



*Note minime sul rapporto tra diritto amministrativo e diritto penale **

di ANTONINO GULLO

Ringrazio il Prof. Mosco per avermi coinvolto in questa iniziativa e per avermi chiesto di fare un saluto introduttivo quale coordinatore del Dottorato. Ho accolto con molto piacere la proposta, sia perché il volume che viene oggi presentato testimonia l'importanza dello scambio di esperienze tra giovani studiosi e affermati protagonisti del diritto amministrativo, sia perché vede tra gli autori diversi dottorandi che hanno completato il loro percorso all'interno del nostro Dipartimento sotto la direzione del Prof. Melis, sino a pochi mesi addietro alla guida del corso di dottorato in Diritto e impresa.

Il tema oggetto della giornata di studi è di indubbio interesse: il volume al centro dell'incontro odierno passa in rassegna una serie di corpi normativi che toccano aspetti davvero trasversali a vari settori dell'ordinamento, tra cui quello penalistico.

I rapporti tra diritto amministrativo punitivo e diritto penale, del resto, non sono una novità, ma, al contrario, sono ben noti agli addetti ai lavori (quantomeno) a partire dall'esperienza della legge n. 689 del 1981; legge che ha delineato i tratti di un nuovo binario sanzionatorio, alternativo a quello criminale ma caratterizzato da un insieme di principi che in molte parti sono tributari di quest'ultimo ambito di disciplina.

Così come non sono una novità anche ulteriori punti di intersezione tra i due settori, e penso qui a un tema classico che è quello della ricorrenza (o meno) delle qualifiche pubblicistiche in capo agli autori delle condotte di volta in volta in considerazione.

Invero, da tempo si rileva da più parti la (criticabile) tendenza giurisprudenziale ad ampliare il raggio applicativo dello statuto penale della

pubblica amministrazione, specie con riferimento alla categoria del pubblico servizio.

La gestione dei servizi pubblici nel nostro Paese, infatti, si muove entro una cornice normativa spesso complessa e frammentata.

Una dimensione, insomma, che presenta carattere ibrido, sempre oscillante tra regolamentazione pubblicistica e privatistica e per questo difficile da ricondurre a schemi tipologici unitari.

La giurisprudenza, in alcuni casi, ha quindi avuto gioco facile nell'attribuire la qualifica pubblicistica ai soggetti che operano in tali settori, senza preoccuparsi di ricostruire in modo accurato la natura (pubblicistica o privatistica) della disciplina propria delle singole attività in questione. Tutto ciò a dispetto della precisa scelta compiuta oramai da tempo dal nostro legislatore, nel senso, come noto, di sposare un criterio oggettivo-funzionale nella individuazione del pubblico agente, secondo cadenze evidenziate in precedenza in dottrina¹. Sappiamo bene come sulla carta l'interprete dovrebbe guardare non al fatto che di ente privato o pubblico si tratti, bensì alla tipologia di attività effettivamente posta in essere, e alla conseguente regolamentazione. Criterio quanto mai apprezzabile, specie laddove l'actio finium regundorum tra attività privatistica e pubblico servizio risulti di particolare difficoltà; e il campo del servizio pubblico ne è un chiaro esempio.

Sul punto, il nuovo T.U. delle società partecipate contiene una norma che potrà rivestire indubbia importanza: all'art. 6 si prevede l'obbligo di predisporre una contabilità separata per le società a controllo pubblico che, insieme ad altre attività poste in essere in regimi concorrenziali, svolgano altresì attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi.

Ferma restando, infatti, la necessità di procedere caso per caso a una effettiva valorizzazione delle caratteristiche della pertinente disciplina, la disposizione in questione potrebbe rappresentare un indice "forte" del carattere pubblicistico delle attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi,

¹ In argomento, per tutti, v. P. SEVERINO DI BENEDETTO, I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: le qualifiche soggettive, Milano, 1983

specie laddove si tratti, come in effetti in tale campo spesso accade, dell'esercizio di servizi di interesse economico generale svolti in deroga alle normative eurounitarie e nazionali a tutela della concorrenza², con i relativi riflessi quanto alla qualificazione soggettiva degli agenti.

Del resto, si consideri che le predette deroghe alla normativa in materia di concorrenza dovrebbero essere concesse, come noto, solo nei limiti in cui vi sia la necessità di assicurare universalmente l'erogazione del servizio a prezzi ragionevoli e non discriminatori. Sicché viene con una certa evidenza in rilievo l'orientamento pubblicistico di siffatte attività.

Il carattere concorrenziale (o meno) del singolo settore in considerazione, come si è messo in luce³, sembra d'altronde poter rappresentare un utile criterio orientativo per verificare il carattere pubblicistico o privatistico delle norme che governano l'attività svolta dall'agente nel caso concreto.

Sempre con riferimento al tema delle qualifiche soggettive, poi, dovrebbe anche valutarsi l'impatto che la disposizione dell'art. 19 del Testo Unico potrebbe avere sull'eventuale estensione dello statuto penale della pubblica amministrazione agli operatori impegnati nel reclutamento del personale, dovendosi al riguardo rispettare criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità, che potrebbero avere un certo peso nella definizione della natura di tali attività⁴.

Non sembra potersi escludere, invero, che ciò possa determinare uno scivolamento di questi settori verso l'universo pubblicistico, tenendo pur sempre conto della necessità di differenziare e valorizzare comunque la "natura" delle singole disposizioni applicabili all'attività di volta in volta considerata.

² In argomento v. S. SERAFINI, L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI, Manuale delle società a partecipazione pubblica, Molfetta, 2018, pp. 363 ss.

³ Sul punto v. V. MANES, Servizi pubblici e diritto penale, Torino, 2010.

⁴ In particolare, all'art. 19, comma 2, del d.lgs. in commento (n. 175/2016), si prevede che "...le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità di reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità, e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 [...]".

Tenendo a mente quest'ultimo criterio ermeneutico, andrà anche verificato, in ultimo, l'impatto che l'espressa esclusione di alcune società dal raggio applicativo di determinate disposizioni del nuovo Testo Unico potrà generare (sempre) sul terreno delle qualifiche soggettive⁵.

La storia, tuttavia, delle interrelazioni tra questi due settori (amministrativo e penale) si alimenta oggi di ulteriori profili di interesse.

Il primo è dato dallo sviluppo delle modalità di contrasto alla corruzione, ambito in cui si registra una utile osmosi di idee e best practice.

Una prima direzione di marcia è quella che muove dal contesto penalistico per giungere a quello amministrativistico. È noto come la prevenzione abbia rappresentato la chiave di volta della nuova strategia di lotta alla corruzione inaugurata con la l. n. 190 del 2012. Ed è altrettanto noto come il modello ispiratore dei piani nazionali anticorruzione sia stato rappresentato dal d.lgs. n. 231 del 2001 — che sotto l'etichetta 'amministrativa' cela a ben vedere una responsabilità autenticamente criminale⁶.

L'idea è quella, ovviamente con le differenze e gli adattamenti imposti dal diverso contesto di riferimento, di utilizzare l'organizzazione per prevenire i reati (nella specie i fenomeni corruttivi), all'insegna dell'auto-normazione e della procedimentalizzazione del rischio⁷.

⁵ L'art. 26, comma 2, del T.U., infatti, prevede che i divieti e i limiti stabiliti dall'art. 4 in tema di costituzione di società, nonché di acquisizione e gestione di partecipazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, non si applicano, tra le altre, ad alcune società analiticamente elencate nell'allegato A del decreto. Ciò, tenendo conto della complessiva regolamentazione della singola attività di volta in volta considerata, potrebbe essere un indice (ovviamente di per sé non decisivo, se non ulteriormente corroborato) della presenza di peculiari ragioni di interesse pubblico caratterizzanti alcune attività svolte da tali enti. La sussistenza di un simile orientamento pubblicistico, infatti, potrebbe aver avuto un certo peso nella scelta legislativa di disporre la predetta deroga all'applicazione della nuova disciplina di cui tali società possono beneficiare. Per approfondimenti v. AA.VV., Codice amministrativo ragionato, F. Caringella (a cura di), Roma, 2018.

⁶ Cfr. G. DE VERO, La responsabilità penale delle persone giuridiche, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), Trattato di diritto penale, vol. IV, Milano, 2008.

⁷ Sul punto, per quanto riguarda il d.lgs. n. 231 del 2001, v. C. PIERGALLINI, Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001), in AA.VV., Studi in onore di Mario Romano, Jovene, 2011, 2049 ss. Con riferimento al tema dei piani triennali anticorruzione delle pubbliche amministrazioni, v. R. CANTONE, Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano, in www.penalecontemporaneo.it, p. 7 ss.

Insomma, la filosofia di fondo è stata quella di coinvolgere i funzionari pubblici in un approccio proattivo alla lotta alla corruzione, costruendo quei meccanismi di gestione che possano consentire di operare individuando il rischio e predisponendo cautele dirette a minimizzarlo.

Una seconda direzione di marcia si muove in senso opposto: qui è il diritto amministrativo a indicare la strada al diritto penale.

Il primo fronte è quello della definizione del perimetro della prevenzione, il cui oggetto, nella prospettiva delle misure amministrative, non è più rappresentato soltanto dalla nozione penalistica di corruzione, ma dal più ampio concetto di c.d. *maladministration*⁸. Questo ampliamento dei contorni del fenomeno da contrastare ha a sua volta avuto riflessi sul terreno della responsabilità degli enti. Le procedure che adottano le persone giuridiche e che costituiscono l'ossatura dei modelli organizzativi ex art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001, finiscono spesso con l'aver come parametro di riferimento questa nozione di corruzione dai confini più estesi. Al contempo, gli enti non mancano di prendere spunto dagli indicatori di anomalia elaborati da ANAC in taluni settori — si pensi al procurement⁹ — per implementare i controlli posti in essere.

E senza qui soffermarsi sui diversi istituti in tema di trasparenza della pubblica amministrazione, di disciplina e gestione dei conflitti di interesse, di tutela del whistleblower, di inconfiribilità etc., che hanno finito con l'alimentare altresì il dibattito penalistico sempre nel settore della responsabilità degli enti (v. la legge n. 179/2017 sul Whistleblowing nel settore privato, che ha interpolato l'art. 6 d.lgs. 231).

Voglio infine qui richiamare un ultimo aspetto di peculiare interesse nell'analisi dei rapporti tra questi due settori del diritto, connesso al nuovo T.U. delle società pubbliche: si tratta del tema cruciale della stratificazione dei controlli in seno a certe categorie di società.

⁸ Sul punto v. R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹ Si veda lo studio dal titolo: *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, pubblicato da ANAC nel gennaio 2018 e rinvenibile sul sito dell'Autorità (www.anticorruzione.it).

Il riferimento è, in particolare, alle società a controllo pubblico, che possono essere chiamate all'adozione di un duplice ordine di strumenti tra loro connessi: da un lato i modelli 231 (che, come noto, rappresentano un onere e non un obbligo per l'ente); dall'altro, le misure integrative di tali sistemi di controllo e gestione del rischio reato dettate dalla necessità di conformarsi alle previsioni di cui alla l. n. 190/2012.

Sotto questo angolo visuale mi sembra apprezzabile il lavoro svolto da ANAC¹⁰ nella prospettiva di promuovere il coordinamento tra i due sistemi di controllo e prevenzione dei rischi; così pure l'armonizzazione tra le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) e quelle assolve da organismi quale l'ODV, escludendosi che il RPCT possa far parte di esso, anche laddove sia costituito in forma collegiale, attesa l'eterogeneità delle rispettive funzioni e delle finalità delle rispettive normative (l. 190 e d.lgs. n. 231).

Il tema più importante in tale settore, quindi, è quello della razionalizzazione delle misure che le imprese sono chiamate ad implementare.

Vi è, del resto, la chiara esigenza di ricondurre ad unità l'intero sistema, garantendo sì un contrasto integrato alla corruzione afferente tanto al settore pubblico quanto a quello privato, ma fornendo al contempo agli operatori del settore punti di riferimento certi e precisi, così da semplificare gli adempimenti senza compromettere efficacia ed efficienza delle misure progettate.

Ed è questo, mi sembra, il percorso che l'ANAC ha avviato con le menzionate linee guida.

Questo non vuol dire che non vi siano ombre: basti citare, in questa sede, le problematiche originate dalla presenza di corpi normativi che finiscono talora con il sovrapporsi, nonché le questioni inerenti all'esigenza di calibrare in modo opportuno i poteri di intervento di ANAC ogniqualvolta essi possano comportare un suo ingresso nel cuore della gestione dell'impresa.

¹⁰ In argomento, in particolare, si veda la Delibera n. 1134/2017 adottata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, mediante la quale sono state approvate le "Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici".

In definitiva, credo che uno dei principali meriti del volume curato dal Pres. Caringella sia quello di aver dato un affresco di corpi normativi di particolare rilievo e che richiamano, per le ragioni che ho prima in sintesi esposto, l'attenzione non solo del cultore di diritto amministrativo.

* Il testo riproduce in forma scritta l'intervento svolto al convegno "Le mobili frontiere del diritto amministrativo e la recente stagione di riforme", che si è tenuto a Roma presso la Luiss Guido Carli il 25 settembre 2018.