

## **Pantouflage. Quadro esegetico e prospettive evolutive\*\***

di M. Campo e A. Panzera\*

5 gennaio 2023

*"Something is rotten in the State of Denmark"*

*William Shakespeare, Hamlet, Act 1, Scene 4*

Sommario: Premessa. – SEZIONE I. Il pantouflage nel contesto internazionale. – 1. I principi della convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione. – 2. Pantouflage. I soggetti coinvolti: il pubblico ufficiale. – 3. Pantouflage in alcuni Stati europei. – 4. Pantouflage e public procurement. – SEZIONE II. Il pantouflage nel contesto nazionale. – 1. La normativa italiana di attuazione del divieto di pantouflage – 2. Analisi della fattispecie: ratio, ambito di applicazione soggettivo e presupposti oggettivi. – 2.1 Ratio e finalità perseguite dal Legislatore. – 2.2. Ambito di applicazione soggettivo. – 2.3. Presupposti oggettivi. – 3. L'apparato sanzionatorio. – 3.1. La titolarità del potere sanzionatorio. – 3.2. La natura giuridica delle sanzioni. – 3.3. Gli effetti della nullità del contratto e l'obbligo di restituzione dei compensi. – Conclusioni.

### **Premessa**

Il presente studio offre agli studiosi di diritto amministrativo e a tutti coloro che si interessano della prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni una riflessione sugli aspetti giuridici che investono il divieto di *pantouflage*, anche detto *revolving doors* o semplicemente *post-employment*.

---

\*\* Il contenuto del presente articolo esprime le opinioni personali degli autori e le posizioni in esso espresse sono da riferirsi ai suddetti, senza riflettere in alcun modo le posizioni della pubblica amministrazione di appartenenza. L'articolo è, pertanto, contraddistinto dalla presenza esclusiva di contenuti tecnici e dalla totale assenza di argomenti o di valutazioni di ordine politico. La sezione I è stata curata da M. Campo, la sezione II da A. Panzera.

\*\* Dirigenti pubblici.

Tale istituto, adottato in Italia a partire dal 2012, mira a garantire il rispetto dell'integrità nell'esercizio della funzione pubblica, prevenendo i pubblici ufficiali dal ricevere impropriamente benefici personali dopo aver lasciato la posizione governativa o amministrativa precedentemente rivestita. Per realizzare ciò, diviene centrale il contrasto al conflitto di interessi che, se non accuratamente disciplinato, può generare una lesione all'imparzialità della pubblica amministrazione e, di conseguenza, al buon andamento dei pubblici uffici. Infatti, solo neutralizzando il potenziale conflitto di interessi può raggiungersi l'obiettivo del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, in attuazione dell'articolo 97 della Costituzione italiana.

Si affronterà, innanzitutto, l'analisi del diritto internazionale, ed in particolare della convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, da cui deriva la normativa nazionale, senza dimenticare la regolamentazione del fenomeno a livello di Unione Europea. Particolare attenzione verrà, quindi, data ai principi contenuti nel trattato internazionale, alla componente soggettiva della fattispecie, con un approccio comparativo alla regolamentazione del divieto di *pantouflage* in alcuni Stati europei. L'ultimo paragrafo della prima sezione sarà, poi, dedicato alle misure adottate nell'ambito dei contratti pubblici per fronteggiare tale fenomeno.

Successivamente, si esaminerà la normativa nazionale di cui al comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, con particolare riferimento alla *ratio* del divieto, all'ambito di applicazione soggettivo e ai presupposti oggettivi. Nell'ultimo paragrafo della seconda sezione si approfondirà, inoltre, l'apparato sanzionatorio, soffermandosi su alcune delle principali questioni tuttora controverse nell'applicazione concreta della disciplina predisposta dal Legislatore. Imprescindibile, nel corso della trattazione, il costante riferimento ai due principali formanti della materia, costituiti dalle deliberazioni dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e dalle pronunce della Giudice Amministrativo.

## **SEZIONE I. Il pantouflage nel contesto internazionale**

### **1. I principi della convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione**

La convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione - adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 a New York ed aperta alla firma degli Stati dal 9 all'11 dicembre 2003 a Merida, in Messico – si apre con una dichiarazione in cui gli Stati si dichiarano “preoccupati ... dai nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica, compreso il riciclaggio di denaro”<sup>1</sup>. Infatti, tra le finalità della convenzione di Merida

---

<sup>1</sup> Cfr. United Nations Convention against Corruption, New York, 31 October 2003, qui reperibile: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-14&chapter=18](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18)

troviamo al primo posto la promozione dell'integrità, della responsabilità e dell'appropriata gestione dei beni pubblici, nonché l'introduzione di appropriate misure di prevenzione della corruzione<sup>2</sup>.

Come ricordato dall'allora Segretario Generale delle Nazioni Unite, Kofi A. Annan, la corruzione è un flagello di livello globale e la Convenzione di Merida rappresenta un valido strumento per riaffermare il valore chiave dell'onestà<sup>3</sup>. Inoltre, secondo il Segretario Generale Annan la firma del Trattato è una vera e propria svolta epocale, in quanto introduce il nuovo e fondamentale principio di richiesta agli Stati parte di restituire al Paese di origine le risorse finanziarie che sono frutto di atti di corruzione<sup>4</sup>. Si istituisce, così, la cooperazione tra Stati firmatari, per rendere più difficile ai corrotti l'occultamento dei proventi dei traffici illeciti.

La Convenzione introduce, in linea generale, una collaborazione tra Stati per il contrasto alla corruzione, richiedendo alle Parti di prevenire, investigare e perseguire gli eventi corruttivi nonché di congelare, sequestrare e confiscare i proventi illeciti. Chiaramente la cooperazione non arriva a violare la sovranità e l'integrità territoriale dei singoli Stati, come espressamente ribadito dal Trattato. Invece, promuovo efficacemente una stretta collaborazione tra le politiche di prevenzione della corruzione e quelle di contrasto al riciclaggio di denaro<sup>5</sup>. In particolare, vengono rafforzate le misure già adottate dai singoli Stati nella lotta al riciclaggio, sia prevedendo crescenti scambi di informazioni tra le unità finanziarie di intelligence, sia aumentando i controlli alle frontiere, oltre a limitare l'esportazione di denaro contante. Si richiede, poi, agli Stati membri di realizzare un sempre maggiore tracciamento dei trasferimenti elettronici di denaro.

Da evidenziare che la Convenzione contro la corruzione si applica sia nel settore pubblico che in quello privato. Di particolare interesse è la disposizione dedicata al settore privato, con cui viene previsto l'obbligo degli Stati firmatari di adottare misure atte a contrastare la corruzione in tale ambito, tra cui il divieto di pantouflage<sup>6</sup>: il possibile conflitto di interesse richiede particolari restrizioni da applicare ai pubblici ufficiali per un ragionevole periodo di tempo. Si introduce, quindi, la limitazione di impiego di pubblici ufficiali presso datori di lavoro privati, successivamente al loro pensionamento o alla cessazione del loro incarico pubblico, quando essi abbiano svolto funzioni in diretto collegamento con il nuovo datore di lavoro privato. Inoltre, si richiede agli Stati di assicurare che le imprese private siano soggette ad un auditing interno adeguato per assisterle nell'individuazione preventiva di atti corruttivi. Si tratta, a ben vedere, di un'azione che coinvolge due fronti: dal lato pubblico, si introduce una restrizione alla libertà negoziale di coloro che hanno svolto funzioni di pubblico

---

<sup>2</sup> Cfr. anche l'articolo 5, United Nations Convention against Corruption, New York, 31 October 2003.

<sup>3</sup> Prefazione al testo della Convenzione, di Kofi A. Annan, qui reperibile: [https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf)

<sup>4</sup> Cfr. articoli 3 e 57 della Convenzione.

<sup>5</sup> Cfr. articolo 14 della Convenzione.

<sup>6</sup> Cfr. articolo 12, in particolare il paragrafo e, lettera e), della Convenzione.

ufficiale; dal lato privato, si prevede il rafforzamento di controlli interni adeguati ed effettivi nei confronti delle imprese.

Degna di nota è poi la disposizione che favorisce la partecipazione degli individui, delle organizzazioni della società civile o delle ONG nella prevenzione e nel contrasto alla corruzione, applicando strumenti trasparenti e promuovendo il contributo del pubblico ai processi decisionali<sup>7</sup>. Si richiede, quindi, agli Stati di garantire l'accesso dei cittadini alle Autorità anticorruzione da istituire in ogni Stato firmatario, creando anche un meccanismo per agevolare le segnalazioni dei casi di corruzione (c.d. whistleblowing). Si tratta, in sintesi, dell'introduzione di un modello atto a realizzare un vero e proprio controllo diffuso di contrasto alla corruzione.

A tale riguardo, si noti il nesso tra controllo diffuso e trasparenza – richiamata nella Convenzione all'articolo 5 – la quale è definita in Italia come: “accessibilità totale anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità<sup>8</sup>”. Si registra, quindi, una coincidenza tra questi concetti.

Infine, quale misura concreta ed esemplare adottata per stimolare il controllo diffuso da parte della cittadinanza, si richiama l'istituto del whistleblowing, che l'Unione Europea ha da qualche anno adottato con la direttiva n. 1937 del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione<sup>9</sup>. Tale atto ribadisce l'obbligo per i settori pubblico e privato di dotarsi di

---

<sup>7</sup> Cfr. articolo 13 della Convenzione.

<sup>8</sup> Ai sensi dell'art.11 del D. Lgs. n. 150/2009.

<sup>9</sup> Cfr. Direttiva 23-10-2019 n. 2019/1937/UE, articolo 2.

Dir. 23-10-2019 n. 2019/1937/UE riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione.

Pubblicata nella G.U.U.E. 26 novembre 2019, n. L 305.

*Articolo 2. Ambito di applicazione materiale*

*1. La presente direttiva stabilisce norme minime comuni di protezione delle persone che segnalano le seguenti violazioni del diritto dell'Unione:*

*a) violazioni che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione di cui all'allegato relativamente ai seguenti settori:*

*i) appalti pubblici;*

*ii) servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo;*

*iii) sicurezza e conformità dei prodotti;*

*iv) sicurezza dei trasporti;*

*v) tutela dell'ambiente;*

*vi) radioprotezione e sicurezza nucleare;*

*vii) sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali;*

*viii) salute pubblica;*

*ix) protezione dei consumatori;*

*x) tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi;*

un software sicuro per il whistleblowing, con particolare attenzione alla riservatezza dell'identità del segnalante. In Italia il cronoprogramma stilato per il PNRR ha riportato all'attenzione l'utilità del whistleblowing, quale strumento per combattere la corruzione ed evitare il disperdersi di fondi europei. La nostra normativa nazionale ha, quindi, dettato i criteri per il recepimento della direttiva, con la legge delega del 4 agosto 2022<sup>10</sup>. Da notare che tale disciplina sembrerebbe particolarmente ispirata dalla Convenzione di Merida, da momento che ne prevede l'applicazione sia in ambito pubblico che privato, con l'intento di contrastare quei comportamenti impropri che compromettono la cura imparziale dell'interesse pubblico.

Riassumendo, si può affermare che le misure anticorruzione, antiriciclaggio, di contrasto al conflitto di interesse, di divieto del pantouflage convergono tutte nell'unica finalità di perseguire e promuovere l'integrità e l'onestà tra gli Stati firmatari.

## **2. Pantouflage. I soggetti coinvolti: il pubblico ufficiale**

La convenzione di Merida richiede agli Stati firmatari di adottare, tra l'altro, adeguate misure preventive per assicurare un'integra condotta da parte dei pubblici ufficiali. Appare a questo punto utile una precisazione riguardante tale categoria.

---

*b) violazioni che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui all'articolo 325 TFUE e ulteriormente specificate nelle pertinenti misure dell'Unione;*

*c) violazioni riguardanti il mercato interno, di cui all'articolo 26, paragrafo 2, TFUE, comprese violazioni delle norme dell'Unione in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, nonché violazioni riguardanti il mercato interno connesse ad atti che violano le norme in materia di imposta sulle società o i meccanismi il cui fine è ottenere un vantaggio fiscale che vanifica l'oggetto o la finalità della normativa applicabile in materia di imposta sulle società.*

*2. La presente direttiva non pregiudica il potere degli Stati membri di estendere la protezione prevista dal diritto nazionale relativamente a settori o atti non contemplati dal paragrafo 1.*

<sup>10</sup> Cfr. articolo 13 della legge 4 agosto 2022, n. 127.

*1. Nell'esercizio della delega per l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, il Governo osserva, oltre ai principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, anche i seguenti principi e criteri direttivi specifici:*

*a) modificare, in conformità alla disciplina della direttiva (UE) 2019/1937, la normativa vigente in materia di tutela degli autori di segnalazioni delle violazioni di cui all'articolo 2 della citata direttiva, di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un contesto lavorativo pubblico o privato, e dei soggetti indicati all'articolo 4, paragrafo 4, della stessa direttiva;*

*b) curare il coordinamento con le disposizioni vigenti, assicurando un alto grado di protezione e tutela dei soggetti di cui alla lettera a), operando le necessarie abrogazioni e adottando le opportune disposizioni transitorie;*

*c) esercitare l'opzione di cui all'articolo 25, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2019/1937, che consente l'introduzione o il mantenimento delle disposizioni più favorevoli ai diritti delle persone segnalanti e di quelle indicate dalla direttiva, al fine di assicurare comunque il massimo livello di protezione e tutela dei medesimi soggetti;*

*d) operare gli opportuni adattamenti delle disposizioni vigenti al fine di conformare la normativa nazionale a quella europea, anche in relazione a violazioni di diritto interno riconducibili a reati o comportamenti impropri che compromettono la cura imparziale dell'interesse pubblico o la regolare organizzazione e gestione dell'ente.*

A prima vista, dal confronto tra la definizione di pubblico ufficiale contenuta nella Convenzione e la normativa italiana sembrerebbero sussistere delle differenze, considerato che la normativa nazionale estende l'applicazione delle misure contro la corruzione a tutti i pubblici dipendenti, senza limitarsi alla definizione di pubblico ufficiale presente nell'articolo 357 del codice penale italiano<sup>11</sup>.

In realtà, il trattato si riferisce genericamente al pubblico ufficiale, definendolo con questi termini<sup>12</sup>: ogni persona che detiene un ufficio legislativo, esecutivo, amministrativo o giudiziario nello Stato parte, sia che venga nominato o eletto, permanente o temporaneo, remunerato o gratuito, qualunque sia il livello gerarchico di tali soggetti; ogni soggetto che svolge una funzione pubblica, incluse quelle delle agenzie o delle imprese pubbliche, o che erogano un pubblico servizio, come definito dalla legge nazionale di riferimento o che è semplicemente qualificato dalla legge nazionale come pubblico ufficiale. Si tratta, a ben vedere, di una definizione ampia e, praticamente, omnicomprensiva, che lascia poco o nessun margine di esclusione per coloro che lavorano nel settore pubblico. Anche qui, si ravvede pertanto una coincidenza tra le due definizioni sopra ricordate. Da precisare, però, che in Italia l'applicazione delle norme anticorruzione ha dimostrato che occorre ancora uno sforzo per chiarire quali siano gli enti privati destinatari delle disposizioni anticorruzione e del divieto di pantouflage: si pensi agli enti privati che svolgono attività di interesse pubblico e che ricevono per tale motivo dei finanziamenti pubblici, a quelli che non sono società partecipate da enti pubblici ma che non per questo possono essere immediatamente escluse dall'applicazione delle misure anticorruzione, in quanto svolgono attività di interesse pubblico o ad altri casi di enti comunque assimilabili a quelli del settore pubblico.

A livello di istituzioni europee, inoltre, la regolamentazione del fenomeno del pantouflage non è definita univocamente e si ravvisa sempre più l'urgenza di introdurre una normativa che sia applicabile a tutti gli Stati membri.

Esaminando con attenzione la regolamentazione delle istituzioni europee, si noti come la Commissione Europea abbia regolato il fenomeno delle porte girevoli direttamente nello Staff Regulations, prevenendo il dovere di comportarsi con integrità e discrezione anche dopo aver lasciato il servizio, con particolare riferimento all'accettazione di incarichi o benefits: per i successivi due anni gli ufficiali devono informare l'Istituzione europea in cui hanno lavorato nel caso in cui intendano intraprendere una nuova attività lavorativa. Se tale attività è correlata all'attività svolta dal pubblico ufficiale nei precedenti tre anni di servizio e integra un conflitto di

---

<sup>11</sup> Cfr. articolo 357 c.p.: "*agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa*".

<sup>12</sup> Cfr. articolo 2 della Convenzione.

interessi, la competente autorità può vietargli di assumere quell'incarico o può concederlo al verificarsi di alcune condizioni<sup>13</sup>.

Nonostante questi precisi limiti, è da evidenziare il caso della Banca Centrale Europea, nei cui confronti l'Ombudsman europeo ha rilevato il verificarsi delle cd. porte girevoli. Si tratta – come noto – del fenomeno ricordato nei paragrafi precedenti con il termine *pantouflage*, secondo il quale i funzionari pubblici europei si spostano nel settore privato con serio rischio di danno reputazionale per le istituzioni. Dall'indagine svolta dall'Ombudsman risulta che in tale Istituzione europea si applica semplicemente un periodo di raffreddamento di pochi mesi ai funzionari apicali che lasciano le funzioni svolte presso la BCE: a tali dipendenti, per i tre mesi successivi alla fine del rapporto di lavoro, sono preclusi alcuni incarichi nel settore privato; tuttavia, ai funzionari di medio livello non si applica questa restrizione<sup>14</sup>. Di conseguenza, a conclusione dell'indagine, l'Ombudsman ha invitato la BCE ad adottare un approccio più deciso nel trattare il rischio di *pantouflage* del personale di medio ma anche di quello di alto livello, proprio al fine di non intaccare l'alta reputazione dell'Istituzione.

Anche l'Agenzia Europea per la Difesa - AED è stata oggetto di un'indagine da parte dell'Ombudsman<sup>15</sup>, a seguito dell'assunzione di un importante incarico privato da parte del precedente Chief Executive dell'Agenzia. In questo caso, l'Ombudsman ha rilevato che le condizioni imposte all'alto funzionario dall'AED nella sua decisione di autorizzazione al nuovo incarico erano insufficienti rispetto ai rischi di conflitto di interesse e, soprattutto, non ne poteva essere monitorato il rispetto. Risultavano anche carenze nel modo in cui l'AED aveva valutato il rischio di conflitti di interesse: secondo l'Ombudsman l'Agenzia avrebbe dovuto applicare condizioni più rigorose e vietare al funzionario apicale di assumere una posizione lavorativa privata che comportava un alto rischio di conflitto. L'omissione di vigilanza ha esposto, di conseguenza, l'Agenzia a formali raccomandazione da parte dell'Ombudsman per cattiva amministrazione.

A questo punto, per avere una visione più completa della regolamentazione del *pantouflage* nell'Unione Europea occorre procedere con una breve disamina sulla regolamentazione adottata da alcuni Stati membri.

### **3. Pantouflage in alcuni Stati europei**

Tra gli Stati dell'Unione che hanno adottato misure anticorruptive - tra cui quelle di contrasto del *pantouflage* – alcuni hanno tenuto in considerazione, quali destinatari di restrizioni, non solo i pubblici ufficiali ma anche i membri del Governo.

---

<sup>13</sup> Cfr. articolo 16 dello Staff Regulations of officials and the conditions of employment of other servants of the European Communities.

<sup>14</sup> Cfr. <https://www.ombudsman.europa.eu/it/decision/en/162341>

<sup>15</sup> <https://www.ombudsman.europa.eu/en/case/en/58395>

È il caso della Spagna, che vieta loro nei due anni successivi alla conclusione dell'incarico governativo di lavorare nelle associazioni o imprese che sono direttamente legate ai poteri pubblici esercitati dai membri del Governo. Oltre a questi, anche i dirigenti apicali sono tenuti ad acquisire la previa approvazione dell'Ufficio sui conflitti di interessi<sup>16</sup>, prima di accettare qualsiasi posizione nel settore privato. Sarà tale ufficio a valutare se l'attività che si intende svolgere violi o meno la legge nazionale. Da osservare che la legge spagnola regola il conflitto di interessi mettendo sullo stesso piano i membri del Governo, i Segretari e Sottosegretari di Stato, i Segretari Generali, i vari delegati del Governo in enti di diritto pubblico, i Capi Missione diplomatica e i Capi delle Rappresentanze permanenti; inoltre si riferisce ai Presidenti e Vicepresidenti di enti, a Direttori Generali, a Direttori esecutivi e comunque a coloro che abbiano responsabilità apicali e la cui nomina avvenga con decisione del Consiglio dei Ministri. Tutti questi soggetti, all'inizio del loro incarico pubblico, ricevono dall'Ufficio per i conflitti di interesse una comunicazione contenente l'indicazione degli obblighi cui saranno tenuti nello svolgimento dell'alta funzione.

Con specifico riferimento alle restrizioni previste dalla legge spagnola rispetto al *pantouflage*<sup>17</sup>, è previsto per tutti i soggetti sopra elencati il divieto di prestare servizio in enti privati che risultino coinvolti dalle decisioni prese dai predetti soggetti. Interessante è il dettaglio delle limitazioni imposte al funzionario pubblico nei due anni di raffreddamento dalla cessazione dell'attività privata: durante tale periodo gli alti funzionari non possono concludere contratti, da soli o tramite entità direttamente o indirettamente di loro proprietà, con la pubblica amministrazione, nel caso in cui i nuovi datori di lavoro privati siano direttamente coinvolti dell'esercizio delle funzioni precedentemente esercitate dall'alto funzionario. Gli enti privati in questione devono, inoltre, adottare procedure per la prevenzione e l'individuazione di situazioni di conflitto di interessi durante il periodo di raffreddamento<sup>18</sup>. Inoltre, i funzionari che hanno ricoperto un incarico di alto livello presentano, durante tale periodo, una dichiarazione all'Ufficio conflitti di interesse delle attività che intendono svolgere, prima che esse inizino. Qualora l'Ufficio per i conflitti di interessi ritenga che l'attività privata esercitata da una persona che ha ricoperto una carica di alto livello sia in violazione della legge, ne informa la persona interessata e l'entità presso la quale deve prestare i suoi servizi, che può presentare le osservazioni che ritiene opportune. Entro un mese da tali osservazioni, l'Ufficio per i conflitti di interesse si pronuncia sulla compatibilità dell'attività da svolgere e ne informa la parte interessata e l'impresa o la società in cui deve prestare i propri servizi. Infine, il Legislatore spagnolo ha disciplinato anche il caso del funzionario pubblico che fuoriesce dalla pubblica

---

<sup>16</sup> Cfr. Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo.

<sup>17</sup> Cfr. articolo 15, Ley 3/2015, de 30 de marzo.

<sup>18</sup> Idem.

amministrazione e poi, dopo aver svolto attività privata, rientra negli uffici pubblici: si applicano anche in questa ipotesi le sanzioni previste dalla normativa sul pantouflage<sup>19</sup>.

Di interesse anche la regolazione del pantouflage nella Gran Bretagna. L'obbligo di rispettare un periodo di raffreddamento di due anni dalla cessazione dell'incarico pubblico prima di assumerne uno privato era già previsto per gli ex ministri. Più di recente, per un'ampia gamma di funzionari pubblici è prevista la previa approvazione dell'Advisory Committee on Business Appointments (ACOBA) degli incarichi che gli ex pubblici ufficiali o ex membri del Governo intendono ricoprire dopo la cessazione di pubbliche funzioni. L'ACOBA è la commissione competente per le nomine in enti privati ed è costituita da sette componenti nominati dal Primo Ministro. La composizione stessa della Commissione è indicativa di quali siano i settori pubblici inglesi maggiormente esposti al rischio di revolving doors: il Primo Ministro nomina i membri dell'ACOBA scegliendo tra pubblici ufficiali apicali, diplomatici, militari, rappresentanti delle imprese e i rappresentanti dei partiti politici più rappresentativi. Da aggiungere comunque che il parere dell'ACOBA non è vincolante e che non sono previste sanzioni penali per l'infrazione delle regole contenute nel codice di condotta dei ministri e dei pubblici ufficiali. Anche in questo Paese sussiste, quindi, unitarietà nel novero di destinatari delle regole sul pantouflage, applicandosi sia a ex ministri che a ex funzionari pubblici apicali e dipendenti della Corona.

In Francia la regolazione del pantouflage estende le sanzioni alla responsabilità penale, con la previsione di un reato proprio, previsto nell'articolo 432 - 13<sup>20</sup> del codice

<sup>19</sup> Le sanzioni previste dalla legge spagnola sono riportate nella seguente nota:

Articolo 26. Sanzioni.

1. *Le infrazioni molto gravi e gravi sono punite con la dichiarazione di inosservanza della legge e la sua pubblicazione nella "Gazzetta ufficiale dello Stato" una volta che la risoluzione corrispondente ha acquisito carattere amministrativo.*

2. *La sanzione per le infrazioni molto gravi comprende inoltre:*

a) *Licenziamento dalle cariche pubbliche che occupano, a meno che non abbiano già cessato di ricoprirle.*

b) *la perdita del diritto al risarcimento dopo la cessazione di cui all'articolo 6, se è pignorato.*

c) *l'obbligo di rimborsare, se del caso, gli importi indebitamente percepiti in relazione al risarcimento dopo la cessazione.*

3. *Le disposizioni del presente titolo lasciano impregiudicato il requisito di qualsiasi altra responsabilità che possa sorgere. A tal fine, quando compaiono indicazioni di altre responsabilità, l'Ufficio del Procuratore Generale sarà incaricato di valutare l'esercizio di altre possibili azioni che possano corrispondere nonché, se del caso, di portare i fatti all'attenzione del Procuratore Generale dello Stato nel caso in cui possano costituire un reato.*

4. *Le persone che hanno commesso i reati classificati come gravi o molto gravi nella presente legge non possono essere nominate ad alte cariche per un periodo compreso tra 5 e 10 anni.*

*Nella graduazione della misura prevista nel paragrafo precedente, saranno prese in considerazione le disposizioni della legge 30/1992, del 26 novembre, e i suoi regolamenti di attuazione in relazione alla procedura sanzionatoria amministrativa.*

5. *L'infrazione minore di cui all'articolo 25.3 è punita con un avvertimento.*

<sup>20</sup> Article 432-13: *“Est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire, militaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit*

penale francese. Il reato si riferisce all'assunzione illecita di un incarico privato prima del periodo di tre anni dalla cessazione di pubbliche funzioni e la sua infrazione è punita con tre anni di reclusione oltre all'ammenda di 200.000 euro. Inoltre, è considerato complice chiunque abbia facilitato con la sua interposizione l'assunzione dell'incarico privato non consentito. Anche qui troviamo unitarietà nel novero di destinatari delle regole sul pantouflage, applicandosi esse sia agli ex funzionari pubblici che agli ex membri del Governo. In quest'ultimo caso, si applica la figura di reato francese a chi sia stato nominato membro del Governo, membro di un'autorità amministrativa indipendente o di un'autorità pubblica indipendente, oppure a chi sia titolare di una funzione esecutiva locale, funzionario pubblico, ufficiale militare o pubblico ufficiale. Inoltre, la fattispecie criminosa non si limita al caso dell'assunzione di un incarico lavorativo o di una consulenza presso imprese private coinvolte dall'attività dell'ex pubblico ufficiale ma si estende alla partecipazione di capitale nei predetti enti privati. Da evidenziare, inoltre, che è assimilata ad un'impresa privata qualsiasi impresa pubblica operante secondo le norme di diritto privato in regime di concorrenza. Questa precisazione consente, quindi, all'amministrazione francese di avere poche incertezze circa l'ambito di applicazione della regolamentazione del pantouflage.

Le disposizioni di contrasto al pantouflage in Germania prevedono, da ultimo, che i ministri e i viceministri siano tenuti a informare il Governo di qualsiasi posizione commerciale che intendano assumere durante il periodo di diciotto mesi dalla cessazione delle cariche pubbliche, mentre nulla è previsto per i Sottosegretari di Stato. Il Governo può, quindi, decidere se consentire o meno all'ex ministro o viceministro di accettare l'incarico.

#### **4. Pantouflage e public procurement**

---

*d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.*

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

*Pour l'application des deux premiers alinéas, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé. Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.*

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

Un ambito rilevante in cui può agevolmente parlarsi di pantouflage è quello degli appalti pubblici. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, prevede infatti che ogni Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, adotti le misure necessarie per creare sistemi di appalti pubblici basati sulla trasparenza, la concorrenza e su criteri obiettivi per l'assunzione delle decisioni. Raccomanda, inoltre, che tali misure siano efficaci per prevenire la corruzione<sup>21</sup>.

Già a livello europeo la direttiva sugli appalti contiene una disposizione<sup>22</sup> di contrasto ai conflitti di interesse: si dispone, infatti, affinché tutti gli Stati membri adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio ai conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti, in modo da evitare distorsione della concorrenza e garantire parità di trattamento di tutti gli operatori economici che partecipano alle gare. Per conflitto di interesse la direttiva UE intende tutti i casi in cui il personale di un'amministrazione pubblica o di una ditta che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione può influenzarne il risultato, avendo un interesse finanziario, economico o ulteriore, che può rappresentare una minaccia all'imparzialità e all'indipendenza della pubblica amministrazione.

In Italia, il conflitto di interessi è espressamente disciplinato anche nel codice degli appalti pubblici del 2016<sup>23</sup> e riguarda il caso dell'interesse personale di un dipendente della stazione appaltante che interviene nella procedura di gara che ne influenzi l'esito, risultando in tal modo idoneo a compromettere l'imparzialità della pubblica amministrazione. In particolare, l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi personali in contrasto con l'interesse pubblico. Tale conflitto di interessi non deve essere presente solamente in astratto, ad esempio basandosi su un pregresso rapporto di colleganza professionale tra i componenti la commissione aggiudicatrice e la ditta offerente, ma deve fondarsi su indizi concreti atti a dimostrare la sussistenza di un interesse comune tra concorrenti e commissari<sup>24</sup>. Anche il nuovo codice dei contratti pubblici italiano prevede - nella versione attualmente disponibile ma non ancora definitiva - che si ha conflitto di interessi quando un soggetto che interviene nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare il risultato e la gestione, ha un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione. In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, tale minaccia all'imparzialità

---

<sup>21</sup> Cfr. articolo 9 della Convenzione.

<sup>22</sup> Cfr. articolo 24 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici.

<sup>23</sup> Cfr. articolo 42 del D.Lgs. 50/2016.

<sup>24</sup> Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2020 n. 2863.

e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro. Si mantiene quindi il riferimento ad indizi concreti e probatori, già individuati dalla giurisprudenza amministrativa per la corretta interpretazione dell'analogia disposizione contenuta nel codice del 2016.

Lo stesso avviene anche per i casi di *pantouflage*, in quanto non è sufficiente che il soggetto che opera in nome e per conto dell'amministrazione sia al contempo titolare di un interesse privato confliggente con l'interesse pubblico, ma è necessario che abbia i poteri autoritativi e negoziali idonei a indirizzare l'attività amministrativa a vantaggio dei suoi interessi privati; la legge italiana sul *pantouflage*<sup>25</sup> viene parimenti interpretata con riferimento alla portata soggettiva dei pubblici funzionari effettivamente dotati di poteri negoziali e autoritativi all'interno della pubblica amministrazione che svolge funzioni di stazione appaltante. Su questo fronte, l'Autorità anticorruzione italiana ha chiarito che le figure professionali dotate di poteri negoziali e autoritativi non si limitano alle figure apicali ma si stendono anche ai dipendenti che partecipano effettivamente alla procedura pubblica di aggiudicazione dell'appalto<sup>26</sup>.

Da osservare, infine, che la Convenzione di Merida crea delle connessioni tra conflitto di interesse, *pantouflage*, public procurement e trasparenza; nel ricondurre ad unità i predetti ambiti, si è espressamente richiesto con la Convenzione<sup>27</sup> a ciascuno Stato di adottare misure volte a favorire la partecipazione attiva nella prevenzione della corruzione di persone e di gruppi non appartenenti al settore pubblico, quali la società civile, le organizzazioni non governative e le comunità di persone. Ciò al fine di sensibilizzare l'opinione pubblica sull'esistenza, sulle cause, sulla gravità della corruzione e sulla minaccia che la corruzione rappresenta, creando quindi i presupposti *"for the reporting, including anonymously, of any incidents that may be considered to constitute an offence established in accordance with this Convention"*. Per tale ragione, più Stati dell'UE hanno deciso di sottoscrivere con Transparency international un patto di integrità, per impegnarsi ad astenersi da qualsiasi comportamento corrotto, migliorare trasparenza e responsabilità durante tutto il processo di assegnazione di specifici appalti pubblici, garantendo il monitoraggio da parte della società civile per garantire il rispetto della legge e per informare i cittadini. Con i predetti patti di integrità, i cittadini hanno oggi l'opportunità di partecipare, accedere alla documentazione pubblica e avere voce in capitolo su cosa sta facendo la pubblica amministrazione.

A titolo esemplificativo, in Italia, al fine di garantire procedure trasparenti nell'affidamento e nell'esecuzione di contratti, il MiBACT<sup>28</sup> ha accettato di sottoscrivere un patto di integrità, con ActionAid Italia, per avviare un monitoraggio

<sup>25</sup> Cfr. art. 53, comma 16 ter, del d.lgs. 165/2001.

<sup>26</sup> Cfr. il Piano Nazionale Anticorruzione del 2019.

<sup>27</sup> Cfr. articolo 13 della Convenzione.

<sup>28</sup> <https://www.transparency.org/en/publications/monitoring-public-contracting-in-the-eu>

indipendente su alcune procedure di affidamento di appalti nell'ambito dei beni culturali. ActionAid Italia ha, quindi, coinvolto nel processo di monitoraggio civico persone e associazioni provenienti da tutto il territorio calabrese e siciliano, con ciò dando vita a opportunità di networking ed aumento del livello di fiducia nelle istituzioni. I rappresentanti della società civile hanno a loro volta coinvolto l'amministrazione pubblica e le imprese private nei dibattiti sulla legislazione nazionale in materia di appalti e trasparenza, nella pianificazione dei fondi europei e nella gestione dei beni culturali. Quale immediato effetto di questa collaborazione pubblico-privato, il MiBACT ha rivisto la strategia contrattuale esaminata in quel processo di monitoraggio, rendendolo più appropriato ed efficace rispetto ai servizi che si intendevano offrire al pubblico. Di conseguenza, si è giunti ad un miglior rapporto qualità-prezzo ed è stata incoraggiata la tempestiva realizzazione del progetto e la sua esecuzione. I cittadini che sono stati coinvolti in tale attività di controllo diffuso si sono dichiarati finalmente consapevoli di come opera una pubblica amministrazione trasparente ed efficiente. Questa concreta esperienza italiana ha dimostrato che la corretta applicazione dei principi della Convenzione di Merida possono condurre finalmente ad una gestione pubblica del bene comune improntata ai principi di integrità ed onestà.

## **SEZIONE II. Il pantouflage nel contesto nazionale**

### **1. La normativa italiana di attuazione del divieto di pantouflage**

Sul piano normativo interno, la disciplina sovranazionale sopra analizzata ha trovato attuazione con il comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 42 della L. n. 190/2012.

Prevede, in particolare, la norma che: "*I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti*".

Il contenuto della disposizione in esame dev'essere integrato, altresì, con quanto previsto dall'art. 21 del d.lgs. n. 39 2013, ai sensi del quale: "*ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16-ter dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sono considerati*

*dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. Tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico.”*

## **2. Analisi della fattispecie: *ratio*, ambito di applicazione soggettivo e presupposti oggettivi**

### **2.1. *Ratio* e finalità perseguite dal Legislatore**

Come già ricordato in premessa, la *ratio* della disciplina in esame è quella di contribuire ad evitare la strumentalizzazione dell'esercizio della funzione pubblica per fini privati, introducendo una limitazione legale della libertà di negoziale - corredata, altresì, da ulteriori previsioni sanzionatorie - a garanzia che l'imparzialità del pubblico ufficiale non sia messa a rischio dalla prospettiva di ottenere, a fronte di favoritismi praticati in costanza del rapporto di lavoro al servizio dello Stato, incarichi presso enti privati, una volta cessato dall'impiego<sup>29</sup>.

Lo stretto legame funzionale che sussiste, altresì, tra la garanzia dell'imparzialità dell'*agere* del pubblico dipendente e l'ulteriore canone del buon andamento in senso economico-finanziario, che parimenti guida l'attività della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97, co. 2 della Costituzione, consente di comprendere l'importanza, specialmente nell'attuale congiuntura economica sfavorevole, di una corretta attuazione del divieto di *revolving doors*.

L'imparzialità della decisione amministrativa - ormai nemmeno più impermeabile all'evoluzione tecnologica e, in particolare, all'impiego degli algoritmi<sup>30</sup> - costituisce, infatti, un presupposto indefettibile affinché le scelte pubbliche siano anche le più efficienti e razionali possibili, garantendosi, in questo modo, la genuinità dell'analisi costi-benefici sottesa alle scelte discrezionali evitandone l'inquinamento ad opera di fattori esogeni in contrasto con il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Il Legislatore, all'esito del bilanciamento tra i contrapposti interessi coinvolti, ha ritenuto, in definitiva, di individuare un arco di tempo - complessivamente di 6 anni - selezionando i soggetti e le attività da attenzionare al fine di prevenire il rischio di fenomeni corruttivi.

---

<sup>29</sup> In tal senso, l'ANAC già a partire dal Piano Nazionale Anticorruzione 2013.

<sup>30</sup> Sull'impiego degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale ai fini delle decisioni amministrative e i conseguenti risvolti sul piano del sindacato giurisdizionale v. ad es.: Consiglio di Stato, sentenza n. 2270 del 8 aprile 2019, e di recente, TAR Napoli, sentenza n. 7003 del 14 novembre 2022.

## 2.2. Ambito di applicazione soggettivo

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo, si è già ricordato che il Legislatore è intervenuto un anno dopo l'entrata in vigore del comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 per integrare l'originaria previsione. Attualmente, quindi, sono da ricondurre nel perimetro del divieto, non solo i dipendenti legati a una delle pubbliche amministrazioni tradizionali di cui all'art. 1, co. 2 del d.lgs. n. 165/201 da un rapporto di servizio, ma anche soggetti esterni non incardinati stabilmente al servizio di un'articolazione dello Stato, anche se di natura formalmente privata. L'estensione ha, altresì, assorbito alcuni dubbi di irragionevolezza che erano state mossi dai primi commentatori, che avevano messo in evidenza il vuoto normativo creatosi rispetto al personale che, pur non appartenenti ai ruoli dell'amministrazione pubblica, nondimeno viene selezionato per esercitare funzioni pubbliche, ad esempio nel caso di comprovata assenza all'interno di idonee professionalità.

In relazione all'esatta delimitazione delle amministrazioni, da intendersi nella latitudine interpretativa appena chiarita, il cui personale sarà soggetto, una volta cessato dall'impegno, al divieto di assumere nuovi incarichi presso enti privati, occorre evidenziare che l'intervento postumo del Legislatore non ha comunque impedito l'emersione di taluni dubbi applicativi.

Nel presente scritto ci si soffermerà, in particolare, sulle figure degli enti pubblici economici e delle società *in house*, rispetto ai quali la problematica della riconducibilità alla nozione di amministrazione pubblica ai fini del divieto *pantouflage* è stata affrontata sia dall'ANAC che dalla giurisprudenza amministrativa.

**2.2.a.** Per quanto riguarda gli enti pubblici economici<sup>31</sup>, l'incertezza in ordine all'operatività del divieto di *pantouflage* è derivata sia da ragioni di ordine sistematico, che di ordine letterale.

Dal punto di vista sistematico le peculiarità che caratterizzano la figura, nei casi in cui ancora residua tale forma di intervento pubblico diretto nell'economia<sup>32</sup>, avrebbero potuto giustificare una diversità di trattamento rispetto alle amministrazioni tradizionali.

Dal punto di vista letterale, invece, l'*empasse* interpretativo deriva dalla non coincidenza della definizione di pubblica amministrazione contenuta nell'art. 1, co. 2

---

<sup>31</sup> Tradizionalmente, si definisce ente pubblico economico quell'ente pubblico che, dal punto di vista dell'attività, opera nel mercato producendo beni o servizi con criteri di economicità, ovvero sia perseguendo quantomeno la copertura dei costi attraverso i ricavi. Sulla differenza tra enti pubblici economici e non economici v. ad es.: Consiglio di Stato, sentenza n. 1842 del 10 aprile 2015.

<sup>32</sup> Come noto, la gran parte degli enti pubblici economici è stata oggetto di un processo di privatizzazione formale con la trasformazione in società per azioni, nella maggior parte dei casi non seguita da un processo di privatizzazione anche sostanziale da realizzarsi tramite la fuoriuscita del socio pubblico dal capitale sociale.

del d.lgs. 165/2001, cui rinvia il comma 16-ter dell'art. 53, e quella dall'art. 1, co. 2, lett. b), d.lgs. 39/2013, applicabile in forza della previsione contenuta nel successivo art. 21. Solo quest'ultimo, infatti, fa riferimento agli enti pubblici in generale, senza alcuna distinzione fra ente non economico ed economico, figura che non compare, invece, nell'art. 1, co.2 del d.lgs. n. 165/2001.

La tesi che sembra prevalente, accolta dall'ANAC<sup>33</sup> e confermata dal giudice amministrativo<sup>34</sup>, è quella che ha dato preminenza al dato normativo contenuto nel d.lgs. 39/2013, anche alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, finalizzata ad evitare il contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza.

Ha argomentato, in particolare, il giudice amministrativo che "l'art. 1, comma 1, d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 prevede che le disposizioni del decreto si applicano al «conferimento di incarichi dirigenziali e di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico». L'art. 1, comma 2, lett. a) precisa quali sono le «pubbliche amministrazioni» e richiama l'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; invece, l'art. 1, comma 2, lett. b), dando la definizione degli enti pubblici del comma 1, chiarisce che per «enti pubblici» si intendono «gli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico ovvero i cui amministratori sono da questi nominati». La scelta legislativa di distinguere tra «pubbliche amministrazioni» (lett. a)) e «enti pubblici» (lett. b)) definisce in modo ampio l'ambito di applicazione della disciplina su inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, includendovi così tutti gli enti pubblici, tra cui gli enti pubblici economici, pur se non contemplati dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che segna il perimetro delle «pubbliche amministrazioni». D'altra parte, la definizione di «ente pubblico» di cui alla lett. b) è la più ampia e la norma primaria non prevede alcuna distinzione tra enti pubblici economici ed enti pubblici non economici."

Mette in evidenza, altresì, la pronuncia che "l'assunto interpretativo delle appellanti incidentali, rivolto a escludere dall'ambito di applicazione della normativa in esame [d.lgs. 39/2013] gli enti pubblici economici, appare del resto irragionevole e contro il principio di uguaglianza: sarebbero trattate in maniera diversa situazioni simili senza una valida giustificazione, considerato che il rischio di vicende corruttive collegate al conferimento degli incarichi di vertice si pone, in astratto, in maniera simile per entrambe le tipologie di enti. Tra due interpretazioni, di cui l'una in contrasto con le norme costituzionali, l'interprete è tenuto a preferire quella che appaia conforme al dettato costituzionale."

Sul piano interpretativo, quindi, la questione può ritenersi risolta nel senso di ritenere irrilevante la distinzione tra enti pubblici economici e non economici ai fini dell'applicabilità della disciplina in materia di *pantouflage*, essendo i secondi

<sup>33</sup> ANAC: atto di segnalazione n. 6 del 27 maggio 2020.

<sup>34</sup> Consiglio di Stato, sentenza n. 126 del 11 gennaio 2018.

comunque espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 39/2013. Tuttavia, può ritenersi sempre utile un intervento normativo di interpretazione autentica, onde rendere vincolante per gli operatori tale opzione.

**2.2.b.** Per quanto riguarda, invece, le società *in house*<sup>35</sup>, l'ANAC ha affrontato approfonditamente la questione della loro assoggettabilità nel parere n. 1090 del 16 dicembre 2020.

L'Autorità, confermando il proprio orientamento precedentemente espresso in merito<sup>36</sup>, ha riconosciuto, da un lato, che la normativa in materia di divieto di *pantouflage* può ritenersi astrattamente applicabile alle società *in house*, in quanto enti che riconducibili nella nozione di soggetti privati soggetti a controllo pubblico, cui si riferisce l'articolo 53, comma 16-ter, così come interpretato in combinato disposto con l'art. 21 del d.lgs. n. 39/2013; dall'altro, ha ritenuto che le peculiarità che caratterizzano questa forma di organizzazione, tale da essere assimilabile ad una qualunque altra articolazione interna dell'amministrazione che su di essa esercita il c.d. controllo analogo, inducano a escludere che si possa concretizzare un conflitto di interessi del tipo di quello che la normativa mira ad evitare.

Evidenzia l'Autorità, infatti, che, nel rapporto tra l'amministrazione controllante, cui organico il dipendente fuoriesce, e la società controllata, nel cui organico l'ex dipendente va ad assumere l'incarico, non potrebbe ritenersi sussistente qual dualismo e quella contrapposizione di interessi che si constata rispetto alle relazioni con un normale soggetto privato. Non riscontrandosi, quindi, contrapposizione, bensì conciliabilità se non coincidenza tra gli interessi perseguiti dall'amministrazione controllante e dalla società controllata, ne deriva che può ritenersi sterilizzato quel rischio di strumentalizzazione dell'esercizio del potere pubblico che la disciplina in esame mira a prevenire.

Ad ogni modo, al di là delle specificità dei singoli casi concreti sottoposti all'attenzione dell'ANAC, l'impostazione generale accolta dalla medesima Autorità circa il non assoggettamento delle *in house* al divieto di *pantouflage* appare coerente con la ricostruzione che la giurisprudenza sia della Cassazione che amministrativa, oltre che della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, hanno formato sul fenomeno degli

---

<sup>35</sup> Affinché un'amministrazione aggiudicatrice possa procedere con un affidamento *in house*, l'art. 5, co. 1 del d.lgs. n. 50/2016 individua le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

<sup>36</sup> Ad esempio, con riferimento a Ferrovie dello Stato s.p.a. o a una società interamente controllata dalla Regione Basilicata e diversamente da quanto deciso, nella delibera n. 766 del 05 settembre 2018, con riferimento alla Leonardo s.p.a.

affidamenti *in house*, ritenuti conformi al diritto unionale degli appalti e delle concessioni proprio in quanto costituenti una *longa manus* della pubblica amministrazione che vi ricorre<sup>37</sup>.

### 2.3. Presupposti oggettivi

Quanto ai presupposti oggettivi, il Legislatore nella costruzione del comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 ha impiegato i concetti giuridici di “esercizio di poteri autoritativi e negoziali”, riferendosi, dunque, tanto all’attività amministrativa autoritativa, retta dallo schema norma-potere-effetto, quanto a quella paritetica, retta dallo schema norma-fatto-effetto.

Anche in relazione a questo presupposto costitutivo di fattispecie sono stati fondamentali gli interventi chiarificatori dell’ANAC<sup>38</sup>, la quale ha adottato una lettura estensiva dell’elemento strutturale in esame.

Nel dettaglio, l’Autorità ha specificato che rientrano nell’espressione “poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni” i “provvedimenti afferenti specificamente alla conclusione di contratti per l’acquisizione di beni e servizi per la PA”, nonché i “provvedimenti adottati unilateralmente dalla stessa, quale estrinsecazione del potere autoritativo, che incidono, modificandole, sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari”.

Tenuto conto sempre della *ratio* della norma, inoltre, l’Autorità ha ribadito che nel novero dei poteri autoritativi e negoziali cui la disposizione si riferisce può ritenersi ricompresa anche l’adozione di provvedimenti che producono effetti favorevoli per il destinatario e, quindi, anche “atti di autorizzazione, concessione, sovvenzione, sussidi, vantaggi economici di qualunque genere”.

Essendo la finalità della norma quella di evitare che il dipendente possa sfruttare a fini egoistici il ruolo esercitato nell’organizzazione pubblica, quindi, il Legislatore ha inteso ricomprendere tutte le situazioni in cui l’organo pubblico ha avuto il “potere di incidere in maniera determinante sulla decisione oggetto dell’atto, esercitando il potere autoritativo/negoziale con riguardo allo specifico procedimento o procedura”<sup>39</sup>.

Sono, pertanto, sicuramente da includere tra i dipendenti che esercitano poteri autoritativi e negoziali i dirigenti e i funzionari che svolgono incarichi dirigenziali ai sensi dell’art. 19, comma 6, d.lgs. 165/2001 e coloro che esercitano funzioni apicali o cui sono conferite apposite deleghe di rappresentanza all’esterno dell’ente<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> In tal senso la nota sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili n. 26283 del 25 novembre 2013.

<sup>38</sup> *Ex multis*: ANAC, Atto del Presidente del 5 ottobre 2022, Prot. 81040.

<sup>39</sup> ANAC, Orientamento n. 24 del 23 settembre 2015.

<sup>40</sup> ANAC, Orientamento n. 2 del 4 febbraio 2015.

Oltre ai soggetti appena elencati, preme sottolineare la lettura estensiva accolta dall'ANAC, che ha consentito di ricondurre nel concetto di potere autoritativo o negoziale anche tutte quelle attività istruttorie che hanno per il decisore finale efficacia potenzialmente vincolante. In applicazione di questo criterio, l'ANAC ha ritenuto, di conseguenza, che il divieto si applichi, altresì, “a qualunque funzionario che abbia comunque avuto il potere di incidere in maniera determinante sulla decisione oggetto del provvedimento finale, collaborando all'istruttoria, ad esempio attraverso la elaborazione di atti endoprocedimentali obbligatori (pareri, perizie, certificazioni) che vincolano in modo significativo il contenuto della decisione”<sup>41</sup>. Ai fini della delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione, quindi, non assume rilevanza il dato formale di aver apposto la firma sull'atto conclusivo del procedimento, bensì il contributo sostanziale fornito alla formazione della volontà dell'amministrazione.

Queste indicazioni ermeneutiche, sebbene chiare in astratto, lasciano nondimeno spazio ad alcune incertezze per quanto ne concerne l'effettivo accertamento in concreto, ad esempio in presenza di decisioni amministrative il cui procedimento di adozione sia eccessivamente segmentato, oppure in caso di istruttorie complesse, alle quali abbiano collaborato in via di fatto una pluralità di soggetti il cui contributo non sempre risulta agevole da ricostruire e isolare *ex post*.

### **3. L'apparato sanzionatorio**

Per quanto concerne le conseguenze che derivano dall'inosservanza del divieto di *pantouflage*, il secondo periodo del comma 16-ter dell'art. 53 prevede che “*i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti*”.

Il Legislatore ha, quindi, predisposto, a salvaguardia dell'effettività del precetto un impianto sanzionatorio - con conseguenze piuttosto serie per la sfera giuridica dei destinatari - operando su tre diversi piani: in primo luogo, sul piano della validità, viene comminata la nullità testuale dei contratti e degli incarichi conferiti; in secondo luogo, sul piano interiettivo, si impedisce ai privati conferenti, al pari di quanto previsto per i destinatari della pena accessoria di cui all'art. 32-ter del codice penale, di concludere contratti con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, estromettendoli, quindi, dal mercato degli appalti pubblici; infine, sul piano economico, si impone l'obbligo di retroversione degli utili conseguiti grazie presuntivamente allo sfruttamento illegittimo della posizione ricoperta in costanza di rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione.

---

<sup>41</sup>ANAC, Piano Nazionale Anticorruzione 2019.

Tra le principali problematiche ricostruttive e applicative che si sono generate in occasione della concreta irrogazione delle conseguenze sanzionatorie stabilite dalla norma, si soffermerà l'attenzione, in particolare, su tre ordini di questioni: l'individuazione del soggetto effettivamente titolare del potere di irrogare le sanzioni; la natura giuridica di quest'ultime; gli effetti della nullità dei contratti.

### **3.1. La titolarità del potere sanzionatorio**

La questione dell'individuazione del soggetto cui la legge attribuisce il potere di irrogare le sanzioni è stata affrontata *funditus* dal Consiglio di Stato<sup>42</sup>, chiamato a pronunciarsi in merito a una vicenda in cui l'ANAC<sup>43</sup> aveva riscontrato la violazione dell'art. 53, co. 16-*ter* in occasione del conferimento di un incarico in favore dell'ex Presidente di un'Autorità Portuale da parte di una società soggetta ai poteri autoritativi della medesima.

In riforma della sentenza di primo grado, il Consiglio di Stato, nel dare atto preliminarmente della lacuna normativa esistente - dal momento che effettivamente nessuna disposizione individua espressamente nell'ANAC l'Autorità competente a garantire l'esecuzione delle conseguenze sanzionatorie - è giunto nondimeno alla conclusione che non si possa dubitare della competenza della medesima, sulla base delle seguenti argomentazioni.

In primo luogo, sul piano dell'argomentazione letterale e sistematica, a sostegno della soluzione positiva nella pronuncia si valorizza il dettato di cui agli artt. 13 e 21 del d.lgs. n. 39 del 2013, i quali attribuiscono all'ANAC il compito di vigilare sul rispetto delle disposizioni del decreto, anche tramite l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento delle singole fattispecie di conferimento degli incarichi, richiamando, altresì, espressamente la disciplina di cui all'art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. n. 165 del 2001 al fine specifico di estenderne in tale contesto il campo di applicazione.

In secondo luogo, sul piano dell'argomentazione finalistica, nel rifarsi anche a due ulteriori precedenti conformi<sup>44</sup>, si richiama quell'orientamento in forza del quale, in assenza di disposizioni univoche, "*l'enucleazione della competenza può fondare sulla valorizzazione della ratio della potestà sanzionatoria*". In tal senso, essendo le sanzioni amministrative poste a tutela delle funzioni e degli interessi perseguiti da un'Amministrazione, "*ne conseguirebbe il logico corollario per cui le sanzioni medesime devono essere comminate, in applicazione del principio generale che trova espressione nell'art. 17 della legge n. 24 novembre 1981, n. 689, dal soggetto pubblico nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione*".

<sup>42</sup> Consiglio di Stato, sentenza n. 7411 del 29 ottobre 2019.

<sup>43</sup> ANAC, delibera n. 207 del 21 febbraio 2018.

<sup>44</sup> Consiglio di Stato, sentenza n. 341 de 30 gennaio 2007, n. 341 e Consiglio di Stato, parere n. 4008 del 30 novembre 2005.

Calando queste coordinate ermeneutiche nella fattispecie in esame, il Consiglio di Stato, nel ribadire che la *ratio* del divieto di *pantouflage* è quella di evitare che i pubblici dipendenti inquinino l'esercizio del proprio *munus* a beneficio di soggetti privati in prospettiva di future utilità personali, ha ritenuto sussistente un chiaro "*nesso finalistico fra la norma assistita dalla sanzione amministrativa e le funzioni attribuite all'Autorità*" e, in conclusione, "*la necessità logico-sistematica dell'iscrizione in capo all'Autorità del compito di assicurare, in sede di accertamento della nullità dei contratti sottoscritti dalle parti e di adozione delle misure conseguenti, la tutela dei valori trasparenza ed integrità delle amministrazioni pubbliche che sono il proprium della sua missione istituzionale*".

La pronuncia del Consiglio di Stato è stata successivamente confermata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>45</sup>, la quale ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dalla società soccombente ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost. e dell'art. 362, co. 1, c.p.c. per denunciare il vizio di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore in cui sarebbe incorso il giudice amministrativo<sup>46</sup>.

Anche per la Cassazione, quindi, la circostanza per cui l'art. 53, co. 16-ter del d.lgs. n. 165/2001 non individui espressamente l'Autorità competente a garantire l'esecuzione delle conseguenze sanzionatorie da esso previste "*non può, per ciò solo, escludere che tale competenza sia ricavata dal giudice in via interpretativa, alla luce della ratio del divieto di pantouflage e della volontà del legislatore di perseguire, a mezzo della citata norma, non solo i fenomeni corruttivi in senso stretto, ma più in generale i traffici di influenze che si estrinsecano in conflitti di interesse ad effetti differiti*".

In definitiva, alla luce dell'orientamento fondato sulla teoria dei poteri impliciti<sup>47</sup>, così come accolto in materia dalla giurisprudenza amministrativa e avallato dalla

---

<sup>45</sup> Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza n. 36593 del 25 novembre 2021.

<sup>46</sup> Il Supremo giudice, nel premettere che siffatta censura è configurabile solo nel caso in cui il giudice speciale abbia fatto applicazione di una norma non esistente ma dallo stesso lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa vietata, ha ribadito l'orientamento per cui questa ipotesi non ricorre allorché il giudice abbia ricercato la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, desumibile non necessariamente dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma anche dalla *ratio* che il loro coordinamento disvela.

<sup>47</sup> Sulla tematica dei poteri impliciti si rinvia a: V. Lopilato, Manuale di diritto amministrativo. Secondo l'Autore, i poteri di regolazione dell'Autorità amministrative indipendenti sono "*normalmente espressione di un potere implicito in ragione del peculiare atteggiarsi del principio di legalità. In questo ambito, la legge "definisce lo scopo che deve essere assicurato, demandando (...) all'Autorità le modalità per la sua realizzazione, in deroga al normale funzionamento del principio di legalità. Di regola, "il principio di legalità impone non solo l'indicazione delle finalità che l'autorità amministrativa deve perseguire, ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni di esercizio dell'attività. Nel caso degli atti di regolazione in esame, la legge, però, tendenzialmente, non indica nel dettaglio il contenuto che essi devono avere. (...). La dequotazione del principio di legalità sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari*".

Cassazione, può ritenersi che l'art. 13 del d.lgs. n. 39 del 2013 contenga una specifica, anche se non letterale, attribuzione di competenza in favore dell'ANAC anche in ordine all'applicazione delle sanzioni, in quanto corollario dell'attribuzione della competenza ad accertare le violazioni del sistema.

Infatti, sebbene di regola, in ossequio ad un principio di tassatività delle fattispecie, nella costruzione delle norme attributive dei poteri, e in particolar modo quelli di natura sanzionatoria, il Legislatore dovrebbe prediligere una tecnica analitica, in luogo dell'utilizzo di clausole generali da cui ricavare in via interpretativa dei poteri impliciti, la legittimità dell'esercizio di quest'ultimi da parte delle Autorità amministrative indipendenti può considerarsi, ormai, un fenomeno consolidato sia per la dottrina che per la giurisprudenza.

Nonostante ciò, può parimenti osservarsi che, essendo i fondamenti logico-giuridico sottesi alla legittimazione delle Autorità indipendenti all'esercizio di attribuzioni anche implicite costituiti dalla natura altamente tecnica delle materie trattate e dalla rapida mutevolezza dei fenomeni oggetto di regolazione - da cui consegue la necessaria indeterminatezza che caratterizza molte delle norme attributive dei relativi poteri - non del tutto pacifica può apparire la piena esportabilità di questa ricostruzione giuridica nei confronti dell'ANAC.

Quest'ultima, infatti, si presenta nel sistema delle *Authorities* nazionali con delle caratteristiche *sui generis*, dal momento che i settori e gli ambiti di attività oggetto delle proprie funzioni di regolazione e vigilanza non presentano quella stessa caratteristica di elevato tecnicismo che connota, invece, gli ambiti di intervento delle altre Autorità indipendenti e che giustifica, come ricordato, la dequotazione del principio di legalità sostanziale. Rimane, quindi, anche in questo caso attuale l'utilità un eventuale intervento legislativo volto a cristallizzare la competenza dell'ANAC, così come auspicato anche dal Consiglio di Stato nella decisione esaminata.

### **3.2. La natura giuridica delle sanzioni**

In ragione dell'incisività degli effetti sanzionatori sulla sfera giuridica dei destinatari (basti pensare, ad esempio, alla sanzione interdittiva che viene comminata ai soggetti privati che conferiscono l'incarico *post employment*, la cui capacità negoziale viene ad essere fortemente limitata), si sono posti dubbi anche per quanto riguarda la natura da riconoscere alle conseguenze di cui al secondo periodo del comma 16-ter dell'art. 53 e, in particolare, se le stesse possano ritenersi avere natura

---

Sulla tematica dei poteri impliciti delle Autorità amministrative indipendenti si segnala anche: Consiglio di Stato, sentenza n. 7972 del 14 dicembre 2020, in merito alle funzioni di accertamento della CONSOB.

sostanzialmente penale ai sensi dei c.d. criteri Engel elaborati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>48</sup>.

La Corte di Cassazione<sup>49</sup> ha avuto occasione di pronunciarsi anche su questo profilo potenzialmente critico della disciplina, escludendo che le sanzioni irrogate dall'ANAC in applicazione dell'art. 53, co. 16-ter del d.lgs. n. 165/2001 possano essere considerate come aventi natura sostanzialmente penale. La Corte ha motivato tale decisione ritenendo non ricorrenti nel caso in esame quei caratteri di afflittività, severità, gravosità e incidenza sui diritti e libertà fondamentali dei destinatari che la giurisprudenza della Corte EDU richiede a tal fine.

Esclusa la natura penale, l'ANAC, in una recente delibera,<sup>50</sup> sembra comunque accogliere un'impostazione maggiormente garantista, ritenendo non conforme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e ai principi informatori della disciplina regolante le sanzioni amministrative un pieno automatismo nell'applicazione delle sanzioni<sup>51</sup>.

In linea con i canoni fondamentali dell'ordinamento nazionale ed europeo, nel precedente citato si ritiene che, anche con riferimento alla sanzione amministrativa interdittiva applicabile alle fattispecie di *pantouflage*, debba trovare applicazione la valutazione circa la sussistenza dell'elemento psicologico della colpevolezza. Ne consegue, ad avviso dell'Autorità, *“la necessità, seppur nel silenzio della norma di valutare la sussistenza del profilo psicologico della colpevolezza in capo ai soggetti privati potenziali destinatari della sanzione interdittiva, in linea con quanto previsto dal generalissimo art. 3 della legge n. 689/1981”*<sup>52</sup>.

Infine, sempre con riferimento al rispetto dei canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, un ulteriore profilo potenzialmente critico che residua nel sistema sanzionatorio predisposto dal Legislatore può individuarsi nell'impossibilità per l'ANAC di graduare le conseguenze punitive in base all'effettiva gravità del

---

<sup>48</sup> Corte EDU, Grande Camera, Engel e altri c. Paesi Bassi del 8 giugno 1976 (ribaditi da: Corte EDU, Grande Camera, Grande Stevens e altri c. Italia del 4 marzo 2014; Corte EDU, Grande Camera, A e B c. Norvegia del 15 novembre 2016). I criteri individuati dalla Corte EDU per stabilire la natura di una sanzione ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sono: la qualificazione giuridica data all'illecito nel diritto interno; la finalità perseguita con il provvedimento previsto; il grado di severità della sanzione.

Al riconoscimento della natura penale dell'illecito consegue l'applicazione dello statuto sostanziale e processuale della legalità convenzionale di cui agli artt. 6 e 7 CEDU, ovvero il rispetto dei principi di prevedibilità e accessibilità della norma e le garanzie procedurali del giusto processo, nonché l'applicazione della regola del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 aggiuntivo alla CEDU.

<sup>49</sup> Nella già richiamata ordinanza delle Sezioni Unite n.36593 del 25 novembre 2021.

<sup>50</sup> ANAC, delibera n. 225 del 11 maggio 2022, sempre relativa alla medesima vicenda che aveva coinvolto l'ex Presidente di un'Autorità Portuale di cui alla precedente delibera n. 207 del 21 febbraio 2018.

<sup>51</sup> Al pari di quanto già ritenuto in merito alle norme sulle inconfiribilità di cui al d.lgs. n. 39/2013 (in particolare alla sanzione consistente nell'impossibilità di conferire gli incarichi prevista dall'art. 18, comma 2, del citato decreto per i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi nulli). Cfr. in proposito ANAC: Atto di segnalazione al Governo e Parlamento n. 6 del 27 maggio 2020.

<sup>52</sup> Ai sensi del quale: *“Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa”*.

comportamento tenuto. Appare evidente, infatti, il *vulnus* ai richiamati principi che si crea in conseguenza dell'applicazione, ad esempio, della medesima sanzione interdittiva che va a paralizzare per tre anni l'attività negoziale con la pubblica amministrazione del soggetto privato, a prescindere da qualsivoglia valutazione circa il valore economico dell'incarico affidato.

### 3.3. Gli effetti della nullità del contratto e l'obbligo di restituzione dei compensi

Come visto, l'art.53, co. 16-ter del d.lgs. n. 165/2016, tra le conseguenze della violazione del divieto di *pantouflage*, inserisce anche la nullità del contratto stipulato (o, comunque, più genericamente dell'"incarico", quindi prescindendosi dalla qualificazione formale della fonte del rapporto giuridico tra le parti) tra il soggetto privato e l'ex pubblico dipendente, imponendo, altresì, l'obbligo di restituzione dei compensi percepiti.

A tal ultimo proposito, si evidenzia che la norma, interpretata "*nel senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*", non può che condurre ad individuare nell'ex pubblico dipendente il soggetto tenuto a restituire il compenso percepito quale controprestazione dell'incarico illegittimamente conferitogli, circostanza questa che rappresenta un'ulteriore criticità dell'articolo esaminato<sup>53</sup>.

Appare evidente, infatti, la diversità di disciplina rispetto a quanto stabilito, al contrario, dall'art. 2126 codice civile<sup>54</sup>, disposizione che, come noto, contempla uno dei limitati casi in cui l'ordinamento deroga al naturale regime di improduttività di effetti degli atti nulli<sup>55</sup> al fine di apprestare tutela al superiore interesse del prestatore di lavoro a vedersi riconosciuta una remunerazione per l'attività comunque svolta in favore del datore.

Pertanto, l'opzione ermeneutica che risulta più aderente al dato letterale finirebbe per legittimare il consolidamento di un ingiustificato arricchimento in favore del soggetto privato e, quindi, dare origine ad un ulteriore elemento di irragionevolezza rispetto al quale, anche in ragione degli stretti margini che il testo consente per operare eventualmente dei correttivi in via giurisprudenziale, non può che apparire parimenti opportuno un intervento del Legislatore.

## Conclusioni

---

<sup>53</sup> In tal senso anche R. Cantone, "*Il pantouflage all'italiana: fra rigore formale e rischi di ineffettività*", in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it)

<sup>54</sup> Ai sensi del quale, "*La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa*".

<sup>55</sup> Regola già sintetizzata nel noto brocardo "*quod nullum est, nullum producit effectum*".

Il pantouflage è stato qui approfonditamente esaminato sia con un attento riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, sia con una mirata analisi della discendente normativa italiana. Sono stati, così, illustrati i principi fondamentali, i soggetti coinvolti, le misure adottate da alcuni dei più importanti Stati membri dell'UE, al fine di presentare al lettore un quadro sinottico del fenomeno a livello internazionale ed europeo. Interessante notare come la Convenzione delle Nazioni Unite affianchi alle misure contro la corruzione quelle di contrasto al reato di riciclaggio: corruzione e riciclaggio sono, infatti, considerate allo stesso livello di gravità già nel diritto internazionale<sup>56</sup>. Anche il recente Piano Nazionale Anticorruzione dell'ANAC instrada la pubblica amministrazione italiana sullo stesso binario: *“le misure di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad adottare ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. n. 231/2007 (cd. decreto antiriciclaggio) si pongono nella stessa ottica di quelle di prevenzione e trasparenza, e cioè la protezione del “valore pubblico”*<sup>57</sup>.

Infine, con l'auspicio di contribuire al già prezioso lavoro svolto da quanti in Italia si occupano di anticorruzione e trasparenza, è stata presentata al lettore la normativa nazionale, cercando di mettere in luce, in particolare, le principali questioni controverse per quanto concerne l'ambito di applicazione soggettivo e i presupposti oggettivi, per la cui soluzione è risultato decisivo il ruolo sia dell'Autorità nazionale anticorruzione italiana che della giurisprudenza amministrativa, nonché, per quanto riguarda l'apparato sanzionatorio, quelli ancora forieri di talune difficoltà ricostruttive e applicative.

In conclusione, la linea evolutiva della regolamentazione del divieto di pantouflage è - nella prospettiva di chi scrive - ormai definita: più è chiara la normativa, più efficace ne sarà l'attuazione e, di conseguenza, più incisivo sarà l'effetto deterrente per il funzionario pubblico, il quale avrà sempre meno occasioni, anche se indotte o forse inizialmente involontarie, di contaminare l'imparzialità delle scelte compiute in rappresentanza della pubblica amministrazione.

Solo assicurando il più scrupoloso rispetto del precetto posto dall'art 54 della Costituzione, che impone a coloro che sono investiti di funzioni pubbliche il dovere di adempierle con disciplina ed onore, infatti, è possibile apportare miglioramenti concreti a quel complesso apparato, qual è la pubblica amministrazione e, in definitiva, generare benefici diretti per la collettività.

Ed è questo il valore aggiunto dei funzionari pubblici. A qualsiasi livello.

---

<sup>56</sup> Cfr. Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, New York, 31 ottobre 2003, nelle cui premesse gli Stati firmatari si dichiarano *“preoccupati ... dai nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica, compreso il riciclaggio di denaro”*.

<sup>57</sup> <https://www.anticorruzione.it/-/ecco-il-nuovo-piano-nazionale-anticorruzione-valido-per-il-prossimo-triennio>

*“La gestione di una qualsiasi società, pubblica o privata che sia, ha bisogno di buoni amministratori, amministratori onesti, fidati, trasparenti, responsabili, impegnati, che servano fedelmente e con saggezza gli interessi di quella società e dei suoi singoli membri, promuovendone le finalità e il buon andamento per raggiungere la massima soddisfazione generale” (Turco).*