

QUESITI

VICO VALENTINI

Abuso d'ufficio e *fast law* ANAC Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*

Il sistema anticorruzione ideato nel 2012, sulla carta, affida(va) a un'Autorità indipendente (ANAC) il potere di produrre regole "veloci e flessibili" volte a prevenire contegni improbi (cd. maladministration), rilasciando al ventaglio di illeciti ex artt. 314 ss. c.p. il compito di reprimere fatti gravemente offensivi dei beni ex art. 97 Cost. Nei fatti, però, si assiste ad una intersezione fra le une e gli altri, specie nell'ambito degli appalti pubblici: ove i precetti etico-cautelativi dell'Authority tendono ad alimentare i concetti normativi ex art. 323 c.p., dotando l'illecito di rinnovate capacità di presa e accentuandone le - già evidenti - curvature moralizzanti. Il tutto, a dimostrazione di come il diritto penale della P.A., oggi più di ieri, resti un settore afflitto da fenomeni di profonda e patologica amministrativizzazione.

On the books, the current anti-bribery normative system empowers an independent Authority (ANAC) to promulgate preventive rules with the aim to minimize the risk of maladministration, while criminal law should punish serious violation of values ex Art. 97 Const. In the practical implementation of that system, however, the ANAC precautionary-ethical rules tend to interact with the criminal offences, especially in the field of public procurement: here, the Authority's soft- and fast-law increases the area of application of the crime ex Art. 323 c.c., and exacerbates its anti-secular interpretation. All above, in the context of the "administrativization process" involving all crimes against the Public Administration.

SOMMARIO: 1. La liturgia dell'etica negli appalti pubblici: il ministro e l'intruso. – 2. Intermezzo: tre esempi di trasfigurazione del diritto penale della P.A. – 3. La dissociazione fra disposizione e norma ex art. 323 c.p. – 3.1. (*Segue*) la patologica versatilità dell'abuso d'ufficio nell'universo della regolazione veloce.

1. La liturgia dell'etica negli appalti pubblici: il ministro e l'intruso

Tutte le sequenze in cui si snoda l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, come tristemente noto, sono sempre state, e continuano ad essere¹, particolarmente vulnerabili all'illegalità: non solo penale, e non solo *stricto sensu* corruttiva².

* Testo rivisto e integrato della relazione all'incontro di studi "L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione tra illegittimità amministrativa e illecito penale", svoltosi presso la Scuola Umbra di Amministrazione Pubblica, Villa Umbra, Pila (PG), 8 maggio 2018.

¹ Specie a causa degli *input* pro-concorrenziali di matrice eurounitaria (concernenti il subappalto, l'avvalimento, le offerte anormalmente basse, il dialogo competitivo, etc.), i quali hanno amplificato la connaturale "porosità" a manovre illecite che già affliggeva il settore: v. ad es. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2012, 177 ss.; MANGANARO, *La corruzione in Italia*, in *Foro amm.*, II, 2014, 1861 ss.; e RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici alla Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 345 ss.

² Molto istruttivo, in proposito, il resoconto statistico-criminologico in prospettiva comparata di FERRARIS, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, a cura di Scomparin, Torino, 2016, 65 ss., ove si mappano fattori di vulnerabilità e *red flags* che costellano l'intero ciclo di vita (pre-gara, aggiudicazione, post-aggiudicazione) di un appalto pubblico.

Del resto, non è casuale che un'Agenzia anticorruzione (ANAC) abbia assorbito poteri, funzioni e personale dell'Autorità preposta alla vigilanza sui contratti pubblici (AVCP)³: la contrattazione con la P.A. costituendo da sempre il terreno elettivo delle attività devianti dalla cura dell'interesse generale⁴, siano o meno penalmente rilevanti. Perché è proprio questa la *mission* dell'ANAC, nella sua doppia veste di controllore-regolatore degli appalti e costruttore-diffusore di cultura della legalità: implementare un piano di *prevenzione totale* che trascende i fatti *ex artt.* 318 ss. c.p. e financo l'intera gamma dei reati contro la P.A., per abbracciare qualsiasi situazione, condotta o decisione in cui si annidi un - apparente, potenziale, effettivo e attuale - conflitto d'interesse⁵.

Un progetto, insomma, di (ri-)costruzione delle *public ethics infrastructures* nel segno della "imparzialità percepita"⁶, finalizzato a osteggiare-censurare fatti di cattiva amministrazione⁷, e che parte da lontano: molto prima delle fenomenologie che intende contrastare.

Comincia con la costruzione di uno *status* di funzionario integerrimo e preparato⁸, dal passato lindo e dal futuro promettente⁹, nell'intento di estirpare in

³ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (d.l. 90/2014)

⁴ PARISI, CHIMENTI, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 419 ss.

⁵ CANTONE, CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubblico*, 3/2017, 903 ss., 911.

⁶ Concetto, questo, speculare a quello di "corruzione percepita", sul quale ultimo v., fra gli altri, BOLOGNINO, *Per una risposta corale dell'Amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della prevenzione (l. n. 190/12)*, in *Lav. P. Amm.*, 2013, 811 ss.

⁷ La nozione corruzione che l'ANAC mira a contrastare, infatti è «più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, [e] coincidente con la "maladministration", intesa come assunzione di decisioni [...] devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse»: Determina ANAC del 28.10.2015, n. 12, § 2.1 [corsivi aggiunti].

⁸ La formazione rivestendo un ruolo strategico sia in chiave preventiva delle attività illecite, sia in un'ottica di corretta gestione delle risorse economiche: cfr. ad es. CHILOSI, *L'aggiornamento dei piani triennali di prevenzione della corruzione da parte delle società pubbliche in attuazione del nuovo PNA e delle linee guida dell'ANAC sulle partecipate*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2016, 169 ss.

⁹ Pensiamo alla disciplina sull'inconferibilità e incompatibilità con incarichi dirigenziali, alla normativa che governa l'accesso agli incarichi extra-funzionali, alle regole sulla incandidabilità, etc.: in argomento, v. BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1507 ss.

radice quel rischio di «ascolto privilegiato di interessi particolari» che ne contamina l'imparzialità soggettiva¹⁰.

Continua con gli istituti che attuano la trasparenza come misura generale (trasversale, basica, strategica) di sabotaggio dei fenomeni corruttivi¹¹, quali l'accesso civico e la pleora degli obblighi di pubblicazione gravanti sulle singole amministrazioni¹²: l'uno e gli altri ispirati all'idea che la *maladministration* possa essere efficacemente contrastata attraverso forme di monitoraggio (nazional-)popolare ad ampio spettro¹³.

E termina in posizione più prossima alle attività da combattere, esprimendosi attraverso misure organizzative funzionali a ostacolarne la realizzazione.

E tali ultime misure di *compliance* – che poi sono i piani triennali anticorruzione, cd. PTPC, adottati sulla falsariga di quello nazionale¹⁴ – mimano i modelli *ex d. lgs. 231/101*¹⁵, così come i codici di comportamento imitano i codici etici degli enti di diritto privato¹⁶. D'altronde, gli uni e gli altri mirano a rendere difficoltose manovre illecite di intranei, ancorché, di regola¹⁷, si tratti nell'un caso (PTPC) di potenziali corrotti, mentre nell'altro (MOG) di potenziali corruttori¹⁸. Certo, fra i due congegni organizzativi passano alcune

¹⁰ Determina ANAC del 28.10.2015, n. 12, cit., § 2.1.

¹¹ Cfr. ancora Determina ANAC del 28.10.2015, n. 12, § 2.1

¹² Obblighi via via cresciuti in modo abnorme, e che, oggi, investono anche dati/attività lobbistiche: CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2017, 371 ss.; DI MASCIÒ, *Il primo anno di attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione*, *ivi*, 2014, 273 ss. Ad ogni modo, spiace apprendere dai mezzi di informazione come molti importanti Enti territoriali (ad es. i comuni di Catania e Milano) abbiano disabilitato la lettura dei dati pubblicati online da parte dei motori di ricerca: che poi, non è altro che una manovra per osteggiare l'obiettivo del "controllo diffuso" senza – formalmente – sottrarsi agli obblighi di pubblicazione.

¹³ CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Foro amm.*, 2016, 579 ss.; FOA, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 65 ss.

¹⁴ Anche il PNA, esattamente come le linee-guida autonomamente partorite dall'ANAC, è un "atto di indirizzo" (*infra* § 3.1).

¹⁵ In argomento, ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico e i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. proc.*, 8 – Speciale corruzione, 2013, 44 ss.

¹⁶ RENZETTI, *La responsabilità degli enti per corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti in Italia*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali*, cit., 145 ss., *ivi* anche per i puntuali richiami.

¹⁷ "Di regola" perché, come già anticipato, i PTPC mirano a prevenire l'intero ventaglio dei delitti contro la PA, non solo i fatti *ex artt.* 318 ss. c.p.

¹⁸ Salvo che nel settore degli enti pubblici economici e degli enti di diritto privato in controllo e/o partecipazione pubblica, ove l'intraneo si trova a giocare il doppio ruolo di corruttore e corrotto: BARTOLOMUCCI, *Compliance programs delle società in mano pubblica e prospettive d'integrazione in chiave di anticorruzione amministrativa*, in *Soc.*, 3/2016, 354 ss. V. anche *infra* nt. 20.

differenze significative¹⁹, a cominciare dallo spettro di condotte che vogliono prevenire²⁰ e, soprattutto, dalle ricadute imputativo-sanzionatorie: nel caso di reati-presupposto agevolati

¹⁹ Non sono tali, a nostro giudizio, la formale obbligatorietà del piano e la sua dettagliata pre-determinazione contenutistica (da parte della legge, del PNA e delle linee-guida ANAC), specie nell'ambito degli appalti pubblici. Per un verso, infatti, l'adozione di un idoneo/efficace MOG è un requisito essenziale per gli enti privati che intendono accedere al credito e ai finanziamenti pubblici (*rating* di legalità) o partecipare alle gare pubbliche (*rating* di impresa): PARISI, CHIMENTI, *Il ruolo dell'A.N.AC*, cit., § 5.2.; PORTALURI, *La discrezionalità strumentale della stazione appaltante e il modello organizzativo ex d. lgs. 231/2001*, in *Riv. giur. ed.*, 2/2012, 91 ss. Per altro verso, esistono settori strategici ove i requisiti contenutistici del MOG sono stati indicati puntualmente dalla legge (es. in materia di sicurezza del lavoro: CASTRONUOVO, CURI, CAGLI, TORRE, VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 111 ss.) o, plausibilmente, lo saranno (es. in materia di reati agroalimentari): NATALINI, *231 e industria agroalimentare*, Pisa, 2017, 123 ss.

²⁰ Tutti (ma anche solo) i delitti contro la PA ed i comportamenti devianti-disonorevoli i PTPC, solo i reati-presupposto (il cui catalogo include alcuni delitti contro la PA ma, allo stesso tempo, si estende ben oltre quell'arsenale punitivo) i MOG; il disegno preventivo dei PTPC, insomma, è per certi versi più calibrato (come segnala RENZETTI, *La responsabilità degli enti*, cit., 157), e per altri versi più ampio (come invece sottolinea, altrettanto correttamente, CHILOSI, *L'aggiornamento dei piani triennali*, cit., 173 s.) di quello espresso dai MOG. Peraltro, sullo scivolosissimo terreno delle società ad azionariato pubblico, i due congegni – ed rispettivi progetti teleologici – finiscono per intersecarsi e dissolversi l'uno nell'altro, generando una nutrita serie di problematiche, non solo tecnico-operative: in argomento, FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Cass. pen.*, 2015, 2980 ss., ivi anche per i (paradossali, irragionevolmente discriminatori) effetti anti-concorrenziali generati da tale "sovrapposizione". Da un lato, infatti, gli enti controllati e gli enti pubblici economici parrebbero essere tenuti ad adottare un modello ex d. lgs. 231/01 e, in particolare, ad integrarlo con le misure anticorruzione ex lege 190/2012 (cfr. le Determinazioni ANAC n. 8 del 17.6.2015, § 2.1.1, e n. 1134 del 8.11.2017, 3.1.1). Le società partecipate, dal canto loro, sono "invitate" (ma non tenute) a dotarsi di un MOG, che sarebbe "opportuno" (ma non obbligatorio) integrare con le misure anticorruzione ex lege 190/2012 (giacché, appunto, le società "solo" partecipate non sono comunque obbligate a dotarsi di un PTPC: cfr. ancora Determinazione ANAC n. 8 del 17.6.2015, § 2.2.1, e n. n. 1134 del 8.11.2017, 3.3.1; nonché, fra gli altri, CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Riv. soc.*, 2018, 233 ss.; MANACORDA, *Modello di organizzazione e di gestione ex decreto 231 e adempimenti sulla corruzione e sulla trasparenza: una convivenza problematica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2017, 23 ss.). Orbene, sia nel caso di integrazione obbligatoria che in quello di integrazione "opportuna", resta il fatto che il MOG finirà per inglobare il PTPC e, quindi, contenere misure di *compliance* rivolte a minimizzare rischi-reato *diversi e ulteriori* rispetto a quelli ex artt. 24 ss. d. lgs. 231/01 (es. quelli ex artt. 323, 326, 328, 346, 346-bis c.p.), e financo rischi di "fallimento etico" (tutti quei comportamenti che «contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico» cui facevamo riferimento *retro* nt. 7). Va dunque tenuto fermo il monito di MAIOCCA, *I riflessi della legge n. 190 del 2012 sulla responsabilità amministrativa degli enti*, in *Riv. giur. umbra*, 2/2013, 475 ss., 491 s., secondo cui simile "introiezione" non implica una dilatazione del catalogo dei fatti che imnescano la responsabilità ex d. lgs. 231/2001, a ciò ostando il principio di legalità ribadito all'art. 2 d. lgs. cit. e, comunque, estensibile a questo campo da gioco ex artt. 25, 117 Cost.: per questi ultimi aspetti, sia consentito rinviare a VALENTINI, *Diritto penale della privata industriale e misure di compliance*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, a cura di Borsari, Padova, 2016, 249 ss., 258 ss.

dal *deficit* organizzativo dell'ente privato, infatti, è quest'ultimo a esserne (para-)penalmente – e autonomamente – responsabile ed a subire punizioni capitali²¹; nel caso di delitti contro la P.A. (accertati con sentenza definitiva: art. 1, co. 12, l. 190/2012 succ. modd.) o di "ripetuta violazione" delle prescrizioni previste dal PTPC (art. 1, co. 14, l. cit.) occasionati dalla cattiva organizzazione della prevenzione (o della vigilanza: art. 1, co. 12, lett. *a* e *b*, l. cit.), viceversa, sarà il dirigente-persona fisica che svolge le funzioni di "Responsabile della prevenzione della corruzione" (RPC) a farne le spese, ancorché si tratti di effetti sanzionatori *non* penali (disciplinari, dirigenziali, amministrativo-contabili)²². Al sopravvenuto coinvolgimento delle amministrazioni pubbliche nella logica della prevenzione mediante organizzazione²³, farebbe dunque da contrappunto un – criticabile, e criticato – ritorno in controtendenza a una responsabilità individuale e non penale²⁴, peraltro costruita in modo

²¹ In argomento, volendo, VALENTINI, *Colpa di organizzazione e misure di compliance*, in *La prova nel processo agli enti*, a cura di Florio, Torino, 2016, 81 ss.

²² Il RPC, individuato-nominato dall'organo di indirizzo fra i dirigenti o in quadri in forza alla struttura amministrativa, deve infatti, oltre che vigilare sul rispetto delle norme in materia di inconferibilità/incompatibilità e sull'attuazione dei codici di comportamento, *i)* predisporre il PTPC in tandem con l'organo di indirizzo (art. 1, co. 8, l. 190/2012 succ. modd.); *ii)* verificarne l'attuazione e l'idoneità (art. 1, co. 10, l. cit.); e *iii)* vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del piano triennale da parte degli intranei, con ciò svolgendo *anche* le funzioni che, negli enti privati, spettano all'O.d.V. Di conseguenza, il RPC sarà responsabile se, a causa della mancata adozione del piano stesso (da intendersi non solamente come omissione *tout court*, ma anche come predisposizione di un piano meramente ricognitivo-riproduttivo del dato positivo o non sufficientemente calibrato sulla specifica struttura amministrativa: cfr. ad es. Determina ANAC del 28.10.2015, n. 12, preambolo), della sua inefficace attuazione o della omessa/difettosa vigilanza sul suo rispetto, un (qualsiasi) intraneo commetta un delitto contro la PA; oppure se, sempre a causa di una insufficiente-difettosa vigilanza (e della mancata comunicazione agli uffici delle misure da adottare: art. 1, co. 14, l. cit.), vengano riscontrate ripetute violazioni del PTPC. Tutto questo in teoria, però, giacché il dato normativo parrebbe legittimare anche un'*articolazione partecipata* delle attività di prevenzione e vigilanza, chiamando una serie di soggetti (dirigenti, OIV, UPD, referenti, dipendenti) a cooperare col RPC, con ciò – opportunamente – assottigliandone compiti e responsabilità: BOLOGNINO, *Per una risposta corale*, cit., § 3; e MONZANI, *Partecipazione e responsabilità dei dipendenti pubblici nella funzione di prevenzione della corruzione*, in *Lav. P. Amm.*, 2016, 655 ss.; spunti in tal senso, peraltro pienamente condivisi dall'Authority, anche in AITA G., AITA A., BOCCUNI, STILLA, *La legge anticorruzione e la sua applicazione per i soggetti privati in controllo pubblico*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2015, 281 ss.; AITA G., AITA A., STILLA, PATSIS, *Le determinazioni dell'ANAC inerenti all'aggiornamento 2015 del piano nazionale anticorruzione e al regime applicabile agli enti di diritto privato in controllo pubblico*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2016, 307 ss.

²³ O, per parafrasare MONGILLO, *Il "sacchetto d'oro" e la "spada inguainata": l'interazione pubblico-privato e il peso degli "incentivi" in un recente modello di compliance anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 6.2.2015, 1 ss., 2, nella logica della prevenzione con effetti sanzionatori collegati a una trascurata organizzazione interna. Ricordiamo infatti che lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale erano stati esclusi dal campo applicativo del d. lgs. 231/2001, mentre gli enti privati in controllo e/o partecipazione pubblica e gli enti pubblici economici vi rientrano oramai a pieno titolo: v. ancora *retro* nt. 20.

²⁴ GUIDO, *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per illecito derivante da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 280 ss.

da concentrare verso il basso il grosso del carico sanzionatorio (con una conseguente de-responsabilizzazione verso l'alto e dello stesso ente)²⁵. Questo il quadro tracciato dagli addetti al settore e dalla dottrina: con cui, però, concordiamo solo in parte. Non tanto perché *già oggi* è pacifico che l'ente pubblico possa essere chiamato a rispondere, direttamente e per colpa organizzativa (art. 2043 c.c.)²⁶, oppure indirettamente e *sine culpa* (art. 2049 c.c.)²⁷, quale responsabile civile del danno da reato commesso dal corrotto-intraneo²⁸; quanto perché, *domani*, non è affatto escluso che il RPC sia chiamato a rispondere (anche) penalmente, a titolo di concorso omissivo *in vigilando-componendo*, degli illeciti dei suoi colleghi. Ed in effetti, come è pensabile una corresponsabilità *ex art.* 113 c.p. dei membri dell'O.d.V. per l'evento-infortunio sul lavoro²⁹, e come è sempre stata ritenuta praticabile – là dove appoggiata su una prova robusta in punto di dolo³⁰ – la responsabilità *ex artt.* 110,

²⁵ In questo senso, giustamente, BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi*, cit., § 5.

²⁶ Nel caso in cui l'intraneo rivesta una carica politico-elettiva e grazie al rapporto di immedesimazione organica: Cass. civ., Sez. III, 26 giugno 1998, in *Mass. Uff.*, n. 63349, in www.iusexplorer.it; cfr. anche Cass., Sez. V, 3 febbraio 2015, Lande, *ivi*, n. 28157, che estende tale forma di responsabilità (diretta e colposa, appunto) anche alle ipotesi di reato (doloso o colposo) commesso da funzionari dipendenti, e ciò quand'anche restino estranei al processo in cui è stato citato l'ente pubblico.

²⁷ Nel caso in cui l'intraneo sia legato da un rapporto di dipendenza-impiego con l'ente, e sempre che sia apprezzabile un cd. nesso di occasionalità necessaria: v. fra le altre Cass., Sez. VI, 20 giugno 2000, Occhipinti, in *Mass. Uff.*, n. 217879; Id., Sez. VI, 20 gennaio 2015, P.C.R., *ivi*, n. 262945; con specifico riferimento al comparto pubblico, cfr. Id., Sez. VI, 4 giugno 2015, Cantoro e altri, in www.iusexplorer.it.

²⁸ Diretto o solo "mediato": Cass., Sez. III, 9 novembre 2006, Ferrari, in www.iusexplorer.it; ma in questo senso già Cass. civ., Sez. un., 1 luglio 2002, Scoppa e altri, *ivi*.

²⁹ Cfr. da ultimo *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, cit., spec. i saggi di Mongillo (179 ss.) e Consulich (209 ss.), attestati su posizioni sostanzialmente antitetiche.

³⁰ Che la casistica comunque esige, almeno a partire dalla virtuosa *ratio decidendi* di Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, A.A. e altri, in *Cass. pen.*, 2008, 103 ss., con nota di Centonze; sulla stessa linea, fra le altre, v. Cass., Sez. III, 28 aprile 2009, P.M. in proc. Mare, in www.iusexplorer.it; Cass., Sez. V, 19 febbraio 2015, Giacomini, *ivi*; Cass., Sez. V, 12 gennaio 2016, Falciola, *ivi*. Sul punto, già MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di Nuvolone, Milano, 1971, 93 ss.; STELLA, PULITANO, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 553 ss.; PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.; più di recente, cfr. CAPUTO, *Dalla teoria dei segnali d'allarme alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, 905 ss.

40 cpv. degli amministratori non esecutivi, e degli stessi sindaci, in materia di reati economici³¹, così non ci sorprenderemmo se il diritto giurisprudenziale, allo stato ancora titubante³², prendesse ad affibbiare all'RPC una posizione di sorveglianza penalmente rilevante, addebitandogli di avere contribuito *via* omesso controllo-segnalazione *ex art. 1, co. 7-12, l. 190/2012* alla realizzazione degli illeciti pubblico-amministrativi del collega.

L'ANAC, dunque, è chiamata a vigilare-regolare gli appalti pubblici e, in aggiunta, a suggerire-prescrivere misure (organizzative) e regole (comportamentali) di "buona amministrazione"³³, catalogando condotte onorevoli, prevenendo quelle disonorevoli e sanzionandone l'eventuale realizzazione; ed è autorizzata a farlo - lo anticipiamo subito - mediante *atti di indirizzo*, quali bandi-tipo, contratti-tipo, linee guida e altri *strumenti di regolazione flessibile*, anche dotati di efficacia vincolante³⁴.

³¹ Del resto, anche tali soggetti, esattamente come i membri dell'O.d.V., non vantano autentici poteri impeditivi, ma doveri di sorveglianza-attivazione-segnalazione o, se si preferisce, meta-impeditivi: sul punto, cfr. per es. CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d. lgs. n. 6/2003*, in *Riv. soc.*, 2009, 1419 ss.; CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, *ivi*, 2007, 722 ss.; TORRE, *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in *Giur. comm.*, 2012, 564 ss.

³² Così, in materia di responsabilità dei membri dell'O.d.V. nell'ambito *societas* "privata", Cass., Sez. I, 20 gennaio 2016, Proc. GO, in www.iusexplorer.it, § 2.

³³ Le funzioni *integrate* di vigilanza-regolazione e anticorruzione svolte dall'ANAC (anche) in materia contratti pubblici, in effetti, vengono sistematicamente estese *al di là del dato positivizzato* dalla stessa Autorità grazie al meccanismo dei "poteri impliciti" e alla "interpretazione costituzionalmente orientata": così CANTONE, CARLONI, *La prevenzione della corruzione*, cit., spec. 936 ss. L'ANAC, insomma, si auto-attribuisce amplissimi e assai pervasivi poteri d'intervento, regolando tutto ciò che è chiamata (espressamente o implicitamente) a vigilare, in un'ottica olistica e trasversale che fluidifica i confini fra "anticorruzione", "trasparenza" e "contratti": giustamente critico, al riguardo, FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione*, cit., § 2.

³⁴ Così, pressoché testualmente, la legge delega n. 11 del 2016: sul punto, RACCA, PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, cit., 109 ss., *ivi* anche per gli ampi richiami. Cfr. *amplius* § 3.1.

Ciò che il legislatore affida all'Autorità anticorruzione, insomma, è un programma cautelativo, per molti versi precauzionale³⁵ (non repressivo), di contenimento-minimizzazione (non già di eliminazione *tout court*) del rischio-fallimento etico (non solo, o meglio non ancora, del rischio-illecito penale)³⁶.

Si tratta dunque di un sistema che intende prevenire contegni devianti nel segno dei valori *ex artt. 54, 98 Cost.*³⁷: qualcosa di decisamente diverso, all'evidenza, dal progetto di prevenzione mediante repressione *ex post* di fatti offensivi dei beni *ex art. 97 Cost.* racchiuso nel Titolo II del Libro II del Codice penale³⁸.

Questo il *Sollen* del manufatto anticorruzione post-2012, in sintesi: un inedito versante extra-penale ad alto tasso etico, e *univocamente preventivo*, composto da un *mare magnum* di regole "rapide ed elastiche" di gestione del (e di allontanamento dal) rischio-conflitti d'interesse presidiate da sanzioni non punitive, il quale gioca (molto) d'anticipo rispetto al versante penalistico - cui invece, oggi come ieri, dovrebbe competere la *repressione selettiva* di fatti (non solo disonorevoli o antiprecettivi, bensì) gravemente lesivi del buon andamento e della imparzialità dell'azione amministrativa.

E perciò, etica dell'organizzazione pubblica e sanzioni extra-penali da un lato, giustizia penale del fatto offensivo e sanzioni liberticide dall'altro; moltissima regolazione *fast and floating* sul primo versante, poche e selettive norme-precepto di rango primario sul secondo; dominio dei poteri regolativi di un'Agenzia indipendente dentro il perimetro cautelativo, monopolio del legislatore parlamentare dentro quello repressivo, e via dicendo.

Il gioco delle differenze che passano fra i due circuiti del "sistema integrato anticorruzione" potrebbe continuare a lungo, ma, come tutti sappiamo, l'ordinamento in azione ci ha sempre restituito una tassonomia diversa: quella di un diritto penale della P.A. che conosce *da decenni* torsioni eticizzanti e letture

³⁵ Come già accennato, infatti, molte misure anti-illegalità, di fattura legislativa o enucleate dall'ANAC, intervengono in una *fase prodromica* all'insorgenza di un rischio-devianza, nel senso che si atleggiano a misure - non già di *gestione* bensì - di *allontanamento* dal rischio "conflitto di interesse": CANTONE, CARLONI, *La prevenzione della corruzione*, cit., 909 ss., 919 ss., 930 s.; in questo senso, con specifico riferimento al "principio di rotazione del personale", CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" delle pubblica amministrazione*, in *Riv. soc.*, 2018, 233 ss.

³⁶ Così anche FLORES, *I piani triennali anticorruzione e l'analisi del rischio corruttivo*, in *Azienditalia*, 12/2017, 951 ss.

³⁷ FLORES, *I piani triennali anticorruzione*, cit., § 1.

³⁸ BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi*, cit., § 2.

straordinariamente espansive, arretrando a dismisura il suo braccio fino a colpire mere scorrettezze, contegni improbi e puri disvalori d'intenzione, ed aprendosi a fenomeni di patologica amministrativizzazione³⁹.

Un penale, insomma, che si atteggia *da decenni* a strumento di etica pubblica: incaricandosi di supplire alla persistente latitanza di misure sanzionatorie extra-penali realmente efficaci e stigmatizzanti⁴⁰, ed alla storica mancanza di una cultura dell'integrità e dei *boni mores* che affligge la gestione della cosa pubblica nostrana⁴¹.

Prevedibile, perciò, che quel ventaglio di incriminazioni, già trasfigurato in chiave eticizzante, avrebbe finito per interagire sinergicamente con l'arsenale - parimenti - moralizzante gestito dall'ANAC; prevedibile e forse, sulle prime, difficilmente evitabile: proprio perché, appunto, l'Agenzia s'è trovata accanto una giustizia penale disinvoltamente avvezza a farne le funzioni.

E quindi, verrebbe da dedurre, una volta messo a regime il "sistema Cantone", una volta, cioè, che quel sistema *euro-sensitive* avesse preso a diffondere-operativizzare-imporre codici di etica pubblica⁴², marchiando ed escludendo amministratori infedeli, il diritto penale avrebbe potuto tornare a essere ciò che dev'essere: frammentario, laico, oggettivistico e ultimo.

D'altronde, quando la lotta all'illegalità esordisce efficacemente "a monte", non c'è davvero più bisogno di un diritto penale di lotta "a valle"⁴³.

³⁹ Similmente a quanto accade nell'ambito del diritto penale economico e dell'ambiente: in argomento, v. per tutti PALAZZO, *Conclusioni. Per una disciplina 'integrata' ed efficace contro la corruzione*, in *Corruzione pubblica*, a cura di Palazzo, Firenze, 2011, 95 ss.

⁴⁰ È indiscutibile, infatti, che l'idea di una giustizia penale davvero sussidiaria, che, cioè, colpisce solo condotte più gravi (più disfunzionali, più devianti) di quelle che già realizzano un illecito extra-penale, e che interviene solo quando tutte le altre e meno afflittive misure sanzionatorie si rivelano insufficienti, *presuppone* che queste ultime siano praticate ed efficaci; cosa che, nell'ambito degli abusi dei funzionari pubblici, non accade (quasi) mai: cfr. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, in corso di stampa negli atti del convegno di studi "Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio", Università degli Studi di Salerno, 6-7 ottobre 2017.

⁴¹ Sulla mancanza di *boni mores* e codici etici - anche - nella gestione della cosa pubblica, e sulla conseguente tendenza del penale a supplire, espandendosi patologicamente, a quel vuoto etico-culturale, v. ancora DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014.

⁴² Sulla matrice europeistica dell'arsenale (puramente) preventivo dei fatti di *maladministration* (immorali, improbi, devianti, scorretti, inopportuni, disfunzionali, sleali) introdotto dalla l. 190/2012, cfr. ad es. MONZANI, *Partecipazione e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., § 1.

⁴³ Sul "diritto penale di lotta", anche con riferimento ai fenomeni corruttivi, v. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 3/2016, 13 ss.

Ma le vecchie abitudini, si sa, faticano a essere abbandonate: e così, al sempre più accentuato e pervasivo attivismo regolativo-sanzionatorio dell'Authority⁴⁴, non è (ancora) corrisposta una inversione di tendenza del diritto penale pubblico-amministrativo.

Questo il tenace essere del manufatto anti-illegalità, ahinoi: il profluvio di protocolli e regole partorito dall'ANAC, pensato per occupare il lato preventivo "a monte", *scivola fatalmente* sul lato repressivo "a valle", alimentando i concetti normativi di cui abbondano i delitti contro la P.A. e, nei fatti, convertendo codici etici e precetti di leale amministrazione in fonti di responsabilità (anche) giuridico-penale.

2. Intermezzo: tre esempi di trasfigurazione del diritto penale della P.A.

Il diritto penale della P.A., dicevamo, esibisce spesso e volentieri connotati eticizzanti, nel senso che colpisce meri atteggiamenti interiori (intenzioni, scopi, finalità, moventi, *et sim.*); e nel senso che si estende oltre il consentito *ex art.* 25 Cost. (sanzionando fatti che si collocano al di fuori dal campo semantico degli enunciati tipici).

Tre esempi telegrafici.

1) La declinazione delle condotte-risultato di induzione (art. 319-*quater* c.p.) e costrizione (art. 317 c.p.) proposta dalle Sezioni Unite nel 2013⁴⁵; qui, all'evidenza, l'alternativa secca fra vittimizzazione e correttezza dipende esclusivamente dalla *finalità* che muove il privato: che se dà o promette per scopi utilitaristici è un (mezzo) complice⁴⁶, e se invece cede al *pressing* per fini difensivistici è una (autentica) vittima⁴⁷.

⁴⁴ La pioggia di regole cui ci ha abituato l'ANAC, in effetti, finisce per disorientare funzionari e operatori, rendendo il sistema anticorruzione scarsamente conoscibile, nuocendo all'obiettivo "semplificazione" e finendo per alimentare, anziché ridurre, quella "corruzione delle regole" che ha sempre favorito la proliferazione di comportamenti devianti: sul punto, in generale, BARBERIS, *Gli infortuni della virtù. Corruzione, democrazia, diritti*, in *Mat. storia cult. giur.*, 1, 2016, 155 ss.; con specifico riguardo all'attività regolativa ANAC, invece, v. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Maldera e altri, in *Dir. pen. cont.*, 17.3.2014.

⁴⁶ L'art. 319-*quater* c.p., in effetti, descrive una sorta di patto corruttivo "dispari", esigendo una prospettiva abusiva del p.a. che comprime il margine di manovra del privato: BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in www.federalismi.it, 5.12.2012, §§ 3.1 ss.

⁴⁷ Sul punto, seppur con alcuni distinguo, DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a Sez. un., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2014, 1482 ss.; cfr. altresì, volendo, VALENTINI, *Le Sezioni unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *questa Rivista*, 3/2014, 895 ss.

Ciò che decide della punizione-impunità di chi patisce l'abuso funzionale, in altri termini, è un *puro disvalore d'intenzione*, a sua volta denotato da una serie di indici probatori liberamente gerarchizzabili dell'interprete⁴⁸.

E così, illeciti costruiti (dal legislatore) per appagarsi di offese di pericolo, giacché non esigono che il funzionario concretizzi lo scenario – più o meno larvamente – prospettato, vengono anche rivisti (dall'interprete) in chiave intimistico-soggettiva⁴⁹.

ii) L'ostinata riconduzione all'enunciato *ex art. 319 c.p.*, che già di suo esibisce aspetti etico-pubblicistici⁵⁰, delle compravendite di *funzioni*, atti *conformi* ai doveri funzionali, *obiettivi* ispirati a interessi privatistici, e persino *generici* favoritismi⁵¹.

Tutte forme di mercimonio illecito, cioè, che non hanno per oggetto un singolo e determinato (o determinabile) atto contrario ai doveri d'ufficio, come vuole la disposizione incriminatrice, ma la – anche solo annunciata – trasgressione di *generici* doveri di imparzialità e correttezza: un'operazione ermeneutica, questa, limpidamente *praeter legem* penale e, quindi, *contra legem* costituzionale.

Un secondo esempio di ermeneutica dell'etica e dell'integrità, dunque, che passa attraverso un'ermeneutica di lotta alla frammentarietà⁵²; non stupisce più di tanto, perciò, che quegli stessi interpreti, nonostante il sopravvenuto innesto

⁴⁸ I contenuti della prospettazione, anzitutto, ma pure le forme di quell'annuncio, le concrete dinamiche relazionali, i toni-amiccamenti che si scambiano i pattisti, il contesto in cui viene formulata la "proposta" del p.a., i beni giuridici coinvolti, in una parola, *l'irripetibile* vicenda storica: Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, cit., spec. §§ 13.5 ss., 14.5 ss., 15 ss.

⁴⁹ Per una diversa lettura, che identifica nella finalità del privato un elemento costitutivo (implicito) rispondente a esigenze di personalizzazione della risposta punitiva, v. ora PIERDONATI, *I confini dell'induzione indebita*, Napoli, 2018, 104 ss. e *passim*.

⁵⁰ Similmente alla previgente fattispecie *ex art. 318 c.p.*, che colpiva il mercimonio di atti perfettamente conformi ai doveri d'ufficio (formalmente legittimi, teleologicamente non sviati, partoriti in modo imparziale-efficiente, etc.), anche la punizione della corruzione propria susseguente non può essere giustificata dall'esigenza di tutelare, e men che mai anticipatamente, i beni *ex art. 97 Cost.*; qui, in effetti, i pattisti vengono sanzionati giacché nuocciono all'*immagine* della PA, violando il dovere di non-venalità dei pubblici funzionari e compromettendone l'integrità e il prestigio: in questo senso, criticamente, già BALBI, *I delitti di corruzione*, Napoli, 2003, 30 ss., 52 ss.

⁵¹ Per un catalogo delle norme incriminatrici, frutto di un ragionamento limpidamente analogico, che coesistevano e, in parte, continuano a coesistere nella disposizione *ex art. 319 c.p.*, sia consentito rinviare a VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2/2016, 118 ss., spec. 127 ss., *ivi* anche per gli opportuni richiami.

⁵² L'espressione è presa a prestito da DONINI, *Osservazioni*, cit., spec. § 2.

di un titolo di reato capace di ospitare tutte le (sotto-)fattispecie corruttive orfane di un "singolo e determinato atto illegittimo"⁵³, perseverino nel trattenere le più allarmanti dentro la norma *ex art. 319 c.p.*⁵⁴

iii) Il primato del processo di intimizzazione del diritto penale pubblico-amministrativo, però, spetta al legislatore, e tocca la sua punta più avanzata con l'innesto dell'illecito *ex art. 346-bis c.p.*, il quale include nell'area della penalità patti pre-corruttivi che non verranno mai onorati: passaggi di pecunia, cioè, in vista di uno scopo illecito che non verrà mai perseguito o, comunque, raggiunto⁵⁵.

Ci spieghiamo meglio.

L'incriminazione, come noto, colpisce il venditore d'influenze che si fa pagare per intercedere presso un agente pubblico, oppure riceve denaro – senza intascarlo neppure in parte – per remunerare quest'ultimo, promettendo al compratore di speranze – punito identicamente – di ottenere un atto contrario ai doveri d'ufficio (o l'omissione/ritardo di un atto d'ufficio)⁵⁶.

⁵³ L'attuale disposizione *ex art. 318 c.p.*, infatti, si riferisce genericamente allo «esercizio delle funzioni e dei poteri», senza peraltro replicare il lemma «retribuzione»: in argomento, anche per i puntuali e condizionali rilievi critici, cfr. per tutti PADOVANI, *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Giuda dir.*, 48/2012 (Ins. 13), IX ss.; RONCO, *Note per l'audizione avanti alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica*, in *www.senato.it*; SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1235 ss.

⁵⁴ A cominciare dallo «stabile asservimento funzionale» del p.a.: cfr. ad es. Cass., Sez. VI, 15 ottobre 2013, Terenghi, in *Mass. Uff.*, n. 258521, che peraltro evoca i principi di ragionevolezza, offensività e proporzionalità in chiave rafforzativa, anziché riduttiva, della risposta sanzionatoria; conf. Cass., Sez. VI, 25 settembre 2014, Chisso, *ivi*, n. 261352. Sul punto, CECCHINI, *L'asservimento della funzione al confine tra i reati di corruzione funzionale e di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, in *www.archivio-penale.it*, 1/2014, 1 ss., spec. 8 ss. Nel solco di tale logica espansiva dell'area della penalità, si pone anche quella copiosa casistica che, nei casi di dazioni plurime, trasforma l'illecito corruttivo in un «reato a consumazione permanente», con ciò posticipando la decorrenza del termine prescrizionale: v. ad es., di recente, Cass., Sez. VI, 7 luglio 2016, G.A.M., *ivi*, n. 267634. Per un virtuoso tentativo di comprimere le capacità di presa della disposizione *ex art. 318 c.p.*, invece, v. Cass., Sez. VI, 21 aprile 2017, G.L., in *www.iusexplorer.it*, che, dopo aver ribadito che la figura è destinata a sanzionare tutti le ipotesi corruttive diverse da quelle *ex art. 319 c.p.*, e dopo aver precisato che il termine "per" va inteso in senso causale, così aprendo alla punibilità del corruttore *anche* nei casi di patto e istigazione susseguenti, afferma essere sempre essenziale dimostrarne la «proiezione verso il futuro», nel senso che la offerta/promessa/dazione *ex post* del privato dev'essere funzionale ad assicurargli «i futuri favori» del p.a.

⁵⁵ Conf., fra gli altri, AMATO, *Arriva la sanzione per il traffico di influenze illecite*, in *Giuda dir.*, 48/2012 (Ins. 13), XXVIII ss.

⁵⁶ Per un commento anche critico a struttura e significati offensivi dell'illecito, v. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2/2013, 88 ss.

L'illecito, dunque, sanziona il 'patto d'intercessione' in sé, senza esigere che il *trader* faccia – o tenti di fare – ciò che ha promesso⁵⁷.

Non solo, però.

L'illecito *presuppone* che il venditore *non* s'attivi presso il funzionario o, comunque, che quest'ultimo *non* accolga la proposta illecita: perché, se il primo sollecitasse il secondo a violare i suoi doveri funzionali e questi aderisse all'invito, i trafficanti d'influenze concorrerebbero nei più gravi fatti di corruzione o abuso d'ufficio⁵⁸, i quali fagociterebbero per consunzione l'illecito *ex art. 346-bis c.p.*⁵⁹; se invece l'agente pubblico rimbalzasse seccamente il *trader*, il tentativo di concorso dei trafficanti resterebbe impunito *ex art. 115 c.p.*⁶⁰ o, ancora una volta, verrebbe assorbito da un più grave illecito (art. 322, co. 2, c.p.); qualora, infine, il trafficante avviasse con un magistrato una "trattativa" poi rivelatasi infruttuosa, entrerebbe in gioco il diverso delitto *ex artt. 56, 319-ter c.p.*

Il che, in sostanza, val quanto dire che la fattispecie *ex art. 346-bis c.p. presuppone* la mancanza di un pericolo per i beni *ex art. 97 Cost.*, perché esce di scena non appena sorge quel pericolo; o, comunque, *se ne disinteressa*, non essendo strutturalmente in grado di giustiziare istigazioni non accolte ad abusare dei propri uffici pubblici o giudiziari⁶¹.

Così come la millanteria *ex art. 346 c.p.*, insomma, anche il traffico *ex art. 346-bis c.p.* presidia l'immagine della PA⁶² e *si contenta di disvalori d'intenzione*.

⁵⁷ Cfr. ad es. DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 1, 2012, 232 ss., 237 ss.

⁵⁸ A seconda che il mediatore prometta/offra al p.a. danaro o altra utilità (artt. 319, 319-ter c.p.), oppure si limiti a intercedere senza offrire alcunché (323 c.p.). Riteniamo infatti che l'illecito *ex art. 346-bis c.p.* colpisca (solo) i pre-patti finalizzati alla realizzazione di "atti contrari ai doveri d'ufficio", come del resto denunciano la clausola di riserva con cui esordisce quella disposizione e la stessa descrizione tipica – che, appunto, esige che il trafficante prospetti il compimento di una violazione dei doveri funzionali: conf. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 3-4/2012, 5 ss.

⁵⁹ VALENTINI, *Dentro lo scrigno*, cit., § 2.

⁶⁰ Questo vale sia per l'abuso *ex art. 323 c.p.*, sia anche per l'illecito a concorso necessario *ex art. 319-ter c.p.*, per la cui realizzazione in forma tentata occorre che mediatore-potenziale corruttore determini l'avvio di una "trattativa" col magistrato: così SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, 8 - Speciale corruzione, cit., 15 ss.

⁶¹ Quella "istigazione non accolta", infatti, potrà al più costituire un elemento sintomatico di un pregresso accordo con scopi illeciti ed a contenuto patrimoniale (ancora) tutto da dimostrare.

⁶² Conf. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in *Dir. pen. cont.*, 15.1.2013, 1 ss., 18.

Cosa che, tutto sommato, non scandalizzerebbe nessuno se, ad essere sanzionato, fosse solo il faccendiere⁶³; il problema è però che, a differenza del compratore di fumo ex art. 346 c.p., chi compra influenze concorre nell'addebito, e ciò nonostante anch'egli sia stato sostanzialmente raggirato⁶⁴: proprio perché, appunto, la norma ex art. 346-bis c.p. è pensata per operare nei casi in cui il *trader*, dopo aver incamerato soldi vantando una reale *liaison* col funzionario-target⁶⁵, non faccia o non ottenga quanto promesso.

Breve: ci si è rivolti a un faccendiere *con l'intento* di interferire illecitamente nell'azione della P.A., e tanto basta per essere puniti.

3. La dissociazione fra disposizione e norma ex art. 323 c.p.

Veniamo a noi.

Abbiamo già ricordato come gli appalti pubblici siano un settore ad alto rischio d'illegalità anche penale; aggiungiamo ora che tale rischio aumenta esponenzialmente là dove non ci siano troppi lacci procedurali, vale a dire nell'ambito delle procedure negoziate e degli affidamenti diretti: negli appalti cd. sotto-soglia⁶⁶, ad es., ma anche in materia di prestazioni infungibili⁶⁷ e di servizi privi di rilevanza industriale ex art. 113-bis TUEL.

Non è un caso, dunque, che proprio su questo terreno si manifestino i più eclatanti fenomeni di amministrativizzazione del penale, con o senza la complicità del legislatore – che anzi, come diremo qui sotto, si muove nella direzione esattamente opposta (quella della sussidiarietà e della frammentarietà) proprio in punto di abuso ex art. 323 c.p.

⁶³ A sollevare fondati dubbi di legittimità ex art. 3 Cost., semmai, è il fatto che il trafficante d'influenze venga raggiunto da una pena *più mite* di quella riservata al venditore di puro fumo, e ciò nonostante il primo, a differenza del secondo, possa contare su una "relazione effettivamente esistente" col pubblico agente: per una sperimentazione pratica della suddetta tassonomia, con conseguente indebolimento dell'azione di contrasto all'illiceità pubblico-amministrativa, v. Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2014, Milanese, in *www.archiviopenale.it*; sul punto, cfr. MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità?* Alcune osservazioni critiche, in *questa Rivista*, 2/2015, 646 ss.

⁶⁴ Salvo che non venga dimostrato che il *trader*, oltre a conoscere realmente il p.a., sia anche effettivamente in grado di pilotarne le determinazioni: per questa – non del tutto risolutiva – lettura, sia consentito rinviare nuovamente a VALENTINI, *Dentro lo scrigno*, cit., § 2.

⁶⁵ A cui, appunto, non è detto che si accompagni anche un reale credito-ascendente sul p.a.: BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in *questa Rivista*, 1/2013, 59 ss.

⁶⁶ Specie quelli di valore inferiore a € 40.000, oggi minuziosamente cadenzati dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 50/2016 succ. modd.) e dalle Linee Guida ANAC n. 4 del 26.10.2016 (poi aggiornate nel 2018).

⁶⁷ Oggi regolamentate dalle Linee Guida ANAC n. 8 del 13.12.2017.

Ora, nell'ambito della contrattazione con la P.A., le incriminazioni più gettonate – al di là di associazioni criminali e corruzioni di difficile dimostrazione – sono quelle di turbata libertà degli incanti *ex art. 353 c.p.* e di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente *ex art. 353-bis c.p.*, poste a presidio delle procedure selettive dei contraenti della P.A.; nonché il sempreverde abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.*

E tali fattispecie, a cominciare da quelle di turbativa, conoscono declinazioni molto estensive, per alcuni versi cripto-analogiche⁶⁸: ma, ci pare, nulla di lontanamente paragonabile alle manipolazioni che hanno patito l'enunciato *ex art. 319 c.p.* e la fattispecie induttiva *ex art. 317 c.p.* nel corso degli anni.

È vero, infatti, che le disposizioni *ex artt. 353, 353-bis c.p.* cristallizzano condotte connotate da un disvalore importante – estorsive, corruttive, truffaldine – laddove le norme reali colpiscono pure sviamenti di potere e mere irregolarità⁶⁹; è anche vero, però, che abbiamo sempre assegnato a concetti quali "frode", "artificio" e "mezzo fraudolento" formidabili capacità di presa⁷⁰. È vero, ancora, che mentre quegli enunciati paiono evocare un risultato, se non proprio un autentico evento naturalistico ("impedimento" o "turbamento"), la giurisprudenza ne ha progressivamente annacquato il contenuto offensivo, appagandosi della *idoneità* a mettere a repentaglio la correttezza-regolarità della gara e/o del procedimento⁷¹; è pure innegabile, però, che la vaghezza del lemma 'turbamento' facilita letture arretrate⁷². Formalmente legittima, infine, è pure la lettura estensiva della nozione di "gara" *ex art. 353 c.p.*, suscettibile di includere quelle "informali", "consultive" o "esplorative", vale a

⁶⁸ In tema, cfr. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, spec. 321 ss.

⁶⁹ Emblematica, al riguardo, Cass., Sez. VI, 22 dicembre 1997, Todini, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui, nell'economia della figura *ex art. 353 c.p.*, non è necessario che siano realizzate violazioni di legge, essendo invece sufficiente qualsiasi irregolarità che impedisca o alteri il confronto fra le offerte.

⁷⁰ Al punto da considerare truffaldino il silenzio maliziosamente serbato dal contraente su elementi che avrebbero indotto la controparte e non concludere il contratto – o concluderlo a condizioni diverse, e persino al punto da considerare operazioni intrinsecamente lecite "artificiose" in ragione del contesto (tempistiche, modalità) in cui sono state poste in essere: così, a proposito degli abusi di mercato, FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante «altri artifici». Disvalore del fatto e disvalore del contesto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 747 ss. E perciò, quand'anche non fosse mai esistita l'ANAC, avremmo senz'altro ravvisato una "frode" *ex art. 353-bis c.p.* nel fatto di un amministratore che frantuma l'importo d'asta per mantenersi sotto soglia e procedere a plurimi affidamenti diretti aventi lo stesso oggetto, in favore degli stessi soggetti e per un rilevante arco temporale: conf., di recente, Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2017, L.M.G. e altro, in *www.iusexplorer.it*.

⁷¹ Cfr. ad es., fra le molte, Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2005, P., in *Cass. pen.*, 2007, 2069; Cass., Sez. VI, 11 marzo 2013, Adami, in *Mass. Uff.*, n. 254906; Cass., Sez. VI, 14 ottobre 2016, Venturini, *ivi*, n. 269525.

⁷² Cfr ancora MADIA, *La tutela penale*, cit., 189 ss.

dire qualsiasi competizione, di cui i *competitors* siano reciprocamente consapevoli, che si svolga secondo uno schema concorsuale⁷³.

Anzi, salvo sporadici colpi di teatro⁷⁴, la casistica mostra un quadro d'insieme coerente coi vincoli *ex art. 25 Cost.*: deputando l'illecito *ex art. 353 c.p.* a criminalizzare i condizionamenti *successivi* all'indizione della gara, quando un bando (o altro atto equivalente) è già stato adottato, e mettendo invece in campo figura *ex art. 353-bis c.p.* per colpire i fatti estorsivo-collusivi che costellano le fasi *precedenti* alla gara e gli affidamenti *senza gara*⁷⁵; ed esigendo, quali presupposti ineludibili, una gara *in progress* (e quindi un bando o un atto equivalente che l'abbia indetta) nel primo scenario, e l'esistenza di procedimento amministrativo (volto a stabilire i contenuti di un bando o di un altro atto equipollente) nel secondo⁷⁶.

E se questi presupposti mancano?

Se una gara (anche informale) o un (embrione di) procedimento non ci sono ancora?

⁷³ Con esclusione dei contratti conclusi dalla P.A. a mezzo di trattativa privata svincolata da schemi concorsuali, come nell'ipotesi di affidamento diretto, ma pure nei casi in cui la P.A. interpellì *individualmente* i potenziali contraenti, i quali, *senza essere reciprocamente a conoscenza* di tali richieste, presentino ciascuno una propria offerta, e l'Amministrazione resti libera di scegliere secondo criteri di convenienza/opportunità (v. ad es. Cass., Sez. VI, 10 maggio 1996, Cuoco, in *www.iusexplorer.it*); e financo nel caso in cui la P.A., dopo avere avviato una gara, torni sui suoi passi e si orienti per un accordo sostitutivo del provvedimento finale - con la conseguenza che eventuali irregolarità che costellino quel "percorso privatistico" potranno sì invalidare l'accordo, ma non anche integrare il reato *ex art. 353 c.p.*: Cass., Sez. VI, 21 luglio 2015, C. A. e altri, *ivi*. Sulla declinazione estensiva della nozione di "gara" v. anche, di recente, Cass., VI, 10 ottobre 2017, G.G. e altro, in *www.iusexplorer.it*.

⁷⁴ Come quando, prima dell'innesto dell'illecito *ex art. 353-bis c.p.*, è stata applicato *retroattivamente* quello *ex art. 353 c.p.* per colpire manipolazioni poste in essere prima dell'inizio della gara: così Cass., Sez. II, 17 ottobre 2014, Colombini, in *www.iusexplorer.it*; similmente, a proposito dei fatti di condizionamento realizzati prima del procedimento amministrativo *ex art. 353-bis c.p.*, Cass., Sez. VI, 14 aprile 2015, Proc. MI, *ivi*. Nega invece l'applicazione dell'art. 353 c.p. alla fase precedente l'inizio della gara Cass., Sez. VI, 24 giugno 2013, Grisenti e altri, in *Mass. Uff.*, n. 255601.

⁷⁵ Cfr., fra le più recenti, Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13432, Proc. NA, in *www.iusexplorer.it*; Cass., VI, 16 febbraio 2017, n. 13434, Proc. NA, *ivi*, le quali - correttamente - sussumono nella nozione di «altro atto equipollente» *ex art. 353-bis c.p.* qualsiasi atto alternativo al bando adottato per la scelta del contraente, inclusi quelli che statuiscono l'affidamento diretto.

⁷⁶ In difetto dei quali presupposti, appunto, «le condotte in ipotesi consumate, pur quanto in sé corrispondenti alle tipologie indicate dalle due norme, non assumono rilevanza penale autonoma»: Cass., Sez. VI, 14 aprile 2015, cit., ove si precisa pure che, per integrare l'estremo del "procedimento amministrativo" *ex art. 353-bis c.p.*, è (necessario ma anche) sufficiente «l'inizio di un *iter* formale che prospetti anche solo come eventualità il pervenire ad una determinazione conclusiva che individui interesse specifico, obiettivi, contenuti e modalità di concretizzazione della volontà di contrarre».

Dovremo metter mano ad altri titoli di reato: alle corruzioni *ex artt.* 318 ss. c.p., ai reati di associazione, oppure al versatile abuso *ex art.* 323 c.p., un abito *double face*, questo, che pare buono per tutte le stagioni.

La fattispecie, infatti, vive da trent'anni una specie di *dissociazione schizofrenica* fra enunciato scritto (assai selettivo, volutamente lacunoso) e norma reale (che invece tende a riacciuffare tutto ciò che il legislatore ha espulso), quasi non si fosse mai emancipata dalla sua fisionomia originaria⁷⁷.

Meglio ancora: nella disposizione *ex art.* 323 c.p. coesistono una norma sintonica rispetto alla descrizione tipica e alla logica selettivo-sussidiaria ch'essa riflette, e una norma omnivora che, collocandosi a cavaliere fra *littera legis* e analogia, criminalizza a tappeto contegni devianti.

Ed invero, nello stabilire – fra l'altro – che la condotta abusiva del pubblico agente debba avvenire «nello svolgimento delle funzioni o del servizio», e debba essere qualificata da una «violazione norme di legge o di regolamento», il legislatore ha, rispettivamente,

i) collocato l'abuso dentro l'attività funzionale dell'amministratore, richiedendo che quel contegno sia espressione di un esercizio distorto dei poteri che gli sono formalmente attribuiti: con conseguente atipicità delle condotte realizzate al di fuori dei compiti funzionali⁷⁸, di quelle semplicemente occasionate dal relativo svolgimento⁷⁹, e dei cd. abusi soggettivi⁸⁰.

ii) previsto *ex professo* che il contegno del p.a. debba consumare una violazione di legge o di regolamento: trasgredire una regola, cioè, che vanti i connotati sostanziali e formali delle leggi e/o dei regolamenti⁸¹, e che vieti o prescriva puntualmente un comportamento⁸².

⁷⁷ Quando, appunto, attraeva a sé «qualsiasi fatto non preveduto dalla legge come reato da una particolare disposizione di legge» (cd. abuso generico o innominato): per una sintetica cronistoria delle modifiche che hanno interessato la disposizione, v. ad es. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*¹⁵, Pisa, II, a cura di Grosso, Milano, 2008, 366 ss.

⁷⁸ Quand'anche afflitte da un conflitto d'interessi o, comunque, trasgressive dei doveri di correttezza e imparzialità: v. *ex multis* Cass., Sez. VI, 19 giugno 1997, Ceraso, in *Guida dir.*, 28/1997, 82.

⁷⁹ Cfr. fra le altre Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2013, Sgroi, in *Mass. Uff.*, n. 256687.

⁸⁰ Anche la strumentalizzazione abusiva della qualità-posizione pubblica, dunque, ricade al di fuori della fattispecie oggettiva *ex art.* 323 c.p.: così ad es. Cass., Sez. II, 2 marzo 2006, Scalera e altro, in *Mass. Uff.*, n. 233234.

⁸¹ Cass., Sez. VI, 10 novembre 1997, Marconi, in *Cass. pen.*, 1999, 497; Cass., Sez. VI, 8 agosto 2003, Massari e altri, in *Mass. Uff.*, n. 226748.

⁸² Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, Tosches, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. VI, 24 settembre 2001, Nicita, in *Cass. pen.*, 2003, 121.

Nell'economia della fattispecie obiettiva *ex art. 323 c.p.*, insomma, occorre(rebbe) che il p.a. sia competente e che la sua condotta contrasti con regole *precise e stringenti* contenute in leggi in senso formale o, in (rigida) alternativa, in atti normativi adottati attraverso un *iter* regolamentare ed *espressamente qualificati* – sempre dalla legge – come “regolamenti”⁸³.

Il che, val quanto affermare che dovrebbero ricadere al di fuori del raggio dell'incriminazione gli atti-comportamenti viziati da incompetenza e da eccesso di potere-sviamento⁸⁴; quelli che entrano in collisione con disposizioni sì di legge, ma che non disegnano regole (abbastanza) stringenti bensì principi (troppo) elastici⁸⁵; le trasgressioni di norme procedurali, giacché, appunto, non impongono o inibiscono un "comportamento sostanziale"⁸⁶; come pure gli abusi che non si manifestano in violazioni di leggi o di norme – sostanzialmente e formalmente – regolamentari: le quali ultime, a voler essere rigorosi, sarebbero solo quelle poste da regolamenti governativi, ministeriali e interministeriali, cui qualcuno aggiunge i regolamenti e gli statuti comunali⁸⁷.

Un'interpretazione restrittiva coerente con l'idea di *ultima ratio*, dunque, dovrebbe implicare l'espulsione dalla norma degli atti che violano *soft laws* (es. circolari o istruzioni operative)⁸⁸; delibere municipali⁸⁹, contratti collettivi⁹⁰, codici disciplinari⁹¹ e decreti del Presidente del Consiglio⁹²; ordinanze di Sindaci

⁸³ Così, efficacemente, Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2000, Della Morte e altro, in *Cass. pen.*, 2001, 2682.

⁸⁴ In questo senso, correttamente, Cass., Sez. VI, 10 novembre 1997, cit.; Cass., Sez. VI, 29 novembre 1999, Floriani, in *Cass. pen.*, 2001, 2681; Cass., Sez. VI, 3 aprile 2002, Gallina, *ivi*, 2003, 510; Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2002, Sciannameo, in *Mass. Uff.*, n. 223590.

⁸⁵ Come i doveri d'imparzialità e buona amministrazione previsti dall'art. 97 Cost. o, volendo, dall'art. 78, co. 1, l. 267/2000 succ. modd.: Cass., Sez. VI, 11 aprile 2006, Fucci, in *Mass. Uff.*, n. 233730.

⁸⁶ V. ad es. Cass., Sez. VI, 28 aprile 1999, Nacci, in *Cass. pen.*, 2000, 2241.

⁸⁷ *Ex legibus* 400/88 e 267/2000: Cass., Sez. VI, 24 aprile 2001, Gallitelli, in *Cass. pen.*, 2002, 1009; Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2012, P.M. in proc. Difeo, in *Mass. Uff.*, n. 253793. *Contra* Cass., Sez. VI, 29 aprile 1999, Scarsi, in *Riv. pen.*, 1999, 549, secondo cui i decreti ministeriali non si prestano a implementare la disposizione *ex art. 323 c.p.* Sul punto, ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314-335-bis cod. pen.)*³, Milano, 2013, 306 ss.

⁸⁸ Cass., Sez. VI, 13 maggio 2003, P.M. in proc. Grassi, in *Mass. Uff.*, n. 225760.

⁸⁹ Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2000, cit.

⁹⁰ Cass., Sez. VI, 3 novembre 2005, De Gaetano, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2009, M.M. e altri, in *Cass. pen.*, 2009, 4687.

⁹¹ Cass., Sez. VI, 4 giugno 1996, Veronesi, in *Riv. pen.*, 1996, 1365.

⁹² Là dove siano privi della qualifica regolamentare, e non siano stati emanati con la procedura *ex lege* 400/1988: Cass., Sez. VI, 20 aprile 2006, Padoan, in *Cass. pen.*, 2007, 2013.

e Prefetti; nonché, si faccia attenzione, provvedimenti e *atti amministrativi generali*⁹³.

Quello appena abbozzato, però, è solo un frammento dell'essere: perché, come si diceva, esiste anche un'altra e *diversa* norma, peraltro estremamente e autorevolmente praticata.

E così,

i.i) gli atti viziati da incompetenza, espulsi dalla porta (dal legislatore), vengono fatti rientrare dalla finestra (*via* interpretazione) con un banale trucco retorico: giacché *violano le norme di legge* che governano la competenza, soggettiva oppure organizzativo-formale⁹⁴;

ii.ii) visto che pure il dovere d'imparzialità degli amministratori è *previsto dalla legge*, per di più fondamentale (art. 97 Cost.), allora i contegni del funzionario che violino quella *guideline*, generando preferenze o vessazioni, integreranno l'estremo della "violazione di legge" *ex art. 323 c.p.*⁹⁵. Cosa che, è evidente, già consente all'abuso d'ufficio di (ri-)catturare gli eccessi di potere: giacché un esercizio – formalmente consentito ma sostanzialmente – sviato dei poteri funzionali, ove generi danni o vantaggi indebiti, è *senza dubbio elusivo* del precetto costituzionale d'imparzialità⁹⁶.

Anzi, si giunge persino ad affermare che, dal *generico* dovere-principio *ex art. 97 Cost.*, origina un *preciso e autoapplicativo* divieto-regola di favoritismi⁹⁷: con il che, magicamente, pure l'eccesso di potere finisce per violare con una "stringente" regola di legge.

La rassicurante copertura *ex art. 97 Cost.*, poi, dà la stura a quella spericolata corrente interpretativa che identifica una "violazione di legge" *ex art. 323 c.p.* là dove il p.a., pur

⁹³ E, *a fortiori*, quelli di programmazione e pianificazione: così, a proposito di un permesso di costruire rilasciato in violazione del p.r.g., Cass., Sez. VI, 2 ottobre 1998, Tilesi, in *Cass. pen.*, 1999, 2114; stessa *ratio decidendi*, ma stavolta a proposito dell'inosservanza delle disposizioni di un bando di concorso, in Cass., Sez. VI, 17 giugno 2015, P.M. in proc. Feola, in *Mass. Uff.*, n. 264088.

⁹⁴ Così, a proposito degli atti afflitti da incompetenza relativa *ex lege* 241/90, cfr. Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2009, Canali, in *Mass. Uff.*, n. 242934; sulla stessa linea, anche con riguardo al difetto di competenza assoluta, già Cass., Sez. VI, 14 luglio 2000, N.P., in *Guida dir.*, 8/2000, 123.

⁹⁵ Cass., Sez. VI, 14 giugno 2012, A. W. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 253804; Cass., Sez. VI, 26 giugno 2013, Bessone e altro, *ivi*, n. 257036; Cass., Sez. VI, 24 giugno 2014, Cocuzza, *ivi*, n. 261748; Cass., Sez. II, 27 ottobre 2015, Giorgina, *ivi*, n. 265464.

⁹⁶ Come accade, ad esempio, nel caso poc'anzi descritto della frantumazione degli importi d'asta con conseguenti affidamenti diretti.

⁹⁷ V. ad es. Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2008, Sassari, in *Mass. Uff.*, n. 239892; Cass., Sez. VI, 2 aprile 2015, Di Febo, *ivi*, n. 263933.

rispettando forme, procedure e requisiti richiesti dalla disciplina di riferimento, ne contraddica tuttavia le specifiche finalità⁹⁸; in questa prospettiva, perciò, ci sarebbe una “violazione di legge” non solo quando la condotta dell'agente confligge col significato logico-sistematico di una disposizione, ma pure quando ne tradisce *l'elemento teleologico*⁹⁹: ove è chiaro che l'equazione "violazione di legge-violazione dello scopo della legge" è – ancora una volta – funzionale ad (ri-)attrarre nel *range* dell'illecito eccessi di potere e sviamenti¹⁰⁰, (ri)-attivando il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa¹⁰¹. Estremizzando¹⁰², dunque, potremmo dire che il funzionario, *nel momento in cui esercita i suoi poteri-doveri*, è tenuto a cimentarsi in un'interpretazione teleologica della disciplina di riferimento, apprendendo però *solo al momento della sentenza* se quella lettura sia stata o meno "conforme allo scopo": se, cioè, abbia o meno violato – il sostrato finalistico de – la legge¹⁰³.

Del resto, l'enunciato non parla di leggi *precise*, e neppure circoscrive l'abusivismo rilevante al conflitto con regole *sostanziali*; e perciò, anche le disposizioni *procedimentali* che impongono al funzionario di redigere l'atto in forma scritta

⁹⁸ Cass., Sez. VI, 9 febbraio 1998, Mannucci, in *Cass. pen.*, 1999, 1761; Cass., Sez. VI, 9 maggio 2000, Perrotta, in *Mass. Uff.*, n. 216234.

⁹⁹ Così già Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2001, Bocchiotti, in *Cass. pen.*, 2003, 119, secondo cui una violazione di legge (o di regolamento) «è configurabile non solo allorché la condotta [...] sia in contrasto col significato letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento, ma anche quando essa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma»; conf. Cass., Sez. VI, 1 ottobre 2010, De Bellis, in *www.iu-explorer.it*; Cass., Sez. VI, 5 luglio 2011, Barbera, in *Mass. Uff.*, n. 250779; Cass., Sez. VI, 13 marzo 2014, M. L. e altri, *ivi*, n. 260428.

¹⁰⁰ Inclusi gli eccessi intrinseci e i cd. vizi di merito, che invece dovrebbero senz'altro ricadere fuori dall'ambito *ex art. 323 c.p.*: in questo senso, correttamente, PISANI, *Abuso d'Ufficio*, in *Manuale di diritto penale*, PS, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di Canestrari, Cornacchia e De Simone, Bologna, 2016, 257 ss., 262 ss.

¹⁰¹ Su questa linea Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi e altro, in *Mass. Uff.*, n. 251498, secondo cui integra l'estremo della violazione di legge *ex art. 323 c.p.* anche «il vizio di sviamento di potere», giacché perseguire un «interesse collidente con quello per cui il potere è stato attribuito» significherebbe violare «lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione»; conf. Cass., Sez. VI, 2 aprile 2015, *cit.*; Cass., Sez. II, 5 maggio 2015, Adamo, *ivi*, n. 264279.

¹⁰² Come giustamente segnala BENUSSI, *Art. 323 c.p.*, in *Codice penale commentato*³, II, a cura di Dolcini e Marinucci, Milano, 2011, 3177 ss., 3209, infatti, il diritto giurisprudenziale tende a omologare "violazione di legge" e "sviamento di potere" solo a fronte di macroscopici abusi funzionali.

¹⁰³ Se poi volessimo azzardare un parallelismo, potremmo dire che la nozione estensiva di "violazione di legge" *ex art. 323 c.p.* replica l'omologazione fra violazione di legge ed sviamento di potere che, prima dello spacchettamento *ex lege* 190/2012, connotava l'abuso cd. oggettivo *ex art. 317 c.p.*: sul punto, ci permettiamo di richiamare ancora VALENTINI, *Le Sezioni Unite*, *cit.*, 905 s. Propendono per una declinazione restrittiva del sintagma, ancorché evidenziandone le possibili contro-indicazioni, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, PS, I¹, Bologna, 2008, 250 ss.

e corredarlo di una motivazione¹⁰⁴; quelle che governano l'attività consultiva¹⁰⁵ e che prescrivono una - adeguata - istruttoria¹⁰⁶; e, più in generale, quelle che non esauriscono i loro effetti all'interno del procedimento ma riverberano sulla fase decisoria¹⁰⁷, o, comunque, sono avvinte da una legame condizionalistico con vantaggi indebiti o danni risarcibili *ex art. 2043 c.c.*¹⁰⁸, possono tutto sommato prestarsi a innescare le qualifiche normative *ex art. 323 c.p.*¹⁰⁹

Con buona pace della *voluntas* del legislatore storico obiettivizzata nella struttura tipica.

Ma - per arrivare al punto che c'interessa davvero - l'attacco frontale alla selettività della disposizione *ex art. 323 c.p.* non coinvolge solo indole (*anche* regole procedurali), connotati strutturali (*anche* regole elastiche) e oggetto (*anche* le regole sulla competenza) della norma con cui contrasta la condotta del p.a., ma pure il relativo regime giuridico-formale: che, in teoria, dovrebbe essere quello delle "leggi" o dei "regolamenti"¹¹⁰.

Lo schema argomentativo d'assalto, costantemente applicato in materia urbanistica e nello stesso settore dei contratti pubblici, suona grosso modo così: la trasgressione di un capitolato d'appalto o di un piano regolatore generale, che non sono né "leggi" né "regolamenti" ma atti amministrativi generali, realizza comunque una "violazione di legge" *ex art. 323 c.p.* perché, in posizione retro-

¹⁰⁴ Cass., Sez. VI, 27 ottobre 1999, S. D'A., in *Cass. pen.*, 2001, 124.

¹⁰⁵ Da ultimo Cass., Sez. II, 11 dicembre 2013, Cuppari, in *Mass. Uff.*, n. 258206.

¹⁰⁶ Cass., Sez. VI, 4 novembre 2004, Palascino, in *Mass. Uff.*, n. 230901; Cass., Sez. VI, 7 aprile 2005, Fabbri, *ivz*, n. 231341; Cass., Sez. VI, 14 giugno 2007, D.L.F. e altri, *ivz*, n. 238027.

¹⁰⁷ Cfr. ad es. Cass., Sez. VI, 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Cass. pen.*, 2000, 2241.

¹⁰⁸ Cass., Sez. VI, 15 dicembre 1997, Pellegrini e altro, in *Cass. pen.*, 1998, 1356; Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2000, Genazzani, *ivz*, 2003, 511. Sulla stessa linea omnicomprensiva, a proposito della violazione delle regole che governano la procedura di scelta del contraente della PA, e più in particolare dello «ordine di successione degli atti», Cass., Sez. VI, 15 dicembre 1997, Fricano e altro, in *Mass. Uff.*, n. 209479.

¹⁰⁹ Abbiamo detto "operativizzare" anziché integrare perché, secondo la giurisprudenza e la dottrina largamente dominanti, l'estremo tipico della «violazione di norme di legge o di regolamento» è inquadrabile fra gli *autentici* elementi normativi giuridici, nel senso che le regole evocate da quell'estremo *non* entrano a comporre il precepto penale, atteggiandosi a meri parametri di attribuzione della qualifica espressa dal concetto normativo - con tutto ciò che ne segue prospettiva statica (art. 47, co. 3, c.p.) e dinamica (irrelevanza *ex art. 2 c.p.* in caso di modifiche *in mitius*): conf. ad es. Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2003, Villani, in *Mass. Uff.*, n. 224017; Cass., Sez. VI, 7 aprile 2005, cit.

¹¹⁰ Regime giuridico-formale, questo, sinonimo di certezza e conoscibilità in ragione delle modalità di approvazione dell'atto normativo e della sua "indefinita" durata nel tempo: così, emblematicamente, Cass., Sez. VI, 18 novembre 1998, Benanti, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 623.

stante-sovrordinata, c'è una legge (formale, materiale, regionale, etc.) o un regolamento (governativo, ministeriale, provinciale, etc.)¹¹¹ che assegna a un organo "altro" (ai Sindaci, alla Giunta, agli ufficiali della Guardia Costiera, etc.) poteri di regolazione-emanazione di norme generali e ne prescrive l'osservanza¹¹².

Non importa più, quindi, che la condotta del funzionario pubblico violi *immediatamente* una norma che vanta i requisiti formali-sostanziali della "legge" o del "regolamento": è sufficiente che trasgredisca una regola – generale, non necessariamente astratta – adottata *in forza della legge*, e di cui *la legge stessa* stabilisce l'obbligatorietà.

Nei nostri esempi: il rilascio di un permesso di costruire in violazione di un piano regolatore comprensoriale, come anche la violazione di un capitolato speciale, realizzano *par ricochet* la violazione della legge che comanda di conformarsi a quegli atti amministrativi generali.

Tanto basta per affermare l'ingiustizia della condotta *ex art. 323 c.p.*; e, per giustificare tecnicamente il gioco di specchi, si spinge sul carattere concluso e pregnante della fattispecie incriminatrice richiamante: capace di "declassare" a mero presupposto di fatto tutto il materiale normativo evocato, direttamente *ma anche "a catena"*, dall'estremo normativo tipico «in violazione di norme di legge o di regolamento»¹¹³.

La disciplina *non*-legislativa e *non*-regolamentare richiamata – direttamente o mediatamente – dall'art. 323 c.p. potrebbe dunque partecipare serenamente all'identificazione dell'area della punibilità senza attentare alle garanzie *ex art. 25 Cost.*¹¹⁴, giacché quella disciplina *resta all'esterno* del precetto¹¹⁵.

3.1. (*Segue*) la patologica versatilità dell'abuso d'ufficio nell'universo della regolazione veloce

¹¹¹ Sempre che disciplinato – quanto a presupposti, modalità di adozione e limiti – dalla legge, ed espressamente qualificato come tale: BENUSSI, *Art. 323 c.p.*, cit., 3201 ss., ivi anche per gli ampi richiami.

¹¹² V. *ex multis* Cass., Sez. VI, 11 maggio 1999, Fravilli, in *Cass. pen.*, 2000, 350; Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2007, Pellegrino, in *Mass. Uff. Cass.*, n. 236147; Cass., Sez. III, 19 giugno 2012, Rullo, *ivi*, n. 254015.

¹¹³ V. ad es. Cass., Sez. VI, 16 ottobre 1998, Lo Baido e altri, in *Cass. pen.*, 1999, 2109, secondo cui l'inosservanza dello strumento urbanistico va considerato presupposto di fatto della violazione della disciplina di legge in materia di concessioni edilizie.

¹¹⁴ Senza cioè che si consumi una elusione «della portata lessicale e teleologica della norma»: così, invece, Cass., Sez. VI, 18 novembre 1998, cit.

¹¹⁵ Cass., Sez. VI, 6 ottobre 1999, Callaci, in *Mass. Uff.*, n. 216375; Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2007, cit.

Prima d'immergere la doppia norma *ex art. 323 c.p.* nella galassia delle linee guida ANAC in punto di appalti pubblici, e di verificare possibilità e limiti della sinergia fra l'una e le altre, è opportuno – ma, come diremo, non decisivo agli effetti penali¹¹⁶ – intendersi sulla natura giuridica della normativa varata dall'Authority¹¹⁷.

In proposito, correnti avanguardiste a parte¹¹⁸, prevale la tesi che esclude il carattere – sostanzialmente – regolamentare delle linee guida partorite "in autonomia" dall'ANAC, quand'anche siano vincolanti¹¹⁹: quand'anche, cioè, non siano propriamente assimilabili alla *soft law*¹²⁰.

Si tratterebbe dunque di *poteri di regolazione* che generano *atti amministrativi generali*, non già di poteri normativi che sfociano in disposizioni regolamentari¹²¹: cosa che, *va da sé*, ne esclude la riconduzione alle "norme di regolamento" *ex art. 323 c.p.*¹²²

Viceversa, sempre stando alla sistematizzazione avallata dal C.d.S.¹²³, le linee guida dell'Autorità approvate con d.m. sarebbero assimilabili a "regolamenti ministeriali" *ex lege*

¹¹⁶ Come pure adombra NERI, *La violazione delle linee guida ANAC può costituire presupposto per il reato di abuso d'ufficio?*, in www.iusmanagement.org, 18.4.2018

¹¹⁷ Aspetto, questo, gravido di ricadute pratico-disciplinari sul versante amministrativistico: v. ora MARONI, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2017, 743 ss.

¹¹⁸ Cfr. ad es. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.; e NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 6.3.2018.

¹¹⁹ Conf. C.d.S., parere n. 1767/2016, in www.giustizia-amministrativa.it, § 4.

¹²⁰ Regole vincolanti (non esattamente *soft.*), dunque, ma veloci e flessibili (..ma senz'altro *fast*): cfr. CUOFANO, *La natura giuridica delle linee guida ANAC alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.camminodiritto.it, 27.10.2017; parla in proposito di "indurimento" della *soft law* MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 684 ss. Sull'ibridismo delle linee guida vincolanti, le quali esibiscono – solo – alcuni connotati tipici degli atti amministrativi generali (atti di regolazione delle Autorità indipendenti), e – solo – alcuni connotati tipici dei regolamenti (atti normativi), v. ancora MARONI, *Le linee guida*, cit., 762 ss., che infatti propende per l'inquadramento fra le "fonti atipiche"; del resto, la "a-tipicità" dei poteri normativi affidati all'ANAC sarebbe il contrappunto della "a-tipicità" della stessa nel panorama delle Autorità amministrative indipendenti: CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2017, 381 ss.

¹²¹ Sul questa linea, v. ad es. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.federalismi.it, 25.1.2017; e GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida ANAC*, *ivi*, 27.11.2017, cui si rinvia per i necessari richiami.

¹²² Così, *a contrario*, MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC*, cit., § 9.

¹²³ Per un puntuale resoconto, v. ad es. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2/2017, 1 ss.

400/88¹²⁴: e perciò, dobbiamo dedurne, si presterebbero a connotare d'ingiustizia la condotta del funzionario (*retro*, § 3).

Con il che, se esistesse solo la norma coerente con senso e struttura del fatto *ex art. 323 c.p.*, potremmo considerare chiuso il discorso: dovremmo escludere che le pseudo-circolari ("non vincolanti")¹²⁵ e il diritto veloce ("vincolante")¹²⁶ dell'ANAC possano interagire con la nostra incriminazione.

Il problema, però, è che esiste e gode di ottima salute anche l'*altra* norma: quella che identifica una "violazione di legge" (pure) quando si trasgrediscono le prescrizioni di atti amministrativi generali che una legge attribuisce il potere di emanare e comanda di rispettare; e (persino) quando si somministrano danni o vantaggi violando il generico dovere di equidistanza *ex art. 97 Cost.*

Difficile fronteggiare tale agguerrito arsenale ermeneutico, che bypassa agilmente il problema della natura – non regolamentare, appunto – delle *guidelines* dell'Autorità, le quali potranno restare atti amministrativi generali, e ciò nondimeno innescare, in caso d'inosservanza, lo "scivolo ascendente" che conduce a una violazione di legge *ex art. 323 c.p.*¹²⁷: della legge che assegna all'ANAC poteri di regolazione, oppure della legge costituzionale.

In effetti, mentre nel primo scenario (violazione della legge che attribuisce all'ANAC il potere di adottare atti regolativi) è possibile scorgere una piccola finestra difensiva, nel secondo (violazione del dovere *ex art. 97 Cost.*) qualsiasi tentativo di disattivare l'intersezione fra condotta abusiva e linee guida pare essere destinato a fallire.

E così, posto che, nel settore che c'interessa, *né* l'art. 213, co. 2, d. lgs. 50/2016 succ. modd., *né* l'art. 36 d. lgs. cit. – specificamente dedicato ai contratti sotto

¹²⁴ C.d.S., parere n. 855/2016, in www.giustizia-amministrativa.it, 37 ss.; C.d.S., parere n. 1767/2016, cit. Sul punto, ROLLI, SAMMARRO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'Uomo di Vitruvio*, in www.giustamm.it, 4/2016, 1 ss., 5 ss.

¹²⁵ Da cui le Amministrazioni possono *motivatamente* discostarsi, ravvisandosi in caso contrario – di divergenza immotivata o non adeguatamente/puntualmente motivata – un possibile eccesso di potere: così, aderendo alla ricostruzione del C.d.S., FRANCONIERO, *Nuovo volto al potere regolativo dell'ANAC: commento all'art. 213 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016)*, in www.italiappalti.it, 2.9.2016. Il che, peraltro, val quanto dire che le linee guida (autenticamente) *soft* dell'ANAC non sono affatto giuridicamente irrilevanti e inefficaci: CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., §§ 7-8, che inquadra tali atti di regolazione fra le "fonti terziarie del diritto amministrativo".

¹²⁶ Che «non lascia[no] poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori», ancorché la relativa "vincolatività" non esaurisca «sempre la "discrezionalità" esecutiva delle amministrazioni»: cfr. C.d.S., parere n. 1767/2016, cit., § 4.4.

¹²⁷ Cfr. ancora *retro*, § 3.

soglia – assegnano *ex professo* all'ANAC poteri regolativi con efficacia vincolante¹²⁸, ma anzi ne circoscrivono la missione ad attività di *mero supporto*¹²⁹; e posto che, come dicevamo più sopra, la “sequenza ascendente” – dalla violazione dell'atto amministrativo alla “violazione di legge” *ex art. 323 c.p.* – funziona solo quando la seconda prescrive l'obbligatorietà del primo, potremmo concludere che l'inottemperanza alle linee guida in materia di affidamenti sotto soglia (art. 36 d. lgs. cit.) e di offerta economicamente più vantaggiosa (art. 213, co. 2, d. lgs. cit.), *mancando* di un sovrastante obbligo di legge, *non consuma* una “violazione di legge” *ex art. 323 c.p.*

Al contempo, però, è pure vero che simile ragionamento, già di suo sottile, girerebbe a vuoto là dove l'interprete sfoderasse la ghigliottina *ex art. 97 Cost.*: che, come pure dicevamo, riesce a *convertire* in “violazione di legge” qualsiasi sviamento cui conseguono danni o favoritismi, e perciò, in ipotesi, *anche* la divergenza immotivata – o non adeguatamente motivata – dalle linee guida *non vincolanti* dell'Agenzia anticorruzione¹³⁰.

Certo, per l'affermazione di responsabilità *ex art. 323 c.p.* ci vuole (anche) che l'agente sia animato da dolo intenzionale, non essendo sufficiente la – prova della – effettiva rappresentazione del danno/vantaggio¹³¹; e certo, considerato il getto continuo di *fast law* che investe il settore (*overdeterrence* “quantitativa”), come pure la difficoltà d'identificarne *ex ante* le porzioni precettivo-vincolanti¹³² (*overdeterrence* “qualitativa”), resta la carta della

¹²⁸ Lo segnala, fra i molti, BORGIA, *Linee guida ANAC: natura giuridica e portata applicativa*, in www.italiappalti.it, 8.2.2018; sul carattere *non vincolante* delle citate linee-guida n. 4 del 26.10.2016 (appalti sotto soglia) e di quelle in materia di offerta economicamente più vantaggiosa *ex art. 213, co. 2, d. lgs. cit., v. C.d.S., pareri nn. 1903/2016 e 261/2018*, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché il già menzionato parere n. 1767/2016.

¹²⁹ In questo senso, efficacemente, CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo*, cit., § 2.

¹³⁰ Scollamento che, come già anticipato *sub* nt. 125, rappresenterebbe un «elemento sintomatico di eccesso di potere»: cfr. C.d.S., parere n. 1767/2016, cit., § 5.3. Perciò, in ipotesi, persino la decisione degli apicali di una società partecipata di non adottare il PTPC o il MOG “integrato” discostandosi dalle linee guida *soft* ANAC, senza puntualmente-adeguatamente motivare tale opzione, potrebbe astrattamente integrare la condotta tipica *ex art. 323 c.p.*

¹³¹ Base su cui, al più, è possibile edificare la prova di un dolo generico-eventuale (di cui, appunto, non si appaga l'illecito): Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2004, Percoco, in *Mass. Uff.*, n. 228811; per una virtuosa applicazione dei criteri d'imputazione soggettiva, peraltro in relazione alla – soggettivamente meno pregnante – figura *ex art. 353 c.p.*, Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2017, B.A., in www.iusexplorer.it

¹³² Distinguendole da quelle discorsive-di mero indirizzo: in argomento, MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC*, cit., § 15; MARONI, *Le linee guida*, cit., 771 ss. Si tratta dunque di un cimento interpretativo di cui è sostanzialmente gravato l'agente pubblico, il quale, ancora una volta (*retro* § 3), dovrà attendere una sentenza, magari penale, per sapere se la sua (pregressa) esegesi è stata (o meno) corretta: in questo senso, essenzialmente, CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale-dir.*

scusabilità-inevitabilità della *culpa iuris*¹³³. Ma sappiamo tutti bene che, nella realtà del processo penale, attaccare un'accusa con argomenti di matrice subiettivistica è una strategia che raramente coglie nel segno.

La giustizia penale della P.A, oggi più di ieri, tiene dunque in scacco matto l'intraneo: stretto fra il dovere di svolgere i suoi uffici, il terrore di farlo, e la speranza d'incrociare, qualora trovi il "coraggio della firma" nonostante la sner-vante tenaglia normativa, magistrati laici praticanti un'ermeneutica della sussidiarietà.

amm., 4/2016, 436 ss.

¹³³ Cfr. anche *retro* nt. 44.