

Pubblica Amministrazione. Dei delitti e della consapevolezza del diritto.

Marco Lilli

Il tema odierno riguarda uno dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, in particolare, senza riferimenti specifici a fatti e persone, tratta della cosiddetta “**Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente**”, di cui l’articolo 353-*bis* del Codice penale, disposizione introdotta dall’articolo 10 della Legge 13 agosto 2010 n. 136 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia), che così stabilisce: «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032*».

In questo senso, non solo la disposizione in esame è stata aggiunta «*al fine di porre rimedio a quelle situazioni in cui le scelte delle stazioni appaltanti vengono condizionate al momento dell’indizione della gara così da trarre un vantaggio a scapito di altre imprese*»; ma, a differenza del reato di “Turbata libertà degli incanti”, «*la punibilità interviene già nella fase di predisposizione del bando e quindi nel momento in cui l’amministrazione interviene relativamente alle modalità di scelta del contraente*» (cfr. Brocardi).

Da questo punto di vista sollecito una riflessione rispetto all’orientamento prevalente della Suprema Corte di Cassazione, con riferimento a tale specifica fattispecie delittuosa. Infatti, scrivono i giudici di legittimità in una delle decisioni: «*la lettera della norma si riferisce al “contenuto del bando o di altro atto equipollente”, dovendosi intendere per tale ogni atto che [...] abbia l’effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, venendo così in considerazione, sulla scorta di un’interpretazione di segno ampio, pienamente conforme alla ratio legis, anche la deliberazione a contrarre qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l’espletamento di alcuna gara, bensì l’affidamento diretto ad un determinato soggetto economico. Ed in tal senso [...] si afferma, alla stregua delle medesime argomentazioni sopra illustrate, non esservi dubbio che, nella nozione di “atto equipollente” di cui alla norma in esame, “rientra qualunque provvedimento alternativo al bando di gara, adottato per la scelta del contraente, ivi inclusi, pertanto, quelli statuenti l’affidamento diretto”*» (cfr. Sezione VI Penale, Sentenza n. 13431/17, decisione del 16 febbraio 2017).

Ebbene, la domanda a margine di questo breve contributo è la seguente: quanti amministratori pubblici (per esempio sindaci, assessori, dirigenti ed altri) hanno piena consapevolezza, *ex ante* i fatti, delle conseguenze cui vanno incontro adottando certe decisioni?

Ma il concetto di consapevolezza appena espresso non è da intendere necessariamente come presa di coscienza che attraverso una certa decisione politico-amministrativa si sta consumando un reato, quindi violando la legge accettando di farlo perché premeditato, bensì come quel processo cognitivo per cui si ignora a monte la possibilità che una data azione possa costituire un reato.

E per certi versi, mi si permetta, è anche peggio rispetto alla consapevolezza di commettere reato, perché significa che si sta ricoprendo un ruolo istituzionale senza conoscerne i rischi del “mestiere”. È come se un tutore dell’ordine non abbia dimestichezza nell’uso dell’arma in dotazione e sulle potenzialità lesive di quest’ultima.

Vale perciò la pena, chiedo, richiamare alcuni principi sulla istituzionalizzazione della norma giuridica in un’epoca, quella attuale, dove tutti credono di essere in grado di potersi occupare di tutto solo perché scelti sulla base della volontà popolare? Apparentemente non sembrerebbe valerne la pena, ma in realtà, almeno dal mio punto di vista, credo che almeno un cenno sia d’obbligo, se non altro per coloro, forse pochi, capaci di dimostrare buona volontà associata ad una sana umiltà nel saper ascoltare qualcosa di diverso rispetto a tante farneticazioni oggi preminenti.

Ebbene, prima di tutto l’istituzionalizzazione della norma giuridica, vale a dire riconoscerne la validità e significato, deriva dalla costanza con la quale la stessa viene osservata dai cittadini, perciò no, o comunque non solo, dalla sua contestualizzazione ad una singola situazione o ad un singolo rapporto tra due soggetti.

In secondo luogo, ulteriore caratteristica della giuridicità di una norma è proprio quella della previsione di una sanzione in caso di violazione della medesima, quindi per l’ipotesi in cui la stessa norma sia anche meramente ignorata in termini di, per esempio, reati commissivi mediante omissione, cioè quei reati che si consumano per non aver adempiuto a qualcosa cui si aveva l’obbligo di adempiere.

Come ho più volte scritto, giuristi e sociologi come Kelsen, Weber e Durkheim, illustri sostenitori della teoria *normativistica* del diritto, hanno sempre posto l’accento sull’importanza delle sanzioni attinenti alla violazione delle norme, sia se queste ultime scaturiscano da imposizione altrui, dunque di *eteronorme*, sia se autoimpostesi, perciò di *autonorme*.

Hans Kelsen (1881-1973), sostiene che la forma giuridica deve essere alla base della forma democratica, e che la previsione di una sanzione costituisce tecnica sociale di condizionamento dei

comportamenti, nel senso che ha la funzione di condizionare l'azione sociale verso l'osservanza della norma stessa. In sostanza, sottolineo, è il timore della sanzione che funge da deterrente all'osservanza della corrispondente disposizione normativa. E se consideriamo quest'ultimo passaggio alla luce dell'attuale società, credo poter affermare che più della sanzione tipica in se, è quella cosiddetta accessoria che fa la differenza in termini di deterrenza. Si pensi a chi condannato per un certo tipo di reati per cui è prevista anche l'interdizione dai pubblici uffici quale pena accessoria.

Max Weber (1864-1920), sostiene che il presupposto per la giuridicità di una norma è la possibilità che, una volta violata, venga applicata una sanzione. In particolare il noto sociologo fa riferimento ad una forma coercitiva adottata da parte di un apparato di uomini espressamente disposto a tale scopo.

Émile Durkheim (1858-1917), sostiene invece che il diritto, inteso come insieme di disposizioni giuridiche, esprimendo solidarietà sociale, ha come conseguenza che la violazione della norma porta alla destabilizzazione di detta solidarietà, pertanto la sanzione altro non è che una necessità con la funzione di riequilibrare l'ordine destabilizzato.

Eugen Ehrlich (1862-1922), sostiene che il centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella legislazione, o nella scienza giuridica, o nella giurisprudenza, bensì nella società stessa, ciò in quanto il diritto è un insieme di regole la cui funzione consiste nello stabilire i compiti specifici e la posizione relativa del singolo membro nel gruppo, ma nello svolgimento di tale funzione il diritto trova degli equivalenti in numerosi insiemi di norme non giuridiche, come quelle morali, religiose e di costume.

Carl Schmitt (1888-1985), ha un approccio meno formalista rispetto a Kelsen, nel senso che la regola giuridica non sarebbe alla base della democrazia, poiché secondo questo autore l'analisi andrebbe fatta partendo dal dato oggettivo di fatto, per poi da lì creargli attorno le regole.

Tuttavia, avviandomi a conclusione, credo poter affermare che – considerate le innumerevoli componenti umane e sociali più in generale che spesso determinano repentini mutamenti del tessuto sociale di riferimento – una ipotesi di compiuta normazione tale da poter soddisfare ogni settore e comportamento dell'essere umano, il più delle volte imprevedibile, sia un qualcosa di assolutamente improponibile proprio dal punto di vista oggettivo, forse financo utopico ▪

o o o o o

Identificativo di numerazione in sequenza: Pubblicazione 02A19 del 02/01/2019

Riferimenti bibliografici

- Del Giudice F. (2008) (a cura di), *Elementi di sociologia del diritto*, Napoli, Simone.
- Febbrajo A. (2010) (a cura di), *Verso un concetto sociologico del diritto*, Milano, Giuffrè.
- Febbrajo A. (2009), *Sociologia del diritto*, Bologna, il Mulino.
- Ferrari V. (2010), *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Grossi P. (2009), *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Lilli M. (2017), *La norma giuridica*, in, *Sociologia Contemporanea*, 14A17 del 06.06.2017
- Lilli M. (2015), *Gli ausiliari tecnici della difesa*, Milano, Gruppo Editoriale L'Espresso.
- Massimario della giurisprudenza penale della Suprema Corte di Cassazione.