

**Audizione resa il 19 ottobre 2018 innanzi alle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia della Camera dei Deputati nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge C. 1189 presentato dal Ministro della Giustizia Bonafede, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"**

*di Raffaele Guido Rodio – Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi "Aldo Moro" di Bari*

Ringrazio dell'onore che mi è stato concesso con l'invito a questa audizione davanti alle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia della Camera dei Deputati.

Lo spazio di tempo assai ridotto concesso ai relatori odierni mi impedisce di soffermarmi compiutamente su tutti i punti di riflessione che le Commissioni hanno ritenuto di sottoporre agli esperti convocati per l'audizione e quindi di formulare una relazione ampia e dettagliata sugli stessi.

Mi limiterò, pertanto, ad alcune considerazioni di carattere generale, approfondendo solo taluni degli aspetti del ddl in discussione, con particolare riferimento, in special modo, a quelli relativi alla lotta alla corruzione.

1.- Sotto un primo profilo generale, se l'iniziativa legislativa racchiusa nel ddl Bonafede appare certamente lodevole in relazione agli scopi perseguiti, essa appare per taluni aspetti censurabile nella misura in cui accentua fortemente gli aspetti della repressione del fenomeno corruttivo (attraverso un notevole aumento delle pene comminate e delle fattispecie di reato) a discapito della valorizzazione dei possibili elementi di prevenzione del medesimo fenomeno.

Un buon punto di partenza per evidenziare i profili critici del ddl in questione è costituito dalla nota formula di Klitgaard per il calcolo del tasso di corruzione in un dato sistema sociale (formula che ho rielaborato in modo da renderla applicabile alle analisi giuridiche di un sistema):

$$C = M + D - I - R$$

in base alla quale, in sostanza, in un determinato sistema il tasso di corruzione (C) è dato dalla sommatoria di 4 elementi riconducibili rispettivamente a:

- (M) la rilevanza, più o meno ampia, del regime di monopolio nel quale un soggetto agisce;
- (D) il margine di discrezionalità che il soggetto in regime di monopolio vede assegnato alla sua azione;

- (I) il livello di informazione pubblica che il soggetto agente fornisce in ordine alla sua attività;
- (R) il livello di responsabilità al quale il soggetto agente può essere chiamato sotto il profilo penale, civile, contabile (sotto taluni profili accostabile alla c.d. accountability).

Applicando tale formula al sistema italiano appare evidente come i fattori M e D siano particolarmente rilevanti, atteso che, anzitutto, nel nostro sistema la pubblica amministrazione si presenta come un soggetto che agisce sostanzialmente in regime di monopolio nell'intero sistema, dato che l'avvio di una qualunque attività da parte di un qualsivoglia titolare deve necessariamente passare attraverso l'istruttoria e l'assenso di una Pubblica Amministrazione. Ciò costituisce, al momento attuale, il risultato di quel processo che Giuseppe Guarino aveva efficacemente descritto negli anni '80 dello scorso secolo come processo di "amministrativizzazione" del sistema italiano, caratterizzato da una crescita esponenziale non solo delle strutture dello Stato-apparato (finalizzata ad una più compiuta gestione dei servizi legati alla attuazione dei diritti sociali), ma dello stesso diritto utilizzato da tali strutture (appunto: il diritto amministrativo), sempre più lontano dal diritto comune e modellato sulle esigenze e necessità della pubblica amministrazione più che su quelle dei cittadini od operatori economici che entrano in contatto con quest'ultima.

A ciò si aggiunga, inoltre, il parallelo fenomeno di progressivo incremento del tasso di discrezionalità che caratterizza l'attività della Pubblica Amministrazione, dovuto al descritto eccesso di normazione, articolata peraltro su più livelli (europeo, statale, regionale, locale e con un forte impatto della co-produzione normativa da parte della giurisprudenza), spesso in contraddizione ed in continua evoluzione e modificazione. Non è necessario richiamare il pensiero espresso da Tacito negli *Annales* ("*Corruptissima re publica plurimae leges*") per evidenziare lo stretto nesso rinvenibile, in un dato sistema, tra una eccessiva proliferazione di norme e l'allargamento delle maglie delle sfere di discrezionalità nelle quali la Pubblica Amministrazione è chiamata ad operare. Invero, la complessità e nebulosità attuale della normazione – peraltro redatta con tecniche legislative che lasciano molto spesso a desiderare – ha raggiunto livelli così elevati da lasciare tali e tante possibilità interpretative agli operatori amministrativi, che sono sostanzialmente lasciati liberi di optare tra una pluralità di soluzioni interpretative (spesso tutte egualmente plausibili, anche se contraddittorie tra loro) che finiscono con il rendere non più individuabile il limite estremo della discrezionalità, che rischia di sconfinare nel vero e proprio arbitrio.

In buona sostanza, è l'intera attuale strutturazione dell'ordinamento amministrativo italiano a fungere da fattore determinante per l'incremento dei fenomeni corruttivi.

2.- Orbene, in relazione ad una siffatta situazione, il ddl in esame tende ad incidere quasi del tutto solo sul fattore della responsabilità (R), mediante l'inasprimento delle pene irrogate per i fenomeni corruttivi e l'ampliamento delle fattispecie criminose. E ciò nonostante lo stesso ddl rilevi che "il disegno di legge muove dalla consapevolezza che il potenziamento degli strumenti di contrasto del malaffare dilagante non può esaurirsi nell'inasprimento sanzionatorio, destinato a rimanere privo di effettività se non accompagnato da efficaci strumenti di prevenzione e accertamento dei reati".

Senonché, in un sistema nel quale la giustizia penale e contabile sono ben lungi dal raggiungimento di obiettivi ottimali (basterebbero in proposito le citazioni delle statistiche sui procedimenti penali e contabili che si concludono per prescrizione), appare evidente che l'effetto della riforma potrebbe tradursi in un bassissimo impatto sul risultato finale della formula di Klitgaard. E di ciò sembra consapevole lo stesso Proponente del ddl nel momento in cui rileva che “il sensibile e progressivo aggravamento delle pene previste per i delitti contro la pubblica amministrazione a partire dalla riforma adottata nel 1990 (con legge 26 aprile 1990, n. 867) e, più marcatamente, dal 2012 (con le leggi 6 novembre 2012, n. 190, e 27 maggio 2015, n. 69) – pur avendo sortito l'effetto di prolungare i termini di prescrizione dei reati – non manifesta una significativa correlazione con il numero dei reati accertati e delle condanne definitive, come risulta dalle statistiche del Ministero della giustizia”. Il che porta a concludere che “se poi si esaminano i dati del casellario giudiziale relativi al numero di sentenze definitive di condanna e di applicazione della pena per il reato di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, emerge nitidamente l'esiguità dei reati accertati in giudizio e la sostanziale indifferenza del loro numero rispetto ai mutamenti edittali”.

Forse più auspicabile sarebbe, invece, intervenire sul fattore (D) della discrezionalità lasciata oggi all'agire della Pubblica Amministrazione, attuando riforme che tendano a ridurre la portata, ampliando il novero dell'attività vincolata rispetto a quello dell'attività discrezionale.

Il risultato potrebbe essere raggiunto attraverso idonea attività normativa di semplificazione delle procedure, che impedirebbe a monte qualsiasi facoltà di scelta dei pubblici funzionari agenti che eviterebbe l'innescarsi di tentativi di condizionarne le scelte, appunto, mediante strumenti corruttivi.

Diversamente, invece, nel ddl si ritiene che “più utile, sul piano della prevenzione e della repressione, appare il potenziamento degli strumenti di indagine e di accertamento dei reati (...), a proposito delle operazioni sotto copertura e della speciale causa di non punibilità per la collaborazione (...) e una più severa disciplina delle sanzioni accessorie, che valga a renderne i contenuti di interdizione e divieto effettivi e dissuasivi”. Ma una tale scelta non appare condivisibile per le ragioni sopra illustrate.

**3.-** Passando da un livello generale ad alcuni più particolari, poi, appare opportuno evidenziare taluni aspetti critici del ddl.

a) Il primo riguarda la tecnica legislativa utilizzata. Da lungo tempo, infatti, la dottrina costituzionalistica – anche sulla scorta di numerose sentenze della Consulta – ha sollecitato l'attenzione sulla necessità che i provvedimenti normativi abbiano un “contenuto omogeneo”, ovvero sia che contengano disposizioni relative tutte ad uno specifico istituto o, al massimo, a plurimi istituti, purché correlati tra loro in senso di sostanziale omogeneità.

Lo scopo di una siffatta modalità di redazione dei testi normativi è evidente: rispettare il principio della certezza del diritto, troppo spesso indebolito, negli ultimi anni, da atti legislativi di contenuto eterogeneo (si pensi, da ultimo, al c.d. D.L. “Genova”, attualmente all'esame del Parlamento, che contiene al suo interno norme relative al crollo del ponte Morandi di Genova e

norme sulla definizione delle pratiche di condono edilizio nell'Isola di Ischia) e peraltro caratterizzati da una continua e frenetica attività finalizzata alla loro modificazione, spesso a brevissima distanza di tempo dalla loro emanazione.

Tale continuo modificarsi dell'ordinamento giuridico genera una forte incertezza interpretativa, non solo da parte dei cittadini (e del loro affidamento su una tendenziale stabilità dell'ordinamento), ma anche da parte dei giudici e, ancor più, degli operatori della pubblica amministrazione, per i quali ultimi le incertezze di lettura e di interpretazione della normativa vigente finiscono con l'ampliare a dismisura quei margini di discrezionalità che, al contrario, andrebbero limitati proprio per prevenire i fenomeni corruttivi, come si è avuto modo di evidenziare in precedenza.

Ad esemplificazione di tale inefficiente tecnica legislativa negli ultimi tempi basterebbe citare il Codice dei contratti (modificato e rettificato in centinaia di disposizioni appena alcuni mesi dopo la sua emanazione), la Legge Pinto sul risarcimento da durata irragionevole di un procedimento giurisdizionale (modificata praticamente ogni anno sin dalla sua emanazione), o la Legge n. 47 del 1985 sul condono edilizio (che è stata modificata con ben sei leggi e circa diciotto decreti legge). Per non parlare delle leggi finanziarie e dei c.d. "milleproroghe", nei quali anche l'operatore giuridico più attento ha notevoli difficoltà ad individuare anche solo gli oggetti delle singole disposizioni.

Anche il ddl in esame non si sottrae a critiche relativamente alla "omogeneità" del suo oggetto, atteso che nello stesso si affrontano argomenti del tutto eterogenei tra di loro (norme sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi e norme sul finanziamento dei partiti e delle fondazioni politiche) che meglio sarebbe stato disciplinare con due atti normativi separati ed indipendenti.

b) Un secondo profilo critico riguarda – sempre nella parte relativa alle disposizioni sul fenomeno corruttivo – un ulteriore aspetto tipico della legislazione penalistica degli ultimi tempi, specie nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione. Si allude alla circostanza che sempre più spesso in tale materia si prevedono pene "principali" (di solito di tipo detentivo) e pene "accessorie" (di solito di tipo amministrativo, come il licenziamento del dipendente che abbia falsamente attestato la propria presenza in servizio, o l'incapacità di contrattare con la p.a. dell'imprenditore condannato in processi di corruzione). Tale aspetto non è nuovo nel nostro sistema, ma negli ultimi tempi sta assumendo una connotazione particolarmente negativa, dato che sempre più spesso in presenza di norme che, da un lato, prevedono la possibilità per il giudice di una attenta graduazione della pena principale in relazione alla gravità del reato commesso; ma, dall'altro, prevedono una applicazione automatica ed "integrale" della sanzione accessoria, senza possibilità di graduazione della stessa.

Un esempio eclatante in tal senso è costituito dal D.Lgs. n. 165 del 2001 in materia di assenze ingiustificate dei dipendenti pubblici. Tale atto prevede, infatti, che al dipendente che abbia falsamente attestato la propria presenza in servizio (i c.d. "furbetti del cartellino") debba essere applicata una pena principale di tipo detentivo che il giudice può graduare in relazione alla gravità del fatto commesso, ma anche una sanzione accessoria (questa volta fissa e non graduabile) che

comporta il suo immediato licenziamento. In tal modo due dipendenti che abbiano attestato falsamente la presenza, l'uno per una sola volta, l'altro in decine di occasioni, subiranno una diversa pena principale (giustamente graduata sulla base del principio di proporzionalità), ma una identica pena accessoria, questa volta però applicata in modo automatico ed indipendente dalla gravità del reato, con evidente violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. Cost. e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità (nonché della costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, che vietano l'applicazione di sanzioni automatiche e prive di correlazione con il fatto commesso e con la sua gravità).

Anche il ddl in esame si muove sulla stessa scia, prevedendo in materia di corruzione pene principali di tipo detentivo e pene accessorie come quella del divieto di contrattare con le pubbliche amministrazioni. Correttamente, però, in tal caso, diversamente da quanto avvenuto nel D.Lgs. n. 165 del 2001, le sanzioni accessorie hanno una possibilità di essere anch'esse graduate dal giudice in relazione alla gravità del fatto, pur se in modo non molto flessibile.

Ciò, se da un lato sembra porre il ddl in esame al riparo da critiche in relazione alla violazione delle norme e dei principi costituzionali appena ricordati, dall'altro non lo esenta del tutto da un possibile rilievo di incostituzionalità in relazione agli artt. 2, 4 e 27, comma 3, della Costituzione.

Appare, invero, di dubbia legittimità costituzionale la previsione, contenuta nel ddl, della possibilità che l'imprenditore che si sia reso responsabile di atti corruttivi possa essere privato per un lungo periodo di tempo o addirittura a vita della possibilità di contrattare (e quindi di operare economicamente) con la Pubblica Amministrazione.

Da tale punto di vista potrebbe profilarsi un possibile contrasto con il terzo comma dell'art. 27 della Costituzione che prevede che "le pene ... devono tendere alla rieducazione del condannato"; finalità che nella specie potrebbe risultare frustrata *in toto* per l'imprenditore al quale sia impedito *pro futuro* di proseguire la sua attività economica ed imprenditoriale, specie ove la stessa si sia sempre organizzata e concretata nella esecuzione di appalti pubblici. E ciò anche in considerazione della circostanza che il lavoro di cui all'art. 4 Cost. costituisce uno degli elementi essenziali per il pieno sviluppo della personalità umana (il cui rispetto è incondizionatamente imposto dall'art. 2 Cost.) e per il reinserimento del reo nella vita sociale ed economica.