

Linee guida ANAC e abuso d'ufficio*

Sommario

1) <i>Controllo di legalità dell'azione amministrativa</i>	
2) <i>La disciplina dell'abuso d'ufficio a seguito della riforma del 1997</i>	
3) <i>La "espulsione" dalla condotta dell'attività viziata di eccesso di potere : dubbi sulla conformità con i principi costituzionali e con la stessa ratio dell'abuso d'ufficio</i>	
4) <i>Le posizioni della giurisprudenza</i>	
5) <i>Linee guida ANAC e abuso di ufficio</i>	
6) <i>Distinzione tra linee guida tipiche e linea guida atipiche</i>	
7) <i>Linee guida tipiche vincolanti: criteri per la relativa individuazione</i>	
8) <i>La violazione delle linee guida vincolanti equivale a violazione di legge</i>	
9) <i>Violazione delle linee guida non vincolanti "interpretative"</i>	
10) <i>Violazione delle linee guida non vincolanti "orientative"</i>	
11) <i>Fattispecie in cui la violazione delle linee guida orientative è suscettibile di integrare la condotta ex art. 323 c.p.</i>	
12) <i>Violazione di linee guida contra legem</i>	

1) *Controllo di legalità dell'azione amministrativa*

L'abuso d'ufficio è tra i reati contro la pubblica amministrazione quello più strettamente interconnesso alla tematica del sindacato del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa. Tematica controversa e complessa e non priva di tensioni, sì da sfiorare la politicità o comunque il conflitto tra poteri in quanto impatta sul rapporto tra ordine giudiziario e potere esecutivo¹. Ed invero rapporti e dunque concorrenza tra giurisdizione e amministrazione ci sono sempre stati, anzi sono inevitabili: sono infatti l'essenza e la conseguenza dello Stato di diritto². Vero è che i punti di contatto si sono

*Il presente scritto è il testo della relazione svolta al convegno organizzato dalla Scuola Umbra di Amministrazione Pubblica svoltosi a Perugia il 15 dicembre 2017 ed avente ad oggetto: *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*.

¹ Sui rapporti tra Magistratura e Pubblica Amministrazione cfr. tra i tanti A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *Dir. Penale contemporaneo* 2012, vol. Unico, p. 1-21; P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999; Id., *Abuso d'ufficio, eccesso di potere e violazione di legge o regolamento*, in *Cass. pen.* 1999, 2119 ss.; M. PETRONE, *Trasparenza, legalità e buon andamento della pubblica amministrazione; il ruolo del giudice penale*, in *Riv. pen., economia*, 1995, 41; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in *quaderni Cons. sup. magistratura*, 1992, 189; G. GALLENGA *Indipendenza della pubblica amministrazione e Giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa italiana*, Milano 1990; A. BALDASSARRE, *Pubblica amministrazione e Giudice penale: analisi e prospettive*, in *Studi in onore di Crisafulli*, Padova, 1985.

² In tal senso v. quanto scriveva M. NIGRO, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano 1996 (ma lo scritto è del 1983), 1563.

accentuati sia per l'aumento dei compiti della pubblica amministrazione, talché le occasioni di conflitto sono più frequenti, sia per l'infittirsi di difficoltà interpretative (sulle cui carenze v'è una amplissima letteratura), sia per la posizione centrale che la magistratura ha assunto nel sistema, non certo riconducibile ad una attività di quasi meccanica applicazione della legge (*bouche de la loi*). Ai nostri limitati fini, è sufficiente rilevare come la regolamentazione dell'abuso d'ufficio sia astretta entro due esigenze: da una parte, quella di assicurare un efficace sistema di tutela avverso deviazioni dalla legalità e dall'imparzialità dell'azione amministrativa, tantopiù necessaria dopo la eliminazione dei controlli preventivi sugli atti di Regioni e di enti locali e la rarefazione di quelli della Corte dei Conti sugli atti ministeriali; dall'altra, quella di garantire che la pubblica amministrazione non subisca compressioni nell'esercizio dei propri poteri istituzionali per effetto di un sindacato giurisdizionale che penetri nel merito, ovvero nelle scelte di opportunità che sono materie riservate alla pubblica amministrazione (principio generale, che tra l'altro ha trovato consacrazione legislativa con riguardo al sindacato da parte della Corte dei Conti che ha introdotto la c.d. "riserva di amministrazione"³). Senonché il distinguo tra ciò che attiene al merito, e ciò che attiene invece alla legittimità non è tracciato con nitidezza o comunque è caratterizzato da ampie zone grigie per la ragione che nell'alveo della legalità si ricomprende, attraverso il vizio di eccesso di potere, non solo la corrispondenza con le previsioni normative, ma anche l'esercizio ragionevole, proporzionato, accurato e non sviante del potere. In altri termini il sindacato giurisdizionale sul percorso logico seguito dall'Amministrazione per adottare i propri provvedimenti può finire per debordare sulla convenienza e dunque sul merito dell'azione amministrativa. Ecco perché la storia dell'abuso d'ufficio si interseca in pieno con la tematica dei limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi e pertanto fa emergere di continuo la tematica della linea di confine tra legittimità e merito.

2) La disciplina dell'abuso d'ufficio a seguito della riforma del 1997

La rilevanza penalistica della condotta del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio richiede *in primis* un esercizio non legittimo dei poteri amministrativi: ovvero sia che si ravvisino vizi di legittimità nell'atto o negli atti in cui tali poteri si esprimono. (Il discorso si pone in termini diversi quando l'abuso si concretizza attraverso comportamenti materiali perché in tale evenienza è del tutto estranea la tematica dei vizi degli atti amministrativi). Corollario di questo ordine di rilievi è che l'ampiezza della fattispecie non può eccedere i limiti del controllo di legittimità. L'attuale formulazione dell'art. 323 c.p., così come introdotta nel 1997 è appunto finalizzata a creare una barriera contro gli sconfinamenti del giudice penale nel merito amministrativo, sconfinamenti provocati o accentuati dal fatto che la formulazione originaria della fattispecie criminosa (non a caso il reato era etichettato "abuso d'ufficio nei casi non preveduti specificatamente dalla legge": c.d. abuso innominato) poneva dubbi di coerenza con il principio di tassatività, e di conseguenza determinava effetti pervasivi nei confronti del buon andamento e dell'efficienza della Pubblica Amministrazione in quanto a fronte di incertezze sulla rilevanza penale o no di determinate misure, le conseguenze più ricorrenti erano da un lato quella di allontanare dalle cariche elettive persone capaci e oneste, per il timore di imbattersi incolpevolmente con il giudice penale, dall'altro, e soprattutto quella di incentivare amministratori e dipendenti pubblici verso la fuga dall'assunzione di qualsiasi responsabilità. Ciò anche perché spesso la formulazione dell'art. 323 c.p. si prestava ad

³ V. art. art.1, comma 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, - siccome novellato dall'art. 3 del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, conv. in legge 20 dicembre 1996, n. 639.

essere utilizzata per spericolate denunce contro pubblici amministratori ispirate da spirito di vendetta o di contrapposizione pregiudiziale⁴. Di conseguenza con la riforma del 1997 si è dato luogo ad un processo di tipizzazione della condotta concentrandola nella inosservanza di norme di legge o di regolamento (oltre nell'obbligo di astensione nei casi di conflitto di interesse) e dunque non richiamando il vizio di eccesso di potere⁵. In tal maniera si è ritenuto di ridurre il rischio di invasione, sconfinamento e interferenza del giudice penale in aree riservate al merito amministrativo e alla valutazione discrezionale della pubblica amministrazione⁶. Il che nel contempo è stato anche ritenuto funzionale onde assicurare una maggiore coerenza della fattispecie di abuso con il principio di tassatività e di determinatezza imposto dall'art. 25, comma 2 Cost..

Va evidenziato, inoltre, che la riforma del 1997 ha mutato l'abuso d'ufficio in reato di danno e nel contempo l'ha configurato non più come reato a dolo specifico, bensì come delitto a dolo generico, contrassegnato inoltre dal requisito dell'intenzionalità: si richiede cioè che l'evento lesivo sia il fine preso di mira dall'agente, escludendo così l'operatività del dolo eventuale o indiretto. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio deve quindi perseguire in maniera diretta e immediata l'intento di realizzare l'evento tipico e primario della fattispecie, consistente nel provocare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o di arrecare ad altri un danno ingiusto⁷. Senonché la stessa intenzionalità del dolo, che è stata prevista per limitare le invasioni penali nell'area amministrativa⁸, non è immune da ambiguità interpretative. Infatti, il transito dal dolo specifico in un reato di mera condotta al dolo intenzionale in un reato di evento, ha fatto sorgere il problema di stabilire se l'evento ingiusto dovesse rappresentare il fine esclusivo perseguito dall'agente o potesse invece convivere e in che modo, con il perseguimento di finalità lecite. In giurisprudenza si è consolidato l'orientamento secondo cui la presenza di un interesse pubblico non basta a escludere l'elemento soggettivo, occorrendo invece accertare quale sia stata la finalità prevalente ed essenziale che ha mosso l'agente. Il reato dovrà dunque essere escluso qualora emerga la preponderanza del fine pubblico su quello privato, risultando invece integrato qualora si accerti che la finalità pubblica abbia rappresentato una mera occasione o pretesto per coprire la condotta illecita⁹.

In sostanza viene recepito il criterio della *preminenza* già prospettato in dottrina¹⁰ e

⁴ V. in tal senso la relazione illustrativa della proposta di legge 3116, di iniziativa Bargone ed altri presentata alla Camera dei deputati il 14 settembre 1995.

⁵ La legge invero non richiama anche il terzo dei vizi "classici" di legittimità del provvedimento amministrativo ovvero la incompetenza: ma ciò per la evidente ragione che la competenza è determinata dalla legge, sicché la incompetenza è di per se anche violazione di legge: v. per una applicazione Cass. pen. Sez. VI, 29 gennaio 2009, n. 7105.

⁶ Cfr. l'intervento dell'on. Marotta, in *Sintesi dei lavori parlamentari*, a cura di A.A. DALIA, in Aa.Vv., *Modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento alla legge 16 luglio 1997, n. 234*, Milano, 1997, p. 325: "Uno dei motivi che ci hanno indotto ad aderire alla proposta di modifica dell'art. 323 del codice penale era quello di evitare che il giudice penale potesse sottoporre a controllo l'attività discrezionale della pubblica amministrazione [...] si è voluta, cioè, ribadire l'esclusione della possibilità che il giudice penale sottoponga ad esame l'eccesso di potere, per evitare che possa invadere il campo della pubblica amministrazione".

⁷ V. Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 2011, n. 18895.

⁸ V. nota 6

⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 2013, n. 13735.

¹⁰ Cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Milano 2009, 215 ss.

affermato dalla Corte Costituzionale¹¹. E' tuttavia evidente come ciò determini una maggiore difficoltà nel provare l'elemento psicologico del reato atteso il fatto che la valutazione di preminenza va a fondarsi su criteri permeati di soggettività¹². Sono stati comunque individuati, attraverso un serrato lavoro interpretativo una serie di *indici fattuali* da ritenersi sintomatici dell'intenzionalità del dolo, tra i quali rientrano il tipo dei rapporti tra i soggetti coinvolti, la comunanza di interessi tra i soggetti coinvolti, la competenza di ciascuno di essi rispetto all'oggetto della deliberazione, la reiterazione della condotta, la manifesta illegittimità dell'atto, l'*iter* amministrativo seguito, la competenza dell'agente, l'intento di sanare le illegittimità con successive violazioni di legge, la presenza o meno di motivazione del provvedimento amministrativo¹³. La giurisprudenza ha altresì contribuito a delineare i contorni del fine privato, sì da ricomprendere all'interno della nozione di vantaggio patrimoniale anche le utilità non materiali, come l'accrescimento di una situazione giuridica soggettiva¹⁴.

Il "*quid pluris, che giustifica la sanzione penale al posto di quella amministrativa*"¹⁵ consiste nei due eventi alternativi previsti nell'art. 323 c.p.: l'effettiva produzione di un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri o di un danno ingiusto per altri. La dottrina prevalente ritiene che l'ingiustizia del vantaggio o del danno non possa essere desunta implicitamente dall'illegittimità della condotta, ma richieda una valutazione autonoma di illiceità¹⁶: la c.d. "*doppia ingiustizia*". Tale orientamento è recepito in giurisprudenza dove si esige un accertamento autonomo e puntuale dell'illiceità del vantaggio economico o del danno, escludendo che questa possa basarsi solo sull'antigiuridicità della condotta¹⁷.

3) La "espulsione" dalla condotta dell'attività viziata di eccesso di potere : dubbi sulla conformità con i principi costituzionali e con la stessa ratio dell'abuso d'ufficio

Il reato di abuso d'ufficio, sia nella sua formulazione originaria, sia in quella introdotta dalla legge 26 aprile 1990, n. 86, sia in quella attuale, ha sempre presentato

¹¹ Cfr. Corte Cost., 21 giugno 2006, n. 251 in cui si legge che "*non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito il fine pubblico accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illecita dal punto di vista amministrativo, non sia soggetta a sanzione penale, ma è necessario che egli abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obiettivo principale*".

¹² Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 256; A. MANNA, *Luci ed ombre sull'abuso d'ufficio*, in *Indice Penale 1998*, 29.

¹³ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 6 aprile 2016, n. 35577; Cass. pen., Sez. III, 17 marzo 2016, n. 17430; Cass. pen., Sez. VI, 13 gennaio 2016, n. 8043; Cass. pen., Sez. III, 17 gennaio 2014, n. 10810; Cass. pen., Sez. VI, 20 gennaio 2013, n. 12370.

¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 20 gennaio 2013, n. 12370.

¹⁵ Così A. MANNA, *Luci ed ombre sull'abuso d'ufficio*, cit., 24.

¹⁶ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale -II- 15^*, Milano, 2008, 379; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale - parte speciale*, I, Padova, 2013, 998; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt.314-335-bis c.p.* - Commentario Sistemático. Terza edizione. Milano, 2013, 311 ss.; M. GAMBARDELLA, *Sub art. 323 - Abuso d'ufficio*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. Volume VII - I delitti contro La pubblica amministrazione. Libro II-Artt. 314-360*, Milano, 2010, 348; A. SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 535.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2012, n. 1733.

problematiche tali da suscitare un continuo interscambio della prospettiva penalistica con quella amministrativistica¹⁸.

Invero pur nella completa autonomia del processo penale rispetto a quello amministrativo, è pur sempre il diritto amministrativo che fornisce indicazioni sui vizi dell'atto amministrativo. E appunto una delle questioni più discusse è quella della interpretazione della locuzione "violazione di legge" contenuta nel novellato art. 323 c.p.. Tale espressione può essere interpretata, anziché come violazione di legge *in senso stretto* (come *species*), come violazione di legge *in senso lato* (come *genus*), in grado di ricomprendere ogni vizio dell'atto amministrativo e, quindi, anche l'eccesso di potere¹⁹. Come già ricordato la riforma del 1997 aveva come scopo dichiarato quello di escludere dal sindacato della giurisdizione penale il vizio di eccesso di potere, attese le già ricordate contiguità tra le valutazioni prodromiche ad individuare l'eccesso di potere attraverso i noti indici sintomatici (irragionevolezza, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta, contraddittorietà, proporzionalità, etc.) e il merito amministrativo, e così arginare o comunque ridurre il debordare di giudici e di pubblici ministeri in settori riservati alla discrezionalità della pubblica amministrazione. In altri termini nella intenzione del legislatore del 1997 la riferibilità della condotta di abuso alla violazione di espresse norme di legge (o regolamento) aveva la funzione di assegnare al reato un fondamento oggettivo e ben puntuale: vi sarà rilevanza penale dell'abuso soltanto nella misura in cui il giudice accerti che esiste una precisa norma legislativa o regolamentare, della cui violazione il pubblico funzionario può essere chiamato a rispondere; diversamente, cioè in assenza della violazione di specifiche norme, il reato non sarà configurabile proprio per la ragione si è voluto escludere tra i requisiti della condotta l'attività amministrativa viziata di eccesso di potere²⁰, attesa la sua "prossimità" al merito dell'azione amministrativa.

L'abuso penalmente rilevante, se pur nella formulazione attuale, non sembra dissociabile dall'eccesso di potere, e, conseguentemente non sfugge alla possibilità di un controllo sulla presenza di tale vizio da parte del giudice penale. Difatti eludere le finalità di una disposizione legislativa costituisce già violazione di legge, tantopiù con riguardo ad una fattispecie criminosa come l'abuso d'ufficio che *naturaliter* reca con se uno sviamento della causa tipica sottostante all'esercizio del potere²¹. E' vero che i

¹⁸ "Cfr. G. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso d'ufficio?*, in *Questione giustizia*, 1996, 319 ss.

¹⁹ V. ora l'art. 21-*octies* l. 7 agosto 1990, n. 241, ma si tratta di vizio di legittimità già introdotto dalla legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato.

²⁰ In tal senso i lavori preparatori sono chiarissimi: si veda in proposito l'attenta ricostruzione effettuata da A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio*, II, Milano, 1997, 55 ss.

²¹ E difatti sulla base di tali ragioni una parte autorevolissima della dottrina penalistica ha contestato la tesi della esclusione del vizio di eccesso di potere dalla fattispecie criminosa delineata dall'art. 323 c.p.: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 240 ss.; Id., *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 1, 107; Id. *La nuova riforma del delitto di abuso di ufficio*, in *Dir. pen. e proc.* 1997, 1401; A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, 287ss; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legittimità amministrativa*, Milano, 2002, 276 ss.; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso di ufficio*, in *Foro It.*, 1999, V, 334; A. SEGRETO-G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit.; V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, 393; T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 legge 16 luglio 1997*, in *La legge penale*, 1997, 234.

lavori preparatori e le discussioni parlamentari hanno un loro peso. È altrettanto vero, però, che la norma vive di vita propria, come viene ripetuto in continuazione, per sua interna carica vitale²², dovendosi pertanto prescindere dalla “*volontà concretamente manifestata dai singoli membri dalla assemblee legislative nel corso dei lavori preparatori tantoché la ratio legis da essa valutata in senso oggettivo, cioè quale oggettiva volontà e funzione del testo normativo e non quale intendimento soggettivo dei compilatori del testo di legge*”²³. Sicché l’intenzione del legislatore è indubbiamente rilevante in sede di interpretazione, ma non tale da pregiudicarne il suo inserimento nel sistema normativo, né tantomeno può assumere valore determinante nel procedimento ermeneutico²⁴. Non solo: la dottrina amministrativistica ha da tempo dimostrato che la figura dell’eccesso di potere risponde all’esigenza di censurare in modo specifico la condotta amministrativa laddove in essa entri in gioco un’alterazione degli elementi della realtà, il che tuttavia significa sempre violazione di legge che si configura appunto nella non corrispondenza tra fattispecie reale e fattispecie legale: ciò infatti vale sia quando la manipolazione riguardi il ragionamento giuridico (ad es. uso distorto dell’analogia), sia in presenza di una manipolazione dei fatti²⁵. Ma soprattutto sta il fatto che il corretto agire amministrativo e in genere i vizi della funzione sono riconducibili all’art. 97 Cost., e cioè ai principi di buon andamento e di imparzialità²⁶. Da tale norma costituzionale tra l’altro si ricava il principio di ragionevolezza, che costituisce una vera e propria clausola generale dell’azione amministrativa. E a sua volta la ragionevolezza (che è appunto una componente essenziale della imparzialità e del buon andamento) costituisce il *leit motiv* dei sintomi dell’eccesso di potere²⁷.

4) Le posizioni della giurisprudenza

La giurisprudenza non è pervenuta a conclusioni univoche. Una serie di sentenze sono categoriche nell’affermare che solo la violazione di legge (e di regolamento) costituisce condotta integrativa del reato di abuso d’ufficio²⁸, con esclusione pertanto dell’eccesso di potere nelle sue varie figure sintomatiche, vizio che talune sentenze ritengono essere

²² Così Cass. civ., 15 maggio 1971, n. 1378, in *Foro it.*, 1971, I, 1191.

²³ Così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 4 aprile 2006, n. 926; nello stesso senso T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 15 marzo 2004, n. 1880; Cass. civ., Sez. III, 21 maggio 1988, n. 3550; Cass., Sezione lavoro 8 giugno 1979, n. 3276.

²⁴ Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 1995, n. 230; Cass., 10 febbraio 1971, n. 339, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 1163.

²⁵ E. CARDI e S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. It., dir. pubbl.*, Vol. V, Torino, 1994, 347.

²⁶ V. in tal senso e per tutti (ma si tratta di tesi pacifica): U. ALLEGRETTI, *Legge generale sul procedimento amministrativo e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. GIANNINI*, III, Milano 1988, 3 ss.

²⁷ V. in tal senso, per tutti, F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 213.

²⁸ La prima decisione in tal senso è Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 877 (c.d. sentenza Tosches), in *Foro It.*, 1998, II, 258, con nota di A. TESAURO, *La riforma dell’art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*; più di recente v. Cass. pen., Sez. VI, 17 giugno 2015, n. 27823 “*L’art. 323 cod. pen. nella formulazione introdotta dall’art. 1 della legge 16 luglio 1997, n. 234 esclude che il reato possa configurarsi con l’emanazione di un atto amministrativo inficiato da vizi di legittimità diversi da quelli tassativamente indicati dalla norma, quale l’eccesso di potere*”; Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 2011, 45261; Cass. pen., Sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 1761; Cass. pen., Sez. VI, 22 novembre 1999, n. 14641; Cass. pen., Sez. VI, 3 novembre 1998, n. 12793; Cass. pen. Sez. VI, 2 ottobre 1998, n. 11984; Cass. pen., Sez. II, 10 settembre 1998, n. 11847.

“divenuto irrilevante nella fattispecie penale dell'abuso di ufficio”²⁹. Di riflesso la giurisprudenza ha cura di precisare che non integrano la fattispecie di abuso le ipotesi di violazione di norme meramente programmatiche o di principio o aventi rilievo solo procedimentale³⁰. In tal senso cioè per la tesi definibile “riduzionista” è altresì orientata una parte consistente della dottrina³¹.

Senonché un altro filone giurisprudenziale, da ritenersi oggi prevalente e che ha avuto il conforto delle Sezioni Unite penali³², mitiga o meglio integra tali conclusioni al dichiarato fine di apprestare dovute reazioni giurisdizionali a comportamenti palesemente sviati. Si è così andata affermando una sorta di tesi intermedia tra quella già rammentata che esclude ogni rilievo al vizio di eccesso di potere e quella che invece fa rientrare tale vizio tra la violazione di legge, se non altro per il tramite dell'art. 97 Cost. Secondo tale indirizzo infatti “*sussiste il requisito della violazione di legge, che rende configurabile il reato di abuso d'ufficio, non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione*”³³. In tal caso infatti siamo di fronte ad una “*inosservanza dell'art. 97 della Costituzione, la cui parte immediatamente precettiva impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi, ovvero per realizzare intenzionali vessazioni e discriminazioni e procurare ingiusti danni*”³⁴. In sostanza secondo tale orientamento rientrano nella fattispecie delittuose ex art. 323 c.p. anche i provvedimenti viziati di eccesso di potere, laddove tali patologie si inverino in ingiustificate preferenze o favoritismi. Questo perché – si assume – l'ampiezza del concetto di *norme di legge* ricomprende anche le violazioni di principi costituzionali, qual è il principio di imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi e impone al

²⁹ Così Cass. pen., Sez. VI, 3 novembre 1998, n. 12793, cit.

³⁰ Cass. pen., Sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 12769; cfr. Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 2003, n. 34049.

³¹ V. in particolare A.M., STILE-C. CUPELLI, *Abuso d'ufficio*, in *Diz. Dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, Vol. I, Milano, 2006, spec. 38 ss., nonché A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI-A. DI MARTINO-G. FORNASARI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino 2008, 249; B. BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2003, 877; C. BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2002, 89; M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2000, 263; A. CARMONA, *La nuova figura di abuso d'ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, 1843; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 13; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso di ufficio per eccesso di potere*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, cit. 61 ss.

³² Cass. pen. Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155 con numerosissimi richiami di giurisprudenza conforme.

³³ Così da ultimo Cass. pen. Sez. III, 23 marzo 2016, n. 38704; Cass. pen., Sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373; ma v. anche ad es. Cass. pen., Sez. VI, 5 luglio 2011, n. 35597; Cass. pen. Sez. V, 16 giugno 2010, n. 35501, Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402.

³⁴ Cass. pen., Sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373.

pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione³⁵. In definitiva, come già accennato tale conclusione c.d. "intermedia" si giustifica con l'esigenza di evitare che rimangano impunte forme subdole di abuso, commesse pur nell'apparente osservanza di leggi e regolamenti³⁶. Tuttavia se è vero che l'indirizzo intermedio "rompe" l'argine del divieto di "occuparsi" dell'eccesso di potere, è anche vero che non si va oltre le manifestazioni di eccesso di potere che si traducono in privilegi o discriminazioni, ritenendo che la portata precettiva dell'art. 97 Cost. non vada oltre, mentre per il resto l'art. 97 Cost. avrebbe una portata meramente programmatica³⁷.

Si tratta pertanto di una soluzione di compromesso, che non è in linea né con l'intento del legislatore né con la lettera della legge, preordinati ad espellere l'eccesso di potere della fattispecie incriminatoria, né con le tesi che invece proprio dall'art. 97 Cost. trae argomenti per inserire l'eccesso di potere in tutte le sue manifestazioni tra i vizi di violazione di legge. Infatti la interpretazione secondo cui l'imparzialità si riverbererebbe solo sul divieto di privilegi e favoritismi è in contrasto con consolidate acquisizioni in punto di portata ed effetti del principio di imparzialità, che spaziano dal contraddittorio all'obbligo di motivazione, dalla ragionevolezza alla proporzionalità e che dunque vanno ben oltre l'aspetto organizzativo³⁸, cui si aggiungono tutte le dirette proiezioni sull'azione amministrativa del principio di buon andamento, anch'esso sancito dall'art. 97 Cost., a partire dall'obbligo di completa e convincente istruttoria per finire con tutte le declinazioni del principio di efficienza ed economicità³⁹. Senza considerare poi che tali principi, a partire da quello di proporzionalità, sono direttamente applicabili all'azione amministrativa se non altro in virtù del richiamo espresso ai principi comunitari di cui all'art. 1, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 così come modificato dall'art. 2 l. 11 febbraio 2005, n. 15.

Va segnalato tuttavia che talune sentenze sembrano non limitare la condotta penalmente rilevante a quelle figure di eccesso di potere che si traducono in favoritismi e discriminazioni, e invece considerano anche lo "sviamento di potere"⁴⁰, ovvero sia quelle ipotesi sia la condotta dell'agente, "*pur formalmente aderente alla norma che disciplina l'esercizio delle sue attribuzioni, si estrinsechi in assenza delle ragioni legittimanti*"⁴¹. Si legge infatti che "*il delitto di abuso d'ufficio è configurabile non solo qualora la condotta si ponga in contrasto con il significato letterale o logico-sistematico di una*

³⁵ Cfr. in tal senso Cass. pen., Sez. VI, 26 giugno 2013, n. 34086; Cass. pen., Sez. III, 12 giugno 2012, n. 25180; Cass. pen., Sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453; Cass. pen. sent., Sez. VI, 10 giugno 2008, n. 35048; Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162.

³⁶ A. MANNA, *Abuso d'ufficio*, cit., 57; Id., *Luci ed ombre*, cit., 22; A. PAGLIARO, *L'antico problema*, cit., 108.

³⁷ V. In tal senso sono paradigmatiche, ad es. le già citate (v. nota 35); Cass. pen., Sez. VI, 26 giugno 2013, n. 34086; Cass. pen., Sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 2745; Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162.

³⁸ V. invece le sentenze citate nella nota che precede.

³⁹ Si fa rinvio sul punto a G. MORBIDELLI, *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, in A. VIGNUDELLI (a cura di) *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, 2012, spec. 99 ss.

⁴⁰ Figura che peraltro è evocata anche nel *leading case* della tesi che ha definito "intermedia": Cass. pen. Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155.

⁴¹ Cass. pen., Sez. VI, 31 marzo 2015, n. 25944; Cass. pen. Sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 43789; Cass. pen, Sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25180.

norma ma anche allorquando l'agire del pubblico ufficiale contraddica lo specifico fine perseguito alla norma stessa, concretandosi in uno svolgimento della funzione o del servizio che oltrepassi l'ambito delle scelte discrezionali attribuito al soggetto pubblico⁴². Nel senso che come affermato nella sentenza appena ricordata “il legislatore non

ha inteso limitare la portata applicativa dell'art. 323 cod.pen. ai casi di violazione di legge in senso stretto, avendo voluto includervi anche le altre patologie dell'atto amministrativo, tra le quali l'eccesso di potere, configurabile laddove vi sia stata oggettiva distorsione dell'atto dalla finalità tipica”⁴³. In altri termini come precisato in una risalente sentenza, anteriore all'affermarsi dell'indirizzo giurisprudenziale in esame, la violazione di legge si ha quando viene frustrato l'elemento teleologico della norma⁴⁴. È vero che si tratta di fraseologie forse ridondanti e comunque suscitate dai casi di specie meritevoli di particolare riprovazione, tuttavia resta il fatto che un tal genere di formulazioni e di espressioni lascia intravedere una possibile estensione delle condotte penalmente rilevanti anche a provvedimenti affetti da figure sintomatiche quali la illogicità, la contraddittorietà, la non perplessità, la irragionevolezza, la stessa carenza di istruttoria⁴⁵, tutte situazioni suscettibili di determinare una distorsione dell'atto dalle finalità stabilite dalla legge.

5) Linee guida ANAC e abuso di ufficio

La tematica dei confini della fattispecie “abuso d'ufficio” si è arricchita ora di un nuovo capitolo per effetto del d.lgs. n. 50/2016 (d'ora in avanti Codice dei Contratti o Codice), adottato in attuazione delle direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014, che ha previsto una pluralità eterogenea di atti attuativi denominati “linee guida”.

Le linee guida non costituiscono un istituto o una categoria dogmatica, come i regolamenti o gli atti amministrativi generali, rientrando in quella fascia di “fonti secondarie e dintorni” o meglio di “fonti e quasi fonti” difficilmente tipizzabili o comunque non agevolmente riconducibili entro categorie collaudate:⁴⁶. Sono in realtà

⁴² Cass. pen., Sez. VI, 31 marzo 2015, n. 25944 con numerosi richiami di precedenti.

⁴³ In altre sentenze la motivazione è ancor più estesa: “La disposizione de qua è stata formulata in termini di maggiore tassatività, sì da limitare i rischi di letture esegetiche arbitrarie. Ma è anche vero che, per un verso, il legislatore della novella non ha inteso limitare la portata applicativa dell'art. 323 c.p. ai casi di violazione di legge in senso stretto, avendo voluto far rientrare anche le altre situazioni che integrano un vizio dell'atto amministrativo: dunque, anche le ipotesi di eccesso di potere, configurabili laddove vi sia stata oggettiva distorsione dell'atto dal fine di interesse pubblico che avrebbe dovuto soddisfare; e quelle di sviamento di potere, riconoscibili se il potere pubblico è stato esercitato al di fuori dello schema che ne legittima l'attribuzione”: così Cass. pen., Sez. VI, 26 giugno 2013, n. 34086 ripresa testualmente da Cass. pen. Sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373.

⁴⁴ Cass. pen., Sez. VI, 18 ottobre 2006, n. 38965.

⁴⁵ In tal senso è significativa Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162, nella quale per ribadire che l'imparzialità in senso direttamente precettivo riguarda il divieto di favoritismi, si legge che “l'imparzialità comporta che vengano acquisiti gli interessi e gli elementi utili ad una deliberazione il più possibile ponderata”.

⁴⁶ G. MORBIDELLI, *Il TAR del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2001, 405 ss. Sul tema v. anche di recente M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in

un'etichetta di contenitori diversi⁴⁷, sotto alcuni profili paragonabili alle circolari le quali infatti possono avere natura di regolamento (le c.d. circolari "regolamento"), di guida operativa o di interpretazione o di raccomandazione⁴⁸.

La *ratio* ispiratrice del nuovo Codice è quella di individuare un testo normativo unico, tendenzialmente completo e onnicomprensivo, la cui applicazione concreta, sul piano della normazione di dettaglio, è affidata a un sistema attuativo maggiormente elastico e flessibile rispetto al previgente regolamento di esecuzione, ritenuto incompatibile con le esigenze di rapido adeguamento della normativa alle evoluzioni della tecnologia, delle esigenze operative o funzionali che via via sopraggiungono, delle migliori pratiche che si vanno ad affermare nel mercato dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Ciò posto a fronte di questa figura, dai contorni incerti e a geometria variabile si tratta di stabilire se la non osservanza delle stesse possa integrare l'elemento oggettivo del reato di abuso d'ufficio.

Va sottolineato che la problematica non si pone per le linee guida approvate con decreto ministeriale (o interministeriale), se pur su proposta di ANAC, dato che in tal caso, indipendentemente dal *nomen*, esse hanno sicuramente natura regolamentare, sicché è chiaro che la loro violazione costituisce una condotta integrante l'elemento oggettivo dell'abuso d'ufficio. Più complesso è il discorso con riguardo alle linee guida di competenza esclusiva di ANAC.

6) Distinzione tra linee guida tipiche e linea guida atipiche

A tal fine è necessario mettere in luce che le linee guida ANAC vanno distinte tra "tipiche" e "atipiche"⁴⁹.

Le tipiche sono quelle che hanno un oggetto già determinato dalla legge e dunque espressamente prevista dalla legge. Tra di esse valga ricordare le linee guida previste

AIPDA, Le fonti del diritto amministrativo, Atti del Convegno annuale, Padova, 9-10 ottobre 2015, Napoli, 2016, 193 ss.; V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2004, 1 ss.

⁴⁷ G. MORBIDELLI *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?* in *Dir. amm.*, 2016, nello stesso senso M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in *Giust. amm.*, 2017; v. altresì sulla tematica delle linee guida con particolare riguardo alla loro collocazione nel sistema delle fonti O. M. CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni, precontenzione e potere sanzionatorio dell'ANAC*, in *Urb. e app.*, 1/2018, 5 ss.; R. DE NICTOLIS, *Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it; V. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2016, 9 ss.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, Atti del Convegno, *L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia"*, Lecce, 28-29 ottobre 2016, in www.italiappalti.it; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, 499 ss.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, 436 ss.; M. DELLE FOGLIE, *Verso un nuovo sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 6/2016.

⁴⁸ Cfr. A. CATELANI, *Aspetti e attualità delle circolari normative della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 999 ss.; M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, *ad vocem*;

⁴⁹ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?* cit.

dall'art. 31 d.lgs. 50/2016 del Codice, volte a dettare una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del responsabile unico del procedimento (RUP) e a determinare gli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal Codice, in relazione alla complessità dei lavori, nonché a determinare l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per le quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto, quelle ex art. 36, comma 7, dirette a disciplinare le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure relative ai contratti sotto soglia delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici; o quelle che vanno a disciplinare le modalità attuative del sistema di qualificazione o ancora quelle che hanno per oggetto la indicazione di quali mezzi di prova possono essere considerati adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative e ciò al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti ai fini dell'art. 80, comma 5, lettera c (art. 80, comma 13).

Le linee guida atipiche sono invece quelle previste dall'art. 213 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ai sensi del quale *“l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”*.

7) Linee guida tipiche vincolanti: criteri per la relativa individuazione

La differenza principale tra linee guida tipiche e atipiche, oltre appunto a quella per cui le prime sono espressamente previste dalla legge, che ne detta il campo di applicazione, mentre le seconde sono preordinate al raggiungimento di finalità *latu sensu* di buona amministrazione, e a tal fine, proprio perché atipiche, possono investire qualunque settore della contrattualistica pubblica, sta nel fatto che solo le prime possono (non debbono) avere effetti vincolanti. Peraltro la legge non dice quando le linee guida tipiche sono vincolanti o meno. In taluni casi la natura vincolante è ricavabile dalla materia soggetta a disciplina: così è per le linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (RUP) ai sensi dell'art. 31, comma 5 del Codice, in quanto disposizioni integrative della fonte primaria in materia di *status* (requisiti di professionalità) e di competenze di un organo amministrativo⁵⁰, o per le linee guida che stabiliscono criteri e modalità attraverso cui definire i requisiti di compatibilità, moralità e professionalità per essere iscritti nell'albo delle commissioni giudicatrici, che pure impingono sullo *status* professionale (v. art. 78, comma 1); nonché quelle volte a disciplinare le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici (v. ancora art. 78, comma 2), in quanto si tratta di disciplinare in dettaglio procedimenti amministrativi, e dunque richiedono precetti puntuali e vincolanti da incastonare nell'ambito dei principi e della normativa primaria, stante la riserva di legge relativa che caratterizza la materia dell'attività amministrativa; lo stesso è a dirsi per le linee guida che disciplinano il procedimento per l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192, comma 1, del Codice dei contratti pubblici delle amministrazioni aggiudicatrici degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di propri organismi *in house* di cui all'art. 5 del Codice

⁵⁰ Così Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, § 3.

dei contratti: non a caso tali linee guida n. 7⁵¹, si autoqualificano “vincolanti”. In altri casi invece è esplicita la natura non vincolante: così i bandi-tipo, in quanto possono essere derogati previa espressa motivazione (v. art. 71, comma 1).

Ma al di là di tali ipotesi, in cui o la “sensibilità” della materia o la espressa esclusione per legge della natura vincolante, forniscono indicatori decisivi, occorre vedere volta per volta come le linee guida sono formulate in concreto, se cioè come precetti o come meri indirizzi. Si tratta di una disamina resa ancor più complessa dal fatto che all’interno dello stesso testo possono convivere prescrizioni vincolanti o altre invece che si atteggiavano a suggerimenti o consigli, come ad es. nelle linee guida n. 4⁵², nelle quali sono ravvisabili sia suggerimenti quali “la stazione appaltante assicura l’opportuna pubblicità dell’attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici” (4.1.4.) sia prescrizioni categoriche, come quando (4.2.6) si stabilisce quali debbano essere gli elementi essenziali dell’invito. Invero tale compresenza è stata stigmatizzata dal Consiglio di Stato per la considerazione che ragioni di correttezza e di chiarezza imporrebbero di tenere distinte le linee guida vincolanti da quelle non vincolanti⁵³. Se è infatti ben possibile, anzi condivisibile, che le linee guida tipiche vengano configurate anche in veste di meri suggerimenti, o incorporino raccomandazioni finalizzate agli obiettivi perseguiti dall’art. 213 del Codice attraverso le linee guida atipiche, è nel contempo ragionevole e comunque rispondente ad esigenze di certezza del diritto che tale diversità di effetti venga esplicitata. In assenza di ciò, è necessario svolgere una operazione di attento discernimento al fine di accertare se le linee guida pur tipiche hanno contenuto di mero orientamento relativo alla materia che la legge affida alla loro interpretazione anche in sinergia con taluni degli obiettivi di cui all’art. 213, ovvero sia il promuovere l’efficienza, la qualità, le migliori pratiche. Il che richiede quindi anche e soprattutto una lettura di ordine sintattico onde dedurre il carattere di vincolatività o meno attraverso le espressioni usate. Ad esito delle quali, se si conclude nel senso che si tratta di prescrizioni vincolanti, si deve ritenere che le linee guida abbiano natura di regolamento⁵⁴. La questione è invero molto controversa, perché una parte della dottrina e lo stesso Consiglio di Stato ritengono che non si tratti di regolamenti, bensì di atti amministrativi generali.

8) La violazione delle linee guida vincolanti equivale a violazione di legge

In questa sede comunque non occorre addentrarsi in tale complessa tematica, resa ancor più complessa dal fatto che la distinzione tra atto normativo e atto amministrativo

⁵¹ Linee guida n. 7 approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017- Aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con deliberazione del Consiglio n. 951 del 20 settembre 2017 aventi ad oggetto “*Linee Guida per l’iscrizione nell’Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall’art. 192 del d.lgs. 50/2016*”.

⁵² Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1097, del 26 ottobre 2016, ed aventi ad oggetto “*Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi operatori economici*”.

⁵³ v. Cons. Stato, comm. spec. 2 agosto 2016, n. 1767, § 3.

⁵⁴ V. G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell’ANAC.*, cit.

generale è una delle più controverse del diritto pubblico⁵⁵, e ciò per la assorbente ragione che una volta raggiunta la conclusione che si tratta di prescrizioni vincolanti, la loro violazione costituisce *ex se* violazione di legge, cioè della prescrizione di legge che ne stabilisce gli effetti vincolanti. In altri termini la violazione delle linee guida vincolanti è anche una violazione dello stesso Codice dei contratti.

La seconda categoria di linee guida, cioè le atipiche o flessibili, non è mai dotata di effetti vincolanti. Esse infatti trovano titolo nell'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti che non reca la locuzione "anche dotati di efficacia vincolante" presente nella legge delega. Ciò significa che la facoltà concessa dalla legge delega si è concretizzata nelle specifiche disposizioni del Codice dei contratti in precedenza ricordate, di talché la regolazione per obiettivi di cui al comma 2 dell'art. 213 non ha la capacità di dettare previsioni vincolanti. A conferma che non possono essere qualificate come atti aventi natura regolamentare sta il fatto che tale categoria di linee guida è definita solo attraverso la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività della stazione appaltante, e il favorire lo sviluppo delle migliori pratiche, talché difettano *in toto* i criteri e i principi direttivi come invece in virtù del principio di legalità è necessario al fine di individuare e delimitare l'area della normativa secondaria (la c.d. "raffrontabilità").

9) Violazione delle linee guida non vincolanti "interpretative"

Il problema che allora si pone è se la violazione di tale categoria di linee guida possa integrare la fattispecie di cui all'art. 323 c. p.⁵⁶. Come noto, le linee guida non vincolanti vengono ascritte alla categoria della c.d. *soft law*⁵⁷. Tale terminologia va invero usata con cautela perché in essa si ricomprendono atti eterogenei anzi proprio la generalizzazione attraverso cui di solito la *soft law* viene presentata è causa di incertezze e divergenze. Comunque è sicuro che le linee guida non vincolanti, una volta assunto che non sono qualificabili come regolamenti si traducono in regole di condotta prive di coercibilità in senso tradizionale, secondo quella che è la definizione corrente di *soft law*.

Dal che si potrebbe trarre la conclusione che la loro inosservanza non integra la condotta di cui all'art. 323 c.p.

Tuttavia è necessario un approfondimento o comunque una serie di precisazioni. Se andiamo infatti ad esaminare le linee guida non vincolanti al momento approvate possiamo individuarne due specie.

Una prima specie ha carattere meramente interpretativo. Nel senso che le linee guida chiariscono, in genere sulla scorta della giurisprudenza (o del parere del Consiglio di Stato, di cui di solito si avvalgono), il significato di disposizioni di legge. In questo caso la violazione delle linee guida è di per se violazione di legge. Anzi rispetto a tali

⁵⁵ V. per tutti G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 22, laddove rileva che i confini tra atti amministrativi generali e atti normativi sono sempre molto incerti. Il punto sulle varie problematiche e incertezze che la categoria degli atti amministrativi generali solleva, anche con riguardo al difficile distinguo della categoria degli atti normativi è ora rinvenibile nel saggio di M. RAMAJOLI e B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, ss.

⁵⁶ Da ribadire che la natura non vincolante può essere ravvisata anche per quelle prescrizioni pur contenute all'interno di linee guida tipiche che per la loro stessa formulazione si rivelano come atto di indirizzo o suggerimento o consiglio o raccomandazione: privi cioè per la stessa fraseologia impiegata di carattere precettivo.

⁵⁷ Per la riconduzione delle linee guida di ANAC alla *soft law* v. R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in www.giustizia-amministrativa.it.

violazioni di legge si rivela più problematico asserire l'assenza dell'elemento soggettivo in virtù della incertezza interpretativa (come è ricorrente, attese le oscillazioni della giurisprudenza amministrativa su tante disposizioni del codice dei contratti). Sicché si traducono in un rafforzamento del precetto di legge, perché lo chiariscono. Non si può quindi sostenere che si è violata una prescrizione priva di forza normativa, in quanto la violazione delle linee guida è nel contempo e anzi soprattutto violazione di legge.

10) Violazione delle linee guida non vincolanti “orientative”

La seconda specie di linee guida non vincolanti è quella preordinata a dettare le “regole dell’arte” espunte dalle migliori pratiche⁵⁸. Esse assumono valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, salvo - s’intende - che non si dimostri che tali indicazioni tecniche sono *contra legem*, o che siano inidonee e dunque non adattabili al caso concreto poiché può avvenire che la norma tecnica, ove messa a contatto con le circostanze di fatto e dunque calata nella concretezza perda le originarie connotazioni di validità generale o di probabilità statistica, proprie della razionalità scientifica. Quest’ultimo rilievo trova conferma nell’avviso del Consiglio di Stato⁵⁹, il quale ha osservato che l’amministrazione potrà non osservare le linee guida non vincolanti, laddove la peculiarità della fattispecie concreta giustifichi una deviazione dall’indirizzo fornito dall’ANAC. Nel senso che “*in relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti (...) se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall’Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa*”. La necessità di tener conto delle specificità del caso risponde del resto ad un principio generale di cui si trova conferma nell’art. 590-*sexies*, comma 2, del codice penale (introdotto dall’art. 6 l. 64/2017), avente ad oggetto “Responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria”, secondo cui “qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”. Il risultato allora è che per questo i destinatari di tali linee guida non siano gravati da un obbligo di conformare ad esse la propria attività tuttavia in caso di discostamento sarà necessaria una motivazione stringente, puntuale e adeguata. Se dunque le stazioni appaltanti intendono discostarsi da quanto disposto dall’Autorità amministrativa indipendente, esse possono farlo purché adottino un atto che contenga, anche a fini di trasparenza, l’indicazione delle ragioni della diversa scelta amministrativa. Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata, sulla falsariga dell’elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari, come elemento sintomatico dell’eccesso di potere.

⁵⁸ Ad es., la linee guida n. 8, relative al “Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, a proposito del modello di qualità del prodotto *software*, richiamano, al fine di superare il rischio di *lock-in*, il c.d. “*Systems and software engineering – Systems and software Quality Requirements and Evaluation (SQuaRE), System and software quality models, ISO/IEC 25010:2011 (v. 2.4)*”.

⁵⁹ Comm. spec. 2 agosto 2016, n. 1767, § 5.3.

11) Fattispecie in cui la violazione delle linee guida orientative è suscettibile di integrare la condotta ex art. 323 c.p.

Attraverso tale ricostruzione, anche la violazione di linee guida non vincolanti può rilevare ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio in ossequio al principio di buona amministrazione (art. 97 Cost.), rispetto a cui l'eccesso di potere in tutte le sue manifestazioni si pone per definizione in distonia. Si è ricordato in precedenza come secondo una tesi minoritaria per quanto autorevole, la riformulazione della fattispecie criminosa di cui trattasi in termini di maggiore tassatività non avrebbe limitato la portata applicativa dell'art. 323 c.p. ai soli casi di violazione di legge in senso stretto, ma dovrebbe riferirsi anche alla illegittimità per eccesso di potere, essendo tale figura da ricondurre a fattispecie di non conformità all'art. 97 Cost. e ai principi comunitari sull'azione amministrativa (proporzionalità *in primis*). E appunto, come già ricordato, la violazione delle linee guida non vincolanti, così come si ritiene con riguardo alla violazione di circolari amministrative, costituisce una specifica figura di eccesso di potere salvo che l'Amministrazione o in genere la stazione appaltante non evidenzi valide e motivate ragioni per discostarsene.

Ma anche a seguire la tesi prevalente in giurisprudenza (ricordata in precedenza al § 5), non per questo la violazione nelle linee guida non vincolanti è da ritenersi in ogni caso al di fuori della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. Difatti tale indirizzo giurisprudenziale assume comunque la riconducibilità alla fattispecie ex art. 323 c.p. degli atti viziati di eccesso di potere, nei casi in cui il vizio sia riconducibile a ingiustificati favoritismi o preferenze, in quanto in tal caso vi è la violazione del principio di imparzialità nella sua immediata applicazione e dunque caratterizzato da contenuto precettivo⁶⁰. E non v'è dubbio che tutta una serie di prescrizioni delle linee guida ad es. in punto di pubblicità, contenuto e tempistica degli inviti, requisiti per la partecipazione, rotazione delle commesse etc., sono volte ad assicurare il rispetto del principio di non discriminazione⁶¹. Del resto tutta la normativa dei contratti pubblici è improntata al principio di massima concorrenzialità, la cui lesione si traduce *ipso facto* in un vantaggio per taluni e in uno svantaggio per altri⁶².

⁶⁰ “Il requisito della violazione di norme di legge ben può essere integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi e impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione” (cfr. Cass. pen., Sent. VI, 24 giugno 2014, n. 37373, nonché tutta la giurisprudenza citata *retro* alle note 32, 33, 35).

⁶¹ V. in proposito, nel senso che le stesse “prassi interne” “costituiscono strumenti di trasparenza nell'assegnazione degli affari contenziosi da parte del giudice delegato intrinsecamente e inscindibilmente connessi al principio di imparzialità”, Cass. pen., Sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 12370.

⁶² Significativa in tal caso è la recentissima sentenza del TAR Toscana, Sez. III, 27 febbraio 2018, n. 316, in cui leggiamo “le norme poste a promozione della concorrenza sono volte a conformare le modalità con cui si svolge la competizione economica al fine di assicurare che tutti gli operatori interessati possano concorrere ad armi pari e senza privilegi di modo che il confronto fra gli stessi avvenga sul piano del prezzo e della qualità dei prodotti offerti” [...]. “Nell'ottica della concorrenza sono quindi decisive la possibilità di partecipare al mercato (assicurata, nel caso del mercato delle commesse pubbliche, dalla indizione della gara e dalla relative forme di pubblicità) e le modalità di svolgimento del confronto che devono essere tali da assicurare a tutti gli operatori di esprimere, senza ingiustificati privilegi, la propria potenzialità”.

Si tratterà quindi di vedere se la violazione delle linee guida ha avuto, in concreto e volta per volta, questi effetti (dolosivi) di *favor* o di privilegio per taluni. In sostanza, al fine di accertare la condotta del reato va analizzata, in concreto e senza far riferimento ad “asettiche” generalizzazioni, la linea guida violata dall’agente, la formulazione della stessa e infine la sua *ratio*. E se appunto la *ratio* è quella di evitare discriminazioni o vantaggi, la relativa violazione soggiace alla disciplina dell’art. 323 c.p.

Ove poi si tenesse conto di quella parte della giurisprudenza che riconduce sotto il campo di applicazione dell’art. 323 c.p., anche le ipotesi di sviamento di potere e di distonia dell’atto della sua finalità tipica⁶³, sarebbe possibile giungere a sindacare anche le ragioni eventualmente addotte per la non osservanza delle linee guida non vincolanti (come è ben possibile alla luce del principio per cui gli atti di indirizzo sono derogabili previa adeguata motivazione secondo il principio della c.d. “obbligatorietà condizionata”), e ciò al fine di valutare se tali ragioni non siano invece strumentali a finalità diverse da quelle prefigurate dalla legge. E’ opportuno al riguardo ricordare che le linee guida sono funzionali ad assicurare un ordinato e trasparente ed efficiente esercizio della complessa amministrazione in materia di contratti pubblici, e ad evitare che tali competenze siano volte alla tutela di interessi non collidenti con gli interessi sopra evidenziati⁶⁴.

12) Violazione di linee guida *contra legem*

Può infine porsi il problema opposto, qualora, in ipotesi, le linee guida (anche vincolanti) siano *contra legem*. In questo caso le linee guida se osservate escludono in radice l’abuso di ufficio, perché certamente non si può addebitare alcunché a chi si è limitato a recepire le indicazioni provenienti dall’Autorità di regolazione della materia⁶⁵. Il che conferma che in fondo le linee guida, se pur oggetto di tante critiche sia per la loro incerta natura, sia perché è talvolta “incerto” lo stesso stabilire il carattere vincolante o meno, sia infine perché testi in continuo divenire (cioè soggette a modifiche a seconda della evoluzione delle c.d. *best practice* o dall’esperienza), tuttavia costituiscono pur sempre un punto forte di riferimento e dunque un fattore di certezza, in quanto impediscono o comunque limitano giustamente la criticabile prassi dell’inerzia o dell’ostruzionismo cui le pubbliche amministrazioni ricorrono a fronte di incertezze interpretative: naturalmente ciò presuppone che a loro volta le linee guida siano chiare e puntuali, carattere che – anche a tener conto delle prime esperienze – non sempre è riscontrabile. Ma appunto perché espressione di regolazione flessibile, è da auspicare una dinamicità che tenda alla chiarezza e con essa alla certezza del diritto, fattore indispensabile per l’efficienza e la funzionalità sia delle pubbliche amministrazioni sia delle imprese.

Valentina Manuali

Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Perugia

⁶³ V. retro § 6.

⁶⁴ Nel senso che si ha violazione di legge, rilevante a norma dell’art. 323 c.p., quando “*la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito*”: v. per tutti Cass., pen., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155 (già citata alle note 32 e 40).

⁶⁵ Nello stesso senso, M. LIPARI, *La regolazione flessibile*, cit.

