

Antonio Francesco Morone

La tutela penale delle gare pubbliche



Giappichelli

PREFAZIONE

A quasi trent'anni dal fenomeno giudiziario che ha interessato l'Italia nei primi anni '90 della fine del Secolo scorso e che ha messo in luce la diffusione della illegalità nei rapporti fra privati e Pubblica Amministrazione, l'indagine svolta in questo lavoro parte dalla considerazione di come le recenti riforme in materia di delitti contro la P.A. (dalla legge c.d. «Severino» in avanti) abbiano trascurato la materia della tutela penale delle gare pubbliche (artt. 353 ss. c.p.).

Da un punto di vista di politica penale, come si vedrà, va subito detto che l'impianto codicistico in materia, eccezion fatta per l'inserimento nel 2010 della fattispecie di cui all'art. 353 *bis* c.p. («Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente»), è obsoleto: dall'utilizzo di termini come «incanto» o «licitazione privata», ormai abbandonati nel diritto amministrativo e retaggio del Codice Zanardelli alla ancor più grave mancata estensione dei più recenti ed efficaci strumenti penalistici, si pensi ad esempio alle confische per equivalente e «allargata».

Vero è che il contrasto delle turbative beneficia degli effetti positivi di tutti gli strumenti ideati nel contrasto alla corruzione – le turbative possono colpire infatti direttamente le stazioni appaltanti – e che accanto a corruzione e concussione il nostro ordinamento prevede una serie di ulteriori ipotesi prodromiche e sintomatiche del fenomeno corruttivo alle quali è stato affiancato ad opera della legge n. 190/2012 il traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* c.p.), tutte ipotesi di reato molto ricorrenti proprio nella materia degli appalti pubblici.

Tuttavia, visti gli effetti così negativi delle turbative d'asta (anche in termini di competitività verso le altre Nazioni), pare necessario che il nostro legislatore torni a legiferare in materia secondo diverse direttrici: in primo luogo, è indispensabile come richiesto da tutto il mondo imprenditoriale (e non solo) che si continui a perseverare in un'ottica di semplificazione del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016); in secondo luogo, in chiave di politica criminale in senso ampio, che parallelamente alla semplificazione, siano perfezionati ovvero introdotti nuovi e più snelli contrappesi per ga-

rantire legalità e trasparenza; da ultimo, che mediante l'utilizzo di più moderni strumenti di politica penale (estensione delle misure ablatorie, previsione di misure premiali per scalfire il grave fenomeno delle collusioni fra imprenditori, inserimento delle turbative fra i reati presupposto della responsabilità da reato degli enti *ex d.lgs. n. 231/2001, etc.*) l'ordinamento dia segnali di risposta più efficace in ottica di prevenzione generale e speciale.

Enucleati i principali concetti amministrativistici di riferimento ed esaminati gli attuali strumenti di politica criminale oltre che gli aspetti più controversi della attuale politica penale in materia di appalti pubblici, il lavoro si conclude in una prospettiva *de iure condendo* mediante la proposta di alcune modifiche del codice penale e non solo.

L'auspicio è che, intervenendo nuovamente in materia di delitti contro la Pubblica Amministrazione, il legislatore si concentri sulle gare pubbliche, in modo da poter meglio prevenire e contrastare fenomeni che sono devastanti per l'economia pubblica, come abbiamo potuto tristemente appurare in tempi di pandemia, assistendo a turbative relative anche a presidi sanitari indispensabili per la salute.

Capitolo I

POLITICA CRIMINALE CONTEMPORANEA E GARE PUBBLICHE

Sommario: 1. Gare pubbliche e politica penale contemporanea. – 2. Dalla politica penale alla politica criminale. – 3. I riflessi di politica criminale delle recenti riforme della P.A. ed in particolare del «nuovo» Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). – 4. Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione delle turbative d'asta. – 5. Le novità introdotte dai Decreti «correttivo» del 2017, «sblocca cantieri» del 2019, «cura Italia» del 2020, «PNRR» del 2021: osservazioni di politica criminale.

1. Gare pubbliche e politica penale contemporanea

Considerando gli effetti fortemente negativi delle turbative d'asta sul sistema imprenditoriale e sulla correttezza della gestione dei fondi pubblici – come detto, il dato è drammatico se pensiamo ai tentativi posti in essere anche per materiali sanitari per il contrasto del Covid-19 – la tutela delle gare pubbliche è entrata sempre più a far parte del diritto penale dell'economia, secondo una nozione «funzionale» di reato economico che comprende tutte quelle fattispecie strumentalmente connesse all'esercizio di una attività economica¹, al pari di quanto attiene la corruzione e, più in generale, una buona parte dei delitti contro la Pubblica Amministrazione².

Come noto, «il settore del diritto penale dell'impresa presenta alcune peculiarità che rendono particolarmente complessa l'individuazione dei beni oggetto di tutela anche perché, nell'attuale contesto culturale, economico e

¹ V. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 295; RONCO, *Il nuovo volto del diritto penale dell'economia*, in AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2020, 1.

² In proposito, ci si permette di rinviare a quanto osservato in MORONE, *Concussione, induzione indebita e corruzione*, Vivalvi, 2015, 9-10.

politico, sono nati nuovi interessi esterni all'impresa che si pongono come limiti all'economia (art. 41 Cost.) e si identificano in interessi sovra individuali collettivi, diffusi»³.

Ebbene, fra questi beni oggi sono certamente da inserire quelli che generalmente sono stati considerati come oggetto di tutela dei soli delitti contro la Pubblica Amministrazione, ossia il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione sanciti nell'art. 97, comma 1, Cost.

Nell'alveo dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, tuttavia, l'attenzione da sempre è stata accentrata sulla gravità del fenomeno della corruzione, oggetto di numerosi studi che ne hanno sottolineato la diffusività⁴, tanto da essere più volte materia di severi richiami sia di Istituzioni interne – pensiamo alle Relazioni annuali della Corte dei conti – sia internazionali. A tal proposito, il Consiglio d'Europa, con il Rapporto di conformità sull'Italia, allegato al 14° Rapporto generale sull'attività del GRECO («Lotta alla corruzione e promozione dell'integrità» del 19 giugno 2014), aveva severamente bocciato l'Italia per la lotta alla corruzione per non aver rispettato gli standard della relativa Convenzione penale del 1999.

Il nostro legislatore aveva già promosso con legge 6 novembre 2012, n. 190 alcune importanti modifiche volte, da una parte, a tentare di rafforzare i sistemi di prevenzione della corruzione⁵ e, dall'altra, a perfezionare le fattispecie penali esistenti.

Relativamente ai reati contemplati nel codice penale, la legge del 2012 ha profondamente modificato il delitto di concussione (art. 317 c.p.), che ha visto espungere fra le condotte l'induzione, la quale è confluita nella nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità (art. 319 *quater* c.p.), e la corruzione per un atto d'ufficio (c.d. corruzione impropria) (art. 318 c.p.) che è stata sostituita con la corruzione per l'esercizio della funzione⁶.

³ ALESSANDRI, *Diritto penale dell'impresa. Materiali per lo studio*, Torino, 2007, 13.

⁴ V., per tutti, DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 529-531.

⁵ V. MATTARELLA, PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. Pen. Processo*, 2013, 44.

⁶ Per una disamina delle principali novità v., per tutti, SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. Pen. Processo*, 2013, 9; SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. Pen. Processo, Speciale Corruzione*, a cura di Pisa, 2013, 16; DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 1, 2012, 243 ss. e M. MANTOVANI, *Corruzione e "funzionario a libro paga": la riforma operata dalla L. 190/2012 e il muro della giurisprudenza*, in *Indice Pen.*, 2015, 110.

Successivamente, più di preciso con la legge 27 maggio 2015, n. 69, sono stati nuovamente modificati i delitti in questione, in particolare attraverso un aumento della risposta sanzionatoria e con l'introduzione della nuova circostanza per la collaborazione processuale di cui all'art. 323 *bis*, comma 2, c.p.⁷.

Più di recente si è nuovamente intervenuti per aggravare la risposta sanzionatoria dei reati di corruzione, prima con il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 prevedendo l'applicabilità a questi reati della confisca per sproporzione ai sensi dell'art. 240 *bis* c.p. e, poi, con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, fra l'altro rendendo tali fattispecie reati ostativi alle misure alternative alla detenzione⁸.

Quanto agli appalti, è pur vero che anche tale settore beneficia delle politiche criminali più rigorose introdotte in materia di corruzione, tuttavia la maggior parte delle condotte illecite che condizionano dalla parte dei privati lo svolgimento degli incanti continua a basarsi su politiche criminali piuttosto obsolete.

A parte l'introduzione nel 2010 della nuova fattispecie di cui all'art. 353 *bis* c.p. (a tutela della formazione del bando di gara), che punisce fatti che la giurisprudenza pacificamente aveva già fatto rientrare nella norma già esistente, nessun nuovo strumento di contrasto e prevenzione è stato introdotto. Molto in sintesi ed anticipando taluni dei profili maggiormente critici, ecco i principali *gap*: risposta sanzionatoria dei reati di cui agli artt. 353, 353 *bis* e 354 c.p. immutata sempre piuttosto tenue (soprattutto se paragonata ai notevoli aumenti di pena previsti per la corruzione), mancata estensione dei nuovi strumenti di confisca, prescrizione troppo breve, nessuna misura premiale *ad hoc* per chi collabora, mancato inserimento fra i reati presupposto della responsabilità degli enti *ex d.lgs. n. 231/2001*, mancata esclusione automati-

⁷Per un commento sulle novità introdotte dalla legge n. 69/2015 v. PELISSERO, "Nuove" misure di contrasto alla corruzione?, in *Dir. Pen. Processo*, 2015, 5 ss.; ID., *La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69. Addenda di aggiornamento*, in *Trattato di diritto penale, Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2015, 1 ss. e MONGILLO, *Le riforme introdotte in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸Sulla legge n. 3/2019 v., fra gli altri, PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 3, 8; GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, 2019, 44 ss.; MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2019, 5, 231 ss. e MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 1257 ss. Sui profili sanzionatori dei delitti contro la Pubblica Amministrazione v. PELISSERO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in BARTOLI, PELISSERO, SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 545 ss.

ca dagli appalti secondo la disciplina del Codice dei contratti pubblici anche per la commissione del reato di violazione del divieto di subappalto *ex art. 21 legge n. 646/1982*.

Insomma, di fronte alla gravità dell'impatto sull'economia pubblica di tali fatti e al perpetrarsi di tali notizie di reato (quasi sempre scoperte solo in correlazione a fatti più gravi), è forse venuto il tempo di mettere mano finalmente a tale disciplina, per renderla più efficace sia nella prevenzione che nella sanzione di tali fenomeni.

Il contesto del rapporto con il pubblico può essere, infatti, uno dei «luoghi» elettivi di manifestazione della *cultura dell'illegalità*, cioè di quell'atteggiamento «per cui si riconosce normalmente l'universo normativo pubblico, ma lo si elude in maniera occulta. Questo presuppone un doppio livello dello scambio sociale: palese e pubblico da una parte, occulto e privato dall'altro»⁹.

Per questo è bene che il legislatore abbia dedicato molti sforzi al contrasto ai fenomeni di corruzione e concussione, i quali maggiormente sono stati interessati dall'attenzione dei media, soprattutto a partire dai menzionati anni '90 con un fenomeno di *labelling approach*¹⁰ uscito, anche se per poco e per pochi, dagli schemi tradizionali della delinquenza comune. L'attenzione si deve concentrare ora anche maggiormente sulle turbative d'asta le quali, pur essendo forme di illecito tendenzialmente meno «appariscenti» con un *etichettamento* di criminale molto inferiore, producono effetti altrettanto potenzialmente pericolosi e capaci di scalfire la fiducia del cittadino nel-

⁹ RESTA, *Illegalità e regole invisibili*, in SCAMUZZI (a cura di), *Italia illegale*, Torino, 1996, 89. Sul punto si nota, peraltro, che «il legame tra il livello della legalità e quello dell'illegalità è non accidentale, ma indissolubile. L'uno esiste perché c'è l'altro. Questo vuol dire che una simile cultura dell'illegalità può sopravvivere soltanto se rimane costante e inalterata una quota di società "legale". I furbi possono sopravvivere come furbi soltanto se rimane confermata l'esistenza di una differenza, cioè gli onesti».

¹⁰ La teoria dell'etichettamento (*labelling approach*) «è così denominata perché, muovendo dalla premessa che delinquente non è colui il quale commette un reato ma solo chi viene concretamente punito, conclude che la devianza è la conseguenza del controllo sociale» (VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, II ed., Padova, 2005, 86; a tal proposito l'Autore cita LÉGER, *Labelling and its consequences in a close social system*, in *The British journal of crim.*, 1981, 109 il fenomeno dell'etichettamento comporta che il delinquente viene identificato con «colui che la società bolla (etichetta) come tale, trascurando tutti gli altri reati che non può o non vuole punire, e vi svolge un ruolo funzionale al sistema, il ruolo di *capro espiatorio*, su cui si concentra la censura sociale "col vantaggio di non far percepire come devianti altre condotte, parimenti dannose per la società, ma che sono proprie delle classi dominanti e che, coperte così da una sorta di immunità, si sottraggono a tale sdegno e risentimento sociale» (VINCIGUERRA, *op. cit.*, 86; a tal proposito v. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, 1984, 251).

l'operato delle amministrazioni pubbliche¹¹, manifestando in tal modo un *indice di gravità* del tutto assimilabile ai più gravi reati considerati¹².

A tal proposito, non si è mancato di notare come, anche sul versante dei reati più gravi, dopo l'onda emotiva dei primi anni di indagine di *Mani pulite*, siano state poste in essere *tecniche di neutralizzazione* più evolute da parte di quel tipo di delinquenza. Infatti, «i ceti egemoni si resero conto che non bastava più accontentarsi di riaffermare l'immagine del criminale come il soggetto di bassa estrazione sociale che commette illeciti contro la persona, il patrimonio, l'ordine pubblico. Bisognava che, attivamente, ognuno per la sua parte di editorialista, di politico e/o di inquisito, contribuisse a costruire un nuovo stereotipo, questa volta tutto in positivo: quello del soggetto che si pone, per il ruolo che svolge, *supra legem*. Era un'operazione difficile perché significava, in buona sostanza, dichiarare che la sovranità dello stato di diritto è limitata, affermare che principi quali la certezza del diritto e l'uguaglianza di fronte alla legge sono fatti per i subalterni, ma non per i potenti»¹³.

¹¹ Cfr. VANNUCCI, *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti, in Etica degli affari e delle professioni*, 1993, 40 secondo il quale «la perdita di fiducia nell'imparzialità della pubblica amministrazione della cosa pubblica mina le basi etiche della convivenza civile e incentiva la defezione degli obblighi del patto sociale».

¹² LYNCH, *Percezione del reato da parte del pubblico*, in FERRACUTI (a cura di), *Criminologia e società*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, Milano, IV, 1987, 197. A proposito dell'*indice di gravità* dei reati, si sottolinea, in dottrina, che «l'utilizzazione pratica dell'indice ai fini della ricerca criminologica le conclusioni non possono essere che favorevoli. Così, ad esempio, il controllo empirico ha dimostrato la verità dell'assunto che è stato il movente fondamentale della ricerca, e cioè che la statistica puramente numerica dei reati non mostra il vero volto della criminalità in un dato paese ed in una epoca data, mentre questo pregio lo ha una casistica qualitativa della criminalità operata in termini di quantificazione della gravità sociale di un dato tipo di reati, e perciò l'indice può essere considerato un utile completamento delle statistiche quantitative. Ovviamente questo non è l'unico impiego utile dell'indice, che può – e potrebbe – essere sfruttato in ricerche criminologiche di vario tipo, in quella relativa alla quantificazione degli abusi ... Ancora i contributi della misurazione di gravità dei reati sono diventati decisamente rilevanti per la politica criminale contemporanea alla luce della tendenza che, passata da un modello di giustizia riabilitativo ad un tipo di *sentencing* maggiormente retributivo, enfatizza la proporzionalità tra gravità del reato e severità della pena» GIANNINI, *Gli indici di misurazione della gravità dei reati*, in FERRACUTI (a cura di), *Le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, cit., II, 1987, 156. Cfr., inoltre, DELOGU, GIANNINI, *L'indice di criminalità di Selling e Wolfgang nella teoria generale della misurazione di gravità dei reati*, Milano, 1982, 9 ss.

¹³ A. COTTINO, *Disonesto ma non criminale. La giustizia e i privilegi dei potenti*, Roma, 2005, 69. Su questi temi cfr., inoltre, COTTINO, SARZOTTI (a cura di), *Diritto, uguaglianza e giustizia penale: atti del Convegno internazionale di Torino, 21-22 aprile 1995*, 1995 e PRINA F., *Devianza e politiche di controllo*, Roma, 2003.

A livello di definizioni, la turbata libertà degli incanti rientra a pieno titolo nella criminalità dei c.d. «colletti bianchi» con un necessario distinguo rispetto a molti altri delitti contro la Pubblica Amministrazione: il pubblico funzionario non è infatti soggetto attivo dei reati considerati, aspetto che per certi versi rende ancor più difficile il contrasto delle turbative d'asta.

In un lavoro che riguarda fenomeni potenzialmente molto diffusi nelle pubbliche amministrazioni, la tentazione, come è capitato a Sutherland¹⁴, potrebbe essere quella di prendere in considerazione anche illeciti di natura non penalistica. Nella materia delle gare pubbliche si pensi al sottile confine fra centro unico di interessi e le collusioni penalmente rilevanti. «Ecco allora studiosi come Tombs ed altri, con la loro proposta di sostituire il concetto di reato con quello di danno. Peraltro sono loro stessi a ricordare che, una volta lasciato il piano del diritto penale, si pone il non facile problema di decidere a chi spetta, e con quale legittimazione, giudicare ciò che è dannoso e ciò che non lo è»¹⁵. Occorre tuttavia, a livello di metodo, tenere ben distinti *de iure condito* il piano penale e quello amministrativo. A livello di prevenzione, viceversa, in un'ottica di politica criminale, non si può non fare riferimento al meccanismo di prevenzione del fenomeno penale, che passa anche attraverso i meccanismi di prevenzione delle turbative ideati sul piano del procedimento amministrativo.

In conclusione, in assenza di dati statistici ufficiali completi su tali reati, occorre il più possibile riflettere su difetti e manchevolezze delle tecniche di repressione e sui limiti delle tecniche di prevenzione. In merito ai fattori criminogeni sia sufficiente ricordare come a più riprese in vari atti pubblici siano state individuate come cause di questi illeciti: l'ampiezza dell'area pubblica, il disordine normativo, la modalità di attuazione del decentramento amministrativo, il finanziamento della politica, la confusione di ruoli tra personale politico e personale burocratico, l'inefficienza amministrativa, l'insoddisfacente disciplina delle procedure amministrative, la debolezza del-

¹⁴ SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, a cura di G. Forti, Milano, 1987.

¹⁵ A. COTTINO, *Disonesto ma non criminale. La giustizia e i privilegi dei potenti*, cit., 55. A tal proposito si precisa che «in effetti, il concetto “devianza” predomina nella letteratura sociologica che si occupa del comportamento criminale o comunque proibito. Mentre il diritto penale definisce la sua area di interesse come “reato” ed i soggetti sotto il suo controllo come “criminali”, e la psichiatria e la psicologia usano termini quali “disturbi mentali” e “comportamento anormale”, la sociologia cerca di evitare l'etichettamento ed i giudizi giuridici e psicologici, ricorrendo ad una nomenclatura – “devianza” e “devianti” – che mette in rilievo le interazioni e le dinamiche sociali» (KITTRIE, *Le variazioni del concetto di devianza*, in FERRACUTI (a cura di), *Le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, cit., 96).

l'amministrazione e l'assenza di corpi tecnici, l'inefficienza dei controlli, la sfiducia dei cittadini nella garanzia dei loro diritti, le distorsioni del sistema economico e le strutture d'impresa e l'assenza di prestigio e di spirito di corpo dei dipendenti pubblici¹⁶.

Ai fini della valutazione dell'efficacia¹⁷ dell'impianto penalistico a tutela delle gare pubbliche, sarebbe necessario poter «avvalersi di un ampio corredo di verifiche empiriche, soprattutto sotto forma di analisi statistiche, inchieste campione ed esperimenti. La funzione di tali verifiche è di saggiare come reagiscano i tassi di criminalità in presenza di alcune variabili tipiche, che la dottrina ha identificato soprattutto nella *severità e certezza della sanzione*»¹⁸.

¹⁶ V. *Rapporto del comitato di studio per la prevenzione della corruzione, 23 ottobre 1996*, a cura di Camera dei Deputati, in *www.camera.it*, 20-33. Per quanto attiene, nello specifico, il sistema dei controlli, si sottolinea che «nel nostro ordinamento, è tradizionalmente ispirato alla verifica formale della regolarità e della legittimità di singoli atti, risolvendosi spesso in una codecisione. A questo tipo di controlli sfuggono i casi in cui il procedimento è stato seguito correttamente, ma la decisione non risponde all'interesse pubblico, come, ad esempio, nei casi di distorsione della domanda con conseguente realizzazione di opere pubbliche non necessarie. Sprechi e inefficienza di questo tipo sarebbero, invece, meglio individuabili tramite controlli di risultato».

¹⁷ Sul punto v. V. MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, VI, il quale sottolineava già negli anni '80 che la dottrina italiana contemporanea deve «colmare un serio deficit nelle conoscenze empiriche necessarie ad un diritto penale criminologicamente fondato, praticabile ed efficace. È in atto, da qualche anno, un processo di trasformazione dell'apparato concettuale e metodologico del penalista, che rispecchia un approccio al diritto penale più consapevole dei suoi presupposti e risvolti politici, politico criminali e criminologici. La spinta alla trasformazione in atto è venuta dal permanente bisogno di una riforma globale del nostro sistema penale, ma anche da recenti riforme parziali che hanno portato in piena luce la polarità della questione criminale: scopi, necessità ed efficacia dell'intervento repressivo e – al polo opposto – il rispetto dei fondamentali principi garantisti del diritto penale».

¹⁸ FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su "cifre nere" e funzione generalpreventiva della pena*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 59. L'Autore ricorda come vi siano due concezioni della general prevenzione: la prima «mirerebbe a ingenerare nella psiche dei cittadini una sorta di *pavloviano* riflesso condizionato per cui all'immagine del crimine dovrebbe venire associata l'anticipata sensazione sgradevole delle possibili conseguenze afflittive di un tale comportamento antigiuridico»; la seconda «si è venuta gradualmente affiancando una visione della prevenzione generale tendente a valorizzarne le componenti positive, la sua attitudine a provocare l'adesione generale a dei valori attraverso il rafforzamento degli *standards* morali dei consociati» (*Ibidem*, 57; cfr. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi*, 40). D'altronde, come si sottolineerà anche più avanti, «la politica criminale reale non è certo quella di cui discutono i penalisti nelle loro opere dogmatiche riguardanti gli "scopi di politica criminale" da attribuire alle categorie del sistema. Mentre gli studiosi "orientati allo scopo" controllano solo le loro categorie, la politica

È pertanto, particolarmente grave che già da diversi anni non siano più disponibili dati statistici ufficiali precisi che diano una «fotografia» quanto più realistica della situazione attuale.

2. Dalla politica penale alla politica criminale

Come è noto, il ruolo della criminologia rispetto al diritto penale è quello di dare a quest'ultimo «indicazioni utili per verificarne la legittimità umana e sociale ed offre suggerimenti utili per il cambiamento. Circa le condotte da punire, la criminologia, libera dai vincoli formali della legge, lavora con una nozione sostanziale di illecito»¹⁹. Tale importante funzione, storicamente, perde la sua rilevanza ad opera dell'indirizzo tecnico-giuridico²⁰.

criminale reale è oggi priva di adeguati controlli di razionalità, e lo dimostra quotidianamente. Non basta dunque la migliore scienza della legislazione del mondo, se poi qualunque parlamento è libero di considerarla, di ignorarne persino l'esistenza. Occorre un rimedio o un controllo di tipo istituzionale. Se si vuole che il sindacato della Corte (costituzionale) diventi davvero un sindacato sull'*extrema ratio*, sull'offensività *ecc.*, occorre affidare alla corte: 1) il potere di definire storicamente una gerarchia tra i beni costituzionali, o comunque di "rilevanza costituzionale", e i "sistemi di tutela" con essi compatibili, in modo da poterne escludere alcuni dall'area del penalmente rilevante ... 2) il potere di svolgere indagini empiriche, o comunque di valutare la presentazione alla corte stessa di indagini empiriche e l'efficacia delle sanzioni alternative a quella penale» (DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro It.*, 2001, V, 43).

¹⁹ VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, cit., 124. L'Autore ricorda che, a differenza del diritto penale che è scienza deduttiva «la criminologia è scienza induttiva ... essa muove dall'analisi del reato come episodio della vita, come fenomeno; ne studia le particolarità espresse nella condotta colpevole, nelle caratteristiche personali del reo, nell'ambiente in cui viene commesso». Cfr., inoltre, PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Criminologia*, in *Digesto Pen.*, IV ed., III, 1989, 255.

²⁰ Non si può non ricordare, infatti, che in seno alla Scuola classica, era d'uopo un approccio alle fattispecie ricco di considerazioni *de iure condendo*. Si pensi, in tema di delitti contro la Pubblica Amministrazione alle osservazioni svolte da Carrara nel suo Programma del corso di diritto penale (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, V, IV ed., Lucca, 1881, 163-164). Sugli stessi temi v., anche, Bricola, secondo il quale «va rilevato che in Italia, dopo alcuni bagliori offerti dal socialismo giuridico-penale, fin dai primi anni del Novecento è divenuta prevalente la tendenza a ridurre la politica criminale a politica penale. Ne sono causa, da un lato, i giuristi, sempre più arroccati dopo la prolusione di Arturo Rocco, entro le maglie del tecnicismo giuridico, nonché dall'altro, gli orientamenti di una scienza criminologica che, pur muovendo da concezioni plurifattoriali della criminalità, si viene attestando – e il processo resiste tuttora – su basi più cliniche che sociologiche» (BRICOLA, *Politica penale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 102). In tema v., altresì, ALEO, *Criminologia e sistema penale*, Padova, 2011, 97 ss.

Nell'ultimo ventennio e con lo spirare del Secolo scorso si è nuovamente accentuata l'esigenza di indagine sulle capacità generalpreventive delle fattispecie, come pure dello studio di meccanismi di prevenzione. Tale tendenza si manifesta nella consapevolezza della dottrina penalistica che «quello del giurista che si isola nella torre d'avorio delle forme pure è atto di superbia e di ignoranza, che non può far progredire la scienza giuridica; ma è pure atto di superbia e ignoranza quello dello scienziato che pretende di costruire le sue classificazioni, trascurando la realtà delle norme giuridiche e troppo indulgendo a generalizzazioni che non tengono conto del coefficiente di variabilità e dei limiti inderogabili posti dalla scienza sperimentale all'ansia degli studiosi»²¹.

Tali temi afferiscono al campo della politica penale o, più ampiamente, della politica criminale.

Il rapporto tra queste due branche è di contenuto a contenitore: «la *politica criminale*, mentre da un lato ricomprende in sé la *politica penale*, che di quella è soltanto un capitolo, dall'altro è a sua volta soltanto un settore particolare della *politica generale*, non essendo solamente politica legislativa, ma anche sicuramente politica giudiziaria, amministrativa e ampiamente sociale»²².

²¹ NUVOLONE, *Diritto penale e criminologia*, in FERRACUTI (a cura di), *La criminologia e il diritto penale*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, a cura di Ferracuti, Milano, Vol. III, 1987, 14.

²² MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, 8. A proposito della distinzione tra politica criminale come teoria e come prassi, va ricordato che «come teoria, la politica criminale è lo studio di tutte le misure atte a ridurre la criminalità (misure sociali e, rispettivamente, di diritto penale: secondo che ci si riferisca ad una o all'altra nozione) e lo studio della loro fattibilità. Come prassi, la politica criminale è la realizzazione delle misure studiate» (VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, cit., 127; sul tema, inoltre, BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. Crim.*, 1975, 221, ora in scritti di diritto penale, II, 1, 1997, 2601.). Sulle varie nozioni di «politica criminale» v. BRUNO F., FERRACUTI, *La ricerca scientifica in criminologia e la formulazione della politica criminale*, in FERRACUTI (a cura di), *Le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, a cura di Ferracuti, Milano, II, 1987, 159, secondo i quali, in definitiva, la politica criminale «è un insieme più o meno coordinato, organizzato e programmato di atti, aventi un valore politico ed una base tecnico-scientifica scaturiti da una scelta politica, con lo scopo consapevole di influire sul fenomeno criminale o su una parte di esso» (*ibidem*, 162). Cfr., inoltre, VASSALLI, *Politica criminale e criminologia*, in FERRACUTI (a cura di), *Le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, cit., 239, secondo il quale «la politica criminale, capitolo della politica generale di uno Stato, è scienza normativa (riferita a norme da creare) od arte, nel senso di tecnica del legiferare, del governare e del giudicare o, più esattamente, entrambe. Scienza in quanto raggiunge una conoscenza sistematica del fun-

In definitiva, «alla politica criminale è assegnata specialmente la funzione di sottoporre ad esame la zona di rischio penale ed eventualmente di tracciarla nuovamente, come pure di assicurare l'affermazione del diritto penale nell'applicazione giudiziaria e nel processo penale, nella lotta preventiva alla criminalità, nella fase di superamento delle conseguenze del reato e nella prospettiva del diritto penale del futuro. La politica criminale si può perciò definire in breve come la produzione e la realizzazione dei principi dell'ordinamento nel campo della giustizia penale»²³.

Risulta necessario, pertanto, che la prevenzione rispetto a determinati reati passi primariamente attraverso la punizione delle condotte che non raggiungono il livello di offensività penale attraverso una adeguata punizione civile o amministrativa: infatti, «nello studiare il modo di punire, la politica penale non può fare a meno di constatare che alla trasgressione non si risponde soltanto con la sanzione penale, ma occorre modulare l'intervento sanzionatorio in guisa da coinvolgere tutte le specie di sanzione (civile, penale ed amministrativa), ponderandone l'uso secondo la gravità dei fatti e gli scopi che si vogliono raggiungere con le sanzioni»²⁴. In materia di gare pubbliche, considerando la difficoltà del contrasto del fenomeno delle turbative, occorrerà sempre di più ragionare anche attraverso il perfezionamento di sistemi di prevenzione sia in ottica pubblicistica (mediante i codici di

zionamento delle norme e degli istituti, dei loro effetti e delle reazioni che provocano ed in quanto elabora norme ed istituti nuovi; tecnica in quanto applica le conoscenze scientifiche al dominio pratico della realtà, questa realtà modificando o cercando di modificare attraverso l'esercizio del potere politico nelle sue varie possibilità di manifestazione».

²³ ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989, 14.

²⁴ VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, cit., 137. Sul tema della pianificazione della reazione sociale cfr. MARBACH, *Introduzione ai temi della devianza sociale dal punto di vista della pianificazione*, in FERRACUTI (a cura di), *La criminologia e il diritto penale*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, cit., III, 1987, 26-27, a detta del quale «una struttura funzionale per aree di programma (o "missioni") dovrà essere concordemente sviluppata ed accettata da coloro che hanno responsabilità di orientamento e realizzazione operativa nel campo della difesa sociale. Con riferimento alla proposta di un gruppo di lavoro statunitense diretto da A. Blumstein, presentiamo nel seguito una prima ipotesi di tale struttura: *Area 1*. Riduzione della tendenza al delitto mediante diminuzione di – cause criminogeniche; recidiviamo, accentuando la riabilitazione; *Area 2*. Azioni tendenti ad aumentare i rischi e le difficoltà di commettere delitti mediante: prevenzione diretta del delitto; aumento delle probabilità di individuare e condannare i colpevoli; *Area 3*. Più efficiente gestione della organizzazione giudiziaria penale da conseguire migliorando: le relazioni tra il sistema giudiziario ed il cittadino; la selezione e l'addestramento del personale addetto alla giustizia penale; *Area 4*. Adeguata disponibilità di supporti tecnici, quali: attrezzature; centro di statistiche e misurazione del crimine; centro di ricerche finalizzate; vaglio dei risultati delle ricerche e valorizzazione operativa dei medesimi». Sul tema, si cita, inoltre, DEL MAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Parigi, 1983, I.

comportamento nelle Pubbliche Amministrazioni), sia dal punto di vista privato attraverso la predisposizione nelle aziende di modelli di organizzazione aziendale idonei a prevenire tali fattispecie. Quantomai opportuno, come si tornerà a ribadire nell'analisi degli aspetti sanzionatori, l'estensione della responsabilità da reato *ex d.lgs. n. 231/2001* ai delitti di cui agli artt. 353 e ss. c.p.²⁵.

L'affermarsi di tali meccanismi preventivi extrapenalistici²⁶ va incontro all'*esigenza del primato della politica criminale*, la quale «richiede che la politica finalizzata alla prevenzione del delitto non si esaurisca nella risposta punitiva, ma anzi si rassegni a questa solo dopo (e in ogni caso senza prescindere dall'esigenza) che lo stato abbia adempiuto integralmente alla lotta alle cause del crimine con gli strumenti extrapenalistici di prevenzione»²⁷.

²⁵ Come evidenziato da autorevole dottrina «la criminologia, in quanto volta a comprendere il fenomeno criminoso e non solo a contrastarlo, può offrire alla politica criminale e al diritto penale e penitenziario contributi fondamentali nelle varie fasi della loro operatività: nella fase della *predisposizione dei mezzi di prevenzione sociale* della criminalità; della *creazione delle norme penali ...*; della *applicazione giudiziaria della legge penale...*; dell'*esecuzione di tali sanzioni e trattamento...*; della *prognosi del comportamento futuro* del soggetto; delle *attività amministrative* concernenti la prevenzione e il trattamento delle varie forme di disadattamento e di devianza non criminali» (MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, 14). Sul possibile ruolo dei codici di comportamento nelle Pubbliche amministrazioni v., in particolare, DI NICOLA, *Dieci anni di lotta alla corruzione in Italia: cosa non ha funzionato e cosa può ancora funzionare*, cit., 132.

²⁶ A livello di definizione tale tipo di prevenzione potrebbe essere definita come appartenente al *genus* della «prevenzione sociale»: infatti, «la natura preventiva di tali misure è *ante delictum*, al pari della maggior parte delle attività di prevenzione sociale; ma da queste è opportuno distinguerle proprio per il peculiare carattere affittivo delle misure di prevenzione in senso stretto, incidendo, queste, più o meno direttamente sulla libertà personale. Carattere che invece le accomuna, quanto a contenuti sostanziali, alle sanzioni penali» (MILITELLO, *La prevenzione dei reati*, in FERRACUTI (a cura di), *Teorie criminogenetiche, prevenzione e ruolo delle istituzioni*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Milano, Vol. V, 1987, 176. Cfr., altresì, PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Indice Pen.*, 1976, 5-12.

²⁷ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 78. Tali meccanismi costituiscono un esempio tipico di politica criminale, intesa in senso ampio. «In quanto luogo (per così dire) di fondazione e di controllo razionale del diritto (penale), la politica criminale non sembra però esaurientemente definibile per il tramite di pre-costituite categorie giuridiche. Il diritto e i suoi istituti vengono in considerazione come (eventuale!) strumento per la realizzazione di fini predeterminati, attinenti alla organizzazione "politica" di determinate società. Una definizione logicamente rigorosa della politica criminale dovrebbe pertanto poter fare a meno di categorie giuridiche quali "delitto" o "pena" per incentrarsi invece sui problemi di organizzazione sociale, cui si cerca (anche con gli istituti giuridico-penale) di dare adeguata risposta ... in questa prospettiva, è "politica criminale" tutto ciò che attiene alla formalizzazione giuridica del controllo sulla devianza, per il tramite degli istituti del diritto

Da ultimo, imprescindibile presupposto di una politica criminale efficace secondo questa prospettiva preventiva non può che essere un maggior coordinamento tra i vari settori dell'ordinamento poiché «le varie discipline le istanze emergenti da ciascuna disciplina possono essere contrastanti fra loro (anzi, di regola, lo sono) e vanno ricompensate in un quadro unitario sulla base di valutazioni ponderate delle opposte e conflittuali prospettazioni»²⁸, tema certamente di attualità nella materia degli appalti, considerando il continuo evolversi negli ultimi anni della relativa disciplina di diritto amministrativo.

3. I riflessi di politica criminale delle recenti riforme della P.A. ed in particolare del «nuovo» Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)

Proprio in ottica di politica criminale in senso ampio occorre segnalare che il nostro legislatore, soprattutto a partire dalla legge n. 190/2012 (c.d. «Legge Severino»), ha mosso diversi passi nella direzione della prevenzione dei delitti contro la Pubblica Amministrazione (ivi incluse le turbative d'asta), mediante strumenti diversi da quelli strettamente di diritto penale²⁹.

Passando in rassegna taluna di tali riforme, si può innanzitutto fare riferimento alla disciplina introdotta proprio nel 2012 (dall'art. 1, comma 51, legge n. 190 cit.) della tutela del dipendente pubblico che segnali illeciti (c.d. *whistleblower*). È stato infatti introdotto nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 l'art. 54 *bis* che prevede che «fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, o all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta

penale. Ma potrà inoltre valutarsi come politica criminale, in un'accezione allargata al massimo, ogni altra misura "politica" o amministrativa, formalizzata o meno in istituti giuridici, avente come obiettivo o come effetto calcolabile l'incidenza sugli stessi fenomeni devianti, che il diritto penale assume a suo oggetto» (PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., 6-7).

²⁸ VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, cit., 141.

²⁹ Ci si permette di rinviare per una rassegna più approfondita a MORONE, *Gli aspetti di rilevanza penale nelle recenti riforme della Pubblica amministrazione*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, 2016, n. 4, 38-55.

ta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia ...».

Diretto impatto proprio sul tema delle gare pubbliche ha avuto la legge n. 132/2015 di riforma delle vendite competitive, materia afferente la procedura civile, ma con profili di interesse pubblicistico e preventivo dei reati di cui ci si occupa³⁰.

Fra le modifiche apportate al codice di procedura civile possiamo ricordare quelle relative agli artt. 490 e 568 c.p.c.

Partendo dalla prima disposizione, rubricata «*Pubblicità degli avvisi*» e che prevede fra l'altro che «quando la legge dispone che di un atto esecutivo sia data pubblica notizia, un avviso contenente tutti i dati, che possono interessare il pubblico, deve essere inserito sul portale del Ministero della giustizia in un'area pubblica denominata "portale delle vendite pubbliche"», non si può che accogliere con favore questa come qualsiasi altra modifica volta ad aumentare i profili di trasparenza e pubblicità, attraverso strumenti pubblici nazionali che diano in modo standardizzato la massima evidenza possibile delle singole gare. La prassi ha dimostrato, infatti, anche in recenti indagini, che una delle modalità di influenzare la partecipazione degli offerenti ha visto l'utilizzo distorto dei mezzi di diffusione delle notizie, alterando fin dalla pubblicazione del bando la procedura³¹.

Altro passaggio ritenuto positivo nell'ottica della gestione uniforme delle gare e della riduzione della possibilità di falsare i contenuti della gara attiene sicuramente alla modifica dell'art. 568 c.p.c. (*Determinazione del valore dell'immobile*). Il comma 2 di tale disposizione infatti ora prevede che «nella determinazione del valore di mercato l'esperto procede al calcolo della superficie dell'immobile, specificando quella commerciale, del valore per metro quadro e del valore complessivo, esponendo analiticamente gli adeguamenti e le correzioni della stima, ivi compresa la riduzione del valore di mercato praticata per l'assenza della garanzia per vizi del bene venduto, e precisando tali adeguamenti in maniera distinta per gli oneri di regolarizzazione urbanistica, lo stato d'uso e di manutenzione, lo stato di possesso, i vincoli e gli oneri giuridici non eliminabili nel corso del procedimento esecutivo, nonché per le eventuali spese condominiali insolute». L'indicazione di parametri il più possibile precisi per la determinazione del valore del

³⁰ Nuovamente ci si permette di rinviare per approfondimenti a MORONE, *La turbativa d'asta nelle vendite competitive*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, 2016, n. 3, 116 ss.

³¹ V., in proposito, MADIA, *L'incidenza della mancata pubblicazione del bando di gara sulla configurabilità del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. Pen.*, 2010, 1780.