

La pratica della corruzione anche nelle gestioni «green»

L'ubiquità della corruzione.

Un funzionario pubblico si sfoga con un alto ufficiale della Guardia di finanza: sospetta che alcuni suoi ufficiali siano corrotti. Il comandante replica: «se nei miei dieci ufficiali nove sono dei “mascalzoni” ed uno solo è onesto, è più probabile che i nove ufficiali lo incastrino, con falsi documenti e testimonianze».

Queste tristi vicende sono note a tutti. Quei pochi che cercano di fare qualcosa sono subito emarginati. Le norme sono ineffettive, i reati rimangono impuniti¹, non c'è la volontà da parte del sistema politico dominante di contrastare il fenomeno, per cui le leggi sono perlopiù propagandistiche e nessuno osa prendere posizione².

Ma cosa è la corruzione?

È una prassi e una teoria³ utilizzando meccanismi relazionali e progettuali. È anche «un fatto politico»⁴. La dimensione sociale è rilevante, perché sono i valori⁵ e le aspettative sociali a creare il confine tra una gestione sana e una *mala gestio*, che nella cosa pubblica sgorga dalla concezione dei rapporti tra Stato e società civile, tra autorità pubblica e cittadino⁶.

Chi rispetta le regole è un fesso! Questo il comandamento.

Le opportunità di arricchimento affinano la creatività che impasta i fatti e gli atti: esistono fondi pubblici? contributi? incentivi comunitari? obblighi?

Eccoci: la torta è grande, può soddisfare molti appetiti, ma va scientemente ridistribuita.

Si possono inventare o drammatizzare i pericoli, le situazioni, gli obblighi⁷, progettando e incistando il meccanismo corruttivo. Le, più o meno vere, emergenze *docet*: colera di Napoli, crisi nello smaltimento dei rifiuti in varie Regioni, Acqua alta a Venezia, Roma Nuoto, Grandi Eventi, G8 Maddalena, 150^a unità di Italia, L'Aquila, e così via.

Intanto il sistema corruttivo⁸ peggiora nel tempo, toccando tutti: politici, burocrati, magistrati, poliziotti, *managers*, professionisti, imprenditori. Il ceto politico e i colletti bianchi sono in *tandem*, funzionali l'uno all'altro⁹, come dire... la funzione esercitata consente l'oppressione¹⁰.

Ma, per «combinare» qualcosa in certi ambienti e luoghi non serve solo cedere legalità¹¹, le spinte possono essere prosaiche: l'abitudine e scarsa competitività imprenditoriale domestica, da decenni ombelicale alla mangiatoia pubblica, dove contano le relazioni¹². Attenzione, nella corruzione perlopiù non esiste la casualità: tutto viene pianificato e progettato.

Sei fuori!

Guai ad illudersi: chi siede sulle stanze dei bottoni non è sempre un onesto e fedele servitore dello Stato. Sono queste favole che opacizzano e depistano la realtà dei fatti¹³.

Per i «manovratori» conta l'obiettivo finale¹⁴: guai a chi si mette di traverso¹⁵! Donde una amara rassegnazione da parte della stragrande maggioranza delle persone. Si intuisce, allora, perché i funzionari, quando svolgono il proprio dovere, lo fanno in maniera perlopiù ipocrita o paurosa¹⁶.

Del resto, oggi non si può fare carriera nella pubblica amministrazione¹⁷ senza essere implicato (omissivamente¹⁸, comunque moralmente) nel sistema.

Questo diventa il sillogismo imperante: se si è funzionali all'obiettivo, si è graditi, se si è graditi si è condizionabili.

Sono le «controregole» che assumono rilevanza, giocando contro le regole, fors'anche armonizzandosi con esse, ibridandosi. Del resto: la fantasia criminale è una buona Università.

Le competenze.

¹ I casi di corruzione sono tre-quattro volte quelli che arrivano ai processi, che alla fine si risolvono col 20 per cento dei casi di assoluzione (il 4 per cento sono le assoluzioni iniziali) e il 40 per cento delle prescrizioni. Cfr. P. BAITA - S. UCCELLO, *Corruzione. Un testimone racconta il sistema del malaffare*, Torino, 2016, 117.

² Sempre preziosi e attuali sono gli insegnamenti di M. BERTOLISSI - R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Torino, 1996. Cfr. pag. 36,56,64, 65,68 *et passim*.

³ Non si sottovaluti che molte persone «comuni» ripetono: «se noi rivestissimo quella carica, faremmo le stesse cose!» talché emerge la delicatissima problematica della corruzione come prassi, costume, cultura e aspetti sociali.

Sui meccanismi (non sui soggetti, luoghi e tempi che sono stati resi irriconoscibili) sia consentito rinviare al nostro *Ho visto cose. Tutti i trucchi per rubare in Italia raccontati da un ex manager pubblico*, Milano, 2017. Sia altresì consentito rinviare, per un approccio metodologico-dialettico, al nostro *Oltre l'apparenza della gestione: pensiamo al concreto*, *Azienditalia*, n. 5, Milano, 2017.

⁴ E. VANONI riferendosi alla prospettiva della finanza pubblica e al diritto fiscale, cit. da S. CIPOLLINA, *I confini giuridici del tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, 2003, 6.

⁵ Guai a non confrontarsi «con valori e disvalori, i quali - lo si voglia o non - costituiscono il terreno dove la carnalità del diritto non può non misurarsi», così P. GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio. Una post-fazione*, in F. MACARIO - M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, 421.

⁶ «Il reato di corruzione viola per il corruttore l'obbligo di solidarietà economico e sociale, per il corrotto la sua personalità, diritto inviolabile dell'uomo (...) in una parola, la corruzione ruba l'anima al soggetto che la subisce», così L. PAURA, *Dalla parte dell'autore. La tempesta perfetta. Après le déluge. Deregolamentazione e leggi ad personam*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Lo stato di opinione e il danno alla costituzione riflessioni sullo stato di diritto*, Napoli, 2010, 111.

⁷ Sono le Pubbliche Amministrazioni (P.A.) che provvedono col denaro pubblico, grazie alle leggi derogatorie *ad hoc* (appunto: emergenziali, obiettivo, speciali), che consentono ampia discrezionalità di agire, fuori dalle procedure ordinarie: gara di affidamento, autorizzazioni (financo ambientali), contabili, etc.

⁸ Sistema che però non significa una totalità da comprendersi in via meramente analitica, studiando le singole componenti, bensì come una connessione di tutto, da comprendersi nel flusso della vita: G. MADHAVAN, *Come pensano gli ingegneri. Intelligenze applicate*, Milano, 2015, 30.

⁹ La politica individua il bene comune e l'amministrazione, con la propria attività, attua le scelte della politica. In realtà qui tutto si contamina: siamo all'ermafroditismo.

¹⁰ E. SEVERINO, *La bilancia. Pensieri sul nostro tempo*, Milano, 1992, 188.

¹¹ Ormai è nota l'esistenza di intese e accordi tra lo Stato e la criminalità organizzata per poter realizzare grandi opere in Calabria, come pure per aprire discariche in Campania. Col tempo, il rapporto si è embricato a tal punto per cui queste opere, appetite per le cifre a tanti zeri, vengono spesso per così dire... «concordate» addirittura in sede legislativa o di pianificazione.

¹² Ecco che i privati si relazionano, direttamente o tramite faccendieri, con i politici e/o i burocrati: si chiede di poter partecipare, di vincere la gara. Qui si architetta, o si fa accettare, la corruzione. Ricordiamo che il controllo contrattuale ha un carattere «relazionale», i cui connotati variano in funzione del contesto applicativo: Cfr. E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 5.

¹³ Dal sapere clinico emerge che «Il mettere la ragione contro al fatto è bensì peccare fortemente contro la ragione stessa, ma non è né sarà mai una prova contro la verità del fatto», così A. MURRI, *Pensieri e precetti*, Bologna, 1924, 44 cit. da V. CAGLI, *Come si ragiona in medicina. Il dialogo tra sapere, esperienza, logica e intuizione*, Roma, 2013, 7. Occorre partire dalla scuola dei fatti, se è vero che le teorie (e il diritto nel suo dover essere) seguono l'essere, i fatti. Per cui quando i fatti cambiano, devono cambiare anche le idee. Così affermava Keynes per le teorie economiche, come ricorda I. CIPOLLETTA, *Banchieri, politici e militari. Passato e futuro delle crisi globali*, Roma-Bari, 2010, 47. Anche Schumpeter affermava che «sia nella ricerca storica sia nell'economia (...) occorre partire dalla realtà concreta, anziché da assunti aprioristici sul modo in cui si presenta la realtà: basiamoci pure sui fatti», però «i fatti puri e semplici sono un guazzabuglio privo di senso» donde la necessità di una connessione stretta tra fatti e teoria, di ordinare, di concettualizzare la realtà, si veda R. SWEDBERG, *Joseph A. Schumpeter. Vita e opere*, Torino, 1998, 36 e 191 e 143.

¹⁴ Non merita intrattenersi sulla corruzione «da sportello» quali possono essere le «mazzette» o «mance» per lo sveltimento delle «piccole» pratiche dell'uomo medio. Vogliamo parlare del «sistema» corruttivo: continuo, modellato specificatamente, progettato nel suo andamento e composto da gruppi solidali (politici, colletti bianchi, imprenditori, etc.). Cfr. U. MATTEI, *Indignarsi, rubacchiare o studiare* (recensione al libro *Ho visto cose*, cit.), *L'indice dei libri del mese*, 2017, n. 7/8, 40.

¹⁵ A chi è una «pietra d'inciampo», con riferimento a Giorgio Ambrosoli, assassinato dalla mafia su incarico di Sindona, così C. STAJANO, *Un eroe borghese*, Torino, 1991, cit. da G. BAZOLI, *Due cittadini esemplari*, in A. PORTA (a cura di), *Giorgio Ambrosoli e Paolo Baffi. Due storie esemplari*, Milano, 2010, 5.

¹⁶ Ad esempio, relativamente al lavoro di liquidatore di una banca, sempre con riferimento ad Ambrosoli, G. PANSA, in *La Repubblica* del 4 ottobre 1983, scrive che l'obbligo di svolgere il proprio lavoro può essere assolto in tanti modi, «C'è chi si limita a raccontare al magistrato quanto gli cade sotto gli occhi. Ma si può anche cercare ciò che non si vede, indagare, aprire i recessi più segreti del labirinto. Ambrosoli sceglie questa seconda strada», così in U. AMBROSOLI, *Qualunque cosa succeda*, Milano, 2009, 108. L'A. riferendosi alla figura paterna, aggiunge (pag. 131): «Ha preso le misure di un mondo che sembra ignorare qualsiasi regola che non sia la conservazione del potere. Lui invece ha mantenuto la sua dirittura, la sua passione per la legalità, il suo senso di giustizia: *credeva forse che le regole fossero un sostrato condiviso in una società civile ma si rende conto che il solo difenderle è diventato qualcosa di rivoluzionario*» (corsivo nostro).

¹⁷ R. CANTONE, *Chi è perbene non fa carriera nella pubblica amministrazione*, in *Corriere.it*, 28 ottobre 2015.

¹⁸ Si veda la più chiara distinzione, basata sulla diversa natura dell'obbligo gravante sull'omittente, tra reati di violazione di obblighi di attivarsi e di obblighi di garanzia, non tra reati omissivi propri e impropri: I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, 345, nota 86.

I corrotti con le loro competenze si mettono... a servizio! Diventa utilissima la preparazione giuridica del funzionario pubblico, con la sua conoscenza di norme, circolari, cavilli e di uffici e pratiche. Del resto, più scarsa è la sua preparazione tecnica (contabile, fiscale, ingegneristica, etc.), meno si potrà contrastare il malaffare e gestire seriamente gli affidamenti (dalle gare¹⁹ al rapporto contrattuale²⁰).

Così l'affidatario (appaltatore o concessionario) ci sguazza, influenzando sugli interessi pubblici²¹, addirittura, scaricando all'erario i propri errori.

Tutto rientra nella logica della *mala gestio* conseguente al sistema²².

Per non dire poi della gestione dei servizi pubblici alimentati dai proventi tariffari, massimamente in quelli ambientali (acqua, rifiuti, energia, etc.) e loro infrastrutture, servizi e impianti.

Il concessionario-imprenditore realizza le opere previste e svolge il servizio anticipando i capitali (ottenuti dal sistema creditizio²³), recuperando sempre tutto: non si ferma alla sola remunerazione dei fattori impiegati (*rectius*, profitto). Tutto ciò grazie ad una tariffa praticata in un contesto che è monopolistico.

E, così, si fa evaporare i famosi rischio e autonomia imprenditoriale.

I cittadini sono le vittime finali, chiamate (in anticipo²⁴) a coprire tutti i costi di questo sistema. Anche nella gestione di un servizio pubblico, l'affidatario si disinteressa di come la PA abbia congeniato e realizzato un servizio per recare (o meno) un certo livello di utilità ai cittadini, secondo certi *standard* qualitativi. Nell'affidamento si garantisce la redditività complessiva, non si guarda seriamente alla congruità e alla bontà del costo per la collettività. Al concessionario interessa recuperare i soldi investiti e la remunerazione attesa, ma non gli basta...

La finanza di progetto (*project financing*) riguarda investimenti che poi si ripagano nella sua attitudine a generare reddito nel periodo considerato, con uno «schema multicontrattuale» dove le prospettive dei flussi di cassa potenzialmente realizzabili dall'iniziativa indicano la sostenibilità dello stesso.

Ad esempio, abbiamo²⁵:

- opere calde: a rilevanza imprenditoriale potenzialmente in grado di generare i flussi di cassa sufficienti alla restituzione dei prestiti ottenuti e alla remunerazione del capitale investito, che si autofinanzia e genera profitto dalle utenze (es. autostrade, ferrovie, tunnel, ponti, impianti cogenerazione energia, etc.);
- opere fredde: senza rilevanza imprenditoriale che offrono servizi alla collettività, i cui costi complessivi sono superiori ai potenziali ricavi (scuole, ospedali, etc. con realizzazione a carico della fiscalità pubblica);
- opere tiepide: sono quelle fredde che vengono «riscaldate» con la concessione di lavori e servizi strumentalmente collegate grazie a un contributo pubblico integrante i canoni o servizi (es. mensa scolastica o parcheggio a pagamento annesso a ospedale).

Ma la P.A. rimane confinata nella forma e nel controllo²⁶, che spesso si riducono a insulsaggini, grazie alle connivenze, alle persone insomma.

Alcuni esempi dove pubblico e privato uguali sono.

Guardando al concreto dell'attività criminale, la privatizzazione²⁷ e la pubblicizzazione si embricano, sono modelli che il sistema corruttivo funzionalizza al proprio arricchimento. L'interesse pubblico non è perseguito solo con gli strumenti pubblicistici: la funzione si estende all'attività privatistica della pubblica amministrazione²⁸ come pure all'attività pubblicistica svolta dal privato. Le categorie dello *iure privatorum* e *iure imperii* (che nel secolo scorso avevano creato l'incompatibilità del contratto con il diritto pubblico)²⁹ si sbiadiscono, non esistono più come barriere. È l'esperienza giuridica che mette radicalmente in discussione queste categorie portando «per ciò stesso, al ripensamento del concetto di ordinamento giuridico»³⁰.

Altro che gli *slogans* manichei della pubblicizzazione o della privatizzazione! Antagonismo fallace.

Un'azienda speciale (A.S.), rispetto ad una S.p.A. pubblica totalitaria, non persegue finalità di lucro, avendo l'obbligo del pareggio di bilancio (e del suo equilibrio finanziario). Invece, nella S.p.A. la redditività e il profitto sono elementi caratteristici della attività imprenditoriale, se non il criterio di economicità. Il servizio svolto dalla S.p.A., diversamente che nella A.S., è remunerativo e deve (teoricamente) confrontarsi in una logica concorrenziale.

¹⁹ La nostra legislazione storicamente è stata nutrita per tutelare la P.A. anche dai propri funzionari, per questo si parla, tra altro, di imparzialità e correttezza nelle procedure di affidamento che vengono uniformate e standardizzate il più possibile.

²⁰ Auspica «una prudente valutazione del caso, con il supporto di competenze specialistiche» per «la soluzione di problemi tecnici riguardanti il disegno dei meccanismi di gara, laddove l'ordinamento lascia spazio all'inventiva» M. CAFAGNO, *Lo stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 254.

²¹ Intese anche come istanze extraeconomiche: occupazione, sostegno ad aree depresse, etc. M. CAFAGNO, *op. cit.*, 275.

²² Un imprenditore finto, anche quando si accorge di aver sbagliato nell'esecuzione dell'appalto o della concessione, cerca sempre di accollare le sue perdite - anche se dovute alla sua cattiva valutazione imprenditoriale - al sistema pubblico, persino quando viene diffidato o sanzionato, e financo in corso di lite. Siccome, nel sistema corruttivo, c'è un gruppo e un referente (corrotti) questi si attivano di conseguenza per «sistemare» siffatte problematiche in modo apparentemente legale e, sempre apparentemente, nell'interesse pubblico.

²³ La famosa «bancabilità» sulla quale si potrebbe aprire un dibattito anche negli evoluti meccanismi che vanno, ad esempio nell'ambito del *project financing*, dall'asseverazione al *closing*.

²⁴ Nella logica di un piano economico finanziario si contempla l'intero effetto dei costi e ricavi ivi previsti (anche nel loro andamento di cassa) determinando la tariffa da applicare. Se l'effettiva gestione presenta degli scostamenti rispetto a quanto preventivato, si deve provvedere con le scritture di assestamento per evitare il turbamento dell'equilibrio economico-finanziario aziendale e, conseguentemente, quello tariffario (cfr. l'art. 2424 *bis*, comma 3, del c.c. e principi contabili OIC (Organismo Italiano Contabilità) n. 19, 31 e 37). I documenti di *reporting* e l'analisi degli scostamenti (o le analisi di varianti) nell'ambito del controllo e della programmazione servono proprio a questo. In proposito si veda il nostro «*Partitegresse*» e *conguagli nella fatturazione del servizio idrico*, in www.osservatorioagromafie.it, 2016.

²⁵ G. ROMITELLI, *Finanza di progetto*, voce *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, 2010, 182 e 184-185.

²⁶ Che poi il controllo «classico» sia da ridefinirsi è questione nota. Nell'ambito *antitrust* si parla di «influenza dominante» che rende più «aperto» il controllo, «definito in modo più senso empirico e fenomenologico (diretto, indiretto, contrattuale)», tanto che il controllo «richiede una attenta valutazione caso per caso» essendo «polivoco, perché ha significati che variano al variare delle discipline e delle loro finalità»: S. CIPOLLINA, *Il confine*, *op. cit.*, 232.

²⁷ Derivante anche dalla crescente consensualizzazione dell'attività amministrativa, ma ciò non vuol dire necessariamente una crescente pubblicizzazione dell'attività stessa e dell'ordinamento giuridico come afferma E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, 1999, 6.

²⁸ Cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 122.

²⁹ Così come nello «intenso processo di osmosi in atto, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, tende a far sfumare i confini di una distinzione obsoleta e assorbita dal criterio della materia oggetto di regolamentazione, quella del diritto dell'economia», così F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, 161.

³⁰ L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico*, Padova, 2001, 1-2; L. VIOLA, *Condizioni generali di contratto e pubblica amministrazione*, Padova, 2000, 1-9.

La A.S. ha 100 di costi per svolgere il servizio con proprio personale e strutture, nei 100 sono inclusi gli ammortamenti degli investimenti effettuati come pure le somme per interessi per debiti finanziari. La tariffa applicata agli utenti porta a 90 di ricavi netti. Cosa può fare? Si fa trasferire dal bilancio comunale 10 per arrivare alla equivalenza costi ricavi (100=100) oppure si aumenta il livello tariffario (dai 90 ai 100) o ci si inventano altri servizi per 10. L'essenziale è il pareggio nel bilancio, tra costi e ricavi, considerando l'equilibrio gestionale (che è anche di cassa).

La S.p.A., soprattutto ove gestita da privati, aggiunge ai costi la remunerazione del capitale investito nell'iniziativa o servizio (l'utile). Il guadagno che appare, solitamente è diverso da quello reale. Si creano occasioni per gonfiare i costi, per rilevare costi ulteriori. Ipotizziamo che per la manutenzione di un'opera pubblica il concessionario si avvalga di proprie società esterne o di «Gruppo». Le società manutentrici diventano un «tarlo»: coi lavori (veri, falsi, gonfiati) mangiando parte delle entrate della società «mamma». Il gestore esibirà comunque un bilancio ineccepibile, riuscendo a portare fuori (e legalmente) del denaro. Le società manutentrici tra contratti di consulenza, sovrapproduzioni, compensi e prebende varie poi distribuiranno, a chi di dovere, questo precalcolato *surplus*.

Organizzarsi serve.

Bisogna guardare fuori dai sarcofagi categoriali. L'autonomia privata non è più autonomia del volere, piuttosto riguarda la vita di relazione. La causa è lo «intento pratico tipico» della dichiarazione, la sua stabile funzione economico-sociale³¹, sono diverse fonti a realizzare il contenuto contrattuale³². L'esperienza giuridica nella sua dialettica «fra la norma e i rapporti socio-economici, fra l'aspetto formale ed il profilo sociale»³³ porta a consapevolizzarsi circa un diverso angolo visuale sulla corruzione.

Occorre sfuggire al formalismo, poiché «un giudizio sulla norma deve per forza tener conto della relazione tra l'istanza che la pone e i fatti concreti che essa origina, guardando alla loro corrispondenza sistematica»³⁴.

Guai a fermarsi agli istituti e alla letteralità.

Anche le Corti cominciano a guardare «alla *ratio*, alla finalità celata dietro alle parole, ma in ciò non sono supportate da una legislazione, che è ancora *old fashioned*»³⁵.

Riconosciamo che un danno potrebbe essere voluto dall'autore quale prezzo implicito per trarre un beneficio maggiore rispetto la sanzione nell'alternativa opportunistica³⁶ tra «comparare il prezzo della disubbidienza al precetto con possibili usi alternativi di quelle risorse»³⁷.

L'utilità collettiva rischia quindi di essere piegata dall'efficienza dei singoli?

Il capitale cognitivo.

Coloro, come gli intermediari, che costruiscono relazioni, non per perseguire gli interessi meritevoli di tutela o disponibili³⁸, bensì per violare le norme imperative³⁹, traggono linfa e forza, usando le regole contro le regole, in un'apparente legalità. Il controllore esterno (o interno: es. collegio dei revisori o sindacale) anche se intenzionato a svolgere appieno il suo dovere, purtroppo vede quel che gli si vuole far vedere. Solo chi è «dentro» nelle stanze dei bottoni, che entra nei dettagli, che «ruba» con l'occhio può accedere agli arca. Eccoci all'informazione e all'accesso ai documenti... non disgiunte dalla relazionalità con le persone che le formano e le detengono.

³¹ Col rischio di «esternità della causa al contratto», presentandosi impersonale, costante immutabile, «quali che siano i soggetti che partecipano al contratto» (Messineo), contrapponendosi così al consenso: P. BENEDEUCE, *Metafore e nomi dell'accordo nell'immaginazione moderna*, in S. CHERTI (a cura di), *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Padova, 2010, 88-89.

³² F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 195.

³³ P. PERLINGERI, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 14.

³⁴ P. MADDALENA - C. MAZZÙ, *Lectio magistralis*, in F. LUCARELLI (a cura di), *op. cit.*, 55 ove richiama «la forza dell'ermeneutica gadameriana».

³⁵ S. CIPOLLINA, *I confini*, *op. cit.*, 60-61.

E un altro aspetto, sovente trascurato, sono le asimmetrie informative, cioè la situazione di conoscenza del servizio di una parte (solitamente il privato) che si avvantaggia sull'ignoranza dell'altra (solitamente il pubblico)⁴⁰. Queste asimmetrie diventano una potente arma in sede di rinegoziazione del rapporto o per l'allungamento dello stesso e/o per ottenere vantaggi (rivalutazioni o risarcimenti in caso di riscatto o di uscita dal rapporto concessorio, etc.). Chi vuole (privato o pubblico) ottenere dei guadagni, «a monte» di un contratto di affidamento, propina un «pacchetto» precostituito di tecnologie e di conoscenze (come avviene per le opere pubbliche, le infrastrutture, ecc.), prefabbricando le informazioni e i dati che si forniscono al Comune (committente o socio), per trattenere risorse, per richiedere maggiori contributi o trasferimenti, per vedersi riconoscere incentivi o prebende, per crearsi un'immagine istituzionale e sociale, e così via.

Non mancano altre scelte, ad esempio di ricorrere ad estensioni del servizio in termini di utenza e territoriali, ma applicando, a seconda della convenienza, dei costi diversi. Così se ho 1000 di costo per 100 utenti serviti avrò un costo medio di 10, se aumento la rete entro un certo margine che non richiede investimenti corposi, diciamo con un costo di 90, per intercettare altri 15 utenti (totale 115), il costo totale sarà di 1090 e il costo medio di circa 9,5: quindi con un ribasso (a tutti) di uno 0,50. Si applica però a tutti gli utenti il costo medio iniziale di 10 realizzando così un profitto di 60 (1150 di entrate-1090 di costi).

Altro esempio: ho un impianto con un costo di investimento 100.000 da distribuire in tariffa a 1000 utenti, quindi il costo sarà ribaltato per 100 cadauno. Se arrivano altri 50 utenti, a capacità impiantistiche immutate, il costo cambia solo nella parte variabile diciamo per 5: Dovrei ribaltare a tutti il nuovo costo medio (ribassato) e un nuovo costo variabile (ricalcolato con criteri di marginalità). Ma qui si decide un po' come si vuole.

Se poi dei servizi commerciali mi costano 1000, finanziati da 100 di ricavi propri e 900 da tariffa, potrei decidere di avere ulteriori servizi per ottenere – utilizzando le risorse della struttura già esistenti – un ulteriore 50 che è un guadagno o che si potrebbe giustificare per assumere persone compiacenti o per altre spese o regalie⁴¹.

La programmazione consente la corruzione, pescando sull'oggetto, sull'affare che conta. Diversamente avremmo una sorta di spontaneismo erotico, spiazzante e instabile per l'organizzazione criminale, che come il potere non è rapsodica. I banditi del *far west* assalivano le diligenze conoscendo il calendario e le tratte di percorrenza. Non *raptus*, colpi di testa, adolescenziali affermazioni di violenza o di virilità

³⁶ Nella teoria della *efficient breach of contract* che la nostra Cassazione ha ritenuto essere contrario al nostro ordine pubblico interno: Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giust. civ.*, 2007, 2124. Vero è che nei principi risarcitori il risarcimento del danno ha natura compensativa «Nel senso che non deve procurare un arricchimento alla vittima, né d'altro canto, punire l'inadempiente in seguito al suo comportamento opportunistico», così U. MATTEI - A. GALLARATI, *Economia politica del diritto civile*, Torino, 2009, 50.

³⁷ È l'esito delle scuole di analisi economico-giuridica comparata (negli USA, sviluppatasi nelle Università di Yale e Chicago) che ha provocato una concezione del diritto come insieme di incentivi piuttosto che di precetti giuridici, nonché l'inidoneità del tradizionale concetto di giustizia (che peccherebbe di soggettivismo) da sostituirsi col criterio dell'efficienza, così U. MATTEI, *Regole sicure. Analisi economico-giuridica comparata per il notariato*, Milano, 2006, 30-31.

³⁸ È evidente, pacifico, che i contratti della PA: «non appartengono al mondo della mera autonomia privata, ma sono anch'essi atti esplicativi della funzione pubblica, come tali destinati teleologicamente al perseguimento dell'interesse pubblico», così F. CARINGELLA, *Il diritto amministrativo a parole*, Roma, 2007, 38.

³⁹ Quale certezza del diritto si ha nel considerare lecito, sulla base del criterio di convenienza, inadempimenti dolosi o altro? Si ricorda che il contratto stipulato in violazione di norme imperative, se è un fatto penalmente rilevante è sanzionato penalmente, è nullo *ex art.1418 c.c.*, salvo «se possa prevalere la più specifica disciplina civile prevista. La soluzione (...) va affrontata caso per caso, con diverse conseguenze (...) a seconda che si tratti di reati contratto o in contratto», così A. LIBERATI, *Contratto e reato. Interferenze tra disciplina civile e disciplina penale*, Milano, 2004, 49.

⁴⁰ Chi conosce come funziona e come si gestisce un servizio nei dettagli fornisce informazioni generiche o sbagliate al committente. Quest'ultimo non conosce i trucchi del mestiere, non entra nel merito dei costi e dei ricavi, si arresta al dato formale: hai rispettato o no questa norma? hai adempiuto o no a questa prestazione? hai svolto quel servizio nel modo previsto? Purtroppo si rimane alla superficie.

⁴¹ Nell'ambito del Mose, il Consorzio Venezia Nuova destinava il 12 per cento del fatturato in consulenze, convegni, ospitalità: che è stato definito un «fabbisogno sistemico»: così P. BAITA - S. UCCELLO, *op. cit.*, 56.

disgiunte dal principio di realtà⁴².

Ma la riprovazione penalistica non basta per la riappropriazione degli effetti negoziali illeciti perpetrati⁴³. Per limitarci a qualche esempio, le parti pubblico e privato nel loro accordo illegale⁴⁴, possono:

- bandire un appalto, al ribasso, sottostimato negli importi messi in gara (es. 1000 anziché 1050), per dissuadere la concorrenza e poi «aiutare» l'affidatario a riportarsi in quota nel corrispettivo con vari meccanismi: varianti, riserve, modifiche contrattuali in corso, evitare contenziosi oppure inventarli per poi riconoscere *surplus* di somme, pagare velocemente il corrispettivo, etc. In pratica se l'appalto affidato è a 950 (ribasso 5 per cento), si arriva a riconoscere 1200 o più, come era stato preventivamente concordato tra le parti. Il burocrate e politico riceveranno la mazzetta di 100 e/o altri favori (assunzioni clientelari, cene e ospitalità gratuite per loro e famiglia, regalie, etc.);
- bandire un appalto, al ribasso, che potrebbe anche essere congruo nella sua base di gara (es. 1050), ma che è dissuasivo per chi non è «amico», utilizzando clausole contrattuali su inadempienze, clausola penale⁴⁵, controlli, requisiti e capacità, etc. L'aspirante affidatario vorrebbe partecipare, ma analizzando la documentazione si rende conto che c'è un «messaggio» che va oltre la precisione e il dettaglio di una pubblica amministrazione, inoltre nel giro le voci corrono, si conoscono i signori della corruzione, difficile mettersi contro;
- bandire un appalto, al ribasso, che viene però affidato con ribasso simbolico (es. 1049 su 1050 posto a base di gara), imponendo all'affidatario di utilizzare nel subappalto (es. per 315, anziché 200) certune ditte a tot prezzi, in modo tale che i corrotti ricevano una certa somma (115);
- bandire un appalto (secondo varie opzioni) e pretendere che comunque l'affidatario finanzia certe operazioni a favore di altri soggetti indicati (col pretesto di consulenze, convegni, libri, eventi, sponsorizzazioni, etc.) in modo tale da ottenere, tramite altre persone, delle entrate legalizzate, non riconducibili ai corruttori;
- bandire un appalto, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, predisponendo la proporzione e la griglia valutativa in modo tale da cucirla addosso a chi si intende far vincere, che approfitterà anche della tempistica risicata (pubblicazione) per proporre un progetto frutto di dialettica tra corrotto e corruttore, comunque congeniata in modo tale che l'appalto venga affidato a 950 e che al corrotto arrivino, in altre forme, la somma di 100;
- bandire una gara, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, predisposta «normalmente», ma incaricando una apposita commissione a pilotare l'esito dell'affidamento del soggetto «amico», per cui anche qui l'affidamento potrà essere di 950, con riconoscimento di 100 agli amici degli amici;
- bandire una gara con *project financing*, utilizzando vari sistemi di individuazione, pilotando la gara fino all'affidamento (dalla fattibilità in poi), fino ad assicurare «riequilibri» (con i soliti sistemi) nella tariffa e/o rivedere a favore del concessionario il rapporto concessorio;
- procedere all'affidamento con procedura negoziata, dopo aver sondaggiato altri operatori: si incarica il soggetto amico che dovrà riconoscere un tot agli amici degli amici, nei modi e nelle forme che si riterrà imporre...

I costi della corruzione sono eliminabili?

⁴² Con il che non si vuole dire che nei comportamenti corruttivi esista solo razionalità (come vuole la teoria economica dell'utilità). L'irrazionalità gioca un ruolo anche in questi ambiti, viene usata e canalizzata.

⁴³ Anche nei contratti, essendo, ad es. «inconcepibile una coesistenza tra approvazione civile e riprovazione penale del medesimo contratto»: così I. LEONCINI, *op. cit.*, 407.

⁴⁴ La violazione dei doveri di correttezza di cui all'art. 1337 c.c., ossia del dovere di buona fede, sia in fase di preparazione (trattative, cosiddette attività prenegoziali) che di esecuzione del contratto sono civilisticamente equiparate all'inadempimento dello stesso, potendo integrare, secondo la particolarità del caso, anche la truffa contrattuale: F. BICO - B. GUZZONI, *La truffa contrattuale*, Torino, 2003, 56.

⁴⁵ Si ricorda come la clausola penale (art. 1382 c.c.) prevista per l'inadempimento (anche parziale) o per il ritardo nell'adempimento ha un ammontare libero, purché proporzionato. Essa potrebbe variare e comunque spesso non internalizza i danni provocati dall'appaltatore, anche per difetto nella prevedibilità o nell'individuazione di danni non giuridicamente rilevanti.

Eliminando la corruzione diminuiranno i costi degli appalti e dei servizi pubblici? Qui entriamo nel vero inferno del sistema pubblico.

Il rimedio sociale sta nell'intervenire sul costo sociale della condotta illecita, inteso anche come rapporto del costo (come inefficienza e danno) pubblico/privato inerente l'opera, il servizio, la fornitura che sia. Qui non mancano problemi di quantificazione e di deterrenza per gli interessi pubblici. Del resto le «vittime» (quando ci sono!⁴⁶) reputano opportuno non attivarsi (facendo valere i propri diritti), massimamente se la «sanzione» del sistema corruttivo consiste nell'esclusione dal *black market*, a tacer d'altro.

I modelli rimediali consistono del riportare (con il diritto amministrativo potenziato e strabordante) all'autorità amministrativa le scelte, oppure di lasciare che le situazioni soggettive (col diritto civile valorizzato) siano tutelate dalla magistratura, «dove la via della denuncia penale resta per lo più l'unica concretamente praticabile»⁴⁷.

Solitamente le società partecipate internalizzano tutte le entrate per potenziarsi, in particolare ingrossando il personale ed emolumenti, creando utili per ottenere premialità, medaglie al merito, attestazioni di eccellenza gestionale e così via.

Insomma, le vittorie sulla corruzione non consentono al cittadino/utente di apprezzarne il risultato⁴⁸.

Torniamo al punto vero: qui lo scambio non è solo di denaro, è anche costituito da piaceri e favori.

Il soggetto privato internalizza il «differenziale», e con la fantasia lo fa sparire o se lo porta fuori dal perimetro dell'affidamento.

Il cittadino comunque sia non paga meno i servizi o l'opera, sempre per i «capricci» della casta politica e burocratica che vuole esistere e prosperare.

Ecco perché i costi del risanamento non sono percepiti dalla società civile.

È questione di persone, anzi di branco!

È sempre questione di persone e di coraggio, non tanto di privato o di pubblico. Socialmente si deve fornire una informazione corretta sui comportamenti effettivamente tenuti dalle persone. La «condanna» morale può servire. Ma chi ha il coraggio di fare qualcosa passa per un folle o per un pericoloso *outsider*. L'onestà e il senso del dovere dovrebbero «sostituire altri modi di organizzare le nostre relazioni, sono anche complementari a essi, e possono consentir loro di funzionare meglio»⁴⁹.

La convinzione comune «della riferibilità dell'etica nello svolgimento dei rapporti economici e finanziari (...) deve assurgere a presupposto del nuovo *agere oeconomicus* (...). La morale, attesa la sua valenza motivazionale, è in grado di orientare verso scelte politiche compatibili (che n.d.r.) si pongono condizione

⁴⁶ Ricordiamo che l'imprenditore non può solo lamentarsi con «funzionava così e dovevo accettare» perché, ad esempio, se per rimuovere un albero in una via cittadina realisticamente bastano 3.500 euro, mentre l'affidamento all'imprenditore avviene per 15 mila euro, anche se egli dovesse «riconoscere» all'amministratore corrotto 10 mila euro, pur sempre ci ha guadagnato, assai.

⁴⁷ Anche se «il giudice penale non ha né gli strumenti specifici di cui dispone il giudice amministrativo, né il semplice compito di accertare la conformità del provvedimento alla legge (...). Dovrà accertare, con gli strumenti propri del processo penale, se e chi abbia commesso un reato (...). Il giudice amministrativo condanna l'amministrazione. Il giudice penale condanna la persona fisica che si è resa colpevole», così R. BIN, *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004, 79-80. Il giudice penale ricerca la legittimazione del suo operato «esclusivamente nel complesso penale-costituzionale che lo obbliga all'accertamento di conformità del fatto concreto a quello tipico», così L. GABRIELE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice penale*, in M. CATENACCI - G. MARCONI (a cura di), *op. cit.*, 361. Vedasi anche M. BERTOLISSI, *Piccoli principi. Notabilato locale e crisi della rappresentanza politica*, Padova, 2016, 20.

⁴⁸ Si guarda al presente, al ritorno immediato di una azione od operazione, invece di assumere una visione sul futuro.

⁴⁹ «Come i contratti e i mercati, anche le polizie e le burocrazie devono fare i conti con l'impossibilità di valutare separatamente sforzi e risultati, e di controllare perfettamente il comportamento di ciascuno», così G. BERTOLA, *Il mercato. Vantaggi, problemi, alternative*, Bologna, 2010, 97.

ineludibile per la realizzazione dell'obiettivo di una socialità effettiva»⁵⁰.

Un appaltatore viene sostituito con una società *in house*. Si tombano così altri interessi con la copertura dell'*in house*. Le tariffe aumentano, la gestione diventa chiusa. Non si è sostituito il male col bene, semplicemente un soggetto privato vorace è stato sostituito con un altro soggetto vorace, questa volta pubblico. Nulla cambia nella sostanza, prima qualcuno beneficiava di bustarelle e favori, ora qualcun altro godrà di assunzioni, incarichi, prebende in varia salsa.

I tecnici della stazione appaltante, sulla base dei prezzi storici (anni precedenti) di mercato e/o di un determinato contesto, stabiliscono che un determinato servizio costi 982. Lo pongono in gara per l'anno 2016 a base 1000, con il sistema dell'offerta al ribasso.

Teoricamente parteciperanno solo le ditte che ritengono che 1000 sia un corrispettivo complessivamente congruo dal quale poi eventualmente formulare dei ribassi.

Se 1000 è però un prezzo «incongruo», cioè non intonato alla realtà, le ditte che operano sul settore o nel mercato con costi seri, reali non parteciperanno alla gara. Infatti un soggetto «A» che sostiene costi complessivi per 1100, non concorre per gestire un servizio in perdita, salvo che abbia diverse strategie (es. entrare nel territorio o nel «giro»).

Ma i «trucchi» sono vari.

Se «A» è d'accordo con il committente o se conosce le sue «pecche», comunque partecipa, ad esempio offrendo 900. Ma non svolgerà tutti i servizi come previsto, adempierà in modo diverso e parziale, per cui avrà costi non di 1100 ma di 800, quindi con una differenza a suo favore di 100. Le imprese serie «B-C-D» o che non godono di questi accordi non partecipano facendo il gioco di «A» e assecondando la volontà del committente di far desistere (con una base d'asta incongrua) i potenziali concorrenti dal partecipare alla gara.

Oppure, sempre nell'obiettivo di avere minori concorrenti, si può mantenere la base realistica di 1000 imponendo però delle condizioni, in capitolato o contratto, estremamente dissuasive e rigide (tempi, qualità materiale, incombenzi amministrativi). Come dire che una ditta non può svolgere un servizio con tali condizioni e paventati intoppi formali.

Ma, la ditta collusa o complice (con «chi comanda» nella stazione appaltante, con «chi ordina», con «chi controlla»), non avrà comunque questi problemi.

Nel caso invece cui ci si voglia sbarazzare di altri, la ditta collusa può formulare un ribasso del 50 per cento. È una «offerta anomala» che fa scattare una doverosa verifica di congruità interna, dove si potrebbero «recuperare» anche i contendenti che avevano comunque partecipato, ribassando realisticamente (es. 1,23 per cento).

Viene però dichiarata congrua l'offerta della ditta «A» di 500 (appunto il 50 per cento di 1000) pur avendo il committente progettato e stimato l'appalto in 1000. Qui non sorge spontanea la domanda se qualcuno abbia errato? E perché? Proprio considerando la conoscenza ed esperienza storica maturata in quei servizi e contesto. I dubbi poi aumentano se la ditta vincitrice risulta essere da anni affidataria del servizio, se ha goduto di procedure dirette di affidamento (addirittura di rinnovi, proroghe, etc.). «A» può contare su queste persone e diverse «regole» proprio per non adempiere secondo capitolato, risparmiando costi, senza quindi andare in perdita.

Come sempre, sono le persone (le pressioni del potere che sta loro dietro), le collusioni, che fanno la differenza, che possono salvare o mandare a picco una società.

Quando i segmenti dell'appalto fanno saltare tutto l'appalto.

Nell'ambito di una razionalizzazione di un servizio si individua la possibilità di vendere del materiale di scarto per diminuire i costi del servizio. Ma siamo in un Comune marittimo dove occorre organizzare il trasporto via barchini. Qui i prezzi non sono da libero mercato, esiste un cartello: la soluzione non è percorribile per questo limite «esterno». Anche nel Mose l'appaltatore si forniva di sassi croati,

⁵⁰ F. CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010, 95-96.

incaricando una ditta canadese ad acquistarli da un soggetto croato, utilizzando altri soggetti marittimi e consulenti (tanto che l'appaltatore riteneva più economico acquistare proprie navi per rendersi indipendente). Truffando sui «vuoti» tra i sassi, si rubava sugli importi che erano calcolati sui volumi, non a peso.

Sulla riserva.

Un Comune, tramite appalto, mette in sicurezza una discarica esaurita. L'appaltatore muove delle riserve per 500 mila euro. Collaudatore è un *ex* dirigente regionale cui viene sottoposta la questione: produce una relazione riservata al Comune (non consegnata all'appaltatore) riconoscendo 350 mila euro all'appaltatore. Gli amministratori propongono all'appaltatore un accordo, offrendo 150 mila euro, precisando che la somma la liquidano sull'unghia, immediatamente dopo la sottoscrizione dell'atto. L'appaltatore, visibilmente soddisfatto, accetta. Qualcun altro avrebbe potuto mettersi d'accordo con l'appaltatore e chiedere una mazzetta, il collaudatore forse era già d'accordo con qualcuno, comunque il contenzioso che si sarebbe acceso avrebbe comportato tempi e costi.

Sulla variante.

Un appaltatore estrae ghiaia dal sottosuolo e ripristina i vuoti con terre da scavo. Un impresario decide di costruire un capannone a più piani per un sedicente cliente abbinante di depositi freschi e bui. Il materiale estratto viene venduto a 12 euro/mc. incassandosi 360 mila euro per 30.000 mc. estratti. Il costruttore comunica al Comune una variante di progetto, dove l'interrato non è più necessario, così presenta una richiesta per ottenere l'autorizzazione di conferire delle terre da scavo per ripristinare le quote dell'intervento, per realizzare un capannone a quota campagna. Naturalmente il furbo imprenditore si è fatto dare dei soldi da chi aveva bisogno di liberarsi di terre da scavo, oltre a vendere la ghiaia...

Comparare i costi di servizi od opere similari.

Un ente pubblico progetta di realizzare una discarica di rifiuti urbani. Si vuole capire se i costi preventivati siano congrui. Utilizza i dati di altre discariche realizzate in altri territori e da altri enti, comparandone i costi. Vengono «normalizzati» i costi giocoforza «diversi» (ad es.: volume, peso specifico, durata, tempi, investimenti, etc.). Ci si sofferma sugli scostamenti dei costi: perché la discarica realizzata da X costa 500 e da Y 2000? Sconcerta che gli autorizzatori, per motivi inconfessabili (ma intuibili), di fronte ai soggetti pubblici... ne subiscano il fascino, altri vengono dissuasi o massacrati dallo stillicidio burocratico. Spostando in avanti il termine finale della concessione si spalma la tariffa, che potrebbe diminuire per effetto delle varianti, della diversa compattazione dei rifiuti, dell'assestamento dei volumi, o, addirittura dalle «sorpresa» (calcolate/conosciute *ex ante*) costituite dai maggiori volumi, dalla maggiore capacità ricettiva della discarica e così via. Ma tutti questi elementi possono «taroccarsi»...

È condivisibile in prima battuta la tesi per la quale la concessione «restituisce pur sempre agli utenti il potere di esprimere una domanda di mercato, indirizzata al gestore, laddove la stipulazione di un contratto di appalto con analogo scopo (ma incline ad accollare il rischio di gestione alla committenza pubblica) (...) parrebbero moduli maggiormente orientati a relegare i cittadini al passivo ruolo di finanziatori obbligati»⁵¹.

Comportamenti amministrativi di fronte al giudice amministrativo e al giudice penale.

In sede penale il controllo sull'attività discrezionale svolta viene effettuato *ex post*. Qui rilevano non solo

⁵¹ M. CAFAGNO, *op. cit.*, 93 e 95 «restituzione ai consumatori di un margine di potere di scelta e di condizionamento, nei riguardi dell'operatore che fornisce il servizio» in una relazione mediata dall'amministrazione.

gli atti illeciti e/o illegittimi, ma pure quelli formalmente regolari, che però prescindono dall'osservanza dei cosiddetti «doveri istituzionali» cui sono tenuti i pubblici funzionari, oltre che gli amministratori pubblici. Il controllo penale sull'attività discrezionale del pubblico ufficiale, e dunque la rilevanza penale dell'attività discrezionale di quest'ultimo, è subordinato alla ricorrenza degli estremi richiesti dalla fattispecie di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.

In particolare, è richiesta la violazione di legge o di regolamento (o dell'obbligo di astenersi in presenza di interessi facenti capo a prossimi congiunti), oltre che l'aver in tal modo cagionato intenzionalmente un danno ad altri ovvero un ingiusto vantaggio patrimoniale a sé stessi.

Naturalmente il giudice penale non può surrettiziamente ampliare le condotte punibili, violando i principi della tassatività e della determinatezza della fattispecie penale. Ne viene l'obbligo per il giudice penale della stretta aderenza al testo della legge penale e del divieto di analogia (*in malam partem*).

Se la valutazione (discrezionalità amministrativa) per il giudice amministrativo deve risultare immune da vizi logici, da manifesta erroneità o da sviamento⁵², ciò non è però sufficiente nei giudizi penali. Ai fini della rilevanza in sede penale di un vizio afferente un procedimento (e/o un atto) amministrativo, si guarda esclusivamente alla violazione di legge, rimanendo fuori qualsiasi ipotesi di eccesso/sviamento di potere.

La giurisprudenza intende per «legge» anche la Costituzione e dunque l'art. 97 Cost, che prescrive il buon andamento e l'imparzialità della P.A., per cui i vizi dell'atto amministrativo diversi dalla «violazione di legge» tramite questa fonte costituzionale possono acquisire rilievo penale (cioè «trasformarsi» in violazione di legge). Questo articolo è però invocabile solo per la parte di immediata portata precettiva, che qui inerisce al profilo della «imparzialità» dell'azione amministrativa.

Quindi, il carattere «parziale» di un atto amministrativo, che determina un danno ad altri e anche in assenza di uno specifico testo normativo che prescriva tale obbligo, può integrare la violazione di cui all'art. 323 c.p., assumendo, quale norma di legge violata, la stessa Carta costituzionale. Per procedere nella «lettura penale» di talune vicende, occorre ricostruirle per come si sono svolte «storicamente»⁵³.

Conclusioni.

Per scovare la corruzione occorre andare oltre le forme, guardare ai negozi indiretti, agli aspetti nascosti, ai reati fiscali o «reati spia» che consentono di acciuffare per i capelli questi comportamenti. In verità le prove escono se qualcuno non ci sta o se litiga, o tradisce, cercando di far eliminare gli altri... poi, con la crisi, il pesce grande mangia quello piccolo⁵⁴.

A poco servono quindi i controlli dei revisori, i processi di certificazione, l'utilizzare il «modello 231»⁵⁵ e l'organismo vigilanza, anzi forse anche questi sono un modo per depotenziare le norme imperative, facendo posto a queste *soft* regole, che vengono adattate da abili consulenti, allo specifico contesto proprio

⁵² Come evidenziato anche in dottrina, i tre limiti generali dell'attività amministrativa sono:

- 1) il perseguimento (*rectius*, soddisfacimento) dell'interesse pubblico;
- 2) il perseguimento della causa (ossia del fine specifico) per il quale il potere è stato o viene conferito;
- 3) il rispetto dei principi di logica, di ragionevolezza e di imparzialità.

Lo stesso dicasi per la cosiddetta «patologia degli atti amministrativi» (che emerge dai cosiddetti «vizi») che riguarda, invece:

- 1) l'incompetenza;
- 2) l'eccesso di potere;
- 3) la violazione di legge.

Tutti questi aspetti (dianzi grossolanamente sintetizzati), sono di competenza del T.A.R.

⁵³ Si rinvia al nostro «Per una lettura e ricostruzione (a fini penali) di una vicenda già valutata dal giudice amministrativo», www.osservatorioagromafie.it, 2016.

⁵⁴ P. BAITA - S. UCCELLO, *op. cit.*, 39 ss., 106-107.

⁵⁵ Rientra nella costruzione di norme sostanziali penali «asservita a contingenti ragioni di opportunità politica (es. introduzione della responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche a seguito di pressioni da parte dei Paesi anglosassoni, interessati a salvaguardare la concorrenzialità delle loro imprese, per tradizione già soggette ai «costi» della responsabilità penale»: così I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, 169.

per proteggerlo, piuttosto che un modo per compensare, in modo flessibile, la mancanza di regole coercibili⁵⁶.

Il legislatore «cerca di realizzare l'economia processuale e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia solo mediante la giustizia negoziale. È una scelta errata e produttiva di conseguenze estremamente negativa. La via seria è data dal fornire all'amministrazione della giustizia i mezzi adeguati»⁵⁷.

Ancora una volta, sono i *whistleblowers*⁵⁸ e gli infiltrati che fanno la differenza. Ma solo come «spie». Per capire i meccanismi è d'impaccio il pensiero mediocre (della media). Ma prima ancora serve una spinta etica e valoriale, ancora rara nel nostro Paese. Per arrivare ad altro (*pars construens*).

Ecco perché in Italia, il problema dei problemi, che condiziona ogni riforma, è «il problema morale»⁵⁹. L'idea di giustizia nasce dall'esperienza di un'ingiustizia⁶⁰.

Alberto Pierobon

⁵⁶ Come pure la *soft law* che si basa sull'autobbligazione dei partecipanti, valorizzando la negoziazione e facendo leva sulla minaccia di escludere dai benefici della cooperazione U. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli, 2007, 48.

⁵⁷ G. LOZZI, *Principio di legalità e processo penale*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, 75.

⁵⁸ Scelta determinata da fattori strettamente individuali (es. immagine di sé, come persona onesta) persona capace di esprimere quella sua «libertà imprevista della rivolta, che si apre al singolare a al dettaglio, che con il proprio no ne afferma il significato nella sua singolarità e, distaccandosi, staglia l'uomo sullo sfondo di un paesaggio totale che lo rendeva niente» (E. ESCOBAR) come riportato da G. FORTI, *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico criminali*, in M. CATENACCI - G. MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 25 ss.

⁵⁹ M. BERTOLISSI, *Fiscalità diritti libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Napoli, 2015, 21.

⁶⁰ M. BERTOLISSI, *Un giorno dopo l'altro*, Napoli, 2010, 17. Per il quale la giustizia non solo corrisponde a un generale senso di equità, ma è un mistero, il fine per eccellenza, *ibidem*, 42.