

LE IDEE DEGLI ALTRI

GIUSEPPE NUARA

**Recensione a *La «disciplina altrove».*
*L'abuso d'ufficio fra regolamenti
e normazione flessibile*, di
GIANDOMENICO SALCUNI,
ESI, Napoli, 2019**

L'autore nell'opera si sofferma sul tema delle linee guida ANAC, cercando di ricostruire il quadro giuridico dalle stesse offerto ed in particolar modo soffermandosi sul tema del rapporto fra piano amministrativo e penale, essendo quest'ultimo un tema quanto mai attuale, proprio in considerazione dell'orientarsi di alcune parti dell'ordinamento giuridico italiano in direzione di sistemi di regolazione normativi flessibili. In particolare, l'autore si impegna a risolvere il problema della qualificazione giuridica delle linee guida ANAC, superando l'impostazione del Consiglio di Stato sul tema per poi procedere all'individuazione del ruolo delle suddette linee guida in termine di rilevanza penale, specialmente ai sensi dell'art. 323 c.p. in caso di violazione delle stesse.

In this work, the author focuses on the theme of the ANAC guidelines, trying to reconstruct the legal framework offered by them and in particular focusing on the issue of the relationship between the administrative and criminal level, the latter being a very topical issue, precisely in view of the orientation of certain parts of the Italian legal system towards flexible regulatory systems. In particular, the author undertakes to resolve the problem of the legal qualification of the ANAC guidelines, going beyond the approach of the Council of State on the subject and then proceed to the identification of the role of the aforementioned guidelines in terms of criminal relevance, especially in accordance with art. 323 c.p. in case of violation of the same.

L'opera, suddivisa in quattro capitoli, analizza il tema delle linee guida ANAC prodigandosi nello sforzo di definirne la natura giuridica e, soltanto dopo averle ricondotte ai parametri imposti dalla grammatica della legalità penale concernenti le fonti secondarie, giunge ad affrontare la problematica dell'integrazione della fattispecie dell'art. 323 del codice penale in caso di violazione delle medesime linee.

Effettua, quindi, una proposta risolutiva del problema dell'ipertrofia penalistica derivante da un'eccessiva dilatazione dell'applicazione del reato di abuso d'ufficio concentrandosi, in particolare, sul possibile ruolo scusante delle medesime linee guida.

Ricostruite, nel primo capitolo, le vicende normative concernenti l'ANAC, Giandomenico Salcuni, conscio della centralità del ruolo ricoperto dalle linee guida, si sofferma sul problema della qualificazione giuridica delle medesime, interrogandosi sulla loro riconducibilità a un sistema di *soft law*, piuttosto che

a quello di *hard law*, ad efficacia vincolante *erga omnes*.

Centrale diventa, dunque, il tentativo di superare i confini di fronte ai quali tradizionalmente il penalista si arresta (secondo il Pavarini essendo tenuto al rispetto del brocardo “*silete poenologi in munere alieno*”) e l’Autore propone, con validi argomenti critici, una soluzione alternativa a quella delineata dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016, fondata sulla riconduzione delle linee guida vincolanti e non all’insieme degli atti amministrativi generali.

Nello sforzo di compiere una completa declinazione di tutte le conseguenze giuridiche che derivano dalla riconduzione delle linee guida allo *status* di regolamento, piuttosto che a quello di atti amministrativi generali, l’Autore evidenzia come, pur nel rispetto dei principi di legalità e di riserva di legge, ai fini di garantire effettività alla riforma introdotta dal Codice degli Appalti Pubblici (da ora C.A.P.), il criterio nominalistico appaia non probante, sostenendo come questo tipo di linee guida sostituisca “*il vecchio regolamento affrontando le stesse materie, gli stessi problemi, le stesse questioni e, cioè, dettando non solo norme tecniche di regolazione ma norme giuridiche di comportamenti, norme che hanno quei caratteri della generalità, dell’astrattezza, e dell’innovatività*”.

L’opera, quindi, si sofferma sugli effetti prodotti da D.L. n. 32 del 2019, convertito in legge n. 55 del 2019 (cd. “sblocca cantieri”), affrontando l’interrogativo se l’introduzione del nuovo regolamento unico degli appalti abbia effettivamente soppiantato il sistema previgente, decretando un definitivo abbandono del sistema di *soft law*, a favore del cd. *hard law*.

La presa di posizione sul riconoscimento della natura regolamentare delle linee guida ANAC non poteva non comportare la necessità di individuare le conseguenze, in termini di rilevanza penale specialmente ai sensi dell’art. 323 c.p., in caso di violazione delle stesse.

Nel tentativo di rispondere a tale ultimo quesito, l’Autore affronta in modo efficace le problematiche inerenti i principi governanti la materia penale, ed in particolare relative al principio di determinatezza, quale corollario del più ampio principio di riserva di legge, nonché il problema dei cd. rinvii normativi in ambito penalistico.

Il problema viene affrontato con particolare riferimento alle fattispecie causalmente orientate, venendo evidenziato come esse costituiscano il luogo giuridico in cui l’apporto di fonti secondarie non necessariamente comporti incostituzionalità del sistema, pur non nascondendo la centralità del tema della legittimazione democratica dell’ANAC, e pervenendo ad una ridefinizione del sistema di legittimazione delle fonti secondarie in una democrazia costitu-

zionale non più esclusivamente rappresentativa.

Sul tema della possibile integrazione del reato di abuso d'ufficio conseguente alla violazione delle linee guida ANAC, l'Autore rileva, quindi, come uno degli elementi di maggiore criticità sia costituito preliminarmente dalla mancanza di orientativi insegnamenti giurisprudenziali, a fronte, peraltro, di ricostruzioni dottrinarie, fra di loro, il più delle volte, divergenti.

Una simile polarizzazione delle diverse ricostruzioni ad opera della dottrina è dovuta, secondo l'Autore, innanzitutto, alla presenza di diverse tipologie di fonti che, per usare un'espressione presa in prestito da altra dottrina, costituiscono "*un'etichetta di contenitori diversi*", rappresentando infatti elemento plastico del fenomeno definito "*fuga dal regolamento*", consistente nella sempre più crescente rinuncia a regolamenti formali prodotti all'esito della procedura di cui all'art. 17 della legge n. 400 del 1988.

Ciò risponde del resto ad esigenze di celerità nella produzione di norme ed appare coerente, peraltro, in un quadro di consolidamento del fenomeno simmetrico rappresentato dalla "*burocrazia difensiva*".

Giandomenico Salcuni, riprendendo la critica all'inquadramento ad opera del Consiglio di Stato delle linee guida quali atti generali amministrativi, perviene alla conclusione di un'assimilabilità delle linee guida ai regolamenti formali ex art. 17 della legge 400 del 1988, sull'ulteriore considerazione che, secondo quanto anche stabilito dai Giudici di legittimità, ai fini penalistici deve essere verificato se il procedimento di produzione del singolo atto radichi il suo fondamento in disposizioni di legge, al pari di quanto previsto per i regolamenti formali.

Nel tentativo di giustificare la rilevanza penale della violazione delle linee guida ANAC, l'Autore offre una giusta premessa, richiamando icasticamente la diversa *ratio* legislativa posta alla base della nuova formulazione dell'art. 323 del codice penale e sottolineando la necessità, nel rispetto dei canoni imposti dal principio di determinatezza e prevedibilità del diritto penale, di individuare alcune specifiche sottoclassi, nella categoria dell'eccesso di potere, così da garantire l'effettività della tutela dei principi sanciti nell'art. 97 della Costituzione pur nel rispetto dell'art. 25 comma 2^a della Costituzione.

L'Autore, pur cercando di offrire validi contenuti alla tesi della necessità di aprire le porte del campo applicativo dell'art. 323 c.p. anche alle ipotesi di violazione delle linee guida ANAC, si sofferma sull'impossibilità di porre a fondamento dell'illecito penale la diretta violazione dei principi sanciti dall'art. 97 della Costituzione, in quanto, in ogni caso, ogni condotta specificamente individuata e riconducibile alla macrocategoria dell'eccesso di potere

(*id est* sviamento di potere) necessita comunque la valutazione circa la determinabilità, *ex ante* e con certezza, della *ratio legis* posta a fondamento di ogni fonte primaria o secondaria.

Nel lodevole tentativo di limitare gli effetti dati dal dualismo fra teoria formale e sostanziale del regolamento, afferma come l'accoglimento di teorie formali costituirebbe, di fatto, un meccanismo di depenalizzazione strisciante, con il rischio di condurre ad una tutela dei principi di imparzialità, del buon andamento ed efficacia dell'azione della pubblica amministrazione soltanto "*a macchia di leopardo*".

Con specifico riferimento al reato di abuso d'ufficio - dotato di una struttura bifontrica data da una componente commissiva ed un'altra omissiva - varrà sempre la necessità di ricostruire la *ratio* contenuta nella singola linea guida violata e, in particolare, la determinabilità *ex ante*, e con certezza, delle condotte vietate che siano prevaricatorie o, comunque, poste in essere dal p.u. in presenza di conflitto di interessi.

L'Autore tratta infine la problematica dell'applicabilità dell'art. 5 del codice penale, in riferimento *all'error iuris* concernente le linee guida ANAC ed al rapporto fra le stesse e l'elemento soggettivo del dolo per il reato di abuso d'ufficio.

Conclusivamente, l'opera di Giandomenico Salcuni appare, nell'intera sua struttura, muoversi con disinvoltura da considerazioni più generali di diritto a questioni molto più tecniche che investono proprio il tema della legittimità del sistema di soft *law* e, nello specifico, di quello costituito dalle linee guida ANAC.

L'Autore, in particolare, evidenzia come il rapporto fra piano amministrativo e penale - da declinarsi nel rispetto dei principi di legalità, determinatezza e prevedibilità - debba essere improntato al raggiungimento di livelli di effettività tali da non disperdere i vantaggi insiti in un sistema di regolazione normativa flessibile, in cui le fonti primarie tipiche non appaiono più idonee ad assicurare quelle esigenze di celerità e flessibilità che la contemporaneità della nostra società economica impone.