

QUESITI

GIOVANNI MANZONI

Corruzione e anticorruzione nel settore sanitario

L'articolo analizza "misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio" previste dal d.l. n. 90/2014, concentrandosi in particolare sulla loro applicazione alle imprese sanitarie. Lo studio è condotto da una prospettiva penalistica, mettendo in luce i rapporti tra prevenzione e repressione, nonché le principali criticità costituzionali della norma.

La lettura della norma esemplifica la difficoltà di conciliare il momento estremamente anticipato dell'intervento con il contenuto pesantemente incisivo (e potenzialmente punitivo) delle misure. Una disciplina gravemente carente dal punto di vista della determinatezza viene controbilanciata da un ruolo estremamente ampio della Autorità anticorruzione, responsabile non solo di curarne l'applicazione ma anche di precisarne i contorni.

L'estensione della disciplina alle imprese sanitarie, criticabile in quanto trascurava di prendere in considerazione le peculiarità del settore che lo distinguono nettamente dal più ampio ambito degli appalti pubblici, mette inoltre in evidenza le tensioni tra esigenze garanzia di interessi pubblici essenziali, tra cui i diritti sociali, e quelle di contrasto alla criminalità. Le misure in questione rivelano in questo quadro tutte le potenzialità, e le ambiguità, della loro natura polifunzionale.

Ad una introduzione esplicativa sulla disciplina e del suo ruolo nel contrasto alla corruzione, segue l'inquadramento all'interno del settore sanitario, quindi un'analisi più dettagliata dei diversi elementi normativi ed un tentativo complessivo di ricostruzione delle funzioni della norma, al fine di ricondurla ad una maggiore coerenza costituzionale e sistematica.

The article analyzes "extraordinary measures of management, support and monitoring" foreseen by D.L. N. 90/2014, focusing in particular on their application to healthcare enterprises. The study is conducted from a penalistic perspective, highlighting the relations between prevention and repression, as well as the main constitutional criticality of the norm.

The reading of the norm exemplifies the difficulty of reconciling the extremely anticipated moment of the intervention with the heavily incisive (and potentially punitive) content of the measures. A discipline seriously lacking from the point of view of Determinedness is counterbalanced by an extremely large role of the anti-corruption authority, responsible not only to cure its application but also to clarify its contours.

The extension of the discipline to healthcare companies, which is critical because it ignores the peculiarities of the sector that distinguish it clearly from the broader scope of public procurement, also highlights the tensions between Needs guarantee of essential public interests, including social rights, and those of contrasting crime. The measures in question reveal in this context all the potentials and ambiguities of their multifunctional nature.

To an explanatory introduction on the discipline and its role in the contrast to corruption, it follows the framing within the health sector, then a more detailed analysis of the different normative elements and an overall attempt of reconstruction Of the functions of the norm, in order to bring it back to greater constitutional and systematic coherence.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Le misure di straordinaria e temporanea gestione delle imprese - 2.1. La disciplina - 2.2. Le ragioni di una riflessione penalistica sul tema. - 3. L'estensione delle misure al settore sanitario. - 3.1. Corruzione in sanità. - 3.2. Le misure ex art. 32 applicate alle imprese sanitarie: analisi della norma. - 4. Peculiarità e criticità della disciplina alla luce della prima applicazione. - 4.1. Interventi emergenziali e ruolo dell'Anac: una chiosa di politica legislativa. - 4.2. Ambito di applicazione: situazioni anomale, condotte illecite, eventi criminali. - 4.2.1. *Segue:* i destinatari. - 4.3. Struttura e Finalità. - 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Le “misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio” sono strumenti che permettono all’Anac e ai Prefetti di intervenire in maniera penetrante su imprese private, al fine di tutelare l’interesse pubblico nell’esecuzione degli appalti. Introdotte nell’ordinamento con il decreto legge n. 90/2014, all’art. 32, sono state oggetto di successive modifiche, prima ad opera della legge di conversione, quindi della legge n. 208 del 2015, che ne ha esteso l’applicabilità anche alle imprese sanitarie che operino in convenzione con il Servizio sanitario nazionale.

L’attribuzione di tali poteri si inserisce nella più ampia prospettiva della lotta alla corruzione¹, tema che ha impegnato e continua ad impegnare il legislatore e gli operatori del diritto dalla fine degli anni novanta a questa parte e con particolare intensità nell’ultimo decennio.

L’attenzione non è, ovviamente, immotivata, sol che si rifletta sulle ben note conseguenze economiche, sociali e politiche del fenomeno². In particolare, il settore degli appalti pubblici costituisce un ambito altamente vulnerabile rispetto a fenomeni di criminalità di impresa: il coinvolgimento di cospicue quantità di denaro, l’elevato numero delle stazioni appaltanti e la relativa cedevolezza dell’apparato burocratico a pressioni illecite, favoriscono infatti infiltrazioni da parte della criminalità organizzata, come pure l’assunzione di prassi poco commendevoli da parte di imprese di per sé lecite.

La strada da percorrere per disegnare una politica criminale efficace è stata da tempo indicata, in sede internazionale³ e sovranazionale⁴, nel senso di predi-

¹ Il termine va inteso, *ça va sans dire*, nel senso ampio che è andato progressivamente diffondendosi. La “corruzione” sarebbe cioè comprensiva di tutti i fenomeni di *maladministration*, o meglio, di comportamento illecito e/o in contrasto con l’interesse pubblico in concreto rilevante. Bisogna infatti tenere presente che nel campo del diritto amministrativo si usa fare riferimento ad una nozione di corruzione parzialmente diversa e sicuramente più ampia di quella penalistica: vi rientrano infatti tutte le forme di venalità, di illegalismo, di uso distorto di poteri e funzioni, che sono più esempi di grave malcostume che non fatti di corruzione in termini penalmente rigorosi. Sul concetto, MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Corruzione contro Costituzione, Percorsi Costituzionali*, 2012, 1-2, 15. A testimonianza del senso lato con cui è impiegato il termine, si noti che il CIVIT - antesignano dell’Autorità nazionale anticorruzione - faceva invece riferimento, in senso sostanzialmente analogo, al concetto di “integrità”. Senza voler troppo concedere alle suggestioni terminologiche, si può dire però che la scelta di estendere un concetto di origine penalistica a tutta una classe di condotte e di situazioni - la cui gravità e rilevanza nell’ordinamento è estremamente varia - potrebbe essere già indice di un approccio, quantomeno ideologico, che vede nella punizione latamente intesa la risposta principale a tali gravi fenomeni.

² Si veda, tra gli altri, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU Anti-corruption Report*, COM(2014) 38 final, Bruxelles, 3 febbraio 2014.

³ Per citare le più rilevanti: Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall’Assemblea generale dell’ONU il 31 ottobre 2003; i principi elaborati dall’OCSE, *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, OECD Publishing, Parigi, 2009; i rapporti generali

sporre un sistema complesso, in cui alle sanzioni penali propriamente dette si affianchino strumenti sanzionatori alternativi e tecniche di tutela non sanzionatorie, al fine dichiarato di *individuare, prevenire e combattere*⁵ tali forme di malcostume.

Se da un lato questa strategia si palesa anche come la più coerente con le indicazioni costituzionali in materia penale⁶, che qualifica il ricorso alla limitazione della libertà personale come *extrema ratio* dell'ordinamento, dall'altro, l'utilizzo in chiave integrata e senza una chiara soluzione di continuità di strumenti penali ed extra-penali⁷, solleva delicati problemi circa l'individuazione dei limiti entro i quali le garanzie previste dalla Costituzione stessa debbano trovare necessaria applicazione.

Obiettivo di questo breve scritto è di mettere in luce, in una prospettiva penalistica, gli aspetti più rilevanti della disciplina contenuta nell'articolo 32 e le relative criticità, soffermandosi in particolare sull'estensione dell'ambito di applicazione alle imprese sanitarie, quale banco di prova delle tensioni interne alla normativa e, più in generale, al rapporto tra il principio della difesa sociale e il principio di legalità⁸.

2. Le misure di straordinaria e temporanea gestione delle imprese

2.1. La disciplina

Le misure previste dall'articolo 32 del d.l. n. 90 del 2014 sono state pensate e introdotte sulla spinta delle vicende che hanno coinvolto i cantieri di Expo 2015, al fine di fornire alla nascente Autorità nazionale anticorruzione strumenti particolarmente incisivi per affrontare tale situazione, ed altre simili, in via d'urgenza. Si tratta pertanto di una disciplina dai contorni largamente discrezionali, che attribuisce ad autorità afferenti alla pubblica amministrazione

sull'attività del Gruppo GRECO, di cui l'ultimo pubblicato è quello relativo al 2017, GRECO, *Eighteenth general activity report (2017)*, 2018.

⁵ I principali studi sul tema sono stati riassunti efficacemente da MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative*, cit.

⁶ queste tre fasi è scandita l'azione raccomandata agli Stati Membri dalla *Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, adopted by the Council of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) on 23 May 1997*, C (97)123/FINAL.

⁷ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Utet, Torino, 1973, 15.

⁸ La tendenza era già stata individuata, anni or sono, da PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 4, 1021, che lucidamente ne metteva in luce pregi e rischi.

⁸ L'aspetto, ritenuto cruciale già da un Autore illustre come P. Nuvolone (NUVOLONE *Relazione introduttiva*, in *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno*, Milano, 1975, 15 e ss.) riemerge oggi in una dimensione nuova, e per molti versi insondata, alla luce della emersione di nuovi soggetti (Anac), nuove forme di criminalità, nuove categorie della responsabilità (responsabilità degli enti) e, infine, nuovi strumenti di lotta.

il potere di intervenire profondamente su imprese private, condizionandone la gestione in maniera più o meno ampia, al fine di neutralizzare il rischio di una eventuale infiltrazione criminale, garantendo al tempo stesso la corretta esecuzione del contratto⁹. Si tratta – come detto espressamente nelle seconde linee guida emanate da Anac e Ministero dell'interno¹⁰ – di strumenti che si pongono in un quadro di massima anticipazione sul piano della prevenzione. I presupposti che autorizzano l'adozione delle misure si danno in tre casi: Nell'ipotesi in cui l'Autorità giudiziaria proceda per alcuni reati di corruzione latamente intesa¹¹ (co. 1).

Nel caso di «rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto» (co. 1).

Qualora sia stata emessa un'informativa antimafia interdittiva nei confronti di un soggetto aggiudicatario di appalto, ma sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto – o la sua prosecuzione – al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, la salvaguardia dei livelli occupazionali o l'integrità dei bilanci pubblici (co. 10).

Per quanto la statuizione normativa presti il fianco a critiche a causa della scarsa intellegibilità di alcune espressioni¹², è chiaro che le situazioni cui si fa riferimento non presuppongono un accertamento in sede penale e che, per altro verso, la elencazione di reati contenuta al comma 1° non deve ritenersi tassativa¹³. Dubbio è invece se i fatti da porre a base della proposta debbano aver, almeno, dato luogo all'iscrizione da parte del p.m. di una notizia di reato. L'interrogativo riguarda cioè, da un lato, la necessaria rilevanza penale delle «situazioni anomale»¹⁴ – ben inteso anche al di fuori dell'elenco dei reati

⁹ Così Cons. St., sez. III, 27 novembre 2017, n. 5563.

¹⁰ ANAC-MINISTERO DELL'INTERNO, *Secondo linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, 28 gennaio 2015.

¹¹ I reati previsti sono quelli di cui agli articoli: 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p. 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p.

¹² In particolare, il secondo dei presupposti elencati è stato definito, con espressione icastica, «un florilegio di termini impropri, privi di ogni tradizione interpretativa o addirittura giuridicamente scorretti», SGUBBI, GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³ Questa è anche la lettura datane dall'Anac nelle prime linee guida in materia, ANAC-MINISTERO DELL'INTERNO, *Prime linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac-Prefetture-UGT e Enti Locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, adottate con Protocollo di intesa, 15 luglio 2014, par. 3.

¹⁴ Ad esempio, D'ANGELO, *Corte dei conti e nuove misure anticorruptive in materia di pubblici affidamenti*, in www.giustiziaamministrativa.it, ipotizza che anche un procedimento per responsabilità erariale

espressamente indicati, pena l'inutilità della previsione - e dall'altro la valutazione della loro "serietà" da parte della Autorità giudiziaria che abbia ritenuto, o meno, di iscrivere la notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. e di aprire delle indagini in proposito. Nonostante i primi commentatori si siano espressi in questo senso¹⁵ e la stessa Anac tenda a basare le proprie determinazioni su provvedimenti del giudice penale applicativi di misure cautelari, né la norma, né le linee guida adottate per chiarirne l'applicazione contengono chiare preclusioni¹⁶.

Il procedimento applicativo prevede due fasi distinte che, come precisato dall'Anac, dovrebbero articolarsi nell'ottica di una formazione progressiva e condivisa della decisione. Una prima fase spetta al Presidente dell'Autorità che - acquisita la notizia - se ritiene i fatti «gravi ed accertati» formula la proposta al Prefetto; una seconda ad opera di quest'ultimo che, valutata anch'egli la sussistenza dei presupposti, provvede all'applicazione di una delle misure. Nel caso in cui sia stata emessa una informativa antimafia interdittiva, le fasi si riducono ad una sola, poiché il Prefetto che ha emesso il provvedimento valuta di sua iniziativa se sussistono condizioni per l'adozione di una delle misure, dandone comunicazione al Presidente Anac.

Stante la evidente carenza di tassatività dei presupposti indicati nel comma 1°, l'attenzione degli interpreti si è focalizzata sulla formula «gravi ed accertati», nel tentativo di dare contorni più nitidi e circostanziati ai fatti che possono dare luogo alla adozione delle misure. Nonostante l'incisività dell'espressione, si deve tener presente che oggetto dell'accertamento non è necessariamente la condotta illecita, ma pur sempre l'elemento ritenuto sintomatico¹⁷. Ciò che da pregnanza alla valutazione è piuttosto la gravità dello stesso. In proposito, l'Autorità anticorruzione ha mostrato di voler dare una interpretazione garan-

(illecito contabile) pendente di fronte alla Corte dei Conti rientri tra i possibili presupposti. Propendono invece per la necessaria rilevanza penale dei fatti CANTONE, COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici: i commissariamenti per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di Nicotra, Torino, 2016, 80-81.

¹⁵ Così SGUBBI, GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, cit., 7, i quali rilevano come «sarebbe quanto meno contraddittorio ritenere che il Presidente dell'ANAC e il Prefetto possano applicare misure cautelari di tale rilievo per fatti giudicati non meritevoli di iscrizione nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p.».

¹⁶ I giudici amministrativi hanno, anzi, accreditato la soluzione opposta, precisando che il caso in cui siano rilevate situazioni sintomatiche «non presuppone un intervento della Autorità giudiziaria» (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 10 dicembre 2014, n. 12437).

¹⁷ Si noti, per altro, che la norma recita «accertati anche ai sensi dell'articolo 19, co. 5, lett. a)», il quale a sua volta fa riferimento alle mere segnalazioni da parte dei cosiddetti *whistleblowers*.

tista, raccogliendo i suggerimenti di quella dottrina che proponeva di ricollegare il requisito della gravità ai rigorosi canoni previsti dall'art. 273 c.p.p. per l'applicazione di misure cautelari¹⁸. I fatti posti alla base di una proposta di applicazione delle misure straordinaria gestione dovrebbero dunque avere uno spessore probatorio comparabile ai «gravi indizi di colpevolezza» richiesti in sede penale¹⁹.

Passando all'analisi del contenuto delle misure, sono previste tre diverse modalità di intervento, in funzione della gravità della situazione concreta.

Il Prefetto può, innanzitutto²⁰, ordinare la rinnovazione degli organi sociali, rimuovendo così il soggetto responsabile (comma 1°, lett. a)). La misura ripropone, in chiave autoritativa, una tipica misura di *self-cleaning*, come tale prevista anche nel sistema disegnato della legge 231 del 2001 e nel nuovo Codice dei contratti pubblici²¹.

Qualora l'impresa non si adegui, oppure direttamente nei casi più gravi, il Prefetto può provvedere alla temporanea e straordinaria gestione dell'impresa tramite uno o più amministratori di sua nomina, stabilendone la durata (co. 1, lett. b)). Questa seconda modalità di intervento è senza dubbio la più invasiva, in quanto prevede uno spossessamento dell'impresa, la sospensione dei poteri di tutti gli organi sociali ordinari ed una gestione per mano pubblica, per fini esclusivamente pubblicistici, di una impresa privata²². Al fine di limitarne l'impatto nei limiti strettamente necessari, l'Anac ha, sin da subito, prescelto una interpretazione della gestione straordinaria come limitata al solo contratto pubblico in relazione al quale la misura è stata adottata²³.

¹⁸ Così CANTONE, COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici*, cit., 81.

¹⁹ Così si legge nella *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a.*, 14 luglio 2014, 4.

²⁰ Va sin da subito notato come, sebbene la norma preveda l'applicazione della *rinnovazione degli organi sociali*, per così dire, "in via principale" e solo in via residuale delle altre due misure, queste risultano applicate molto più di frequente (per esempio, nell'anno 2017 l'Anac risulta aver proposto dodici volte l'applicazione della *straordinaria e temporanea gestione*, quattro volte l'applicazione del *sostegno e monitoraggio* e nemmeno una volta la *rinnovazione degli organi sociali*).

²¹ Tuttavia, in questo caso non sembra che sia prevista per l'impresa la facoltà di dissociarsi dall'«evento criminale», applicando in maniera autonoma misure analoghe (TAR Campania Napoli, sez. I, 18 febbraio 2016, n. 943); o, comunque, tali iniziative sono lasciate alla libera valutazione delle Autorità precedenti (cfr. *Decreto del Prefetto di Monza e della Brianza*, 08 luglio 2016, recentemente confermato da Cons. St., Sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93).

²² Come chiariscono in maniera inequivoca i co. 3 e 4 dell'art. 32 d.l. 90/2014. In particolare, il comma 4° definisce l'attività di temporanea e straordinaria gestione «di pubblica utilità ad ogni effetto».

²³ *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a.*, cit., p. 2. L'interpretazione restrittiva è stata poi avallata dal giudice amministrativo (*ex multis* Cons. St., sez. III, 30 dicembre 2017, n. 6195).

Infine, nel caso in cui i fatti rilevati non coinvolgano membri degli organi dotati dei poteri di amministrazione, ma altri soggetti apicali²⁴, è prevista una misura specifica detta «di sostegno e monitoraggio». Il prefetto nomina uno o più esperti che danno prescrizioni operative all'impresa al fine di ricondurla sui binari della legalità²⁵ (comma 8°).

2.2. Le ragioni di una riflessione penalistica sul tema

All'esito di questo breve excursus, in cui si è cercato di delineare i tratti principali del potere attribuito dall'art. 32 del d.l. 90 del 2014 al Presidente Anac e ai Prefetti, non risulta difficile comprendere l'interesse che questo strumento suscita in un'ottica penalistica.

La disciplina introduce, nell'ambito della lotta alla criminalità d'impresa e dei suoi costi in termini sociali, una forma di intervento particolarmente innovativa²⁶, che coniuga finalità tipicamente *penalistiche*, come la prevenzione dei reati corruttivi o delle infiltrazioni mafiose, ad obiettivi schiettamente *amministrativistici*, come la corretta esecuzione del contratto, afferenti al buon andamento della p.a., quando non alla politica sociale (si pensi all'accenno, fatto al co. 10, alla «salvaguardia dei livelli occupazionali»).

Il tema, già ordinariamente complesso²⁷, di quali siano i principi e i criteri sulla base dei quali indagare le misure «ablativo», ossia quelle in grado di incidere negativamente sulla sfera giuridica dei privati, risulta in questo caso partico-

²⁴ Così è stata interpretata la lettera del co. 8, che sconta un difetto di coordinamento con il co. 1. Si fa infatti riferimento ai «componenti di organi sociali diversi da quelli di cui al co. 1», dove però non è presente alcun riferimento ad organi sociali particolari. Cfr. *Seconde linee guida*, cit., par. 2.

²⁵ Le prescrizioni in particolare possono riferirsi «agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo» (co. 8). Non è precisato quali siano le conseguenze del mancato adeguamento alle prescrizioni da parte della impresa. L'Anac e il Ministero dell'Interno, (*Prime linee guida*, cit., par. 3; *Seconde linee guida*, cit., par. 2) hanno ritenuto che ciò costituisca una «situazione anomala» che permette di attivare le più intrusive misure di cui al comma 1, lett. a) e b) dell'articolo in questione. Senza dubbio tale lettura rafforza notevolmente il ruolo e l'incisività dell'operato dei consulenti. Tuttavia, l'interpretazione solleva qualche incertezza, soprattutto se intesa come volta ad introdurre conseguenze «automatiche». Infatti, quando la norma ha voluto rendere applicabile la misura più gravosa in caso di mancato ottemperamento di quella più lieve lo ha fatto espressamente, come previsto al comma primo tra le ipotesi a) e b).

²⁶ Sottolinea il cambio di prospettiva sotteso alla disciplina BARMANN, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 1, 78 e ss. Per una lettura che inserisce la norma in una più ampia tendenza evolutiva della politica criminale in materia di impresa GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁷ Tra le molte pagine che sono state scritte sul tema, si vedano PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa. I profili sistematici*, Milano, 1988; BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di De Acutis, Palombarini, Padova, 1984, 67.

larmente spinoso. La normativa in questione, infatti, si colloca non solo ai confini tra diritto penale e diritto amministrativo, ma altresì ai confini del concetto stesso di *sanzione*²⁸.

Il decreto legge n. 90 del 2014 ha introdotto nell'ordinamento strumenti che non si collocano né nel solco delle misure cautelari o sanzionatorie adottabili dall'Autorità giudiziaria nei confronti degli enti; né in quello delle misure di prevenzione prefettizie, quali le interdittive antimafia; né, infine, nel solco tradizionali poteri di autotutela delle pubbliche amministrazioni o nel regime delle cause di esclusione obbligatorie previste dal codice degli appalti. Dalle prime differisce innanzitutto per i soggetti, che in questo caso appartengono, pur sempre, alla pubblica amministrazione e non alla magistratura; dalle seconde si discosta perché non pare volto ad esigenze *generali* di difesa sociale, quanto, piuttosto, funzionale alla tutela del singolo contratto di appalto; quanto all'esercizio di un potere di autotutela da parte delle pubbliche amministrazioni, questo porterebbe ad uno scioglimento del rapporto contrattuale, non mai ad un provvedimento di tale incisività sulla sfera privata come la presa in gestione dell'impresa incriminata.

Tuttavia, l'articolo 32 coniuga aspetti ed elementi provenienti da tutti questi modelli. Come è stato osservato, più in generale, per i poteri sanzionatori delle Autorità indipendenti, «in un simile quadro, la sanzione-misura si rivell[a] *polifunzionale*»²⁹, senza che sia possibile prestabilire criteri di prevalenza tra i suoi scopi, almeno finché l'Autorità titolata non abbia esercitato il potere nel caso concreto, selezionando uno (o più) dei possibili significati³⁰. Di modo che, inquadrarne il regime, anche a scopo di critica, risulta estremamente complesso.

In questa congerie di incertezze, un elemento appare indubitabile. Gli strumenti di cui si discute trovano il loro presupposto nella commissione di fatti che – sebbene non consistano (quasi mai³¹) in un *reato* accertato in giudizio – tuttavia preludono, alludono o presuppongono la commissione di illeciti penali. Almeno in questo senso, oltre che per loro oggettiva attitudine afflittiva, le misure di straordinaria e temporanea gestione rientrano a pieno titolo nell'ambito della *politica criminale* di lotta alla corruzione e, come tali, meri-

²⁸ Il concetto di sanzione ha una ampiezza estremamente variabile a seconda delle ricostruzioni, per una lettura in senso stretto PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit.; propone invece una impostazione più onnicomprensiva BOBBIO, *Sanzione* (voce), in *Nss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 530.

²⁹ RIONDATO, ZANCANI, *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative*, 2003, 5, disponibile sul sito www.riondato.com.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ In caso di responsabilità penale accertata con sentenza passata in giudicato, è anzi sorto il dubbio, risolto positivamente, circa l'applicabilità della disciplina (Cons. St., Sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93).

tano uno studio approfondito in prospettiva penalistica.

Infatti, nel momento in cui si afferma³², correttamente, la rilevanza strategica di prospettive di contrasto all'illegalità integrate - «amministrativo/penali e preventivo/repressive»³³ - è fondamentale anche provvedere ad un'adeguata riflessione sulle condizioni ed i limiti di una tale operazione. In mancanza, si corre infatti il rischio che il correlativo amministrativo/penali e preventivo/repressive, invece di rappresentare i due fronti di un intervento coordinato, venga letto come un ambiguo sincretismo tra modelli opposti³⁴. A favore di un intervento amministrativo che affianchi e anticipi l'intervento del giudice penale militano indubbie ragioni di efficienza, la quale rischia però di guadagnare i suoi spazi in quelli lasciati vuoti dal ritirarsi delle garanzie di libertà. Il rischio è perciò quello di accreditare una visione in cui il binomio efficienza/garantismo è legato da un rapporto di proporzionalità inversa³⁵.

Una analisi complessiva e puntuale dei temi evocati va evidentemente oltre le forze di questo lavoro, che si concentrerà invece su tre aspetti della normativa contenuta nell'articolo 32 del d.l. 90/2014, riletta anche alla luce della sua estensione alle imprese sanitarie avvenuta con la legge di stabilità 2015 e della prima applicazione della stessa all'Ospedale Israelitico di Roma. Il primo aspetto concerne il rapporto tra legislatore ed Autorità anticorruzione nell'esercizio del potere normativo; il secondo concerne invece l'ambito di applicazione, ossia i *fatti* ed i *soggetti* cui le misure si rivolgono; infine, si cercherà di indagare quale sia la struttura e quali le funzioni, del potere attribuito al Presidente Anac e ai Prefetti.

Prima di procedere in questo senso, è però opportuno inquadrare brevemente il tema della corruzione nell'ambito sanitario nel nostro Paese, fornendo almeno alcune brevi indicazioni circa la situazione sulla quale le misure di

³² Il riferimento è alla nota evoluzione che, a partire dal piano internazionale (Convenzione OCSE, 1997, Convenzione ONU, 2003), sovranazionale (Convenzione CE, 1997; Costituzione del gruppo GRECO, Strasburgo, 1999); ed infine nazionale (legge 6 novembre 2012, n.190) ha portato al superamento di un approccio esclusivamente repressivo nella lotta alla corruzione, in favore di una strategia complessa, in cui il momento della prevenzione, attuato soprattutto tramite dispositivi di natura amministrativa, si affiancasse e precedesse l'intervento del giudice penale. Per una approfondita analisi, anche comparatistica, sui termini di questa evoluzione *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e di contrasto*, a cura di Scomparin, Torino, 2016.

³³ Il binomio è tratto da PALAZZO, *Corruzione: per una disciplina integrata ed efficace*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 10, 1177.

³⁴ Tali rischi sono ben avvertiti dalla dottrina penalistica, vedi RIONDATO, ZANCANI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 4.

³⁵ Sul punto è canonico il rimando a PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, cit., 1027; così come a SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss.

sostegno e monitoraggio sono chiamate ad incidere.

3. L'estensione delle misure al settore sanitario

3.1. Corruzione in sanità.

Recenti indagini hanno stimato in 6 miliardi il costo annuo della corruzione nell'ambito sanitario in Italia; cifra che crescerebbe fino a 23 miliardi, se dai fatti di rilevanza penale si estendesse lo sguardo al più vasta galassia della cosiddetta *maladministration*³⁶. Il Presidente dell'Anac Raffaele Cantone ha, peraltro, ammonito dal cedere ad un «approccio scandalistico» che si fonda su stime poco attendibili e soprattutto scarsamente verificabili³⁷. Pur avendo coscienza dell'affidabilità più che relativa delle indagini sulla «corruzione percepita», che collocano la sanità al secondo posto – dopo l'edilizia – nella classifica³⁸ dei settori a più alto tasso corruttivo, non si può negare che l'ambito si presti facilmente, per certe sue caratteristiche strutturali, ad essere teatro di comportamenti opportunistici quando non di condotte penalmente rilevanti³⁹. Vale la pena di notare sin da subito come l'alto livello di rischio, nei due ambiti – edilizia e sanità – ritenuti più sensibili, appaia dovuto a fattori paradossalmente opposti. Nell'ambito delle costruzioni, il maggior numero di casi giurisprudenziali riguarda i contratti di subappalto, attività caratterizzata da un basso tasso di innovazione, da un elevato impiego di manodopera con qualifiche di base e da ingenti flussi di denaro. Al contrario, l'attività sanitaria si caratterizza per un alto livello di complessità, impiegando personale altamente qualificato e necessitando di strumentazione sofisticata e, quanto più possibile, all'avanguardia.

Un grado considerevole di complessità crea facilmente asimmetrie informative, non solo nei rapporti tra SSN e cittadini, ma altresì nei rapporti interni: tra soggetti chiamati a prendere le decisioni e soggetti che avrebbero il dovere di controllarle, tra SSN e imprese private convenzionate. L'esistenza di rilevanti asimmetrie informative, come è noto nella teoria economica, costituisce un potenziale fattore di condizionamento delle scelte ed apre la porta a comportamenti opportunistici difficili da individuare.

A ciò si deve aggiungere un ulteriore elemento che, per quanto banale, con-

³⁶ Dati riportati dalla ONG Transparency International nel suo rapporto *Corruzione e sprechi in sanità*, novembre 2013, su www.transparency.it.

³⁷ www.quotidianosanita.it.

³⁸ *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e di contrasto*, a cura di Scomparin, Torino, 2016, 68.

³⁹ Sul tema, vedi anche il recente documento pubblicato dall'Istituto per la promozione dell'etica in sanità (Ispe) *L'anticorruzione possibile, un decalogo per la sanità*, disponibile sul sito www.ispe-sanita.it.

diziona in maniera rilevante la geometria dei rapporti di forza all'interno del settore: la centralità del diritto alla salute. Da un lato si avrà a che fare con una domanda tanto urgente quanto "debole" da parte dei cittadini, che si pongono nella condizione specifica di pazienti bisognosi di cure, o come familiari degli stessi, e non genericamente di "utenti", come spesso li si rappresenta. Dall'altro la peculiare discrezionalità medica, riconosciuta al professionista sanitario nelle scelte clinico-assistenziali di sua competenza e che, per quanto potenzialmente foriera di opacità o di diseconomie, continua a risultare un valore irrinunciabile.

Tenute a mente queste peculiari caratteristiche, che rendono l'approccio al tema della lotta alla corruzione in ambito sanitario particolarmente complesso, l'Autorità nazionale anticorruzione ha provveduto ad individuare, all'interno del Piano nazionale anticorruzione⁴⁰, alcune "Aree di rischio" suscettibili di dare luogo ad episodi di *maladministration*, scorretta gestione delle risorse, influenzabilità da parte di interessi esterni o corruzione vera e propria.

Tra le aree di rischio dette specifiche⁴¹, in quanto non comuni ad altri rami della p.a., rientrano i rapporti tra libera professione e attività ospedaliera, da cui possono sorgere conflitti d'interesse nella gestione delle liste d'attesa o nella programmazione degli interventi, e la gestione dei decessi avvenuti *intra moenia*, che - circostanza singolare - può essere oggetto di lucrosi accordi con le imprese addette alle pompe funebri. I due nodi che più interessano in questa sede sono, però: quello riguardante la prescrizione o l'acquisto di farmaci, dispositivi e altre tecnologie mediche e quello che concerne i rapporti del SSN con le strutture private accreditate.

Quanto al primo⁴², si tratta di un punto di incontro particolarmente sensibile tra l'autonomia professionale del medico all'atto della prescrizione ed i relevantissimi interessi economici delle imprese produttrici, le quali rivestono tutt'ora un ruolo di primo piano nell'organizzazione delle attività congressuali e di formazione per la classe medica, nonché nel finanziamento della ricerca. L'accreditamento di strutture private che forniscono cure ed assistenza per conto del Servizio Sanitario Nazionale, è uno strumento che consente di far fronte, con l'ausilio di mezzi privati, alle necessità di aree geografiche in cui le

⁴⁰ ANAC, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, delibera n. 12 del 28 ottobre 2015; vedi anche, ad integrazione, *Aggiornamento 2016 al PNA*, delibera n. 831 del 3 agosto 2016, 79 e ss.

⁴¹ *Aggiornamento 2015 al PNA*, cit., 46.

⁴² *Ivi*, 48; particolarmente rilevanti sul punto anche le *Linee guida n. 8 - Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*, delibera n. 950 del 13 settembre 2017.

strutture pubbliche presenti non sono in grado di servire adeguatamente tutta la popolazione. I corrispettivi per le cure prestate in regime di convenzione sono - naturalmente - a carico del SSN.

Il rapporto tra il Servizio Sanitario Nazionale e le imprese private non viene costituito a seguito di una procedura di gara, come quelle prescritte dal Codice dei contratti pubblici per l'aggiudicazione degli appalti di servizi; ma attraverso un sistema di autorizzazioni, cui segue, in presenza di determinati requisiti ed in coerenza con il fabbisogno del territorio, l'accreditamento istituzionale da parte della Regione. Ulteriormente a valle si situano gli *accordi contrattuali*, che danno vita al rapporto di convenzione e ne disciplinano le modalità di esecuzione; questi sono stipulati dalle singole Asl, in coerenza con la programmazione regionale, con le strutture private preventivamente autorizzate e accreditate⁴³.

Per un corretto governo di questo strumento è necessario non solo che venga correttamente stimata, al momento di attivare le convenzioni, l'utenza di cui non possono farsi carico le strutture pubbliche, ma altresì che vengano disposti efficaci controlli sui livelli qualitativi delle prestazioni, sul numero, la tipologia, i tempi e i costi degli interventi, al fine di evitare frodi alla pubblica amministrazione o danni alla salute dei pazienti. In merito, il PNA raccomanda⁴⁴ che le attività ispettive siano condotte da personale specificamente formato e soggetto a rotazione, che siano svolte con modalità esecutive omogenee e che particolare attenzione sia prestata alla redazione del verbale.

Qualcosa in questo protocollo non deve aver dato i frutti sperati se all'Ospedale Israelitico di Roma, la notizia dell'arrivo degli ispettori veniva accolta con la frase - facile a fissarsi nell'immaginario del lettore - «...facciamo un po' di Cinecittà!».

3.2. Le misure *ex art. 32* applicate alle imprese sanitarie: analisi della norma.

Al fine di risolvere la grave situazione che si sarebbe ingenerata nella sanità romana nel caso in cui, di fronte alle gravi condotte emerse in sede penale, la regione avesse deciso di revocare o di sospendere il provvedimento di accreditamento in virtù del quale l'Ospedale Israelitico forniva prestazioni sanitarie in convenzione, il legislatore ha provveduto in via di urgenza ad estendere l'ambito di applicazione delle misure di straordinaria e temporanea gestione,

⁴³ Più esattamente il procedimento è previsto dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, in particolare agli artt. 8-*ter* (autorizzazioni), 8-*quater* (accreditamento), 8-*quinquies* (accordi contrattuali).

⁴⁴ *Ibidem*.

intervenendo chirurgicamente (è il *sense of humor* dell'Anac⁴⁵) sull'articolo 32 del d.l. 90 del 2014.

L'articolo 3 del decreto legge 13 novembre 2015, n. 179 si è infatti limitato ad interpolare il testo, aggiungendo qua e là i riferimenti alle imprese che interessava disciplinare, senza, a parere di alcuni commentatori, porre troppa attenzione sulle peculiari caratteristiche del settore, in cui il rispetto dei principi generali di contabilità deve confrontarsi con la tutela della salute dei cittadini; nonché sulla struttura dirigenziale e proprietaria di un ente ospedaliero, che si discosta non poco da quella di una impresa ordinaria⁴⁶.

Al comma 1 dell'art. 32, accanto alla «impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture» è stata inserita anche la «impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502». Si è già detto che tali accordi sono quelli che, intervenendo tra una struttura preventivamente accreditata e l'Asl di riferimento, regolano nello specifico la fornitura di servizi sanitari per conto e a carico del SSN.

Il co. 2-*bis* specifica che, nel caso in cui si ritenga di disporre la misura della gestione straordinaria di una impresa sanitaria convenzionata, il decreto prefettizio è adottato di concerto con il Ministro della salute e che gli amministratori sono scelti tra persone di acclarata professionalità esperienza nell'ambito della sanità.

Una disposizione che sembra invece disegnare un regime specifico per l'applicazione delle misure nel caso di accordi contrattuali con SSN, è stata inserita in chiusura dell'articolo, al co. 10-*bis*. Si prevede che in tali casi le misure «si applicano ad ogni soggetto privato titolare dell'accordo, anche nei casi di soggetto diverso dall'impresa, e con riferimento a condotte illecite o eventi criminosi posti in essere ai danni del Servizio sanitario nazionale». Dal una parte si ha quindi una estensione dei possibili destinatari del decreto prefettizio, dall'altra invece si precisa che i fatti previsti dal comma 1, per legittimare l'adozione della misura, devono essere posti in essere ai danni del SSN.

I commentatori e la stessa Anac⁴⁷, hanno notato come quella

⁴⁵ ANAC, *Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione dell'Ospedale israelitico di Roma*, 30 novembre 2015, 1.

⁴⁶ Sottolinea i dubbi sulla opportunità di estendere un intervento pensato per la gestione degli appalti pubblici ordinari ad un settore così peculiare DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La gestione straordinaria e temporanea delle strutture sanitarie accreditate con il s.s.n. [servizio sanitario nazionale]*, in *Nuove Autonomie*, 2017, fasc. 1, 191.

⁴⁷ Parla di tecnica legislativa «non certamente raffinata» la *Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione dell'Ospedale israelitico di Roma*, cit., 3.

dell'interpolazione non fosse probabilmente la tecnica legislativa più adatta ad estendere l'applicabilità di questi poteri ad un settore tanto peculiare e delicato come quello delle cure sanitarie, specie ove rese in regime di servizio pubblico. Per altro, anche le specificazioni che il legislatore si è preoccupato di aggiungere al comma 10-*bis*, non dissipano questi dubbi e sembrano volte più a garantire ampio margine di azione alle autorità chiamate ad applicarlo, che non a fornire effettive precisazioni o ad istituire un regime specifico.

Questi aspetti critici sono meglio comprensibili alla luce della natura emergenziale e, in certo senso, contingente, dell'intervento legislativo, di cui si dirà appresso.

4. Peculiarità e criticità della disciplina alla luce della prima applicazione.

4.1. Interventi emergenziali e ruolo dell'Anac: una chiosa di politica legislativa.

L'estensione dell'applicabilità delle misure straordinarie di gestione alle imprese sanitarie convenzionate è avvenuta, lo si è già detto, per far fronte ad una situazione contingente: lo scandalo che ha investito l'Ospedale israelitico di Roma nell'autunno del 2015, a seguito dell'ordinanza di applicazione di misure cautelare emessa dal GIP presso il Tribunale di Roma, nei confronti di molti soggetti appartenenti ai vertici amministrativi e sanitari dell'ospedale, nonché di alcuni medici, dipendenti ed infermieri. Che il decreto sia stato adottato per ovviare alla situazione specifica ed in via emergenziale è confermato per altro dalla stessa Anac, nel documento con cui propone al Prefetto il commissariamento dell'Ospedale stesso.

A ben vedere, già l'adozione del d.l. n. 90 del 2014, e dell'articolo 32 in esso contenuto, era dovuta alla necessità di risolvere un'altra situazione di "emergenza": il completamento di Expo 2015 entro i tempi previsti, nonostante i gravi episodi di corruzione che avevano coinvolto diversi cantieri.

Si può dunque dire che, quella dell'emergenza, sia una cifra che connota la normativa nel suo complesso. Tanto il primo, quanto il secondo intervento, faticano ad essere letti come frutti di una politica criminale coerente, apparendo piuttosto una risposta contingente, ma destinata a stabilizzarsi, alle esigenze del momento.

Non si tratta di una novità nel panorama legislativo italiano, anzi, un grande studioso come M. Sbriccoli¹⁸ ne parlava come di uno dei caratteri originari del diritto penale post-unitario, nato con il peccato originale della lotta al brigant-

¹⁸ SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del Sistema penale italiano*, in, *Storia d'Italia. Annali*, vol. XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di Violante, Torino, 1998, 487.

taggio. Al fine di risolvere situazioni di cui il sistema non appare in grado di farsi carico in via ordinaria, sulla spinta dell'urgenza, si attribuiscono poteri eccezionali, si ammettono deroghe ai principi, si costituiscono doppi binari.

Ma quella dell'occasione per cui sono state adottate, non è l'unico tratto che unisce le norme contenute nell'articolo 32 alle *leggi emergenziali* di cui scrive Sbriccoli. Titolare del potere di iniziativa è un soggetto, l'Anac - o meglio il suo Presidente -, che si pone strutturalmente *extra-ordinem*, nel senso che non fa parte a pieno titolo, come tutte le autorità indipendenti, di uno dei tre classici poteri dello Stato; o piuttosto, pur facendo parte della pubblica amministrazione, assomma in sé anche poteri propri del potere legislativo e dell'Autorità giudiziaria⁴⁹. Le misure sono espressamente definite «eccezionali», benché la disposizione non chiarisca come debba intendersi questa loro «eccezionalità». Inoltre, esse sono destinate ad operare nei confronti di «soggetti ritenuti pericolosi, sospetti, o magari colpevoli, ma senza che se ne [sia] potuta provare la responsabilità»⁵⁰.

Ritornando alla natura contingente dell'intervento normativo, potrebbe stupire l'intento di applicarla ai fatti stessi che ne hanno sollecitato l'introduzione e perciò evidentemente antecedenti al suo ingresso nell'ordinamento. Per regola generale il cittadino dovrebbe essere in grado di prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni, soprattutto quando queste incidono negativamente sulla sua sfera giuridica. A fare da discriminare in questo caso non è tanto la natura penale o amministrativa della norma, essendo l'irretroattività stabilita in via generale dall'articolo 11 delle Preleggi. Piuttosto, come sostanzialmente, anche se non esplicitamente, ha ritenuto il giudice amministrativo⁵¹ davanti al quale la questione è stata sollevata, in questo caso non ci troviamo di fronte ad una legge che stabilisca delle conseguenze giuridiche per dei fatti commessi, quanto piuttosto ad una norma che attribuisce un mero potere, i cui presupposti sono così vaghi e così labili, da non essere affatto rilevanti nel giudizio sulla applicabilità temporale: il potere si esercita secondo il principio "*tempus regit actum*".

Una ulteriore conseguenza, forse la più rilevante, attiene ai rapporti tra il po-

⁴⁹ La riunione in capo ad un solo soggetto di poteri dello Stato tradizionalmente separati pare essere una caratteristica strutturale delle cosiddette autorità indipendenti, di cui l'ANAC sarebbe un esempio paradigmatico. Sul punto, GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto*, in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di Nicotra, Giapichelli, Torino, 2016, 9 e ss. Esprime un punto di vista più critico D'ALTERIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 4, 436 e ss.

⁵⁰ SBRICCOLI, op. cit., 489.

⁵¹ Cons. St., Sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93.

tere legislativo che pone le norme e le autorità - o meglio l'Autorità - che sono chiamate a darne applicazione. Il testo dell'articolo 32 si espone severe critiche per la vaghezza e l'imprecisione con cui vengono descritti, non solo i presupposti, ma anche il contenuto delle misure, i soggetti cui si applicano, il procedimento, le finalità, i rapporti con altri strumenti simili o assimilabili presenti nell'ordinamento. La maggioranza dei commentatori⁵² è concorde nel ritenere che la norma sia afflitta da un grave deficit di tassatività, difficilmente compatibile con il principio di legalità che dovrebbe regolare l'agire di ogni autorità amministrativa. Ciò è tanto più vero ove si abbia a che fare con misure di sicura afflittività, che taluni⁵³ non esitano a ricomprendere nella nozione di "materia penale" elaborata dalla Corte Edu.

L'Autorità anticorruzione è però intervenuta a fare chiarezza, fornendo interpretazioni, precisazioni e indirizzi, tanto con lo strumento - ormai consueto - delle linee guida⁵⁴, quanto nei preamboli delle proposte rivolte ai Prefetti. In particolare, essa ha proposto una lettura restrittiva e garantista dei presupposti di applicazione, ricollegandoli alle norme processual-penalistiche che regolano l'adozione di misure cautelari: i fatti potranno essere considerati rilevanti solo ove abbiano acquisito una consistenza oggettiva ed un loro "spessore probatorio"⁵⁵.

Questo, pur lodevole, sforzo integrativo-esplicativo comporta che i limiti e le garanzie entro i quali deve essere esercitato il potere, non discendono direttamente dalla legge, ma sono pur sempre *concessi* dalla benevolenza del titolare del potere. La legge fornisce così un "palinsesto" più che un testo, che l'interprete-attuatore completa e precisa. Anzi, quello della scarsa qualità del prodotto legislativo, finisce per trasformarsi in un argomento per dilatare le possibilità di chiarificazione e integrazione⁵⁶.

Il fenomeno, osservabile chiaramente nei diversi atti emanati dall'Autorità in questi anni, ha due conseguenze principali. In primo luogo, le opzioni interpretative proposte, non discendendo direttamente dalla legge, sono da inten-

⁵² Così SGUBBI, GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, cit.; GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti: un rimedio adeguato al male?*, in www.igitalia.it, NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici - Principali aspetti critici dell'istituto*, in *Dir. economia*, 2017, 139.

⁵³ Così SGUBBI, GUERINI, op. cit., 2; GIAMPAOLINO, op. cit., 5.

⁵⁴ Sul tema, ad oggi, se ne contano quattro, le prime due di carattere generale, le terze dedicata al tema dei compensi da corrispondere ai commissari e le quarte alle misure applicate alle imprese che esercitano attività sanitaria.

⁵⁵ Così, *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a.*, cit., 4.

⁵⁶ Si veda in proposito la *Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione dell'Ospedale israelitico di Roma*, cit., che si apre proprio con una dichiarazione sull'imperizia del legislatore.

dersi come linee guida tendenziali, non rigidamente stabilite e sempre aperte ad eventuali eccezioni⁵⁷ - come dire *eius est abrogare cuius est condere*⁵⁸. In secondo luogo, una volta resi mobili i confini del testo, il soggetto titolare del potere è anche in grado di travalicarli. Legittimato dal suo ruolo e dall'imperizia del legislatore dell'emergenza, l'interprete colma le lacune che riscontra nella disposizione, in *bonam* ma, se necessario, anche in *malam partem*⁵⁹.

Queste dinamiche, che qui abbiamo sottolineato, sono già state descritte⁶⁰ e si inscrivono nella più generale crisi che ha investito il principio di legalità negli ordinamenti contemporanei⁶¹.

All'interno di una disciplina che incide in maniera profonda sugli assetti delle imprese e sulle libertà individuali, però, queste tendenze appaiono di non poco momento. In questo caso non vengono infatti in rilievo "speciali competenze tecniche", o altre delle circostanze che solitamente legittimano

⁵⁷ Non si dimentichi che l'Anac, appartenendo pur sempre al potere esecutivo, è assai più sensibile di un giudice alle esigenze (non necessariamente politiche, ma) di "governo della realtà".

⁵⁸ Per un esempio si veda la *Proposta* di cui alla nota 55, in cui dopo aver ricordato che «di questa parte della disposizione [quella riguardante i presupposti], questa Autorità ha dato un'interpretazione garantista, in forza della quale il Presidente dell'ANAC potrà avanzare al prefetto competente la richiesta delle misure straordinarie *solo allorché emergano fatti illeciti che integrano gli estremi dei delitti specificamente indicati nel comma 1*» (corsivo mio), si precisa, con apparente contraddizione, che tuttavia «l'indicazione delle fattispecie delittuose non dovesse essere considerato un *numerus clausus*» e che dunque l'imputazione per il reato di truffa ai danni dello Stato può ben dar luogo alla applicazione delle misure.

⁵⁹ Un esempio di questa tendenza ha riguardato la destinazione degli utili d'impresa, accantonati ai sensi del comma 7 dell'art. 32. La norma chiarisce la funzione cautelare dell'accantonamento, precisando che esso è disposto «sino all'esito dei giudizi in sede penale», di modo che qualora il giudice penale nulla disponga, l'utile dovrebbe essere svincolato dall'accantonamento e rientrare nella disponibilità dell'impresa. Contrariamente a queste attese, le *Seconde linee guida*, 18-20, risolvono il problema disponendo che - salvo il caso di proscioglimento - nel caso in cui il giudice nulla disponga o un procedimento penale non vi sia affatto, le somme accantonate siano attribuite alla stazione appaltante. È evidente che la soluzione si allontana parecchio dal dato testuale, conferendo all'accantonamento valore sanzionatorio autonomo rispetto alla funzione cautelare prevista dal co. 7. L'interpretazione di questa norma, pur rimanendo chiaramente estensiva, è stata affinata e resa più equa nelle *Quinte Linee Guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32 del decreto legge 90/2014*, elaborate sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato, in particolare del Parere n. 706/2018, reso nell'adunanza della Commissione speciale dell'11 maggio 2018.

⁶⁰ Sulle dinamiche della soft law in generale, si rinvia alla nota critica di BIN, *Soft law, no law* in, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di Somma, Giappichelli, Torino, 2009, 31 e ss. Sul tema più specifico degli atti di soft law adottati dall'Anac nel settore degli appalti pubblici DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul tema, invece, del rapporto tra soft law e diritto penale si può fare riferimento a BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di Somma, cit., 1 e ss.

⁶¹ Cfr. VOGLIOTTI, *Legalità* (voce), in *Enc. Dir., Annali*, VI, 2013, 371 e ss.

l'attribuzione di ampi poteri normativi alle autorità indipendenti⁶². Lo spazio lasciato - implicitamente - alle determinazioni dell'Anac, comporta invece scelte politiche di primo piano, che riguardano la definizione delle strategie di politica criminale e l'individuazione degli interessi pubblici a tutela dei quali limitare la libertà di impresa⁶³.

Questi aspetti saranno ripresi più avanti, quello che interessa evidenziare a questo punto è che nell'epoca del *diritto penale incerto ed efficace* la norma «nasce come manufatto semilavorato»⁶⁴. Spetta poi ad altri soggetti il compito di completarla e precisarla: nel nostro caso, il destinatario della norma stessa.

4.2. L'ambito di applicazione: situazioni anomale, condotte illecite, eventi criminali.

I fatti che legittimano l'adozione di una delle misure di cui ci si occupa sono indicati, come detto, al co. 1 dell'articolo 32. Essi possono essere suddivisi in due categorie: da un lato vi è la circostanza che l'Autorità giudiziaria proceda per uno dei delitti elencati; dall'altro si situano invece le "situazioni anomale", sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali attribuibili ad un'impresa. Mentre nel primo caso il presupposto è di natura formale e consiste nell'apertura delle indagini per determinate ipotesi di reato da parte del Pubblico Ministero, nella seconda ipotesi il presupposto è piuttosto di natura fattuale e può derivare dai riscontri di autonome attività investigative dell'Autorità anticorruzione. Le distanze, in realtà, si attenuano se si considera che, ragionevolmente, anche i riscontri delle indagini del Pubblico Ministero dovranno essere sottoposti al vaglio che consente di applicare le misure solo in presenza di *fatti* accertati e gravi e che, d'altro canto, l'Autorità ha mostrato di procedere di preferenza sulla base di un provvedimento del Giudice penale e non di accertamenti svolti da essa in maniera "solitaria".

Di fatto, dunque, il riferimento a "situazioni anomale" è valso, più che ad indicare una diversa modalità procedurale per l'individuazione dei fatti-presupposto, ad ampliare (senza limiti?) il ventaglio delle ipotesi di reato che possono essere considerate rilevanti ai fini dell'applicazione delle misure,

⁶² Cfr. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto*, cit. Si noti che, al contrario di altri casi in cui il ruolo di normazione secondaria è esplicitamente affidato all'Autorità dal legislatore, in questo ambito l'intervento, di fatto normativo, dell'Anac non sia affatto previsto dalla legge.

⁶³ A questo proposito merita sottolineare che mentre le *linee guida* sono finora adottate d'intesa con il Ministro dell'Interno, o con il Ministro della Salute, i preamboli delle proposte rivolte al Prefetto, in cui pure si fanno rilevanti precisazioni interpretative, sono di provenienza esclusiva dell'Anac.

⁶⁴ SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., 1194.

svolgendo di fatto il ruolo di *norma di chiusura* che garantisce una elasticità potenzialmente onnicomprensiva al potere propositivo dell'Anac. L'opzione interpretativa trova una conferma alla luce del nuovo comma 10-*bis* relativo alle imprese che operano sulla base di un accordo contrattuale con il Servizio sanitario nazionale. Come si è visto, la disposizione precisa che le misure si applicano con riferimento a «condotte illecite ed eventi criminali posti in essere ai danni del servizio sanitario nazionale». Il presupposto pare dunque essere unitario e fare riferimento ai concetti di *condotta illecita* e di *evento criminale*, al di fuori di ogni elencazione che non abbia funzione meramente esemplificativa.

Tale lettura ha trovato riscontro nella proposta di applicazione della gestione straordinaria all'Ospedale israelitico di Roma e nel conseguente provvedimento del Prefetto di Roma. Riprendendo una ipotesi già prospettata con riferimento alla formulazione originaria della norma⁶⁵, il Presidente Anac ha ritenuto che l'elencazione di delitti cui al comma 1 non possa essere considerato un *numerus clausus*, ben potendovi rientrare anche altri titoli di reato, come la truffa ai danni dello Stato o di enti pubblici (art. 640 c.p.). La precisazione introdotta al co. 10-*bis*, circa gli eventi criminali posti in essere *ai danni del Servizio sanitario nazionale*, sarebbe dunque un «implicito, ma chiaro riferimento»⁶⁶ al reato di cui all'art. 640, co. 2, n. 1 del codice penale. Proprio al reato di truffa faceva riferimento l'ordinanza applicativa di misure cautelari emessa dal GIP presso il Tribunale di Roma, basandosi sul quale il Prefetto di Roma disponeva nel dicembre 2015 la straordinaria gestione del noto ospedale romano⁶⁷.

Si assiste dunque ad un progressivo ampliamento della rosa dei titoli di reato che possono condurre all'applicazione delle misure, condotta attraverso la valorizzazione dei concetti di *condotta illecita*, *evento criminale* e da ultimo di *evento criminale posto in essere ai danni del Servizio sanitario nazionale*.

Volendo tralasciare i - pur corretti - rilievi sulla dubbia compatibilità di tali espressioni con il principio di legalità che, anche in ambito amministrativo (art. 23 Cost.), impone un certo livello di precisione normativa⁶⁸, e sulla man-

⁶⁵ *Prime linee guida*, cit., 6.

⁶⁶ *Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione dell'Ospedale israelitico di Roma*, cit., 4.

⁶⁷ Decreto del Prefetto di Roma, 2 dicembre 2015.

⁶⁸ Sebbene non si possa predicare la necessaria tassatività delle disposizioni sanzionatorie extra-penali (BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., 70), non di meno la costituzione richiede che i presupposti per l'esercizio del potere siano sufficientemente determinati. Come è stato correttamente rilevato, non avrebbe senso riservare al legislatore la previsione delle fattispecie, se queste potessero essere costruite in maniera tanto lasca da lasciare spazio ad integrazioni o interpretazioni del

canza di ogni referente giuridico per le espressioni utilizzate dal legislatore⁶⁹, quel che interessa sottolineare è un dato che emerge da una lettura, anche superficiale, dei presupposti enucleati dalla disposizione: il referente – che, come detto, si può considerare unitario – è costituito da fatti, situazioni e circostanze che rimandano al concetto di reato. Rimandano, appunto, perché non coincidono affatto con il concetto disegnato dal codice penale ed elaborato dalla dottrina, costituito da un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, imputabile ad uno o più soggetti ed accertato all’esito di un procedimento penale. Quanto all’accertamento giudiziale, esso è necessariamente incompatibile con strumenti che si pongono in un’ottica di «massima anticipazione sul piano della prevenzione». A sua volta la tipicità dei fatti è superata dal riferimento a «situazioni» in cui le condotte puntuali sfumano l’una nell’altra. Del resto, se non è definito *esternamente* l’elenco delle fattispecie criminose che possono venire in rilievo – caratteristica comune sembra essere piuttosto l’offesa (potenziale) all’imparzialità e al buon andamento della p.a., ovvero l’essere realizzati «in danno del Servizio sanitario nazionale» – sarebbe velleitario richiedere una rigorosa separazione *internamente*, cioè tra una fattispecie e l’altra.

Si assiste dunque ad uno sfaldamento del concetto, che diviene tanto evanescente che è impossibile stabilirne i confini ed il significato⁷⁰. Tant’è vero che ad esso si può fare riferimento con termini diversi, senza che il contenuto sostanziale cambi: «situazioni anomale», «condotte illecite» «eventi criminali». Quali conseguenze ciò possa avere sul diritto di difesa, è di tutta evidenza. Particolarmente incerti sono poi i criteri di ascrizione della responsabilità o, meglio, dei fatti rilevati. La norma fa riferimento ad eventi criminali «attribuibili» all’impresa. Gli studiosi non hanno mancato di notare come, allo stato attuale della legislazione, non esista alcun evento criminale che sia possibile attribuire giuridicamente ad un’impresa⁷¹. Lo stesso d.lgs 8 giugno 2001, n. 231, che ha introdotto nel nostro ordinamento un parziale superamento del principio secondo cui *societas delinquere non potest*, parla di responsabilità

tutto libere (PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 140).

⁶⁹ SGUBBI, GUERINI, *L’art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, cit., 2.

⁷⁰ In uno scritto sul tema del *Reato come elemento del reato*, G. Morgante (MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, Torino, 2013, 9) rinveniva il contenuto minimo del concetto nel significato di “notizia di reato”. Nel caso limite rappresentato dall’articolo in oggetto, “notizie di reato” sono invece quelle indicate nella prima parte co. 1, la più puntuale, mentre la seconda fa riferimento a concetti dal contenuto descrittivo ancor più impalpabile. Naturalmente lo scritto si riferiva all’ambito del diritto penale e non a quello del diritto amministrativo, ma non si vede come il concetto di reato possa rimandare ad altro ambito che a quello.

⁷¹ *Ibidem*.

amministrativa da reato che è cosa diversa dalla “attribuibilità” di un crimine e che si fonda su presupposti suoi propri⁷². Inoltre, come è noto, la disciplina si riferisce agli enti collettivi e non alle imprese *tout court*.

Più conferente con la norma in commento sembra essere l’art. 85 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice Antimafia), in cui si individuano i soggetti sottoposti alla verifica antimafia. L’applicazione in via analogica di questa disposizione permetterebbe di stabilire con un minimo di certezza i confini soggettivi delle indagini dell’Anac e, correlativamente, di introdurre un elemento di coerenza nella normativa, dal momento che l’adozione di una informativa antimafia interdittiva funge da presupposto alternativo per l’adozione delle misure.

L’indagine sui confini soggettivi della disposizione ci conduce però ad affrontare un altro tema controverso, ovvero quello dei destinatari delle misure in commento.

4.2.1. Segue: i destinatari.

Sin dalle prime applicazioni, i giudici amministrativi⁷³ hanno avuto modo di rilevare come uno dei profili di maggiore complessità ed incertezza della disciplina contenuta nell’articolo in commento derivasse dal numero dei soggetti coinvolti; non solo il Presidente Anac ed il Prefetto, ma anche la stazione appaltante di riferimento ed il giudice investito del procedimento penale, i diversi poteri dei quali si intrecciano e si sovrappongono in nodi non facili da sciogliere. La situazione ha raggiunto un grado di complessità ulteriore a seguito dell’estensione della norma alle società che operano in base ad un accordo contrattuale con il SSN. Ai soggetti considerati in precedenza bisogna aggiungere in questo caso le regioni, che non solo dispongono l’accreditamento delle strutture private, ma, in quanto soggetti responsabili della spesa sanitaria nell’ambito territoriale di competenza, concorrono altresì a stabilire il budget da attribuire a ciascuna impresa⁷⁴.

L’estensione delle misure alle imprese che operano in ambito sanitario ha però portato alla luce un ulteriore profilo che in precedenza non aveva attirato l’attenzione dei commentatori: quello dei soggetti destinatari. Nell’ambito degli appalti pubblici, in effetti, l’individuazione dell’impresa titolare del contratto non solleva particolari incertezze, se non quelle, di cui si è già detto,

⁷² Per quanto riguarda la rilevanza, ai fini dell’articolo 32, di eventuali misure di *self-cleaning* adottate dall’impresa al fine di dissociarsi dal reato, vedi quanto detto a nota 21.

⁷³ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 10 dicembre 2014, n. 12437; Cons. St., sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630.

⁷⁴ D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 8-*quinquies*.

legate alla ascrizione dei fatti incriminati all'entità "impresa"⁷⁵. Al contrario, nel settore più specifico della prestazione di cure sanitarie, non operano soltanto società a scopo di lucro o imprese individuali, ma anche fondazioni, associazioni riconosciute e non riconosciute od altri enti in capo ai quali la qualifica di imprenditore può dar adito a controversie⁷⁶.

Al fine di evitare tali incertezze, il legislatore ha ritenuto di precisare al co. 10-*bis* che le misure sono applicabili anche «nei casi di soggetto diverso dall'impresa». L'unico criterio di collegamento è individuato nella titolarità di un accordo contrattuale, di cui all'articolo 8-*quinquies* del decreto legislativo n. 502/1992, con il Servizio sanitario nazionale. La rilevante portata affittiva dei provvedimenti prefettizi avrebbe forse dovuto far propendere per una interpretazione rigorosa di tale elemento, trattandosi appunto dell'unico discrimine in grado di delineare dal lato passivo i potenziali destinatari dei provvedimenti stessi.

Di parere opposto è stata però l'Anac che, in sede di prima applicazione, ha dato una interpretazione piuttosto lata e sostanzialistica del requisito. All'interno della *Proposta* più volte citata⁷⁷, dopo aver precisato che utilizzando il termine «accordi contrattuali» il legislatore ha voluto fare riferimento ad una categoria «volutamente generica», si afferma l'operatività della disciplina persino in assenza di uno specifico accordo contrattuale che legasse l'Ospedale Israelitico e la Asl di riferimento. Nel caso di specie infatti, la Regione Lazio seguiva la prassi di assegnare i budget annuali alle strutture accreditate, per poi stipulare gli accordi contrattuali solo dopo la metà dell'anno in corso; cosa che per il 2015 non è avvenuta, cosicché, al momento dell'applicazione della misura, l'Ospedale Israelitico risultava operante in assenza di un accordo di cui art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/1992⁷⁸.

Al fine di superare una situazione di grave crisi, e per certi versi paradossale, l'Anac ha scelto di privilegiare una interpretazione non letterale dell'articolo

⁷⁵ Una problematica analoga si è però posta sotto il profilo della applicabilità delle misure all'impresa titolare di una concessione di servizi: il comma 1 dell'art. 32 cita infatti il solo «concessionario di lavori pubblici». La controversia è stata risolta dal giudice amministrativo, che ha riconosciuto espressamente l'applicabilità in via analogica della disposizione (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 10 dicembre 2014, n. 12437; TAR Campania, Napoli, sez. I, 18 febbraio 2016, n. 943).

⁷⁶ Per la verità la dottrina commerciale è oramai concorde nel ritenere che né la forma con cui si esercita una attività di impresa, né l'esistenza di uno scopo di lucro valgono ad escludere la qualifica di imprenditore, quando l'attività sia condotta con metodo economico e rispecchi gli altri tratti delineati dall'art. 2082 del codice civile. Sul punto CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 1, VII, Torino, 2013, 79 e ss.

⁷⁷ *Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione dell'Ospedale israelitico di Roma*, cit., 3.

⁷⁸ *Ivi*, 7-8.

32, ritenuto applicabile a «qualsivoglia ipotesi»⁷⁹ di rapporto tra privati accreditati e SSN. La conseguenza di una tale scelta, pur comprensibile nel caso concreto, è quella di erodere ulteriormente i già deboli confini disegnati dal legislatore, privilegiando – una volta di più – una lettura in termini di *effettività* dell'intervento a scapito dell'esigenza di disegnarne con chiarezza i confini.

4.3. Struttura e Finalità.

Il tema della *natura* delle misure in commento è stato probabilmente quello che più ha sollecitato riflessioni, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁸⁰. Dalla soluzione prescelta discende infatti la possibilità di rinvenire un regime giuridico “tipico”, quando non costituzionalmente imposto, alla luce del quale svolgere una adeguata comparazione critica.

Varie sono le letture fornite in proposito: alcuni hanno voluto leggere i nuovi strumenti come misure di natura cautelare⁸¹, altri ne hanno proposto senz'altro l'inquadramento all'interno delle misure di prevenzione⁸², altri ancora hanno preferito sottolinearle la chiara funzionalizzazione alla tutela degli interessi pubblici di natura amministrativa legati al singolo contratto di appalto⁸³.

Ciascuna di queste letture coglie aspetti rilevanti della disciplina, ma non pare in grado di fornirne una descrizione complessiva. Per giungere ad un inquadramento il più possibile aderente ai dati normativi e, al tempo stesso, suscettibile di un utilizzo in chiave critica, è opportuno partire da una analisi delle

⁷⁹ *Ivi*, 3.

⁸⁰ La giurisprudenza amministrativa appare compatta nell'affermarne la natura amministrativa e non sanzionatoria (Cons. St., n. 5563/2017, cit.), ma non mancano riconoscimenti della funzione cautelare e preventiva (Cons. St., n. 93/2018, cit.) o addirittura di «misure cautelari di polizia, preventive e prescrittive» (TAR Napoli, n. 943/2016, cit.).

⁸¹ Così SGUBBI, GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, cit., *passim*. Pare tuttavia che tale funzione, più che investire la disciplina nel suo complesso, sia propria del solo accantonamento dell'utile di impresa che, ai sensi del comma 7° deve essere disposto, anche in via presuntiva, nei casi di gestione straordinaria, al fine di evitare che l'impresa “rea” tragga un indebito vantaggio dalla disposta misura (cfr. sul punto Cons. St., n. 5563/2017, cit.).

⁸² TORANO, *Prime considerazioni sulle misure amministrative di gestione temporanea e straordinaria, sostegno e monitoraggio delle imprese nell'ambito del contrasto della corruzione e della criminalità organizzata*, in *GiustAmm.it*, 2015, fasc. 2, 18.

⁸³ Così GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa*, cit., il quale sottolinea come, al contrario strumenti simili – in particolare il commissariamento ex art. 15, d.lgs. 231/2001 e, aggiungiamo noi, ex art. 34 e 34 bis, d.lgs. 159/2011 – la natura *ad contractum* della misura, connotandone ampiezza e durata, porti ad escludere una più ampia finalità di prevenzione speciale o “terapeutica”. Tuttavia, vale la pena di notare che questa osservazione, senza dubbio calzante per la straordinaria gestione, non è suscettibile di essere estesa alla rinnovazione degli organi sociali, né alla misura del sostegno e monitoraggio, che per loro natura coinvolgono l'intera attività imprenditoriale.

finalità delle misure⁸⁴.

Come è già stato accennato, i poteri attribuiti all'Anac (e ai Prefetti) dall'art. 32 si pongono in una prospettiva nuova rispetto alla disciplina delle cause di incompatibilità contenuta nel Codice dei contratti pubblici o a quella delle interdittive antimafia. Nella lettura che emerge dai lavori preparatori⁸⁵, lo scopo sarebbe quello di coniugare la tutela della imparzialità della pubblica amministrazione a quella del buon andamento della stessa. A parte le perplessità che può sollevare la scelta di realizzare un simile connubio tra (spesso) opposte esigenze scaricandone tutti i costi, anche in termini di possibili errori, sull'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico⁸⁶, la lettura non sembra reggere ad una analisi più approfondita. Il principio di imparzialità non implica infatti solo la garanzia della legalità penale dell'agire amministrativo, ma anche, ed anzi in primo luogo, l'equidistanza dai soggetti terzi che entrano in contatto con la pubblica amministrazione ed una corretta valorizzazione degli interessi legittimi di cui sono portatori. In questa ottica è congeniato il funzionamento delle cause di esclusione dettate dal Codice dei contratti pubblici e, persino, delle informazioni interdittive antimafia: al ricorrere di situazioni di illegalità - accertata o presunta, a dire il vero - l'amministrazione recide il rapporto con l'impresa "incriminata" e l'appalto viene affidato all'impresa seconda classificata. Al contrario, la presente normativa non si preoccupa di garantire la correttezza della gara ed i legittimi interessi delle altre imprese partecipanti, come sarebbe proprio di un intervento volto a ristabilire quell'imparzialità amministrativa che era stata fraudolentemente inclinata a favore dell'impresa collusa. Come chiarito lucidamente dal Consiglio di Stato in uno dei primi interventi sul tema, «la soluzione legislativa adottata con la normativa in questione - piaccia o no - ha qualificato come recessivo l'interesse delle imprese partecipanti alla gara a subentrare nel contratto, rispetto al primario interesse pubblico all'esecuzione di opere pubbliche considerate urgenti»⁸⁷.

⁸⁴ Questo è, del resto, l'approccio seguito dall'Autorità anticorruzione e da gran parte della giurisprudenza amministrativa che, astenendosi dal classificare le misure, hanno preferito chiarirne le funzioni (cfr. *Prime linee guida*, cit., par. 3; *Seconde linee guida*, cit., par. 1; Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630; Cons. St., n. 5563/2017, cit.).

⁸⁵ Intervento del relatore On. Fiano, Commissione Affari Costituzionali, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni (I)*, 1° luglio 2014, 39.

⁸⁶ Vale la pena di ricordare che i compensi degli amministratori e degli esperti sono posti a carico dell'impresa (co. 6 e 9), i quali non rispondono di eventuali diseconomie se non in caso di dolo o colpa grave (co. 4), e tutti gli utili sono accantonati così che all'impresa non derivi alcun vantaggio dalla prosecuzione del rapporto (comma 7).

⁸⁷ Cons. St., Sez. III, 20 gennaio 2015, n. 143.

Più aderente al dettato legislativo è la lettura fornita dall'Anac, secondo la quale l'art. 32 del d.l. 90/2014 è volto a fare sì che, in presenza di fatti gravi e con potenziali ricadute penali, venga preservato l'interesse pubblico sotteso alla realizzazione del contratto⁸⁸. I due elementi sembrerebbero ad un primo sguardo inconferenti o per lo meno non necessariamente correlati⁸⁹. La (sospetta) commissione di un reato non impedisce di per sé la corretta esecuzione del contratto, così come una cattiva o mancata esecuzione può verificarsi anche in assenza di reati. L'affermazione va dunque correttamente intesa, a pena di trasformare i presupposti indicati al comma 1° in mera *quantité négligeable* per procedere ad un sostanziale esproprio temporaneo, senza indennizzo⁹⁰.

Non sono i reati per i quali procede l'Autorità giudiziaria a mettere direttamente a repentaglio gli interessi pubblici connessi alla gara. Piuttosto da essi sorge la necessità di intervenire al fine di evitare la commissione di illeciti ulteriori; per evitare però che quest'intervento si risolva in una frustrazione degli interessi pubblici sottesi al contratto, l'articolo 32 permette all'Anac di intervenire con modalità che consentano la prosecuzione del contratto.

Si possono dunque distinguere, per lo meno a livello logico, due momenti e, correlativamente, due delibazioni: la prima, sulla necessità di intervenire per recidere il rapporto tra l'impresa sospettata di condotte illecite e la stazione appaltante; la seconda sull'opportunità di mantenere comunque il rapporto, questa volta in un «regime di legalità controllata»⁹¹ e a fini esclusivamente d'interesse pubblico.

Le misure in questione coniugano dunque in uno due tipologie di intervento, di prevenzione *ante delictum* e di limitazione della libertà d'impresa a fini di utilità pubblica. Questa dicotomia, è chiaramente riscontrabile nella modalità applicativa prevista al comma decimo, dove il Prefetto, dopo aver ritenuto necessario emettere una informativa antimafia interdittiva, valuta l'opportunità di procedere al commissariamento.

Naturalmente dall'accostamento si potrebbero anche trarre conclusioni opposte, valorizzando le differenze tra le due ipotesi previste rispettivamente al

⁸⁸ Così, pur con termini e sfumature diverse *Prime linee guida*, cit., par. 3; *Seconde linee guida*, cit., par. 1.

⁸⁹ La necessaria connessione logica tra violazione e sanzione non viene infatti meno nel caso di misure anticipatorie, se è vero che scopo di queste ultime è di «costringere un recalcitrante all'osservanza di una norma che altrimenti sarebbe stata violata», ripresentandosi come connessione tra presupposti e finalità. Sul punto PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa. I profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988, 3 e BOBBIO, *Sanzione* (voce), in *Nss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 530.

⁹⁰ Paventa il rischio TORANO, *Prime considerazioni*, cit., 18.

⁹¹ Così Cons. St., n. 5563/2017, cit.

co. 1 e al co. 10. È stato rilevato come l'adozione delle misure ad iniziativa del Prefetto sarebbe volta ad arginare l'effetto delle interdittive in termini di paralisi aziendale, caratteristica che difetterebbe nelle misure adottate ai sensi del co. 1 e che comporterebbe la totale autonomia delle due ipotesi⁹².

Tuttavia, le indicazioni che giungono dalla prassi applicativa paiono volte a minimizzare tali differenze e favorevoli ad una ricostruzione unitaria della fattispecie normativa. Nella *Proposta* relativa all'Ospedale Israelitico si legge, appunto, che l'applicazione delle misure è volta a prevenire l'adozione, a seguito dell'emersione di fatti corruttivi, di provvedimenti preventivi ad effetto revocatorio o decadenziale⁹³. In un'altra occasione, il giudice amministrativo ha ritenuto sostanzialmente interscambiabili i due presupposti, riformulando ai sensi dell'articolo 32, co. 1, un provvedimento che il Prefetto di Roma aveva adottato ai sensi del co. 10⁹⁴. Le misure previste dall'articolo 32 finiscono dunque per porsi all'interno del *genus* degli strumenti di contrasto anticipato alla corruzione, dai quali si distingue per la peculiare caratteristica di consentire la continuazione del contratto "incriminato"⁹⁵.

Se la ricostruzione proposta è corretta, si possono allora svolgere alcune critiche al dettato normativo. La legittimità di ogni intervento preventivo nella lotta alla criminalità - come anche nel caso di specie si è cercato di dimostrare - sta non tanto nella prova o nel sospetto di illeciti già commessi, quanto nella probabile commissione di illeciti futuri, da cui deriva la necessità di un intervento ai fini della difesa sociale: la valutazione di *pericolosità*. Un giudizio pronostico di questo tipo, che fonda la *necessità* e, quindi, la *legittimità* dell'intervento, non è affatto previsto dalla norma, che si limita ad indicare tra i presupposti la probabile e già avvenuta commissione di reati. L'unica valutazione di proporzionalità che è dato rinvenire riguarda la graduazione delle

⁹² Così CANTONE, COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici*, cit., 84-85.

⁹³ *Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione dell'Ospedale israelitico di Roma*, cit., p. 2. A riprova del fatto che la necessità di applicare le misure non deriva dalla realizzazione di "eventi criminali", quanto piuttosto dalla necessità di contrastarli o, meglio, di prevenirne di ulteriori.

⁹⁴ TAR Lazio, Roma, sez. II, 10 dicembre 2014, n. 12437.

⁹⁵ La stessa Anac affianca la misura della "straordinaria e temporanea gestione" ai provvedimenti adottabili dal giudice ai sensi degli art. 9 e 45 del d.lgs. 231/2001 e a quelli che possono essere disposti nel corso del procedimento di prevenzione (art. 34 d.lgs. n. 159/2011); la cifra distintiva della prima risiederebbe nell'essere limitata al singolo contratto e non all'intera attività dell'impresa (*Secondo linee guida*, cit., 5-6.). Attenta dottrina ha rilevato come tale lettura meriterebbe di essere ridiscussa alla luce degli orientamenti giurisprudenziali secondo cui anche il giudice penale, nel disporre il commissariamento, deve tener conto della *frazionabilità* delle attività dell'impresa, quale corollario del principio di *proporzionalità* (GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa*, cit., 15).

misure, da farsi secondo la gravità dei fatti ed il grado di coinvolgimento dell'impresa. È evidente come si tratti di un giudizio di che si colloca in un momento successivo alla valutazione circa necessità dell'intervento stesso⁹⁶.

In secondo luogo, occorre porre l'attenzione sul secondo dei due momenti individuati. La specificità dei poteri previsti dall'articolo 32 del d.l. 90/2014 sta nella possibilità, rispetto ad altri strumenti di prevenzione della corruzione, di attuare una forte limitazione della libertà d'impresa, permettendo di gestire a fini esclusivamente pubblici - e senza alcun vantaggio per il privato - beni ed organizzazione aziendali. La misura va perciò iscritta nella cornice costituzionale dell'articolo 41⁹⁷, il quale ammette limitazioni alla libertà d'impresa, purché proporzionate e funzionali alla tutela di interessi superiori, quali l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà o la dignità umana, la cui esatta individuazione è rimessa, entro i confini delle indicazioni costituzionali, alla scelta politica del legislatore⁹⁸.

Ora, se è vero che - come afferma la stessa Anac - le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio sono adottate «in esercizio di un potere conformativo e limitativo della libertà di iniziativa economica, nell'intento di salvaguardare interessi pubblici di rango superiore», è altrettanto vero che la norma non chiarisce affatto quali siano tali interessi.

Una indicazione più precisa può rinvenirsi all'interno del comma decimo, che però letteralmente si riferisce solo all'ipotesi in cui le misure siano adottate dal Prefetto di sua iniziativa; tuttavia la previsione, stante il silenzio della prima parte dell'articolo sul punto, potrebbe essere suscettibile di una estensione, in via analogica, anche ai casi in cui sia il Presidente Anac a prendere l'iniziativa⁹⁹. Il comma citato configura la prosecuzione del rapporto contrattuale come strumento per tutelare interessi tassativamente elencati dalla norma, ossia la «continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti

⁹⁶ Se si tiene a mente la tripartizione tradizionale del test di proporzionalità, è evidente come la valutazione circa la necessità dell'intervento sia del tutto pretermessa. Di ciò sembra essere cosciente l'Autorità anticorruzione quando, dopo aver classificato i presupposti indicati al comma 1° come *fumus boni iuris*, afferma che «il secondo presupposto - solo in parte qualificabile come una sorta di *periculum in mora* - è collegato alla graduazione di gravità del fatto accertato che consente di optare per l'una o l'altra delle due misure» (ANAC, *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a.*, cit., p. 5).

⁹⁷ Così NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa*, cit., 139.

⁹⁸ Così LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 141 e ss.

⁹⁹ Propone questa soluzione BARMANN, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche*, cit. La stessa Autorità anticorruzione sembra però suggerire una interpretazione unitaria, quando nel commentare il co. 10 afferma «anche in questo caso la previsione risulta chiaramente preordinata al perseguimento di ben individuati interessi pubblici che non si identificano nella mera ultimazione della prestazione oggetto dell'appalto» (*Secondo linee guida*, cit., par. 1).

fondamentali», «la salvaguardia dei livelli occupazionali» e, infine, «l'integrità dei bilanci pubblici».

Il primo obiettivo non solleva particolari interrogativi, in quanto il legislatore ha voluto fare riferimento ai casi in cui l'appalto concerne l'erogazione di prestazioni essenziali per la collettività, che permettono ai cittadini di esercitare o salvaguardare diritti di primaria rilevanza in termini costituzionali, quali la libertà di circolazione o il diritto alla salute¹⁰⁰.

La salvaguardia dei livelli occupazionali è stata interpretata in maniera restrittiva dall'Autorità anticorruzione, che ha inteso riferirla solo a quei casi in cui la rottura del rapporto contrattuale comporterebbe la perdita di un numero rilevante di posti di lavoro, finendo per incidere sul livello di persone occupate in un determinato settore o contesto geografico, escludendo invece che la si possa intendere come volta a proteggere posizioni sostanzialmente individuali¹⁰¹. Così intesa la «salvaguardia dei livelli occupazionali» rientra perfettamente nel concetto di utilità sociale indicato in Costituzione.

Qualche dubbio solleva invece il riferimento alla «integrità dei bilanci pubblici»¹⁰². Nonostante l'esigenza rientri chiaramente tra gli interessi pubblici¹⁰³, intesi come propri della pubblica amministrazione e dello Stato più in generale, risulta difficile, farla rientrare nel concetto di utilità sociale, salvo il caso di lesioni macroscopiche, che si riverserebbero pur sempre sulla collettività in via mediata¹⁰⁴.

La ricostruzione proposta ha trovato, del resto, alcuni riscontri nella prassi. L'Autorità anticorruzione ha mostrato di ritenere rilevanti, al fine di orientare la propria discrezionalità, i fini indicati dal legislatore al comma decimo. Tali fini, pur formalmente riferiti alla sola ipotesi in cui il Prefetto agisca di sua iniziativa, sono espressamente richiamati nella *Proposta*, più volte citata, concernente il noto ospedale romano. Che l'intervento in ambito sanitario e su una impresa di così vaste dimensioni coinvolga valutazioni sulla tutela dei li-

¹⁰⁰ ANAC, *Seconde linee guida*, cit., par. 1.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² L'Autorità ha voluto leggerlo come riferito non solo ai costi ulteriori che la stazione appaltante avrebbe a sopportare da una rinnovazione della gara, ma anche ad eventuali riduzioni delle entrate fiscali, purché risultanti in un danno immediato e diretto alla finanza pubblica (*Seconde linee guida*, cit., par. 1).

¹⁰³ Sottolinea la distinzione tra interesse pubblico ed utilità sociale LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., 126.

¹⁰⁴ Un esempio di questa discrasia è dato dal commissariamento di una società autorizzata all'esercizio dei cosiddetti "giochi pubblici" (*Proposta di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione della M. Slot srl*, 13 aprile 2017). Mentre è evidente l'interesse finanziario dello Stato a non interrompere una attività fruttuosa come i giochi e le scommesse, risulta difficile qualificare la continuità di tale attività in termini di *utilità sociale*, se non in via così mediata da risultare assai poco selettiva.

velli occupazionali e sulla garanzia del diritto alla salute non desta meraviglia. Quel che sorprende è piuttosto la scelta dell'Anac, che pare trasparire dalla lettura del provvedimento, di “mettere a sistema” tali elementi, inserendoli in un quadro più ampio. L'esigenza di «evitare danni rilevanti sia sotto il profilo occupazionale, sia sotto il profilo delle possibili prestazioni sanitarie a favore di una vasta platea di utenti» vengono infatti indicati come fini generali e criteri di legittimazione dell'estensione normativa nel suo complesso. Il riferimento, in chiave legittimante, alla rilevanza generale dei fini indicati al comma decimo, non implica però ancora un riconoscimento circa la *prescrittività* della elencazione, come invece si è voluto suggerire in queste pagine.

In conclusione, la norma, per apparire coerente¹⁰⁵ tanto su un piano logico quanto su un piano ordinamentale, dovrebbe prevedere due successivi scrutini: il primo, cui non si fa alcun cenno nel testo, riguarda la necessità di intervenire per impedire la reiterazione di illeciti; il secondo riguarda l'opportunità di mantenere il rapporto contrattuale, questa volta sotto il controllo pubblicistico, al fine tutelare interessi di rango superiore e coerenti con il dettato dell'articolo 41 della Costituzione.

Tale riconoscimento dovrebbe provenire dal legislatore, onde evitare fenomeni di - benevolo, quanto potenzialmente instabile - *self-restraint* da parte dell'organo titolare del potere, a proposito dei quali si è già avuto modo di argomentare¹⁰⁶.

5. Conclusioni.

La centralità della lotta alla corruzione, in particolare nel settore degli appalti pubblici, come frontiera attuale di evoluzione del diritto penale non sembra possa essere revocata in dubbio. Si è detto diritto penale, ma sarebbe più cor-

¹⁰⁵ Anche senza voler trarre conseguenze sulla compatibilità costituzionale della disciplina, si può affermare che la scelta di introdurre strumenti polifunzionali e in grado, quanto più possibile, di garantire un alto livello di efficienza su più fronti - nel nostro caso la prevenzione degli illeciti ed il raggiungimento dei fini sottesi agli appalti pubblici - comporta necessariamente un certo grado di incoerenza rispetto ai principi propri di ciascun settore del diritto. Cfr. PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 113 e ss. sul tema, in buona parte affine, delle misure amministrative interdittive.

¹⁰⁶ Il fatto che la norma sia stata formulata in termini estremamente ampi e non fornisca indicazioni in grado di selezionare le situazioni rilevanti non significa, come si è cercato di dimostrare, che l'Autorità anticorruzione non si sia interfacciata con tali questioni. Ad ulteriore riprova, si tenga presente che, mentre nel primo anno e mezzo (07/2014 -12/2015) i casi di applicazione hanno superato i quaranta, negli anni successivi si sono ridotti all'ordine della decina (10 nel 2016 e 16 nel 2017; i dati sono disponibili sul sito www.anticorruzione.it). A meno di ipotizzare la sostanziale sconfitta della corruzione nell'ambito degli appalti pubblici, ciò significa che le valutazioni discrezionali circa la *necessità* dell'intervento vengono comunque compiute, selezionando solo le situazioni che, per impatto o per gravità, legittimano un intervento incisivo e anticipato: semplicemente la selezione non avviene sulla base di criteri legislativamente predeterminati.

retto parlare di *politica criminale*, ossia quell'insieme di interventi, svolti anche attraverso strumenti diversi da quelli del diritto penale classico, coordinati e diretti all'obiettivo del contrasto alla criminalità. Le misure di cui ci si è occupati, non rientrano infatti, a pieno titolo, nel novero delle sanzioni penali; presentano tuttavia spiccati caratteri di afflittività, sono volte, seppure non in via esclusiva, a combattere fenomeni criminali e si ricollegano nei loro presupposti alla commissione di reati o di condotte affini. Proprio in tali aspetti si colloca la natura di "frontiera" di sviluppo del potere punitivo dello Stato, di evoluzione delle strategie di lotta alla criminalità.

Come è emerso da queste pagine – ma l'argomento è ampiamente noto – la strada perseguita negli ultimi decenni dal legislatore italiano è stata quella di sviluppare contro la corruzione, una strategia complessa, valorizzando gli strumenti della prevenzione nell'ottica di una insufficienza della mera risposta repressiva. Tale sviluppo ha però rivelato le sue zone d'ombra nel proliferare di interventi spesso settoriali, dettati dall'urgenza o dalla necessità di fornire risposte "sacrificali", quanto a basso costo, a domande di sociali provenienti dalla cittadinanza¹⁰⁷.

Quello del rapporto tra interessi sociali e lotta alla criminalità è un rapporto complesso, che trova nel settore degli appalti pubblici la sua rappresentazione più evidente. Per tale ragione, uno strumento come quello previsto dall'articolo 32 del d.l. n. 90/2014, che tenta di coordinare i due obiettivi, pur non sottraendosi alle critiche che derivano proprio dalla polifunzionalità – e dunque dalla potenziale ambiguità – dell'intervento, emerge come decisamente innovativo.

Nel settore sanitario, in particolare, la necessità di tutelare un bene di assoluta rilevanza costituzionale come il diritto alla salute si intreccia strettamente con le esigenze di lotta alla corruzione, di modo che l'opportunità di intervenire anche con misure che invasive della libertà di impresa non può essere revocato in dubbio.

Cionondimeno persistono molteplici ambiguità, aggravatesi con l'estensione della disciplina alle imprese che operano in ambito sanitario, e che sono relative alla definizione dei presupposti, alla individuazione dei destinatari, alla ascrizione delle responsabilità, alla determinazione degli interessi da tutelare: tutti aspetti cruciali per poter giudicare il merito della normativa e la sua coerenza sistematica.

Particolarmente illuminante è, a questo proposito, la lettura della *Proposta* di

¹⁰⁷ Tendenza invece tutt'altro che nuova, additata già anni addietro da BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., 14.

commissariamento dell'Ospedale Israelitico di Roma, la quale rappresenta il documento più recente in ordine di tempo in cui l'Autorità propone la *sua* lettura della normativa e l'applicazione che intende dare ai poteri che ne derivano. Sono emersi alcuni assestamenti di cui si è cercato di rendere conto, quali una interpretazione sempre più unitaria della normativa, che tende ad attribuire valore generale anche prescrizioni particolari al fine di valorizzare il senso complessivo e la coerenza della disposizione. Si è cercato di mettere in luce come ciò non sia sufficiente a ridurre le ambiguità che caratterizzano la disposizione, e anzi, come gli spazi di incertezza così aperti abbiano la tendenza ad espandersi al contatto con la prassi.

Questi rilievi consentono di fare, in sede conclusiva, un'ultima notazione. Il d.lgs. 231/2001, figlio assai criticato benché lungamente atteso della lotta alla criminalità economica, era legato ad una visione para-penalistica delle strategie sanzionatorie, all'interno della quale i principi da tempo elaborati in materia penale venivano estesi, pur con qualche flessione, a forme di responsabilità amministrativa. Gli strumenti introdotti dall'articolo 32, al pari di altri, sembrano invece inaugurare una nuova stagione di politica criminale¹⁰⁸. L'accento posto da più parti sull'insufficienza dell'intervento *ex post* del giudice penale, per sua natura rigido e "puntiforme", e sull'esigenza di rafforzare invece la lotta alla corruzione dal versante della prevenzione, hanno favorito l'introduzione di un cospicuo numero di misure che, senza rinunciare all'aspetto repressivo, realizzano una decisa anticipazione della soglia di tutela. Si tratta di interventi quasi del tutto svincolati, non solo dai principi e dalle garanzie elaborate in materia penale, ma anche da quelle previste in via generale per le sanzioni amministrative dalla l. 24 novembre 1981, n. 689¹⁰⁹.

Il riferimento va alle previsioni più o meno recenti contenute nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia) dalle interdittive prefettizie (articolo 84) alle ipotesi di amministrazione giudiziaria (articolo 34) o di controllo giudiziario delle aziende (articolo 34-*bis*). L'applicabilità di queste disposizioni è recentemente stata estesa, unitamente al vasto *genus* delle misure di prevenzione, ai reati di matrice corruttiva.

Come è stato rilevato da autorevoli studiosi, si tratta di una pluralità di strumenti che presenta «zone di confine di incerta definizione e zone di sovrapp-

¹⁰⁸ Così GUERINI, *Diritto penale e appalti pubblici: una liaison dangereuse*, su www.penalecontemporaneo.it (scheda introduttiva all'omonimo convegno tenutosi all'Università di Bologna il 29 giugno 2016); in proposito si veda altresì l'*excursus* di RENZETTI, *La responsabilità degli enti per corruzioni e infiltrazioni criminali negli appalti in Italia*, in *Corruzione e infiltrazione criminale negli appalti pubblici*, a cura di Scomparin, Torino, 2016, 145 e ss.

¹⁰⁹ Sui quali vedi PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 133 e ss.

posizione vera e propria, con esiti a volte paradossali»¹¹⁰. Un sistema siffatto, costruito spesso sulla base di scelte legislative episodiche e dettate dalla forza dell'emergenza – vera o presunta – finisce per risultare deficitario proprio sul versante di quell'efficienza, che per prima ne aveva consigliato l'adozione. Efficienza che, nell'ambito delle misure afflittive, significa, pur sempre, ottenere il massimo risultato punendo il meno possibile.

La scelta di valorizzare strumenti alternativi alla sanzione penale, che impediscano o rendano più difficile, piuttosto che punire, la realizzazione di condotte illecite, appare non solo legittima, ma addirittura imposta dalla Carta Costituzione, la quale disegna per lo strumento penale uno *status* specifico ed un ruolo di risorsa estrema dell'ordinamento nella difesa della società. Tuttavia, tale disegno richiede, per la sua realizzazione, uno sforzo da parte del potere legislativo nel progettare una politica criminale che deve essere tanto più coerente, quanto più aspira ad essere complessa e a dotarsi di strumenti differenti, dei quali è imprescindibile chiarire limiti e funzioni. La mancanza di un tale sforzo non può risolvere il rinnovamento che nel suo contrario: un'inefficienza in cui, ai costi di infiltrazioni criminali mai debellate, si aggiungono i rischi di poteri afflittivi moltiplicati e imprevedibili.

¹¹⁰ PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, 4, 265.