, che rappresenta l’indispensabile presupposto per programmare la rotazione del personale;**

- **la creazione della competenza specifica necessaria per il dipendente per svolgere la nuova funzione da esercitare a seguito della rotazione;**
- **la creazione di competenza specifica per lo svolgimento dell'attività nelle aree a più elevato rischio di corruzione;**

In conseguenza di ciò, ogni ente della P.A. dovrebbe dotarsi di disciplinari interni che tengano conto delle indicazioni fornite dall'Anac.

Ecco un esempio:



ASL Napoli 3 SUD

Albo Pretorio

Data Esecutivita': 01/06/2022
Tipo pubblicazione: Determinazioni Dirigenziali
Settore Proponente: U.O.S. CURE PRIMARIE DS 54
Ente Richiedente: AZIENDA SANITARIA LOCALE NAPOLI 3 SUD

[Visualizza dettaglio](#)

Registrazione Albo n. 2278/2022

Oggetto: PRESA D'ATTO ED ADOZIONE DEL DISCIPLINARE CONCERNENTE I CRITERI PER LA ROTAZIONE DEL PERSONALE TITOLARE DI INCARICHI DI FUNZIONE E DEI RESTANTI DIPENDENTI DEL COMPARTO CHE OPERANO NELLE AREE A RISCHIO DI CORRUZIONE NONCHÉ DEI COMPONENTI DELLE COMMISSIONI - PRESA D'ATTO ED ADOZIONE DEL DISCIPLINARE RECANTE I CRITERI PER LA ROTAZIONE DEL PERSONALE DEL RUOLO DIRIGENZIALE CHE OPERA NELLE AREE A RISCHIO DI CORRUZIONE NONCHÉ DEI COMPONENTI DELLE COMMISSIONI.

Documento in Pubblicazione dal 01/06/2022 al 16/06/2022

Atto di Riferimento: REGISTRO PER LE DELIBERE DEL DIRETTORE GENERALE 498/2022
Data Esecutivita': 01/06/2022
Tipo pubblicazione: Deliberazioni del Direttore Generale quale Legale Rappresentante
Settore Proponente: DIREZIONE AMMINISTRATIVA
Ente Richiedente: AZIENDA SANITARIA LOCALE NAPOLI 3 SUD

[Visualizza dettaglio](#)

Inoltre, per una corretta prevenzione, si deve:

- **incentivare ed incoraggiare la diffusione degli orientamenti giurisprudenziali sui vari aspetti dell'esercizio della funzione amministrativa, indispensabili per orientare il percorso degli uffici;**
- **evitare l'insorgere di prassi contrarie alla corretta interpretazione della norma di volta in volta applicabile.**
(esempio bilanciamento *privacy*/trasparenza)

Piano Nazionale Anticorruzione

Gli obiettivi del PNA 2022-2024

Rafforzare l'integrità pubblica e la programmazione di efficaci presidi di prevenzione della corruzione per evitare che i risultati attesi con l'attuazione del Pnrr siano vanificati da episodi di corruzione senza per questo incidere sullo sforzo di semplificazione e velocizzazione delle procedure amministrative. Il Piano, in consultazione sul sito dell'Autorità fino al 15 settembre 2022, è stato elaborato come uno strumento di supporto alle amministrazioni pubbliche per affrontare le sfide

connesse alla realizzazione degli impegni assunti dall'Italia con il Pnrr e all'attuazione della riforma introdotta dal decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80 che ha previsto il Piano integrato di attività e organizzazione (Piao) di cui la pianificazione della prevenzione della corruzione e della trasparenza è parte integrante. Eventuali modifiche del Pna potranno essere effettuate per adeguarne i contenuti una volta adottati il Dpr e il Dm previsti dalla citata normativa.

Supporto ai Responsabili anticorruzione

Il Pna è articolato in due Parti: quella generale rappresenta un supporto ai Responsabili per la prevenzione della corruzione e la trasparenza (Rpct) e contiene indicazioni per la predisposizione della sezione del Piao relativa alla prevenzione della corruzione e della trasparenza. L'Anac indica su quali processi e attività è prioritario concentrarsi nell'individuare misure di prevenzione della corruzione; fornisce indicazioni per realizzare un buon monitoraggio e semplificazioni per gli enti con meno di 50 dipendenti (la principale è la previsione, salvo casi eccezionali, di un'unica

programmazione per il triennio). Occorrono, si legge nel Pna, poche e chiare misure di prevenzione, ben programmate e coordinate fra loro ma soprattutto attuate effettivamente e verificate nei risultati.

Pantouflage

Il divieto di *pantouflage* o di *revolving doors* nell'ordinamento giuridico italiano è individuato nell'art. 53, comma 16-ter, del "Testo Unico del Pubblico Impiego" ad opera della legge n. 190 del 2012:

i pubblici dipendenti che, nel corso degli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto di una delle pubbliche amministrazioni di cui al medesimo D.Lgs. 165/01 (art. 1, c. 2) non possono, per i tre anni successivi al termine del rapporto di lavoro pubblico, prestare attività lavorativa o professionale per quei soggetti privati destinatari dei medesimi poteri esercitati per conto dell'amministrazione (primo periodo);

La parte generale del nuovo PNA contiene anche un approfondimento dedicato al divieto di pantouflage:

l'Autorità nella propria attività di vigilanza ha rilevato che tale istituto comporta problemi per chi deve attuarlo anche a causa delle norme laconiche. Per questo Anac offre chiarimenti e soluzioni operative da inserire nei Piani, fermo restando che, per quanto riguarda l'attività di vigilanza e sanzionatoria dell'Autorità, ci sarà uno specifico regolamento.

Il Pnrr e i contratti pubblici

La parte speciale è dedicata ai contratti pubblici, ambito in cui non solo l'Autorità riveste un ruolo di primario rilievo ma a cui lo stesso Pnrr dedica cruciali riforme.

Nell'ambito di questa legislazione "speciale", secondo Anac complessa e non sempre chiara, il Pna offre alle stazioni appaltanti un aiuto nell'individuazione di misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza agili e utili ad evitare che l'urgenza degli interventi faciliti esperienze di cattiva amministrazione e corruzione.

I commissari straordinari per le grandi opere

La parte speciale contiene anche un approfondimento sulle gestioni commissariali cui è affidata la realizzazione delle grandi opere previste nel Pnrr. La possibilità dei Commissari di operare in deroga alla normativa di settore

e l'attribuzione di fondi pubblici cospicui, secondo Anac, può amplificare il rischio corruzione. Per presidiare l'attività dei Commissari quindi fondamentale è l'individuazione di un soggetto che ricopra il ruolo di Rpct che, a differenza di quanto previsto dall'aggiornamento 2017 al Pna, oggi secondo l'Autorità non può essere lo stesso commissario: ciò darebbe luogo ad un forte accentramento di funzioni in capo a uno stesso soggetto, compromettendo l'autonomia e l'indipendenza del Responsabile con il rischio che si crei una situazione di conflitto di interessi.

L'Autorità suggerisce nel Pna due opzioni: che nelle gestioni commissariali il Rpct sia nominato dal Commissario straordinario nella figura di un alto dirigente della struttura commissariale. Se non è possibile la prima opzione, previa adeguata motivazione, l'incarico di Rpct può essere svolto dallo stesso Commissario straordinario, nominato dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. In questo caso, però, l'adozione del Piano Anticorruzione spetterebbe al Ministro delle Infrastrutture, proprio in quanto vertice dell'organo di indirizzo.

Conclusioni

Sia nella parte generale del Pna che in quella speciale l'Autorità si è posta nella logica di fornire un supporto alle amministrazioni, agli Rpct e a tutti coloro, organi di indirizzo compresi, che sono protagonisti delle strategie di prevenzione. Da qui anche la predisposizione di undici specifici allegati che vanno intesi come strumenti di ausilio per le amministrazioni.

- Uno degli obiettivi del Piano è, appunto, la **responsabilizzazione** del personale, attraverso l'informazione, la formazione e la sensibilizzazione dei propri

dipendenti rispetto al tema della corruzione, nonché mediante il recupero e la **codificazione dell'etica** (come, del resto, sta avvenendo anche in altri settori)

A parte le **Fonti costituzionali** (**Artt. 28, 54, 97** – *I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il **buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione** –, **98**), la nuova disciplina dei **codici di comportamento**, contenuta nell'art. 54 del testo unico sul pubblico impiego del 2001, presenta varie novità:*

- 1• la forma del Codice, emanato con atto del Governo e non più di un singolo ministro

2• il Codice non deve essere più soltanto consegnato al dipendente all'atto dell'assunzione, essendo anche previsto che egli lo sottoscriva.

3• la legge indica i fini e il contenuto minimo del Codice

4• i codici di comportamento delle singole amministrazioni: prima era una possibilità, ora è una necessità, in quanto ciascuna amministrazione è tenuta a definirlo, con procedura partecipata e previo parere dell'organismo indipendente di valutazione.

Il conflitto di interesse

L'art. 1, comma 41, della l. n. 190 ha introdotto l'art. 6-*bis* nella l. n. 241 del 1990, rubricato “Conflitto di interessi”.

La disposizione stabilisce che **“il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale”**

La norma contiene due prescrizioni:

- è stabilito un **obbligo di astensione** per il responsabile del procedimento, il titolare dell'ufficio competente ad adottare il provvedimento finale ed i titolari degli uffici competenti ad adottare atti endoprocedimentali nel caso di conflitto di interesse anche solo potenziale
- è previsto un **dovere di segnalazione** a carico dei medesimi soggetti.

Con una chiara presa di posizione che marca la differenza rispetto al passato, la l. n. 190 chiarisce che la violazione delle regole del Codice generale approvato con D.P.R. e dei Codici

adottati da ciascuna amministrazione dà luogo a **responsabilità disciplinare.**

Quindi, un **effettivo meccanismo sanzionatorio per la violazione dei doveri di comportamento**, in quanto le norme contenute nei Codici di comportamento fanno parte a pieno titolo del “codice disciplinare”.

Il problema è quello di comprendere quali siano in concreto i rapporti e le relazioni che generano **situazioni di conflitto di interesse.**

Essi, in realtà, sono specificati proprio nel d.P.R. n. 62/2013 (Nuovo Codice Etico dei Pubblici Dipendenti) in linea con le

raccomandazioni OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) in materia di integrità ed etica pubblica.

La norma è “figlia” della legge anticorruzione, nel senso che **gli obblighi ed i doveri comportamentali che l’attuale codice contempla sono prevalentemente orientati a prevenire anch’essi rischi corruttivi nelle PP.AA., migliorando il tasso di trasparenza, integrità e correttezza deontologica degli operatori pubblici.**

- Art 7 d.P.R. 62/2013: elenca una serie di fattispecie concrete che esemplificano il concetto elastico di conflitto di

interesse ("**rapporti familiari e parentali**", "**ipotesi di abituale frequentazione**", "**di grave inimicizia**", "**di significativo rapporto di debito o credito**", "**di gravi ragioni di convenienza**")¹

Cosa dice, al riguardo, il codice di procedura penale in merito alle situazioni di incompatibilità del giudice penale, massima espressione dell'imparzialità dell'operato della P.A.

Art. 35.

¹ La "convenienza" deve intendersi come la presenza di una o più circostanze o condizioni appropriate o favorevoli al concretarsi di un'azione, che, a differenza dell'opportunità, si contraddistingue per l'ulteriore necessità di un **bilanciamento degli interessi** in senso di "**adeguatezza**".

Incompatibilità per ragioni di parentela, affinità o coniugio.

1. Nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni, anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado.

Art. 36.

Astensione.

1. Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli;

b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge;

c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie;

d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private;

e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata;

f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero;

g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario;

h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza.

2. I motivi di astensione indicati nel comma 1 lettera b) seconda ipotesi e lettera e) o derivanti da incompatibilità per ragioni di coniugio o affinità, sussistono anche dopo l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

3. La dichiarazione di astensione è presentata al presidente della corte o del tribunale, che decide con decreto senza formalità di procedura.

4. Sulla dichiarazione di astensione del presidente del tribunale decide il presidente della corte di appello; su quella del presidente della corte di appello decide il presidente della corte di cassazione.

Art. 37.

Ricusazione.

1. Il giudice può essere ricusato dalle parti:

a) nei casi previsti dall'articolo 36 comma 1 lettere a), b), c), d), e), f), g);

b) se nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, egli ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione.

**Un esempio di conflitto d'interessi: il caso MARRA,
condannato a 3 anni e sei mesi (13 dicembre 2018)**

Il Tribunale di Roma ha condannato a 3 anni e 6 mesi Raffaele Marra, ex capo del personale del Comune di Roma, nell'ambito del processo che lo vedeva accusato di corruzione. Lo ha deciso la II sezione penale.

Nel procedimento era coinvolto anche il costruttore Sergio Scarpellini morto il 20 novembre scorso. Secondo l'accusa, Scarpellini avrebbe dato nel 2013 quasi 370 mila euro a Marra, all'epoca direttore dell'uffici politiche abitative. I giudici hanno dichiarato estinto il rapporto con la pubblica

amministrazione e la confisca dell'appartamento in zona Prati Fiscali al centro della vicenda. I giudici hanno disposto anche un risarcimento di 100 mila euro in favore di Roma Capitale.

Delibera ANAC n. 1305 del 21 dicembre 2016

Concernente la violazione del d.P.R. n. 62/2013 e del codice di comportamento dei dipendenti di Roma Capitale, da parte del dott. Raffaele Marra, direttore del dipartimento organizzazione e risorse umane di Roma Capitale, con particolare riferimento al procedimento di nomina del fratello, dott. Renato Marra, quale dirigente della direzione turismo di Roma Capitale. Fascicolo/UVMAC 4883/2016

Fatto

Con nota acquisita al protocollo generale n. 0168867 del 15 novembre 2016, è stata segnalata a quest'Autorità, da parte della DIRER-DIRL, **la sussistenza della violazione del d.P.R. n. 62/2013**, nonché del codice di comportamento dei dipendenti di Roma Capitale, da parte del dott. Raffaele Marra, direttore del dipartimento organizzazione e risorse umane di Roma Capitale, in quanto nel procedimento di nomina del fratello, dott. Renato Marra, a capo della direzione turismo di Roma Capitale, **avrebbe violato l'obbligo di astensione previsto dall'art. 7 del citato d.P.R. n.**

62/2013 e dall'art. 10 del codice di comportamento dei dipendenti pubblici di Roma Capitale.

In particolare, si evidenzia che, con comunicazione del 19 ottobre 2016 prot. n. 66646 a firma del dott. Raffaele Marra, è stata avviata una procedura di interpello finalizzata all'affidamento degli incarichi dirigenziali delle strutture amministrative di Roma Capitale. Con ordinanza sindacale n. 95/2016, sottoscritta dalla Sindaca di Roma nonché dal dott. Marra, in qualità di titolare dell'ufficio organizzazione e risorse umane di Roma Capitale, sono stati assegnati gli incarichi dirigenziali. All'esito della suddetta procedura, il

dott. Renato Marra, fratello del dott. Raffaele Marra, è risultato **assegnatario dell'incarico di direttore della direzione turismo.**

[...]

Limiti dell'accertamento dell'Autorità

In via preliminare, si sottolinea che non rientra tra i compiti di quest'Autorità accertare la legittimità delle norme dello Statuto e del regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi di Roma Capitale sotto il profilo della netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie che costituisce una condizione necessaria

per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.). **Né, tanto meno, può essere sindacata da quest'Autorità l'eventuale carenza di motivazione sottesa alle ordinanze di conferimento degli incarichi dirigenziali, all'esito della procedura di interpello ovvero la carenza di una vera e propria istruttoria degli organi e degli uffici dell'amministrazione capitolina.**

L'azione di quest'Autorità si è limitata a valutare l'esistenza di un obbligo di astensione a carico del dott. Raffaele Marra,

trovandosi questi in posizione di potenziale conflitto di interessi in relazione alla nomina di suo fratello Renato.

[...]

Non spetta a questa Autorità valutare quali fossero, in concreto, i rapporti tra la Sindaca e il dott. Marra, in particolare quale fosse la capacità di quest'ultimo di influenzare sostanzialmente le decisioni dell'organo politico. [...]

Tuttavia, prosegue l'ANAC:

Il d.p.R. n. 62/2013 prevede, infatti, che l'organo che viene a conoscenza, attraverso la dichiarazione o in altro modo, della situazione di conflitto di interessi, **disponga ogni misura volta ad evitare ogni partecipazione del funzionario a procedimenti nei quali egli possa trovarsi in una tale situazione.[...]**

Conclusioni

Alla luce dei fatti esposti e dell'interpretazione data, da parte di quest'Autorità, alla nozione di "partecipazione" all'adozione di atti da parte di funzionari in posizione di conflitto di interessi **si deve ritenere che vi sia stata una**

partecipazione all'adozione dell'atto di nomina del dott. Renato Marra da parte del fratello Raffaele.

La partecipazione è avvenuta in presenza di conflitto di interessi, atteso lo stretto legame di parentela intercorrente tra il dott. Raffaele Marra e il destinatario del provvedimento di nomina (il fratello, dott. Renato Marra).

Tutto ciò premesso e considerato,

DELIBERA

che i fatti segnalati configurano una violazione dell'art. 6 bis della legge n. 241/1990, dell'art.7 del d.P.R. n. 62/2013 e

dell'art.10 del codice di comportamento dei dipendenti pubblici di Roma Capitale. Conseguentemente, la violazione dell'obbligo di astensione previsto dalle citate norme integra un comportamento contrario ai doveri d'ufficio ed è fonte di responsabilità disciplinare (art. 16 del d.P.R. n. 62/2013);

di trasmettere gli atti alla struttura competente del Comune di Roma Capitale affinché accerti la responsabilità disciplinare del dott. Raffaele Marra, riferendo gli esiti di tale accertamento a quest'Autorità;

di trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma e alla Procura regionale della Corte dei Conti del Lazio, per gli aspetti di competenza.

di trasmettere gli atti al RPCT perché valuti se la procedura di interpello posta in essere sia stata conforme ai principi di buon andamento ed imparzialità che devono connotare l'agire della pubblica amministrazione e se non sia necessario adottare, a partire dal PTPC 2017-2019, adeguate misure di prevenzione.

Simulazione – Esercitazione in Aula

Conflitto di interessi: la rilevanza del conflitto

“potenziale”

Tizio, già dipendente presso lo studio professionale Alfa quale consulente giuridico esterno, a seguito di superamento di prova concorsuale, viene assunto (a tempo indeterminato, ma con contratto di lavoro part-time) dall’Ente della P.A. Beta, con funzioni di collaboratore amministrativo assegnato all’Ufficio Affari generali e contenzioso. Premessa la non sussistenza di cause di incompatibilità tra i due impieghi, il RPC del predetto Ente, considerata l’assidua – e già

preesistente – collaborazione tra l'Ente Beta e lo studio professionale Alfa di cui cura alcune pratiche legali, rileva un potenziale conflitto di interessi di Tizio, stante anche la sua collocazione in un ufficio nell'Ente della P.A. dove, in astratto, potrebbe venire a contatto con corrispondenza e/o comunque con atti legati a diversi procedimenti amministrativi dell'Ente. Valutata la normativa di riferimento, sussiste o meno una eventuale responsabilità in capo a Tizio (ed, eventualmente, di che natura) per la mancata segnalazione del conflitto di interessi potenziale?

Proposta di soluzione:

Premesse

- l'amministrazione deve garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (Art. 97 della Costituzione);
- il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, ai sensi dell'articolo 6 "Comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d'interesse" del D.P.R. n. 62/2013:
 - a) informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni (comma 1);

b) si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale (comma 2 ed art. 7);

ai sensi dell'articolo 6 – bis Legge 241/1990 ss.mm.ii.

- Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

Il dipendente pubblico segnala ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

- D.P.R. n. 62/2013 Codici di condotta

Art. 1 “Disposizioni di carattere generale”;

Art. 2 “Ambito di applicazione” -Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal codice;

Art. 16 “Responsabilità conseguente alla violazione dei doveri del codice”

La violazione degli obblighi previsti dal presente Codice integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio ed è fonte di responsabilità disciplinare, accertata all'esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni (comma 1).

@@@@"

Caso di studio

Va evidenziato che il Codice di comportamento, a cui i dipendenti pubblici devono attenersi nell'assolvimento delle proprie funzioni con disciplina e onore nel rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, dispone, tra gli altri principi, che il dipendente debba rispettare altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità, ragionevolezza e indipendenza, astenendosi in caso di conflitti di interessi, anche solo se potenziale.

Tizio nella posizione di conflitto potenziale e, quindi, non ancora attuale, può, in un momento successivo, trovarsi in

un conflitto che lede l'interesse dell'amministrazione nei cui riguardi ha precisi doveri e responsabilità.

Tizio ha, quindi, l'obbligo di segnalare la situazione di conflitto anche potenziale al proprio responsabile di struttura specificando le motivazioni, per il quale sussiste l'obbligo di astensione. Ciò trova ulteriore dettaglio nelle disposizioni del Codice di comportamento nazionale, D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, all'art. 7.

Il dirigente dovrà a sua volta esaminare e valutare *ex ante* se la situazione segnalata realizza un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'agire amministrativo, e

impartisce disposizioni al fine di prevenire il conflitto; mentre se il dirigente non ravvisasse alcun pericolo conflittuale ne dispone la continuità amministrativa.

Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza non ha alcun compito specifico nell'ambito della procedura di verifica di eventuali situazioni di conflitto di interesse che possano interessare dipendenti sempre che il Codice di comportamento interno dell'Ente non preveda diversamente.

La violazione che si realizza con il compimento di un atto illegittimo, è anche fonte di illegittimità del procedimento e del

provvedimento conclusivo dello stesso. Stante la responsabilità amministrativa e disciplinare del dipendente, l'atto amministrativo adottato in violazione della norma produce l'illegittimità dello stesso. Il beneficiario/destinatario dell'atto potrà adire il giudice amministrativo chiedendone l'annullamento.

Repressione e responsabilità penale

Dei delitti contro la P.A.

Libro II – titolo II del Codice Penale

Capo I “Dei delitti dei Pubblici Ufficiali contro la P.A.”

(dall’art. 314 c.p. all’art. 335 c.p.)

(di competenza del Tribunale in composizione collegiale)

Capo II “Dei delitti dei Privati contro la P.A.”

(dall’art. 336 c.p. all’art. 356 c.p.)

(di competenza del Tribunale in composizione monocratica)

Per quel che interessa la presente indagine, dal punto di vista sostanziale e procedurale, le leggi che hanno impattato sulla normativa anticorruzione sono 3:

- Legge 190/2012
- Legge 69/2015
- Legge 3/2019
- Legge 120/2020 (che ha modificato l'art. 323 c.p.)

Gli elementi costitutivi del reato nel sistema penale interno

Teoria tripartita

Fatto tipico

costituito da condotta, nesso di causalità ed evento

Colpevolezza

elemento soggettivo: dolo, colpa o preterintenzione [anche se nel nostro sistema esistono ancora ipotesi in cui la colpevolezza è posta “altrimenti” a carico dell’agente: la cd.

responsabilità oggettiva (es. del direttore di periodico in caso di diffamazione a mezzo stampa)]

Antigiuridicità

Assenza di cause di giustificazione

Il Reato è....

Di danno e di pericolo

Distinzione generale dei reati: reati di danno e reati di pericolo

- REATI DI DANNO: puniscono per un evento dannoso, lesivo.

- REATI DI PERICOLO: intervengono prima, segnando un'anticipazione della tutela penale: si punisce prima che si

sia verificato un danno, si punisce solo per la semplice messa in pericolo di un certo bene giuridico.

I reati di pericolo segnano dunque questa anticipazione della tutela penale, ritenendosi sufficiente che alcune fattispecie di reato possa integrarsi con la semplice creazione del pericolo per il bene giuridico, senza aspettare che il danno si sia verificato.

Questi reati si distinguono a loro volta in:

- **REATI DI PERICOLO CONCRETO**: il legislatore impone al giudice un accertamento in concreto, in relazione al singolo

caso posto alla sua attenzione, del fatto che il bene giuridico tutelato dalla norma sia stato effettivamente posto in pericolo.

- **REATI DI PERICOLO ASTRATTO:** il legislatore impone al giudice un accertamento diverso, più semplice, perché limitato all'accertamento che la condotta tenuta dall'imputato rientri nella categoria di quelle condotte che normalmente e nella generalità dei casi espongono a pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma. Il giudice in questo caso non deve accertare la pericolosità in concreto di quel singolo accadimento.

- Comune:

Allorquando il delitto, per la sua configurabilità, non richiede che il soggetto attivo posseda determinate qualifiche soggettive.

NB: il più delle volte la norma che prevede tali fattispecie si apre con la locuzione “Chiunque”

- **Proprio:**

Quando, ai fini della configurabilità della fattispecie in questione, il soggetto attivo deve ricoprire **una determinata qualifica soggettiva** (es. delitto di peculato, concussione, corruzione etc., che richiedono che il soggetto passivo sia un P. U. o incaricato di Pubblico servizio)

Nozione di Pubblico Ufficiale

- Art. 357 c.p.

“Agli effetti della legge penale, sono P.U. coloro i quali **esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria ed amministrativa**. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norma di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della P.A. o dal svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.

Esempio di p.u.

Cassazione penale sez. III, 24/02/2017, n.36784

Il professore universitario che lavori presso un'azienda ospedaliera in regime di intramoenia deve ritenersi pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p. (confermata la condanna di un professore universitario per violenza sessuale aggravata ex art. 61 n. 9 c.p. per aver commesso i fatti con abuso di poteri e violazione dei doveri inerenti alla pubblica funzione da lui rivestita, come medico professore universitario erogante un'attività assistenziale presso un'azienda ospedaliera in base ad una convenzione tra i due enti).

Nozione di incaricato di pubblico servizio

- Art. 358 c.p.

“Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.

Per pubblico servizio deve intendersi un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest’ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”.

Esempio di i.p.s.

Cassazione penale sez. VI, 16/10/2018, n.52209

In tema di reati contro la pubblica amministrazione, riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio il consulente esterno legato all'ente da un contratto di diritto privato, allorché svolga un'attività avente rilievo pubblicistico secondo il criterio sostanzialistico e funzionale delineato dagli artt. 357 e 358 c. p. (Fattispecie in cui la Corte ha affermato la qualifica di incaricato di pubblico servizio del consulente regionale per l'impiantistica sportiva nominato dal CONI, trattandosi di soggetto chiamato a rendere un parere endoprocedimentale che, pur non vincolante, costituiva presupposto necessario

per l'ammissione a finanziamento dei progetti di ristrutturazione o costruzione di impianti sportivi regionali).

Alcune ipotesi di reati contro la P.A.:

Art. 314 c.p.

Peculato

- Soggetto attivo: pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio (def. di cui all'art. 357 e 358 c.p.)
- Oggetto materiale: denaro o altra cosa mobile altrui, posseduta o comunque nella disponibilità del soggetto attivo per ragione d'ufficio o servizio (titolo del possesso anche occasionale connesso con l'ufficio ricoperto dal soggetto)

- Condotta incriminata: appropriarsi (comportarsi nei confronti della cosa *uti dominus*)
- Elemento soggettivo: dolo generico (coscienza e volontà dell'appropriazione)
- Consumazione: quando il soggetto inizia a comportarsi nei confronti della cosa come se fosse il proprietario

Nota sul peculato d'uso:

si ha quando il soggetto attivo del reato si appropria della cosa solo per utilizzarla momentaneamente e dopo tale uso immediatamente la restituisce

Oggetto materiale: solo beni mobili di specie (ossia, beni mobili individuati) mentre, se fossero denaro o cose generiche – ad es. beni di cancelleria – si configurerebbe la fattispecie di cui al comma 1: così Cass. pen., 19.04.1995, n. 4195

Il peculato d'uso viene qualificato unanimemente come **figura di reato autonoma**, e non come semplice circostanza attenuante, per esso è necessario il **dolo specifico**, ovvero la volontà di fare uso momentaneo della cosa.

Non è configurabile il reato di peculato nell'**uso episodico ed occasionale** di un'autovettura di servizio, quando la condotta abusiva **non abbia leso la funzionalità** della pubblica

amministrazione e non abbia causato **un danno patrimoniale apprezzabile**: così Cass. pen., 05.09.2019, n. 37186.

In altri termini: in tema di peculato, la minima entità del danno patrimoniale arrecato alla pubblica amministrazione non esclude la configurabilità del reato, poiché l'atto appropriativo integra di per sé la condotta tipica, mentre, nel caso di peculato d'uso, la destinazione solo momentanea del bene a finalità diverse da quelle pubblicistiche richiede anche l'idoneità della condotta a determinare una apprezzabile lesione patrimoniale (così Cass. pen., 29.05.2019, n. 23824).

Giurisprudenza

In tema di oggetto materiale del reato, rientrano nella categoria di beni mobili oggetto di possibile appropriazione da parte del Pubblico Ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio anche i c.d. beni immateriali tutte le volte in cui gli stessi abbiano un diretto e intrinseco valore economicamente apprezzabile (nella specie l'imputato si era appropriato delle **banche dati** create da una società nel corso del rapporto concessorio intercorso con un Comune. Cass. Pen., 9 maggio 2018, n. 33031).

Il reato di peculato tutela sia l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione sia l'interesse all'integrità patrimoniale dell'Ente pubblico; pertanto va esclusa la sussistenza del reato laddove l'uso momentaneo della cosa non abbia leso in modo apprezzabile i suddetti interessi (nella specie la Corte ha confermato la configurabilità della fattispecie delittuosa relativamente all'uso di un'auto di servizio, atteso che era stato accertato l'uso apprezzabile per un periodo di tempo non trascurabile e la sottrazione della vettura alle esigenze dell'ente. Cass. Pen., 26 settembre 2012, n. 40108).

In tema di reati contro la pubblica amministrazione, riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio l'amministratore di una società per azioni a prevalente capitale pubblico, incaricata della gestione dei servizi pubblici municipali o provinciali in materia di rifiuti e di reflui fognari, in considerazione della connotazione prevalentemente pubblicistica dell'attività svolta (Fattispecie in cui è stato ritenuto il reato di peculato in capo ai legali rappresentanti di una società concessionaria del servizio di rifiuti, in relazione ai disposti pagamenti di fatture relative ad operazioni oggettivamente inesistenti in favore di società del medesimo

gruppo, subaffidatarie di servizi di fornitura e smaltimento. Corte Cost., sez. VI, 27 novembre 2019, n. 1826).

Il dipendente di Trenitalia che lavora allo sportello della biglietteria, il quale si appropri dei soldi ricevuti per l'acquisto dei titoli di viaggio, non è perseguibile per il reato di peculato, in quanto non è un incaricato di pubblico servizio. L'assenza della qualifica soggettiva pubblicistica determina la configurabilità in tale ipotesi del reato meno grave di appropriazione indebita, perseguibile a querela. (Fattispecie in cui la Suprema Corte, accogliendo il ricorso del bigliettaio ha ritenuto che le mansioni da esso rivestite, ovvero il

compimento di operazioni quasi interamente meccanizzate al pari di quelle self service svolte dagli utenti alle macchinette erogatrici dei biglietti, siano meramente esecutive e prive di qualsiasi discrezionalità e autonomia decisionale. Cass., pen., sez. VI, 11 luglio 2018, n. 45465).

In tema di peculato, il possesso qualificato della ragione dell'ufficio o del servizio non è solo quello che rientra nella competenza funzionale specifica del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, ma anche quello che si basa su un rapporto che consenta al soggetto di inserirsi di fatto nel maneggio o nella disponibilità della cosa o del denaro

altrui, rinvenendo nella pubblica funzione o nel servizio anche la sola occasione per un tale comportamento (Cass. Pen., 19 maggio 2016, n. 33254).

Ai fini della configurabilità del delitto di peculato, è sufficiente che il possesso o la disponibilità del denaro o della cosa mobile si siano verificati per ragioni di ufficio o di servizio, essendo irrilevante, a norma dell'art. 360 c.p., che l'appropriazione sia avvenuta in un momento in cui la qualifica di pubblico agente sia cessata, laddove la condotta appropriativa sia funzionalmente connessa all'ufficio o al servizio precedentemente esercitati (fattispecie in cui la Corte

ha confermato la condanna inflitta al sindaco di un comune il quale, dopo la cessazione del mandato, aveva omesso di restituire e continuato ad utilizzare due schede telefoniche, con addebito del relativo traffico a carico dell'Ente pubblico. Cass., pen., sez. VI, 11 settembre 2019).

In tema di peculato la nozione di possesso di denaro deve intendersi come comprensiva non solo della detenzione materiale, ma anche della disponibilità giuridica, con la conseguenza che l'appropriazione di esso può avvenire anche attraverso il compimento di un atto di carattere dispositivo (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile il delitto

di peculato nell'atto di ricognizione posto in essere dall'amministrazione di una società di gestione di un pubblico servizio di un falso debito pecuniario (Cass. Pen., 16 ottobre 2013, n. 45908).

Il concetto di appropriazione per distrazione è ancora idoneo ad integrare il peculato, atteso l'eliminazione della parola "distrazione" dal testo dell'art. 314 c.p. operata dalla legge n. 86/1990, non ha determinato puramente e semplicemente il transito di tutte le condotte distrattive poste in essere dall'agente pubblico nell'area di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio. Qualora, infatti, mediante la distrazione del denaro

o della cosa mobile altrui, tali risorse vengano sottratte da una destinazione pubblica ed indirizzate al soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi, viene comunque integrato il delitto di peculato. La condotta distrattiva, invece, può rilevare come abuso d'ufficio nei casi in cui la destinazione del bene, pur viziata per opera dell'agente, mantenga la propria natura pubblica e non vada a favorire interessi estranei alla P.A. (Cass., pen., 23 gennaio 2018, n. 19484).

Simulazione – Esercitazione in aula

Tizio, funzionario presso il Dipartimento di Lettere e Filosofia, ha in dotazione in ragione del suo ufficio, un telefono cellulare che utilizza per le chiamate di lavoro, ricorrendo, invece, al cellulare privato per le telefonate personali. Un giorno, verso le 11 del mattino, durante una pausa caffè al bar del Rettorato, Tizio riceve sul cellulare personale la chiamata di Mevio, un suo caro amico. La telefonata, tuttavia, si interrompe perché la batteria del cellulare di Tizio si esaurisce. Questi, dopo aver riaccessato il telefono e recuperato il numero di Mevio, non avendo batteria sufficiente decide di

richiamarlo con il cellulare d'ufficio. Mentre Tizio termina la chiamata si accorge di essere stato visto ed udito da Sempronio – un altro funzionario del suo ufficio –, con il quale il giorno prima aveva avuto un'accesa discussione. Il pomeriggio stesso, Tizio, allarmato dal fatto che Sempronio, anche in ragione dell'astio che lo animava, possa segnalare l'accaduto, si reca dal suo legale al fine di comprendere le conseguenze del suo comportamento.

Alla luce delle nozioni teoriche fornite, è configurabile nel caso di specie il reato di peculato ai sensi dell'art. 314, comma 1 o comma 2?

Nel caso di specie, Sempronio potrebbe essere qualificato come Whistleblower? La condotta tenuta da Tizio rientra, secondo voi, tra le ipotesi in cui occorre segnalare l'illecito commesso?

Art. 323 c.p. Abuso d'ufficio (versione ante 2020)

1. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni e del servizio, in violazione di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé od ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito...

2. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.

Cassazione penale sez. VI 25 gennaio 2013 n. 21192

- In tema di abuso d'ufficio, la prova dell'intenzionalità del dolo esige il raggiungimento della **certezza che la volontà dell'imputato sia stata orientata proprio a procurare il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto e tale certezza non può essere ricavata esclusivamente dal rilievo di un comportamento non iure osservato dall'agente, ma deve trovare conferma anche in altri elementi sintomatici, che evidenzino la effettiva ratio ispiratrice del comportamento, quali, ad esempio, la specifica competenza professionale dell'agente, l'apparato**

motivazionale su cui riposa il provvedimento ed il tenore dei rapporti personali tra l'agente e il soggetto o i soggetti che dal provvedimento stesso ricevono vantaggio patrimoniale o subiscono danno. (Nella specie, la Corte ha ritenuto che una condotta di omesso controllo in relazione ad una situazione di illegittimità, pur grave e diffusa, negli atti di un'amministrazione comunale non può equivalere a ritenere dimostrata la presenza del dolo dell'abuso di ufficio).

Cassazione penale, sez. VI, 22 ottobre 2012 n° 41215

L'art. 97 Cost. può costituire parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio nella parte **in cui esso esprime un carattere immediatamente precettivo**, in relazione all'imparzialità dell'azione del funzionario pubblico, che, nel suo nucleo essenziale, si traduce “nel divieto di favoritismi e, quindi nell'obbligo per l'amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura”.

Perciò nella fattispecie di cui all'art. 323 c.p., il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato **anche soltanto dall'inosservanza del principio costituzionale di**

imparzialità della P.A., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione. Ovviamente tale principio deve applicarsi anche al caso di vessazione, emarginazione e discriminazione motivata da ritorsione e finalizzata a procurare un ingiusto danno.

Abuso d'ufficio: un esempio pratico

Con la sentenza n. 32174/2020 la Corte di Cassazione ha escluso l'incidenza delle modifiche introdotte nell'art. 323 c.p. al caso di un sindaco che aveva omesso di astenersi dalla

seduta consiliare nella quale doveva essere discussa e decisa la mozione per la costituzione di parte civile del Comune nel processo a suo carico.

Il fatto

Il sindaco di un Comune sardo veniva condannato per il reato di abuso d'ufficio per avere, nella sua qualità, omesso di astenersi dalla seduta consiliare che doveva esaminare la mozione presentata dai consiglieri di minoranza, **diretta a sollecitare la costituzione di parte civile del Comune nel processo nei confronti dello stesso sindaco, per diversi reati in danno di dipendenti del Comune stesso**, nonché

per avere sospeso e sciolto la seduta stessa, cagionando in tal guisa ai medesimi consiglieri e al Comune l'ingiusto danno consistito nell'impedire la discussione e la pronuncia sulla anzidetta mozione.

La Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile per avere, la difesa, riproposto questioni già decise nel giudizio di merito con argomentazioni ritenute ineccepibili.

Ha colto l'occasione, tuttavia, per accennare alla modifica normativa dell'art. 323 c.p. introdotta dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 il quale ha modificato le parole "in violazione di norme di legge e di regolamento" con le parole "in violazione di

specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

La Corte ha evidenziato come tale modifica **fosse totalmente** **ininfluente per la decisione del caso in esame dal** **momento che la stessa investe solo uno dei due segmenti** **di condotta che sono considerati rilevanti ai fini** **dell'integrazione del delitto di abuso d'ufficio, vale a dire** **quella del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico** **servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del** **servizio, viola regole di condotta previste da fonti**

primarie e che abbiano un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa.

Poiché nel caso all'esame dei giudici di legittimità si verteva nell'ipotesi di abuso d'ufficio riferito alla specifica violazione dell'obbligo di astensione, la modifica normativa risultava totalmente ininfluyente permanendo la rilevanza penale della condotta in contestazione anche rispetto alla violazione **dell'art. 78 TUEL** (Gli amministratori di cui all'articolo 77 comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti

interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado... omissis) oltre che del precetto contenuto nella stessa norma penale.

Sotto il profilo soggettivo la Corte ha riconosciuto la sussistenza del dolo intenzionale proprio nella coincidenza tra l'evento in cui si è concretizzato il danno ingiusto, cioè l'aver impedito ai consiglieri di minoranza di esercitare i propri diritti politici di rango costituzionale, della discussione e votazione della mozione da essi proposta, e l'obiettivo diretto della condotta individuato nella finalità di non fare parlare la minoranza su una tematica “sgradita” al sindaco.

Il fondamento della modifica è da rinvenire, in primo luogo, nella necessità di far fronte alla possibile inerzia dei pubblici funzionari (**cd. attività amministrativa difensiva**) fermati dall'assumere decisioni di interesse pubblico per paura di incorrere in violazioni di legge; l'obiettivo, infatti, è stato quello di eliminare dal penalmente rilevante **l'eccesso di potere**, sulla scia già introdotta dalla legge n. 234 del 1997.

Per effetto di detta modifica normativa, **il delitto di abuso di ufficio attualmente è configurabile quando il soggetto agente abbia violato:**

specifiche regole di condotta (non regole di carattere generale);

regole dettate da norma di legge o atti aventi forza di legge (ad esclusione degli atti di normazione secondaria come i regolamenti);

regole che non lascino spazio alla discrezionalità del soggetto).

Discrezionalità-performance

Quindi, a seguito della modifica normativa, **la configurabilità del reato di abuso di ufficio si ha solo nel caso di**

violazione di specifiche regole di condotta dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero ai casi in cui la violazione abbia ad oggetto una determinata regola di condotta rispetto alla quale la legge abbia preordinato **l'an, il quomodo, il quid ed il quando dell'azione amministrativa**, nonché ai casi riguardanti **l'inosservanza di una regola di condotta attinente allo svolgimento di un potere che, in astratto è discrezionale ma concretamente diviene vincolato per le scelte effettuate dal pubblico funzionario prima dell'adozione dell'atto o del comportamento dal quale scaturisce il reato.**

I primi interventi giurisprudenziali confermano quanto appena detto e ci aiutano a delimitare i confini del penalmente punibile.

Un esempio pratico

Con la sentenza n. 32174/2020 la Corte di Cassazione ha escluso l'incidenza delle modifiche introdotte nell'art. 323 c.p. al caso di un sindaco **che aveva omesso di astenersi dalla seduta consiliare nella quale doveva essere discussa e decisa la mozione per la costituzione di parte civile del Comune nel processo a suo carico.**

Il fatto

Il sindaco di un Comune sardo veniva condannato per il reato di abuso d'ufficio per avere, nella sua qualità, omesso di astenersi dalla seduta consiliare che doveva esaminare la

mozione presentata dai consiglieri di minoranza, diretta a sollecitare la costituzione di parte civile del Comune nel processo nei confronti dello stesso sindaco, per diversi reati in danno di dipendenti del Comune stesso, nonché per avere sospeso e sciolto la seduta stessa, cagionando in tal guisa ai medesimi consiglieri e al Comune l'ingiusto danno consistito nell'impedire la discussione e la pronuncia sulla anzidetta mozione.

La difesa del primo cittadino impugnava in cassazione la sentenza di secondo grado deducendo vizio della motivazione e violazione di legge per avere erroneamente la Corte di appello, in violazione degli artt. 323 e 78 T.U.E.L., ritenuto gravare sul ricorrente l'obbligo di astensione, e per avere ritenuto integrato l'elemento soggettivo della fattispecie, in difetto del dolo intenzionale, richiesto per la configurabilità del reato in esame.

La sentenza

La Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile per avere, la difesa, riproposto questioni già decise nel giudizio di merito con argomentazioni ritenute ineccepibili.

Ha colto l'occasione, tuttavia, per accennare alla modifica normativa dell'art. 323 c.p. introdotta dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 il quale ha modificato le parole "in violazione di norme di legge e di regolamento" con le parole "in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

La Corte ha evidenziato come tale modifica fosse totalmente ininfluyente per la decisione del caso in esame dal momento che la stessa investe solo uno dei due segmenti di condotta che sono considerati rilevanti ai fini dell'integrazione del delitto di abuso d'ufficio, vale a dire quella del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del

servizio, viola regole di condotta previste da fonti primarie e che abbiano un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa.

Poiché nel caso all'esame dei giudici di legittimità si verteva nell'ipotesi di abuso d'ufficio riferito alla specifica **violazione dell'obbligo di astensione**, la modifica normativa risultava totalmente ininfluyente permanendo la rilevanza penale della condotta in contestazione anche rispetto alla violazione dell'art. 78 TUEL (Gli amministratori di cui all'articolo 77 comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado... omissis) oltre che del precetto contenuto nella stessa norma penale. Sotto il **profilo soggettivo** la Corte ha riconosciuto la sussistenza del dolo intenzionale proprio nella coincidenza

tra l'evento in cui si è concretizzato il danno ingiusto, cioè l'aver impedito ai consiglieri di minoranza di esercitare i propri diritti politici di rango costituzionale, della discussione e votazione della mozione da essi proposta, e l'obiettivo diretto della condotta individuato nella finalità di non fare parlare la minoranza su una tematica “sgradita” al sindaco.

Da ultimo

Cassazione penale sez. VI, 10/06/2022, n.28402

Abuso d'ufficio: non sono più penalmente rilevanti le condotte realizzate con violazione di norme generali non comportanti regole di comportamento specifico

In tema di abuso di ufficio, la modifica introdotta con l'art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con modificazioni, dalla l. 11

settembre 2020, n. 120, ha ristretto l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p., determinando l'"abolitio criminis" delle condotte, antecedenti all'entrata in vigore della riforma, realizzate mediante violazione di norme generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di comportamento specifiche ed espresse, o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, sicché deve escludersi che integri il reato la sola violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, comma 3, Cost.

Il caso

Con la sentenza impugnata, la Corte di appello di Napoli ha dichiarato estinto per sopravvenuta prescrizione il delitto di abuso di ufficio (artt. 110 e 323 c.p., capo A) ascritto in concorso a B.L., Sindaco pro tempore del Comune di Castellammare di Stabia e a D.V.F., all'epoca dei fatti investito dell'incarico di Coordinatore Tecnico della Cabina di

Regia per il coordinamento e la promozione dell'azione di governo della suddetta città, mentre ha ribadito l'affermazione di responsabilità di D.V. in ordine al delitto di peculato (capo C), rideterminando la pena inflittagli dal primo giudice nella misura di quattro anni e tre mesi di reclusione, ferme le statuizioni in favore del Comune di Castellammare di Stabia costituitosi parte civile.

In estrema sintesi, le condotte in addebito riguardano, con riferimento allo abuso di ufficio, l'attribuzione da parte di B. a D.V. del predetto ruolo in violazione di plurimi parametri normativi, primari e regolamentari, in tema di conferimento di incarichi esterni all'amministrazione comunale, procurandogli un indebito vantaggio patrimoniale quantificato in complessivi 168.153,96 Euro e quanto al peculato, l'appropriazione da parte di D.V. di somme di denaro complessivamente superiori a 50.000,00 Euro derivanti dal rimborso ottenuto dall'amministrazione

comunale di spese estranee all'espletamento dell'incarico (soggiorni alberghieri, ristorazione, acquisto carburanti, viaggi aerei).

In motivazione

Secondo le sentenze di merito, la condotta in addebito al capo A riguarda la nomina da parte dell'allora Sindaco di Castellammare di Stabia, B.L. del suo amico e mandatario elettorale D.V.F. ad un incarico sostanzialmente di facciata, quello di Coordinatore Tecnico della Cabina di Regia per il coordinamento e la promozione dell'azione di governo della suddetta città, entità organizzativa che in origine prevedeva la nomina di altri soggetti, ma che avrebbe visto come unico componente lo stesso D.V..

La nomina era stata preceduta, secondo l'impostazione accusatoria accolta dalle sentenze, da un iter connotato dalla violazione di diverse previsioni di carattere procedurale (sfruttamento di un percorso procedimentale avviato ad altri

fini, mancata valutazione comparativa di altre figure professionali, omessa verifica di risorse interne all'ente comunale), al solo fine di consentire a D.V. di giustificare la percezione del compenso a fronte di un'attività materiale concretizzata nella presenza sporadica nelle sedi comunali e nella registrazione, mediante un taccuino, delle discussioni prodromiche all'adozione di alcune decisioni da parte dell'amministrazione comunale.

Tutto ciò premesso, non si può non rilevare che, a prescindere dalle plurime contestazioni difensive (secondo motivo di ricorso B. e terzo motivo di ricorso D.V.) in ordine alla precisa enunciazione dei parametri normativi di riferimento ai fini della configurazione del delitto di abuso di ufficio, resta l'ineludibile dato di fatto che per procedere alla nomina del Coordinatore della cabina di regia il Sindaco esercitò la propria discrezionalità, per quanto all'esito di un percorso procedurale

artatamente preordinato, al fine di addivenire alla nomina del collaboratore esterno.

Espressamente investita dell'esame di tale profilo, la Corte di appello di Napoli ha negato la portata abrogatrice della novella del 2020, sostenendo che nella fattispecie è "pacificamente emersa la violazione di principi costituzionali e di natura legislativa nonché la sussistenza del vizio di eccesso di potere per violazione del dovere di astensione", restando "in ogni caso fermo il limite negativo dello sviamento di potere allorché siano perseguiti interessi difformi da quelli pubblici o in presenza dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi".

Ne deriva che nel caso di specie "persiste la violazione contestata alla luce del costante orientamento che individua nel principio costituzionale ex art. 97 Cost. una parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il

potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni o procurare ingiusti danni nonché alla luce della violazione delle disposizioni legislative di cui all'art. 78 TUEL e al D.Lgs. n. 165 del 2000, art. 7 contestate in imputazione" (pag. 40-41 motiv.).

Le predette argomentazioni non sono condivisibili, prestando il fianco a fondate e non superabili critiche.

In primo luogo ed in termini generali, il riferimento all'art. 97 Cost. quale parametro normativo di legalità della condotta del pubblico ufficiale non appare più significativo alla luce della novella del 2020.

Questa ha, infatti, determinato un restringimento dell'ambito di operatività dell'art. 323 c.p., comportando una parziale abolitio criminis in relazione ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, in quanto realizzati mediante violazione di norme regolamentari (come nella specie secondo la contestazione) o di

norme di legge generali ed astratte, da cui non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità nell'azione del pubblico ufficiale.

Il caso dell'art. 97 Cost., comma 3, è precisamente quello di una norma avente portata generale ed astratta, che persegue i fini del buon andamento e della imparzialità dell'operato della Pubblica Amministrazione e che deve oggi fare i conti con il rinnovato assetto normativo che ha deliberatamente inteso sottrarre al giudice penale ogni valutazione rifluente sulla discrezionalità dell'azione amministrativa.

La Corte territoriale ha evocato l'esistenza di un limite interno connaturato all'azione amministrativa e rappresentato dallo sviamento di potere, figura sintomatica elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina dell'eccesso di potere quale vizio dell'atto amministrativo, consistente nell'uso del potere discrezionale per un fine diverso da quello per cui esso è stato

conferito all'amministrazione e in particolare, alla luce dei parametri indicati dall'art. 323 c.p., al fine di compiere favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni o procurare ingiusti danni.

E' d'obbligo, tuttavia, obiettare che tale limite non trova riscontro nell'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. e che in ogni caso l'accertamento della sussistenza degli eventi indicati dalla previsione deve essere necessariamente preceduta dalla verifica della violazione dei parametri normativi di riferimento, tra cui per l'appunto non figurano più le norme regolamentari o le norme di legge generali ed astratte, da cui non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità nell'azione del pubblico ufficiale.

La tesi che qui si confuta si risolve in definitiva in un espediente argomentativo che, per quanto astrattamente condivisibile,

diventa funzionale alla vanificazione della portata parzialmente abrogatrice della novella di cui alla L. n. 120 del 2020.

In termini più specifici va, inoltre, rilevato che il capo d'imputazione sub A non contempla alcuna previsione di legge implicante a carico del Sindaco l'obbligo di astenersi nella situazione considerata della nomina a quel ruolo di collaboratore esterno dell'amministrazione comunale (su tale profilo, v. più diffusamente par. 3) di un soggetto, quale D.V., che aveva svolto l'incarico di suo mandatario elettorale.

Tra le numerose norme primarie e secondarie indicate, il capo d'imputazione prevede, infatti, la violazione del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 7, comma 6, il quale nulla stabilisce al riguardo, recitando che "Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di

particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità: a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione. Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo dei mestieri

artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, purché con oneri esterni non a carico del bilancio, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore. Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo del D.L. 12 luglio 2004, n. 168, art. 1, comma 9, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2004, n. 191, è soppresso. Si applicano le disposizioni previste dall'art. 36, comma 3, del presente decreto".

L'imputazione è stata successivamente integrata dal Pubblico Ministero nel corso del giudizio di primo grado (udienza del 1 aprile 2015) mediante inserimento del comma 6-ter dello stesso

articolo, che recita che "I regolamenti di cui al testo unico di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 110, comma 6, si adeguano ai principi di cui al comma 6".

La contestazione menziona, inoltre, la violazione dell'art. 78 TUIEL che al comma 1 recita che "il comportamento degli amministratori, nell'esercizio delle proprie funzioni, deve essere improntato all'imparzialità e al principio di buona amministrazione, nel pieno rispetto della distinzione tra le funzioni, competenze e responsabilità degli amministratori di cui all'art. 77, comma 2, e quelle proprie dei dirigenti delle rispettive amministrazioni".

Non v'e', invece, menzione di alcuna norma di legge primaria impositiva di un obbligo di astensione, tanto che la Corte di appello ha ritenuto di indicarlo come ulteriore limite negativo all'adozione di atti amministrativi conservanti margini di discrezionalità.

E' significativo per quanto qui d'interesse rilevare che, all'esito del giudizio di primo grado, la violazione dell'art. 323 c.p. era stata dal Tribunale collegata - unicamente a quella dell'obbligo di valutazione comparativa delle norme regolamentari applicabili (art. 23 del Reg. Com. n. 120 del 24 settembre 2008) in relazione all'art. 110 TUEL (pag. 19 e 25 sent. Tribunale Castellammare di Stabia del 17 febbraio 2017).

Dalla sentenza impugnata si ricava, invece, che alla violazione dell'obbligo di valutazione comparativa (pag. 37) si è aggiunta quella della mancata verifica dell'assenza di risorse interne all'amministrazione (pag. 36) - che trova, come visto, riscontro nel D.Lgs. n. 165 del 2011, art. 7, comma 6 - nonché la violazione dell'art. 97 Cost. con gli addentellati argomentativi di cui sopra (v. ancora pag. 36 e 40 sent. impugnata), da cui le proteste difensive di violazione degli artt. 521 e 522 c.p.p., che devono, tuttavia, ritenersi superate dal complesso delle presenti considerazioni.

Ciò conferma il rilievo che nell'impossibilità di ravvisare nella fattispecie considerata un immediato interesse proprio dell'allora Sindaco B. o di un suo prossimo congiunto, occorre una specifica previsione di legge ("negli altri casi prescritti") a determinare un eventuale suo obbligo di astensione.

E' corretto, infatti, sostenere che in tema di abuso di ufficio, la novella di cui al D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con mod. dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, lì dove ha ristretto l'ambito applicativo del reato, richiedendo l'inosservanza di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, non riguarda l'abuso che si realizza mediante la violazione dell'obbligo di astensione (Sez. 6, n. 7007 del 08/01/2021, Micheli, Rv. 28115), ma i presupposti di fatto o normativi che fondano l'obbligo sono quelli sopra indicati e non operano come limiti intrinseci al dispiegarsi dell'azione amministrativa.

Conclusivamente la condotta ascritta ai ricorrenti al capo A dell'imputazione non è più prevista dalla legge come reato per effetto della modifica dell'art. 323 c.p. ad opera della L. n. 120 del 2020, da cui la necessità di annullare senza rinvio la sentenza impugnata con riferimento alla dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione e le correlate statuizioni di natura civile adottate ai sensi dell'art. 578 c.p.p..

Esercitazione- Simulazione in Aula

Rinvio al caso Fontana (ordinanza di archiviazione Gip di Milano)

Nota di approfondimento

L'abuso di ufficio nella riforma del 2020

La Corte costituzionale con la sentenza nr.8 del 2022 ha cristallizzato nel sistema normativo penale italiano la fattispecie incriminatrice di abuso d'ufficio ex art.323 c.p. così come da ultimo novellata dall'art.23, co.1, del decreto legge 16 luglio 2020, nr.76, convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, nr.120.

La sentenza nr.8 del 2022 dei Giudici di Palazzo della Consulta ha, per il nostro sistema giuridico, un'importanza fondamentale sotto vari profili. Di questo, prima ancora dei giuristi di professione, se n'è resa conto la stampa specialistica che all'indomani del deposito della sentenza ha puntualmente illustrato gli aspetti salienti che dall'indicato pronunciamento sono derivati e deriveranno.

È nota l'evoluzione storico-legislativa del delitto contro la pubblica amministrazione – segnatamente dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – che il nostro Paese ha vissuto. Basti por mente alla circostanza che il legislatore del disegno originario del Codice penale del 1930 – cosiddetto Codice Rocco – descriveva l'abuso d'ufficio con semplicità formulare e in pari tempo estremamente comprensiva.

Veniva, in quella norma, infatti punito il pubblico ufficiale che abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni avesse commesso, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge.

Il proscenio legislativo mutò nel 1990, con la legge nr. 86 del 26 febbraio di quell'anno recante espressamente le modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. mediante l'estromissione dalla fattispecie di peculato della forma distrattiva e la contestuale abrogazione del reato di interesse privato in atti d'ufficio. Difatti la sussidiarietà e la blanda sanzione che connotava l'originaria fattispecie di abuso veniva nella pratica ristretta dalle due figure delittuose indicate connotate anch'esse da contorni labili, invero assai labili, consententi alla magistratura penale incursioni, a volte decisamente penetranti, sulle scelte della pubblica amministrazione.

È altresì noto, sempre sotto il versante della ricostruzione storico-evolutiva, che i risultati della novella del '90 non si rivelarono quelli sperati dal legislatore della medesima. La condotta restava incentrata nei suoi contorni di vaghezza sul concetto dell'abusare dell'ufficio, ciò senza che il requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno, oggetto del dolo specifico si rivelasse capace di delimitare con adeguatezza la tipizzazione della fattispecie e dei suoi confini.

A distanza di poco meno di sette anni il legislatore per le ragioni or ora illustrate riscrisse per una seconda volta, nell'età repubblicana, la norma incriminatrice; lo fece per il tramite della novella di cui all'art.1 della legge 16 luglio 1997, nr.234 recante espressamente la modifica dell'art.323 del Codice penale in materia di abuso d'ufficio.

Col decreto legge nr.76 del 16 luglio 2020 il legislatore, complice anche la situazione emergenziale epidemiologica in atto, è dunque intervenuto e nel mezzo dell'estate dell'indicato anno ha ristrutturato la fattispecie qui in parola.

Resta, nel nuovo abuso d'ufficio la clausola di riserva mirante ad eliminare l'operatività della stessa nel concorso apparente rispetto ai reati più gravi – salvo che il fatto non costituisca un più grave reato – a prescindere dal principio di specialità ex art.15 c.p.

Il pubblico agente – pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio – commette il delitto di abuso d'ufficio allorché nello svolgimento delle funzioni o del servizio in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente si procura o procura ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto.

Volgendo lo sguardo alla condotta essa deve essere compiuta nello svolgimento delle funzioni o del servizio non rilevando affatto il compimento di atti in occasione dell'ufficio né tampoco il mero abuso di qualità, intendendosi con tale ultimo sintagma l'agire al di fuori dell'esercizio funzionale o di servizio.

Il riferimento al vantaggio patrimoniale rende operativo il rilievo al complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale conseguenti all'atto anti-doveroso dell'agente ed escludendo drasticamente vantaggi di tipo morale o politico.

A fronte di tale univoco indirizzo interpretativo della Consulta i giudici dichiarano espressamente inammissibile la questione inerente ai contenuti sostanziali della modifica che nell'ottica del G.U.P. calabrese avrebbe eccessivamente depotenziato la tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione ex artt. 3 e 97 Cost.

La questione di legittimità sollevata dal G.U.P. di Catanzaro aveva in buona sostanza come mira una pronuncia sfavorevole – in danno – all'imputato nel processo penale a quo. Ciò, scrive a chiare lettere la Corte, fuori dei casi in cui ciò è consentito finanche alla Corte costituzionale.

La sentenza pregevole e chiarissima sul punto, rammenta altresì che la salvaguardia dei valori costituzionali non può e non deve esaudirsi nella tutela penale in quanto l'incriminazione costituisce l'estrema ratio cui il legislatore ricorre allorché, nell'ambito del suo apprezzamento discrezionale, lo ritenga necessario in virtù dell'assenza o dell'inadeguatezza di altri mezzi di tutela.

Nella sentenza nr.8 in rassegna la Corte costituzionale non trascurava di vagliare talune linee di tendenza legislative inerenti alla cosiddetta burocrazia difensiva ed allo stato di tranquillità dei pubblici amministratori.

Il sindacato della Corte sulle opzioni legislative della “burocrazia difensiva” e della “tranquillità dei pubblici amministratori”

I concetti da ultimo rammentati nelle righe precedenti trovano invero un preciso spazio funzionale nella pronuncia del massimo organo giurisdizionale del nostro Paese.

Innanzitutto, allorché i giudici della Consulta rammentano che la riduzione della sfera applicativa del reato di abuso d'ufficio non nasce soltanto dalla necessità di contrastare la burocrazia cosiddetta difensiva e i suoi guasti frutto della dilatazione operata nella giurisprudenza pratica dell'incriminazione in parola.

È proprio all'indicato fine che il giudice delle leggi ricostruisce storicamente la vicenda politico-parlamentare dell'abuso d'ufficio parallelamente alle applicazioni giurisprudenziali adoperando il concetto di burocrazia difensiva quale origine e scaturigine ultima degli interventi legislativi succedutisi in materia. Essa deriva e si sostanzia nella dilatazione dell'ambito applicativo del reato di abuso d'ufficio con l'effetto che i pubblici funzionari si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico ritenendo di preferire l'assunzione di altre scelte rilevantesi meno impegnative; non solo, più spesso la burocrazia difensiva si conforma nel restare inerti per il timore di esporsi a possibili conseguenze penali.

Cionondimeno la Consulta nella sentenza in commento ha rilevato che l'opzione di intervento legislativo è il frutto del contesto creatosi a seguito dell'emergenza pandemica che ha afflitto anche il nostro Paese il cui fine è un novellato slancio per l'economia nazionale duramente provata dalle chiusure prolungate per le attività produttive verificatesi durante il lockdown.

Proprio l'indugiare su tali due ultime opzioni – burocrazia difensiva e tranquillità dei pubblici agenti – consente alla Corte costituzionale di fine 2021 inizi 2022 di concludere che la censurata norma non si rivela affatto palesemente estranea all'orizzonte finalistico di cui il decreto legge è portatore. Va da sé che il riferimento dei giudici della Consulta alla burocrazia difensiva e alla tranquillità dei pubblici amministratori assolve in pieno anche sotto il versante sostanziale contenutistico la novella censurata dal giudice remittente ritenendo che anche queste forme di tutela legislativa costituiscano, in buona sostanza, una garanzia per il buon andamento della pubblica amministrazione.

La fattispecie criminosa dell'abuso d'ufficio, assolvendo una funzione di chiusura nel sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. si rivelerebbe essere il punto fondamentale inerente alla problematica tematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. Tematica invero alquanto problematica giacché percorsa da una tensione perenne tra istanze di legalità che vorrebbero un controllo totale sull'attività dei pubblici agenti nell'ambito della loro azione amministrativa con

conseguente freno alla mala gestione della cosa pubblica e l'esigenza funzionale ad evitare una pervasiva ingerenza del giudice penale sull'operato dei pubblici amministratori in quanto quest'ultima si rivelerebbe lesiva della sfera di autonomia che alle indicate pubbliche figure compete.

Art. 328 c.p.

Rifiuto in atti d'ufficio. Omissione

1. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, di ordine pubblico o di igiene e sanità deve essere compiuto senza ritardo è punito con la reclusione da 6 mesi a 2 anni.
2. Fuori dai casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che entro 30 giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse, non compie l'atto del

suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino ad euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di 30 giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.

- Condotta incriminata: rifiuto di atti qualificati (sono quelli motivati da ragioni di giustizia, sicurezza, ordine pubblico ecc.).

Il rifiuto deve essere espresso o tacito (configurabile pertanto solo in relazione a quegli atti il cui compimento potrà essere oggetto di richiesta da parte di un soggetto particolare)

oppure

- Omissione di atti qualificati
- Elemento soggettivo: dolo generico

Comma 2

- Soggetto attivo: Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio
- Condotta incriminata: solo omissione di atti non qualificati (tutti gli altri atti amministrativi) a condizione che:
 - vi sia una richiesta scritta;
 - siano decorsi 30 gg. dalla ricezione della stessa;

- il pubblico funzionario non abbia compiuto l'atto o non abbia esposto le ragioni del ritardo.

Secondo condivisibile giurisprudenza di merito (cfr. Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi – Ufficio GIP/GUP, 28 febbraio 2013, in dejure), in tema di omissione di atti d'ufficio, «il contegno inerte del pubblico ufficiale può acquistare rilevanza penale solo successivamente, e non contestualmente, al decorso del termine dei primi 30 gg. di cui alla legge n. 241/90: è infatti necessario un primo tipo di istanza alla quale è connesso l'avvio del procedimento ed una

seconda istanza di messa in mora con la quale si richiede, per iscritto, ma senza vincoli di particolare formalità, all'amministrazione di provvedere. Occorre inoltre, affinché l'istanza di messa in mora possa considerarsi efficace, che il procedimento amministrativo sia scaduto e che decorra inutilmente l'ulteriore termine di 30 gg. di cui al secondo comma dell'art. 328 (nel caso di specie, l'originaria istanza indirizzata all'imputato, peraltro del tutto inidonea a determinare un valido avvio del procedimento, in quanto priva dei requisiti essenziali, una volta decorso inutilmente il termine di 30 gg. di cui all'art. 2 comma 1 l. 241/1990 non

ha fatto seguito un'ulteriore istanza di messa in mora di cui all'art. 328 comma 2 c.p., non rendendo pertanto configurabile il reato contestato)».

Inoltre, quanto all'elemento soggettivo, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «è necessario che il pubblico ufficiale abbia consapevolezza del proprio contegno omissivo, dovendo egli rappresentarsi e volere la realizzazione di un evento “contra ius”, senza che il diniego di adempimento trovi alcuna plausibile giustificazione alla stregua delle norme che disciplinano il dovere di azione» (cfr. Cass., pen., 22 luglio

2015, n. 36674, più di recente Cass. pen., sez. VI, 13 luglio
2018, n. 43903).

Esercitazione – Simulazione in Aula

Tizio veniva tratto a giudizio per rispondere del reato di cui all'art. 328 c.p. in seguito all'esposto presentato dall'Avv. Caio il 7 gennaio 2021 ed inoltrato a diversi recapiti delle forze dell'ordine nonché all'Ente Gamma cui aveva presentato diverse richieste di accesso agli atti per la tutela degli interessi di suoi assistiti in un contenzioso amministrativo promosso proprio contro l'Ente gamma; nell'esposto, Tizio segnalava plurimi comportamenti assertivamente illeciti tenuti dall'Ente.

A Tizio – nella sua qualità di Dirigente dell'Ufficio Carriere dell'Ente Gamma, nonché responsabile dei procedimenti amministrativi ivi instauratisi – viene contestato di non aver compiuto, nel termine di 30 giorni – senza, altresì, comunicare le ragioni del relativo ritardo – atti del suo ufficio richiesti a seguito delle istanze di accesso agli atti concorsuali di Mevio.

In data 12 ottobre 2020, l'Ufficio riceveva una richiesta di accesso ai documenti amministrativi a firma di Mevio – quale diretto interessato – in cui chiedeva copia degli atti relativi

alla correzione del proprio test di ammissione ad un corso di studi.

Seguiva, in data 30 ottobre 2020, un sollecito a mezzo posta elettronica certificata a firma del padre di Mevio, in nome e per conto del figlio.

In data 26 novembre 2020, l'Ente veniva raggiunto da un atto di significazione e diffida e contestuale istanza di accesso agli atti a firma dell'Avv. Caio, quale difensore di Mevio.

In particolare, si chiedeva l'accesso e l'estrazione di copia dell'intera documentazione concorsuale.

Si precisa che Tizio evadeva solo in parte le richieste (e comunque con forte ritardo), ritenendo di non rilasciare tutto ciò che veniva richiesto, sia perché alcuni atti erano già pubblicati sul sito istituzionale dell'Ente, sia perché alcuni comportavano una valutazione discrezionale che non gli competeva; inoltre, alcuni chiarimenti li aveva resi all'istante anche informalmente a mezzo telefonico.

Ora, premesso che la norma prescrive che la richiesta di chi vi abbia interesse deve essere redatta in forma scritta ed il termine dei trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa, volendo sussumere la fattispecie concreta che ci

occupa in quella astratta delineata dalla norma, si dovrebbe immaginare che Mevio – o chi per esso – abbia avanzato una (ed una soltanto) richiesta di accesso agli atti, abbia consentito all'amministrazione di "valutarla", e l'amministrazione deliberatamente, in persona del responsabile, abbia deciso di non dare tempestivo riscontro alle stesse senza motivare le ragioni del ritardo.

È quanto accaduto nel caso di specie?

È noto che in tema di omissione di atti d'ufficio, il dovere di risposta del pubblico ufficiale presuppone che sia stato avviato un procedimento amministrativo, rimanendo al di

fuori della tutela penale quelle richieste che, per mero capriccio o irragionevole puntigliosità, sollecitano alla P.A. un'attività che la stessa ritenga ragionevolmente superflua e non doverosa. (cfr. Cass. pen., sez. VI, n. 79 del 4 gennaio 2012). Va da sé che la richiesta del privato, cui corrisponde un dovere di rispondere o di attivarsi da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, deve riflettere un interesse personale e diretto alla emanazione di un atto o di un provvedimento identificabile in una posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo o di interesse legittimo, con

esclusione di qualsiasi situazione che attenga ad interessi di mero fatto.

Invero, non ogni richiesta di atto che il privato sollecita all'ente ha idoneità ad attivare il meccanismo per l'operatività della previsione di cui all'art. 328, comma 2, ma solo quelle richieste che siano funzionali ad un effettivo e doveroso dinamismo della PA stessa.

Secondo condivisibile giurisprudenza di merito (cfr. Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi – Ufficio GIP/GUP, 28 febbraio 2013, in dejure), in tema di omissione di atti d'ufficio, «il contegno inerte del pubblico ufficiale può acquistare rilevanza

penale solo successivamente, e non contestualmente, al decorso del termine dei primi 30 gg. di cui alla legge n. 241/90: è infatti necessario un primo tipo di istanza alla quale è connesso l'avvio del procedimento ed una seconda istanza di messa in mora con la quale si richiede, per iscritto, ma senza vincoli di particolare formalità, all'amministrazione di provvedere. Occorre inoltre, affinché l'istanza di messa in mora possa considerarsi efficace, che il procedimento amministrativo sia scaduto e che decorra inutilmente l'ulteriore termine di 30 gg. di cui al secondo comma dell'art. 328 (nel caso di specie, l'originaria istanza indirizzata

all'imputato, peraltro del tutto inidonea a determinare un valido avvio del procedimento, in quanto priva dei requisiti essenziali, una volta decorso inutilmente il termine di 30 gg. di cui all'art. 2 comma 1 l. 241/1990 non ha fatto seguito un'ulteriore istanza di messa in mora di cui all'art. 328 comma 2 c.p., non rendendo pertanto configurabile il reato contestato)».

Inoltre, quanto all'elemento soggettivo, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «è necessario che il pubblico ufficiale abbia consapevolezza del proprio contegno omissivo, dovendo egli rappresentarsi e volere la realizzazione di un

evento “contra ius”, senza che il diniego di adempimento trovi alcuna plausibile giustificazione alla stregua delle norme che disciplinano il dovere di azione» (cfr. Cass., pen., 22 luglio 2015, n. 36674, più di recente Cass. pen., sez. VI, 13 luglio 2018, n. 43903).

Capo II

Dei delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione

Art. 353.

Turbata libertà degli incanti

Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti,

è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni (1) e con la multa da euro 103 a euro 1.032.

Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065.

Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.

(1) Le parole: "fino a due anni" sono state così sostituite dall'art. 9 della l. 13 agosto 2010 n. 13.

Art. 353-bis

Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (1)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito

con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032

**(1) Articolo aggiunto dall'art. 10 della l. 13 agosto 2010
n. 136**

Giurisprudenza su artt. 353 e 353-bis

- Cassazione penale sez. VI - 14/06/2018, n. 34948

Offrire ad un concorrente di formulare un'offerta di comodo in cambio dello stesso favore in un'altra gara integra tentata turbativa d'asta

- **Cassazione penale sez. VI - 29/05/2018, n. 40890**

Indebita influenza sull'andamento della gara: la nozione di preposto comprende **tutti quelli che svolgono funzioni nel percorso procedimentale**. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'indebita influenza sull'andamento della gara può essere esercitata dal preposto non solo in relazione ad un atto tipico, ma anche mediante una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto, sulla procedura).

- **Cassazione penale sez. VI - 09/11/2017, n. 57251**

Il preposto alla gara che fornisce suggerimenti al concorrente commette reato di turbata liberalità degli incanti

- Cassazione penale sez. VI - 24/05/2018, n. 38509

In tema di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), ai fini della verifica circa la sussistenza o meno del presupposto del reato, costituito dall'avvenuta instaurazione di una procedura di gara, che può essere anche informale o atipica, questa è da riconoscersi quando l'avviso di gara o il bando, o comunque l'atto equipollente, pongano i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte, mentre deve escludersi allorché, a prescindere dalla legittimità del meccanismo adottato, sia prevista solo una comparazione di

offerte che la p.a. è libera di valutare, in mancanza di precisi criteri di selezione. (Nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte ha escluso che potesse ravvisarsi una procedura di gara in un caso in cui si era solo in presenza di più missive inviate a diversi professionisti nelle quali si richiedeva esclusivamente un preventivo di parcella al fine del conferimento di un immediato incarico professionale, in assenza di qualsivoglia riferimento ai criteri che sarebbero stati seguiti ai fini della conclusione del contratto).

- **Cassazione penale sez. VI - 22/05/2018, n. 27987**

Il delitto di turbata libertà degli incanti, di cui all'art. 353 c.p., è integrato da ogni accordo clandestino diretto a influire sul normale svolgimento della gara e concretamente idoneo a sortire tale effetto, quand'anche intervenuto tra imprese che partecipino al medesimo consorzio.

- Cassazione penale sez. II - 04/05/2018, n. 34746

Il reato di turbata liberalità degli incanti può essere commesso anche nel tempo necessario ai controlli per la stipula del contratto

- Cassazione penale sez. VI - 05/04/2018, n. 29267

Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente si concretizza quando è posta in pericolo la correttezza della procedura di gara

Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-bis c.p., è un reato di pericolo, posto a tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione di poter contrarre con il miglior offerente, per il cui perfezionamento è necessario che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara, ma non anche che il contenuto di detto provvedimento venga effettivamente

modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente.

- Cassazione penale sez. VI - 05/04/2018, n. 29267

Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-bis c.p., è un reato di pericolo che sanziona quelle condotte, antecedenti alla formazione del bando di gara nei contratti con le pubbliche amministrazioni, volte a condizionare le modalità di scelta del contraente privato. Ne consegue che ai fini della configurazione del suddetto reato è sufficiente l'avvio del

procedimento amministrativo per la formazione del bando, mentre è irrilevante che esso sia poi effettivamente emesso.

- Cassazione penale sez. VI - 05/04/2018, n. 29267

Commette il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente chi spinga l'appaltante a invitare società amiche a presentare un'offerta

- Cassazione penale sez. VI - 28/03/2018, n. 30730

La fattispecie prevista dall'articolo 353 c.p. si applica in ogni situazione in cui vi sia una procedura di gara, anche informale e atipica, quale che sia il nomen iuris adottato ed

anche in assenza di formalità, mediante la quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente, a condizione, tuttavia, che l'avviso informale di gara o il bando, o comunque l'atto equipollente, previamente indichi i criteri di selezione e di presentazione delle offerte, ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto ed i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte. Il rapporto tra le fattispecie incriminatrici di cui all'articolo 353 e 353-bis c.p. non può essere ricostruito in senso cronologico intendendo la seconda fattispecie diretta a punire le condotte prodromiche alla indizione della gara e

la prima quelle susseguenti secondo una progressione criminosa che trova nell'effettiva pubblicazione del bando l'elemento di discriminazione.

- Cassazione penale sez. VI - 09/11/2017, n. 57251

Turbata liberalità degli incanti: può essere rilevante anche la condotta realizzata tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva

- Cassazione penale sez. VI - 09/11/2017, n. 57251

Il concorrente che presenta false attestazioni commette il reato di turbata liberalità degli incanti

- **Cassazione penale sez. VI - 11/11/2015, n. 8020**

Nel reato di turbata libertà degli incanti, il "mezzo fraudolento" consiste in una attività ingannatoria idonea ad alterare il regolare funzionamento e pregiudicare la libera partecipazione alla gara.

- **Cassazione penale sez. VI - 28/02/2017, n. 17586**

Tra il reato di corruzione e quello di turbata libertà degli incanti è configurabile concorso formale di reati

È configurabile il concorso formale tra il reato di corruzione e quello di turbata libertà degli incanti atteso che tali fattispecie criminose tutelano differenti beni giuridici: il primo protegge l'interesse dell'Amministrazione alla fedeltà e all'onestà dei funzionari e, dunque, i principi di corretto funzionamento, buon andamento e imparzialità nell'amministrazione della cosa pubblica; il secondo protegge la libertà di partecipazione alla gara e la regolarità formale e sostanziale del suo svolgimento. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi l'ordinanza custodiale, emessa per i reati corruzione e turbata libertà degli incanti, in relazione ad un accordo

illecito intercorso tra il pubblico ufficiale ed il legale rappresentante di una società avente ad oggetto la promessa del primo di favorire la seconda, anche attraverso la fraudolenta sostituzione della proposta tecnica presentata da quest'ultima con altra più adeguata agli standard di gara, nell'aggiudicazione di una gara di appalto in cambio del versamento di importi in denaro già corrisposti e dell'impegno di corrispondere ulteriori somme e utilità).

- **Cassazione penale sez. VI - 22/09/2016, n. 42965**

Per il reato di turbativa degli incanti non è necessario l'effettivo conseguimento del risultato

- **Cassazione penale sez. II - 23/06/2016, n. 43408**

Turbata libertà degli incanti, rileva anche uno sviamento del regolare svolgimento della gara

- **Cassazione penale sez. VI - 11/11/2015, n. 8021**

Configura il tentativo del reato di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) la presentazione, in occasione di una gara d'appalto, di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale da parte di imprese formalmente o sostanzialmente collegate tra loro, successivamente escluse

dalla competizione, in quanto l'esclusione impedisce che la condotta collusiva influenzi positivamente l'esito finale della gara e causi la verifica dell'evento tipico del reato.

- Cassazione penale sez. VI - 14/04/2015, n. 26840

Gara pubblica. Può esserci turbativa nella scelta del contraente anche prima della predisposizione dei bandi

Ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 353-bis c.p., le condotte dirette ad interferire illecitamente sulla determinazione del contenuto del bando di gara o dell'atto ad

esso equipollente, assumono rilevanza solo se l'organo o l'ente pubblico abbia iniziato il procedimento amministrativo che dimostri la volontà di contrarre senza che sia necessario il ricorso a modelli tipizzati.

Esercitazione – Simulazione in Aula

Turbata libertà degli incanti

Cassazione penale sez. VI, 27/01/2022, n.7264

Non sussiste il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente in caso di affidamento disposto in via diretta e senza gara

La configurabilità nella specie del delitto di cui all'art. 353-bis c.p. rubricato 'turbata libertà del procedimento di scelta del contraente' non è configurabile in caso di affidamento disposto in via diretta e senza gara; a differenza di quanto

previsto dall'art. 353 c.p., in cui l'evento naturalistico del reato è costituito in via alternativa dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, infatti, l'art. 353-bis c.p., fa riferimento esclusivamente al turbamento del procedimento amministrativo, che deve essere realizzato con una condotta finalizzata a inquinare il contenuto del bando - o di un altro atto a questo equipollente - e, quindi, a condizionare le modalità di scelta del contraente. La condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 353-bis c.p., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempa una qualsiasi

procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione.

Il caso

Nel capo 9), in particolare, si contesta al D.S. il delitto di cui agli artt. 110,353 bis c.p., perché, in qualità di legale rappresentante della D.S. S.r.l. unipersonale, d'intesa e in concorso con G.M.A., responsabile del servizio lavori pubblici del Comune di (OMISSIS), E.R., legale rappresentante della Edil Costruzioni di (OMISSIS), e B.M., sindaco del Comune di (OMISSIS), avrebbe turbato il procedimento di scelta del

contraente di cui alla deliberazione della giunta comunale n. 83 dell'8 ottobre (OMISSIS), avente ad oggetto l'approvazione del progetto definitivo/esecutivo dei lavori di adeguamento e di messa in sicurezza di impianti su aree di proprietà comunale, che ricomprendevano anche i lavori di sostituzione di una condotta idrica in (OMISSIS).

Il sindaco, in particolare, colludendo con il D.S., avrebbe attestato falsamente nel verbale di deliberazione predetto che i lavori affidati alla (OMISSIS), avrebbero dovuto avere inizio entro la data del (OMISSIS), circostanza contraria al vero, in quanto parte dei suddetti lavori (e, in particolare, la

sostituzione della condotta idrica di (OMISSIS)) sarebbe stata già eseguita dalla società del D.S. unipersonale nel mese di agosto (OMISSIS).

In motivazione

Recentemente questa Sezione della Corte di Cassazione, deputata tabellarmente a conoscere dei delitti in materia di pubblica amministrazione, all'esito di un complessivo esame degli orientamenti emersi in relazione a questo tema, ha, inoltre, affermato che "in caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art. 353-bis c.p.:

- a) è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris, prevede, nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale;
- b) non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale;
- c) non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara" (Sez. 6, n. 5536 del 28 ottobre 2021, dep. 2022, Zappini).

A differenza di quanto previsto dall'art. 353 c.p., in cui l'evento naturalistico del reato è costituito in via alternativa dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, infatti, l'art. 353-bis c.p. fa riferimento esclusivamente al turbamento del procedimento amministrativo, che deve essere realizzato con una condotta finalizzata a inquinare il contenuto del bando - o di un altro atto a questo equipollente - e, quindi, a condizionare le modalità di scelta del contraente. La norma incriminatrice richiede, dunque, sul piano della tipicità un'azione finalizzata ad inquinare il contenuto di un atto che detta i requisiti e le modalità di partecipazione alla

competizione, nonché ogni altra informazione necessaria a tale scopo.

La condotta perturbatrice deve quindi riguardare un procedimento amministrativo funzionale ad una "gara" e, dunque, del bando, ovvero di un atto che ponga le regole, le modalità di accesso, i criteri di selezione, che disciplini il modo con cui compiere una comparazione valutativa tra più soggetti o di un atto che assolva la stessa funzione del bando.

Ne discende che la condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 353-bis c.p., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento

amministrativo che contempri una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione.

Posto, pertanto, che nella specie, per quanto accertato nel corso del procedimento, **l'affidamento dell'esecuzione dell'appalto è avvenuto in assenza di ogni forma competitiva e concorsuale, secondo lo schema dell'affidamento sottosoglia comunitaria in conformità alla disciplina del D.L. n. 32 del 18 aprile 2019 (c.d. Sblocca cantieri), convertito dalla L. n. 55 del 14 giugno**

2019, il delitto di cui all'art. 353-bis c.p., non è
configurabile.

Traccia esame avvocato 2016

Tizio rappresentante della società Alfa avendo saputo che sarebbe stata da lì a poco bandita una gara d'appalto del servizio di somministrazione dei pasti nell'ospedale pubblico Beta, contatta con il suo amico di vecchia data, Mevio, preposto alla predisposizione del bando di gara, che acconsente a consegnargli interamente i documenti pre-gara. [L] [SEP] Grazie alle informazioni avute la società Alfa si aggiudica l'appalto. [L] [SEP] Successivamente però la Guardia di finanza sequestra presso l'abitazione di meglio alcuni appunti manoscritti concernenti la fase preparatoria della gara con i

quali Tizio aveva dato indicazioni per modificare le condizioni del bando in senso favorevole alla propria società Alfa (indicazioni poi rivelatesi recepite nella versione definitiva del detto bando di gara). Il candidato assunte le vesti di Tizio individui le fattispecie di reato configurabili a carico di entrambi i soggetti e gli istituti giuridici applicabili.

Possibile soluzione schematica (fonte Altalex.com)

La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.

La Legge del 13/08/2010 n° 136 (Piano straordinario contro le mafie. Misure di contrasto nel settore degli appalti) ha inserito, nell'alveo dei delitti contro la pubblica amministrazione, la fattispecie di cui all'art. 353 bis c.p. (Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente).

Il reato nasce con lo specifico compito di limitare i possibili vuoti di tutela lasciati dalla disposizione di cui all'art. 353 c.p. rubricato "Turbata libertà degli incanti" che limitava la

propria portata operativa solo ai fatti inerenti le gare d'appalto.

La fattispecie di cui all'art. 353 bis c.p., quindi disciplina la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, quando questa sia posta in essere in una fase “antecedente” l'eventuale gara o incanto.

La distinzione tra le due fattispecie è dunque la seguente:

- 1) la fattispecie di cui al 353 c.p. presuppone l'esistenza di una “gara” (quindi di un bando o atto equipollente);

2) la seconda disposizione, di cui all'art. 353 bis c.p., presuppone l'esistenza di un "procedimento amministrativo" diretto a stabilire il contenuto del bando o dell'atto equipollente. Con l'effetto che se si arriva alla gara, la condotta sarà rilevante ex art. 353 c.p.

La novella si è resa necessaria perché diversi orientamenti giurisprudenziali, prima della sua entrata in vigore, negavano la rilevanza delle condotte antecedenti, che non erano ricomprese nell'articolo 353, neanche in termini di mero tentativo, in assenza del presupposto della "gara". (Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 11005/09, 27719/13, 44896/14).

La ratio dell'art. 353-bis c.p. quindi, investe tutte le ipotesi in cui, salvo che il fatto costituisca un reato più grave, abbia autonoma rilevanza penale la condotta di chiunque, alternativamente, con violenza o minaccia, doni o promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti (sono i medesimi comportamenti sanzionati dall'art. 353 c.p.) turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, ovvero di altro atto equipollente, al fine di condizionarne le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.

In buona sostanza, attraverso lo schema normativo di cui all'art. 353-bis c.p. si è voluto colmare un vacuum, rendendo penalmente rilevanti anche quelle condotte o tentativi finalizzati a condizionare le gare di appalto, condotte o tentativi effettuati “a monte” della gara stessa.

L'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, finalizzata a condizionare le modalità di scelta del contraente (ad esempio, mediante la personalizzazione dei requisiti prescritti), determina, già di per sé sola, l'applicazione della sanzione disciplinata dal 353 bis c.p.

Come è stato osservato, la finalità della condotta dell'agente in questo contesto è quella di condizionare il contenuto del bando e, di conseguenza, il reato si perfeziona indipendentemente dalla realizzazione del fine: è sufficiente per la tipizzazione della condotta che la correttezza della procedura amministrativa, volta a predisporre il contenuto del bando, sia messa concretamente in pericolo. E in questo che si consuma, di fatto, il cosiddetto “turbamento”.

Ed in questo senso, la condotta di Tizio, sembra solo apparentemente attagliarsi alla norma in parola in quanto egli ha potuto beneficiare del bando nella sua fase precedente

alla pubblicazione, con la complicità di Mevio, ed ha anche potuto condizionarne il regolamento e l'iter formativo stesso dei suoi contenuti. Tanto si deduce dal sequestro dei documenti effettuato presso l'abitazione di Mevio inerenti spunti e suggerimenti allo stesso forniti da Tizio.

La condotta descritta però, in realtà è più precipuamente inquadrabile nell'alveo dell'art 353 c.p.

Ed infatti, l'art. 353 bis c.p. assume un'autonoma rilevanza penale, specialmente quando, di fatto, non si effettui alcuna "gara", o anche nel caso in cui il contenuto del bando risulti

concretizzato senza che le condotte di “turbamento” abbiano avuto efficacia alcuna.

La fattispecie di cui all’art. 353 c.p. invece, pur prevedendo una condotta tipica identica nelle modalità operative al 353 bis c.p., si applica alle ipotesi in cui venga impedita o turbata la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero alle ipotesi in cui vengano allontanati gli offerenti. (Cassazione penale, sez. VI, sentenza 25/06/2015 n° 26840).

Seguendo l’excursus argomentativo del Supremo collegio occorrerà allora richiamare il evidenziare il seguente principio

di diritto: i comportamenti che incidono sulla formazione del bando di gara che venga successivamente emesso, devono essere inquadrati nella fattispecie prevista dall'art. 353 c.p., a nulla rilevando che gli stessi sono stati posti in essere nel periodo precedente all'introduzione dell'art. 353 bis c.p., fattispecie che trova applicazione in relazione a tutti i comportamenti diretti alla manipolazione del bando di gara nei casi in cui questa non venga successivamente bandita, purché il procedimento amministrativo abbia avuto origine.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, possiamo concludere affermando che Tizio risponderà del reato previsto

dall'articolo 353, in concorso con Mevio (essendo evidente che Tizio ha istigato Mevio a commettere il reato e quindi ricorre l'ipotesi del concorso dell'extraneus nel reato commesso dall'intraneus).

Mevio risponderà oltre che del reato di cui all'articolo 353 aggravato ai sensi del comma 2, anche ai sensi dell'articolo 326 (**rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio**), eventualmente avvinti, i due reati, dal vincolo della continuazione.

Prevenzione della corruzione e ricadute sulla performance: alcune considerazioni

(da G. Dalia, *L'esperienza italiana nella lotta alla corruzione: prevenzione, sanzione penale, contrasto processuale e performance*, in *Iura and legal systems*).

“

L'Italia ha optato per un'apparente soluzione preventiva, favorendo piuttosto un chiaro ritorno a logiche vetero-inquisitorie da applicare attraverso il procedimento penale, destinato a ricoprire nuovamente un ruolo centrale nelle dinamiche politiche e sociali, con un ritorno al diritto penale

d'autore e alla realizzazione del diritto penale del nemico, ossia quella concettualizzazione teorica con cui si fa riferimento ad un binario parallelo e separato del diritto penale.

I due binari, sul piano dei diritti, esibiscono due livelli di garanzia diversa, perché si rivolgono a due categorie differenti di soggetti: il primo vige per il cittadino ordinario; il secondo, invece, è uno strumento da poter utilizzare contro chi, di volta in volta, viene identificato come nemico all'interno di una data società.

Ed è infatti evidente che, almeno in Italia, il regime processuale del “doppio binario”, prima destinato solo ai reati di criminalità organizzata e terrorismo (quelli, cioè, per antonomasia a forte caratterizzazione di pericolosità sociale), è indubbiamente applicabile anche ai processi per la repressione di reati contro la P.A. o, più in generale, ai fenomeni corruttivi, quasi a voler attribuire, a questi, l’etichetta di “reati di maggior allarme sociale”.

La corruzione è un fenomeno culturale e, nonostante si possa dimostrare che ciò dovrebbe suggerire (se non imporre) l’adozione di provvedimenti che lentamente semplifichino la

pubblica amministrazione, tuttavia assistiamo ad un processo di inesorabile ipertrofia legislativa, cui si aggiunge un'enorme produzione regolamentare.

Quali le ricadute sulla performance della P.A.?

Le risposte possono trovarsi in una nota indagine, secondo cui una parte consistente del diritto penale amministrativo mira a contrastare il rischio che il funzionario assuma, colposamente o dolosamente, decisioni o condotte orientate alla soddisfazione di un interesse proprio o altrui, in luogo dell'interesse collettivo al cui perseguimento quelle decisioni o condotte dovrebbero indirizzarsi.

Molto più trascurata è invece una diversa preoccupazione, relativa al rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali e, in particolare, perdite a proprio carico, connesse proprio a quel collaudato sistema di controlli e sanzioni di cui s'è detto.

Essa si è guadagnata una definizione: l'amministrazione difensiva, definizione mutuata dal fenomeno della medicina difensiva, secondo cui, anticipando un rischio di

responsabilità medico- legali, il medico modifica le scelte di cure da prestare (in eccesso o in diminuzione) rispetto a quanto farebbe in assenza di tale rischio.

Analogamente, l'amministrazione difensiva indica appunto una distorsione delle scelte dell'amministratore indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti all'analisi del funzionamento dell'azione dell'amministrazione pubblica italiana.

Si registra in proposito una sempre più diffusa sensibilità da parte degli operatori.

Esistono evidenze sull'amministrazione difensiva anche in altri paesi.

Nel caso italiano, tuttavia, al di là delle percezioni, esistono evidenze empiriche tali da far ritenere che il fenomeno dell'amministrazione difensiva sia effettivamente rilevante dal punto di vista economico e sociale?

La prima evidenza si riferisce all'esistenza effettiva di un rischio percepito, che costituisce il presupposto stesso dello sviluppo di atteggiamenti di amministrazione difensiva. Ai fini dell'amministrazione difensiva, infatti, non è tanto rilevante il dato oggettivo del rischio di subire perdite o incorrere in

responsabilità nell'assumere decisioni difficili, ad esempio a fronte della complessità del quadro normativo, quanto il dato soggettivo del rischio percepito da chi quelle decisioni è chiamato ad adottare. Tale percezione può essere elevata a prescindere dalla correttezza dell'operato degli organi di controllo.

Ebbene, una diretta evidenza della sussistenza di un rischio percepito è la presenza di un florido mercato assicurativo per i rischi legati a giudizi per responsabilità erariale. Ma, una serie di elementi sia relativi al contesto giuridico sia all'effettiva diffusione di queste polizze porta a dubitare che lo

strumento assicurativo così come presente oggi sul mercato possa risolvere il problema.

La seconda evidenza attiene invece all'esistenza di una correlazione fra la percezione del rischio, da un lato, e la tendenza ad assumere atteggiamenti difensivi da parte degli operatori: correlazione spesso presunta dal legislatore, ad esempio quando ha limitato la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti ai soli fatti ed omissioni posti in essere con dolo o colpa grave.

Nel settore degli appalti di lavori pubblici, gli esempi, sia di cronaca che di studio, sugli effetti dell'amministrazione difensiva abbondano.

La principale causa dell'approccio difensivo della burocrazia risiede nella incertezza e imprevedibilità delle conseguenze del comportamento dei funzionari amministrativi: il rischio patrimoniale rappresentato dalla responsabilità amministrativa risulta essere rilevante nell'indurre comportamenti difensivi quando esso si combina con l'incertezza normativa.

Una prima ragione di incertezza riguarda lo stesso confine fra lecito e illecito, fra rispetto e violazione della regola, fra interpretazione consentita e preclusa, fra colpevole violazione di regola applicabile e inosservanza utile o doverosa di regola inapplicabile.

Più incerto il confine, maggiore lo spazio e l'incentivo per reazione difensive: si rimanda la decisione in attesa che il problema venga risolto altrimenti, si chiedono pareri, si assumono decisioni rispettose anche delle regole ritenute inapplicabili, perché un domani qualcuno potrebbe invece

decidere di applicarle, benché ciò costituisca una decisione meno ragionevole ed efficace.

Sarebbe illusorio contrastare questo effetto eliminando la discrezionalità amministrativa, introducendo automatismi ispirati alla meccanica applicazione di regole che pongano il funzionario al riparo dalle responsabilità: la discrezionalità è l'essenza stessa dell'amministrazione, la ragione per cui essa rimane necessaria, almeno fino all'avvento di raffinatissime intelligenze artificiali, che comunque chiamerebbero in causa la responsabilità di chi le progettasse.

La strada è dunque quella di ridurre il disordine normativo, con operazioni accurate di riordino, codificazione e semplificazione normativa.

Occorre, inoltre, ripensare attentamente agli effetti di fattispecie di illecito connotate da notevole indeterminatezza e insieme da sanzioni particolarmente afflittive, quantomeno sul piano reputazionale, come l'abuso di ufficio.

Deve però osservarsi che il fenomeno dell'amministrazione difensiva è anche il frutto di un difetto di responsabilità e sanzioni ricollegabile all'inefficiente e inefficace esercizio della funzione amministrativa: non è meno illegittima delle

condotte illegittime punite con le sanzioni che essa mira ad evitare. Si tratta, però, di una forma di illegittimità meno visibile, più subdola e, per questo, forse più pericolosa: non consiste di atti, decisioni o anche omissioni riferibili a specifici obblighi di agire, ma si avvale invece di più indefinite tecniche dilatorie, di scelte apparenti, di ritardi consentiti dall'ordinamento, di atti formali che celano inerzie sostanziali, etc.

Tutto questo rimane sottotraccia, non emerge, comunque non viene registrato dai «radar» del più tradizionale diritto amministrativo della legalità.

L'amministrazione difensiva emerge in superficie solo alla fine, quando si tratta di tirare le somme, valutando i risultati conseguiti dall'azione complessiva dell'amministrazione.

Secondo la teoria economica, l'inefficienza in tema di contratti pubblici, nel nostro Paese, dipenderebbe più da incompetenze dell'amministrazione pubblica che dal fattore corruzione, sebbene le possibili cause del risultato inefficiente dei contratti pubblici siano da individuarsi in una pluralità di fattori, anche fra loro alternativi.

Una possibile soluzione alle richiamate problematiche potrebbe darsi valorizzando l'approccio economico, puntando

sugli incentivi, così come sull'equità della condanna da parte della giustizia contabile, un po' come avvenuto, appunto, nell'ambito di responsabilità da attività amministrativa dei medici.

Conclusioni.

Sembra di poter affermare, senza timore di smentita, che la performance negativa della P.A. non sia dovuta a fenomeni corruttivi – tra l'altro contrastati da un aumento degli strumenti di repressione e sanzione o, comunque, non solo da questi –, bensì da una generalizzata impreparazione dei

funzionari nel fronteggiare leggi poco chiare, contraddittorie ed intricate.

”

**Ciò al fine di limitare proprio la percezione della
corruzione**

Grazie

gadalia@unisa.it