

Premessa

Il reato di abuso di ufficio non deve essere abrogato.

Non sostengo che il reato di abuso di ufficio debba essere abrogato. Vengo annoverato fra i sostenitori della abrogazione probabilmente a causa della natura sintetica dell'intervento che ho svolto nel corso del Convegno sul tema "Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso di ufficio", organizzato a Salerno dal prof. Andrea R. Castaldo nell'ottobre del 2017.

Nel corso di quell'intervento ho criticato alcune interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali dell'abuso di ufficio che conducono a una eccessiva dilatazione della fattispecie penale, in palese violazione dei principi di tassatività, di determinatezza, di prevedibilità.

Ad aggravare gli effetti di dette interpretazioni ho richiamato la limitazione delle funzioni del giudice dell'udienza preliminare che gli preclude di svolgere con efficacia un ruolo di filtro dell'azione penale esercitata dagli uffici di Procura.

L'effetto combinato di questi due fattori, con la conseguente celebrazione di processi che non avrebbero mai dovuto oltrepassare la soglia della conclusione delle indagini, mi ha indotto a proporre, in maniera provocatoria, l'abrogazione del reato. Il ragionamento da me condotto si è compendiato nei seguenti termini: se quella sopra rappresentata è una condizione ineliminabile, allora rispetto alle conseguenze di un'azione penale inutile e dannosa è preferibile l'abrogazione del reato.

Tuttavia, non è questa la soluzione che propongo.

a) Innanzi tutto, il reato di abuso di ufficio ha una sua ragion d'essere nel sistema dei reati contro la pubblica amministrazione. È una

fattispecie penale idonea a sanzionare condotte diverse e autonome, da quelle previste dal reato di concussione, di corruzione, di traffico illecito di influenze ecc. ecc.

Inoltre, esso non è un mero surrogato dei predetti reati, come sembra concepirlo quella giurisprudenza che lo evoca nei casi in cui, ad esempio, intuita l'esistenza di un episodio corruttivo, senza riuscire a provarne l'esistenza, ascrive all'indagato il reato di abuso di ufficio. L'abuso di ufficio non è un surrogato del reato di corruzione, utilizzabile quando non vi è la prova della commissione di quest'ultimo.

Quando si ragiona in tali termini, come spesso accade, si violano le norme del codice di procedura penale in maniera vistosa. Il legislatore impone l'assoluzione dell'imputato quando non vi siano le prove della commissione del reato contestato e, come ha precisato di recente (art. 111 Cost. e art. 533 c.p.p.), quando vi sia semplicemente il ragionevole dubbio che non lo abbia commesso.

Si è in presenza di una palese violazione di dette norme quando, pur consapevoli della assenza di prove della commissione del reato di corruzione, si formulano interpretazioni ampliative del reato di abuso di ufficio per farvi rientrare una condotta che il legislatore ha ritenuto estranea alla predetta fattispecie incriminatrice e che, invece, ha qualificato come idonea a integrare altri reati.

b) In secondo luogo, sono convinto della possibilità di formulare una fattispecie di abuso di ufficio pienamente rispettosa dei principi costituzionali di legalità, di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità. Così come ritengo possibile intervenire sulla fattispecie astratta per arginare letture ermeneutiche della norma in aperta violazione dei principi costituzionali sopra evidenziati e in ossequio alle scelte compiute dal legislatore.

L'abuso di ufficio non è oggetto di una norma penale in bianco, destinata a rimanere vaga e fluttuante.

È possibile delineare una disciplina idonea a contemperare le esigenze sottese ai principi costituzionali di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità con le esigenze di difesa sociale; l'abuso di ufficio può e deve assolvere al ruolo di idoneo strumento per sanzionare condotte antisociali.

Il presente lavoro anticipa l'esito di una ricerca promossa dal Centro Interdipartimentale di Ricerca sulle riforme istituzionali, organizzative e territoriali delle Pubbliche Amministrazioni e sulla semplificazione amministrativa, costituito presso l'Università degli Studi di Salerno.

La problematica in esso trattata è destinata a rifluire nella monografia *“Tecniche e contenuti del sindacato del giudice penale sull'azione amministrativa”*, che verrà pubblicata nel *“Sistema del diritto amministrativo italiano”* diretto da F.G. Scoca, da F. Roversi Monaco e da G. Morbidelli.

La ricerca si è articolata in diverse occasioni di confronto, tenutesi presso l'Università degli Studi di Salerno e presso altre sedi universitarie, nelle forme di incontri, di seminari e di convegni. Inoltre, l'indagine si è avvalsa delle attività svolte nel corso del Master sulla Formazione Giuridica della Dirigenza Pubblica, di numerosi incontri organizzati in collaborazione con diverse Camere penali e diverse Camere amministrative. A tal proposito, un particolare ringraziamento va rivolto alla Camera Amministrativa Salernitana e alla Camera Penale Salernitana.

La ricerca si è arricchita grazie al confronto con magistrati, avvocati e professori, nonché con operatori del settore, con esponenti di organi istituzionali e con esponenti politici. Ringrazio tutti per i cortesi suggerimenti ricevuti. Naturalmente la responsabilità per le opinioni espresse è soltanto mia.

Il lavoro termina con una proposta di riforma del reato di abuso di ufficio. Nell'elaborare la proposta si è perseguito un duplice obiettivo: innanzi tutto, si è cercato di rendere l'art. 323 c.p. conforme ai principi di tassatività, di determinatezza e di prevedibilità e, in secondo luogo, si è tentato di precludere la possibilità di interpretazioni devianti.

Inoltre, la proposta formulata consentirà alle amministrazioni di usufruire di un impianto normativo idoneo a rendere immediatamente percepibili le condotte vietate, consentendole di agire celermente, sen-

za poter opporre ostacoli interpretativi di sorta.

Lo stesso rapporto intercorrente tra il potere giudiziario, da un lato, e il potere legislativo, il potere amministrativo e la politica, dall'altro, risulterà ricomposto nei termini voluti dalla Costituzione.

Infine, la proposta si presenta come un contributo volto a evitare l'abrogazione del reato di abuso di ufficio, possibilità che potrà verificarsi qualora anche le modifiche introdotte dalla l. n. 120/2020 divengano oggetto di interpretazioni estensive, volte a contrastare le finalità perseguite dallo stesso legislatore.

Introduzione

SOMMARIO: 1. Rilevanza del tema. – 2. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nell'esigenza di intervenire in maniera urgente a tutela di interessi pubblici. – 3. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nel falso mito che il giudice penale debba controllare la legittimità dell'azione amministrativa e applicare il provvedimento solo se conforme a legge. – 4. Considerazioni sulla magistratura ordinaria nel nostro paese. – 5. Gli effetti del sindacato del giudice penale. – 6. La posizione dell'atto amministrativo rispetto alla fattispecie penale astratta. – 7. Considerazioni di sintesi.

1. Rilevanza del tema

Il reato di abuso di ufficio è un punto di snodo del rapporto o, forse meglio, della contrapposizione fra il potere giudiziario, da un lato, e il potere legislativo, il potere amministrativo e la politica¹, dall'altro.

Il predetto tema, che rappresenta lo sfondo del presente saggio, costituisce la “faglia delle Marianne” dell'ordinamento italiano.

Su questo argomento sono stati scritti significativi lavori², che di

¹ Sulla relazione fra giustizia e politica non può non essere ricordato P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Bergamo, 2003 (ma 1956), 211 ss.

² La bibliografia è molto ampia, si limitano le citazioni ai seguenti lavori monografici T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979; R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980; M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980; R.

volta in volta hanno consentito di fare il punto della situazione. La magistratura, dal canto suo, ha elaborato sentenze di grande spessore, proiettate verso la ricerca di un punto di equilibrio.

Il sindacato del giudice e, in particolare, quello del giudice penale sull'azione amministrativa segna un momento di crisi nella dinamica istituzionale, che altera gli equilibri ordinamentali e che conduce a interferenze, se non proprio a sovrapposizioni e sostituzioni, di un potere sull'altro.

Le cause che hanno innescato la conflittualità del potere giudiziario con quello amministrativo e con quello politico sono diverse. Vi sono cause che affondano le loro radici nella differente cultura ideologica e politica della magistratura, rispetto a quella degli altri poteri istituzionali; quelle connesse alle sollecitazioni che provengono dal diffondersi di forme di populismo giudiziario, che vedono nel mondo della politica e dell'amministrazione luoghi in cui si annida solo il male affare e che propugnano un giustizialismo ottuso e preconcelto; quelle che si alimentano della convinzione che il mero rispetto della legalità consenta di risolvere tutti i problemi sociali, rendendo l'azione amministrativa più celere, più efficace e più equa e più ordinato l'evolversi dei rapporti sociali. Quest'ultima tipologia di cause si fonda su di una concezione ideologica incapace di cogliere il valore storico della legge e di comprendere che le norme legislative non costituiscono una soluzione tecnica e neutrale di un problema sociale, bensì una scelta contingente, frutto dei rapporti di forza fra le varie componenti politiche e sociali del paese, volta a privilegiare determinati valori e interessi a scapito di altri, sempre espressione degli assetti economici e politici della società, della cultura dominante e delle opzioni ideologiche prevalenti, in un preciso momento storico.

VILLATA, *“Disapplicazione” dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980; G. GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 1990; P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999; M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002; R. BORSARI, *Reati contro la pubblica amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova, 2012; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019; G. SALCUNI, *La “disciplina altrove”. L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019.

Quest'ultima tipologia di cause, inoltre, sollecita il diretto impegno politico dei magistrati, chiamati a ricoprire i ruoli che nel corso della loro attività giudiziaria hanno contrastato, dando vita a esperienze di amministrazione esaltanti, ma anche a esperienze disastrose, connesse all'incapacità di affrontare la complessità della gestione politica e amministrativa, destinate a vivere alla giornata, a dissolversi in un breve volgere del tempo e a lasciare intorno il vuoto assoluto, con i conseguenti fenomeni di regressione politica. È la storia recente del nostro paese.

Tutti questi aspetti non saranno trattati nel presente lavoro. Richiedono l'impegno di altre scienze, quali la sociologia, la psicologia, la storia delle dottrine politiche, la teoria politica, ecc.

L'indagine sulle cause della conflittualità verrà limitata a un breve accenno relativo ai profili di teoria delle istituzioni, alle esigenze di difesa sociale, che hanno spinto la magistratura a intervenire a tutela di valori e interessi socialmente rilevanti, e all'assunzione di un ruolo di controllore della legalità.

2. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nell'esigenza di intervenire in maniera urgente a tutela di interessi pubblici

La magistratura, nell'esercizio delle sue funzioni, svolge un sindacato intenso e incisivo sull'esercizio dell'attività amministrativa.

Ad onor del vero, quanto avviene non è privo di valide giustificazioni.

Innanzitutto, è incontestabile la devastazione del territorio del nostro paese, la deformazione delle sue bellezze paesaggistiche, la violazione dei suoi beni culturali e archeologici, la drammaticità e pericolosità dei livelli di inquinamento del suolo, delle acque e dell'atmosfera e le aggressioni alla salute dei cittadini. L'inquinamento dei suoli ha provocato effetti devastanti, soprattutto in tutti quei casi in cui sono stati sepolti materiali radioattivi nel nostro territorio e nel nostro mare. La presenza di discariche abusive sul nostro territorio è impressionante. Intorno a tali aree la mortalità per malattie tumorali si è diffusa in

maniera raccapricciante. Situazioni come queste ultime sono state possibili per gli intrecci fra criminalità organizzata, interessi economici e esponenti del mondo politico. Si è in presenza di fenomeni così diffusi da mettere in crisi la credibilità e la tenuta stessa del nostro ordinamento giuridico e dell'intero nostro paese. E che cosa dire della recente crisi epidemiologica, in atto nel nostro paese e nel mondo intero. Alla magistratura spetta il gravoso compito di intervenire per accertare la responsabilità di coloro che con condotte dolose o colpose, per incuria e, come è apparso chiaro in alcuni casi, per evidente superficialità, hanno causato il diffondersi del virus.

A tutela di tali interessi la magistratura svolge un ruolo encomiabile.

Inoltre, la magistratura percepisce la diffusa convinzione che l'azione dell'amministrazione e, in generale, l'azione della politica sono costellate da numerosi illeciti, non adeguatamente contrastati con i rimedi che operano all'interno dell'amministrazione stessa e della politica. Il giudice subisce l'effetto della convinzione, spesso artatamente diffusa fra i cittadini, di uno stato diffuso di illegalità e della generale volontà di dover reagire a tali fenomeni, reali o meramente supposti che siano.

In altri termini, la magistratura si pone come interprete di una generale volontà dei cittadini ed agisce di conseguenza. Tutto questo ha un fondamento costituzionale nell'art. 101, secondo comma, Cost., secondo il quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge".

Non si può negare che il mondo della illegalità nell'azione amministrativa è diffuso, ma esso non sempre si annida nei settori che vengono individuati come campi privilegiati dell'azione investigativa della magistratura.

L'illegalità si presenta con le vesti della concussione spesso in quei casi in cui funzionari infedeli contrastano le pretese dei cittadini, sulla scorta di interpretazioni acrobatiche e fantasiose di norme giuridiche scritte male, parandosi dietro lo scudo della rilevanza degli interessi di cui è titolare l'amministrazione presso la quale svolgono servizio. Il riferimento è al reato di abuso volto a danneggiare il cittadino³. Un

³ Sul problema si veda M. GAMBARELLA, *Il controllo*, cit., 2002, 264 ss.

esempio per tutti, la tutela paesaggistica. Spesso respingere una istanza diventa l'occasione per costringere l'interessato a negoziare, corrispondendo una tangente o altri tipi di emolumenti.

3. Le ragioni fondative dell'intervento del giudice sull'azione amministrativa vanno ravvisate nel falso mito che il giudice penale debba controllare la legittimità dell'azione amministrativa e applicare il provvedimento solo se conforme a legge

Tutte le diverse tecniche sperimentate dai giudici per intervenire sull'azione amministrativa ruotano intorno a una convinzione comune, a volte enunciata esplicitamente, a volte inespressa, ma sottintesa alle scelte compiute.

Le diverse tecniche si fondano sulla convinzione che il giudice, ogni giudice, deve applicare gli atti amministrativi se legittimi e, per converso, non li deve applicare quando violano i parametri normativi⁴.

Questa convinzione viene elevata a principio generale e, spesso, viene fondata su di un, mai sopito, principio di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo⁵ o sul principio di legalità⁶.

Si tratta di una tesi che non può essere condivisa, anche perché destabilizza l'assetto ordinamentale.

Invero, la tesi in esame, sulla quale si ritornerà successivamente in maniera più dettagliata, non collima con gli assetti di fondo del nostro ordinamento giuridico, il quale non conferisce alla magistratura un ruolo di primazia su tutti gli altri poteri. Su detto aspetto, in questa se-

⁴ Fra i tanti che si sono pronunciati in termini si vedano G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 675; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011, 21.

⁵ Cass. pen., sez. III, 7.6.2018, n. 49687.

⁶ R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 2011, 21, nt. 27.

de, è opportuno limitarsi a brevi accenni, rilevando semplicemente che il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo, nel nostro ordinamento, è devoluto esclusivamente al giudice amministrativo, trattandosi di una giurisdizione di diritto soggettivo, limitata da specifici motivi di ricorso e dalla proposizione del ricorso nei ristretti termini decadenziali. Inoltre, anche il potere di autotutela dell'amministrazione è stato ridotto in ambiti angusti, per effetto della delimitazione temporale del potere di annullamento di ufficio entro il termine di diciotto mesi e per effetto della necessaria ricorrenza di un interesse pubblico, non identificabile con la mera reintegrazione della legalità violata. Queste e altre situazioni inducono a ritenere ancora oggi attuale il giudizio espresso da M.S. Giannini, secondo il quale nel nostro ordinamento l'esistenza di una pluralità di provvedimenti illegittimi è non solo tollerata, ma anche ammessa⁷.

4. Considerazioni sulla magistratura ordinaria nel nostro paese

Prima di entrare nel vivo delle questioni, appare opportuno premettere che, a mio giudizio e alla luce della mia esperienza, la magistratura ordinaria è una delle istituzioni più sane del nostro paese.

I meccanismi di reclutamento dei magistrati ordinari consistono in un concorso che si articola in tre prove scritte e in una prova orale su un numero elevato di materie. Le procedure concorsuali sono affidate a una commissione composta da magistrati, professori di materie giuridiche, professori di lingue straniere e esponenti dell'avvocatura. Il rigore della commissione nell'espletamento delle prove scritte, nella correzione degli elaborati e l'elevato numero dei partecipanti al concorso precludono qualsiasi tentativo di favoritismi e assicurano una assoluta correttezza e imparzialità dei lavori, sui quali è estremamente difficile, se non del tutto impossibile, influire al fine di condizionarne gli esiti.

⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 611.

Un giovane che abbia studiato con impegno e si sia adeguatamente preparato può partecipare al concorso in magistratura con la fondata speranza di essere correttamente valutato. Le procedure concorsuali assicurano il reclutamento dei candidati più competenti e affidabili.

Inoltre, la magistratura forma e prepara professionalmente i suoi componenti. Il periodo di uditorato (oggi gli uditori si chiamano magistrati ordinari in tirocinio), i corsi della scuola superiore della magistratura e la stessa esperienza che si matura nei collegi contribuiscono alla preparazione del magistrato, assicurandone l'idoneità ad affrontare l'attività professionale.

I magistrati hanno una elevata competenza giuridica e sono sempre sollecitati ad approfondire le proprie conoscenze, per far fronte ai continui e costanti problemi che l'esperienza professionale pone al magistrato.

I magistrati hanno una elevata moralità ed esercitano le funzioni conferite loro con una dose non comune di imparzialità. Agiscono in perfetta buona fede e spesso posseggono doti di non comune equilibrio.

Si dedicano al proprio lavoro con un impegno non facilmente riscontrabile in altri settori dell'amministrazione, se non nelle carriere apicali dell'amministrazione pubblica, centrale e locale.

E, infine, dato da non trascurare, sono fedeli all'impianto costituzionale democratico. A tal proposito, non può essere sottaciuto il ruolo svolto dalla magistratura contro i tentativi eversivi dello Stato democratico, il suo ruolo decisivo nella lotta contro la criminalità organizzata e la sua difesa delle istituzioni democratiche.

Piaccia o non piaccia, detto giudizio va confermato anche oggi, in un momento in cui la credibilità della magistratura è ai minimi storici a causa delle note vicende che hanno travolto il Consiglio Superiore della Magistratura.

5. Gli effetti del sindacato del giudice penale

Gli effetti prodotti dalle iniziative processuali, del tipo di quelle

esaminate in questo lavoro, sono devastanti. Per riuscire a metterli a fuoco, appare opportuno evidenziare che gli effetti da prendere in considerazione sono di due tipi. Nella prima tipologia rientrano gli effetti mediatici e nella seconda gli effetti processuali.

Gli effetti mediatici sono quelli prodotti dalla semplice diffusione della notizia dell'avvio di un processo. Invero, i processi non si svolgono più nel chiuso delle aule giudiziarie, come avveniva una volta e come prevede il codice di procedura penale. Non solo per i processi che investono la sfera politica e quella amministrativa, o per quelli che hanno ad oggetto rilevanti problemi economici, ma anche per tanti altri, parallelamente allo svolgimento delle indagini e alla celebrazione del processo, si offrono sui media ricostruzioni della vicenda, a volte svelando dettagli che sarebbe stato opportuno mantenere riservati per non compromettere le indagini; si presentano i protagonisti, invadendo la loro vita privata; si esprimono valutazioni sui fatti, sulla conduzione delle indagini, sui provvedimenti dei giudici, chiamando esperti, o presunti tali, a formulare le proprie valutazioni. Si prospettano ricostruzioni alternative, rispetto a quelle acclarate nel corso del processo, al fine di indurre l'opinione pubblica a prendere posizione.

Da tutto ciò non si può prescindere, perché costituisce ormai una prassi diffusa alla quale il legislatore non è stato ancora capace di porre rimedio in maniera seria.

Gli effetti processuali consistono negli effetti giuridici prodotti dall'avvio e dallo svolgimento del processo.

Occorre considerare che, accanto ai numerosi processi che hanno ad oggetto fatti gravi e seri, condotti con riservatezza e professionalità, ve ne sono altri che hanno una caratterizzazione quanto meno problematica. Si pensi al caso, tratto dall'esame della giurisprudenza, del pubblico dipendente che, a seguito della verifica disposta dal suo dirigente con il quale era in contrasto, si è visto imputato per aver redatto, nel corso di tre anni, richieste di rimborso spese imprecise e irregolari, conseguendo indebitamente la somma complessiva di 60,00 euro. Il pubblico dipendente, benché abbia immediatamente restituito la somma, è stato condannato in primo grado e in appello, con sentenza confermata dalla Cassazione.

Come un collega magistrato, peraltro rigoroso e severo, poco incli-

ne al buonismo, ha confessato, discutendo di decisioni analoghe a quelle qui in esame, esse rimangono incomprensibili ai più e “minano la credibilità della magistratura”.

Inoltre, tali decisioni sviluppano meccanismi di rancore, in chi le subisce, che nascono dalla convinzione di aver subito un torto, dovuto alla bizzarria, se non alla parzialità del magistrato procedente, pur avendo osservato la legge. Tali meccanismi a volte spingono verso l’illegalità, vista come l’approdo naturale per chi subisce una condanna pur avendo rispettato la legge. “Tanto vale agire illegalmente”, questa è l’espressione spesso formulata da imputati che non si riescono a spiegare perché si trovano coinvolti in un giudizio penale.

Tuttavia, gli effetti c.d. processuali travalicano la sfera soggettiva dei protagonisti e invadono quella pubblica.

Tali processi incidono sull’azione amministrativa rallentandola inesorabilmente, se non proprio bloccandola, con la conseguenza di determinare una paralisi dell’amministrazione e delle iniziative economiche nel nostro paese.

Inoltre, la paralisi dell’amministrazione e la lunghezza dei tempi processuali allontanano gli investitori dal nostro paese.

Paradossalmente, questo fatto, che incide in maniera negativa sullo sviluppo economico e sociale, non è il più grave.

Iniziativa processuali analoghe a quelle che si passano in rassegna nel libro destabilizzano l’assetto ordinamentale. Il giudice invade prerogative che appartengono alla pubblica amministrazione, esercitando in luogo di essa funzioni che non gli competono. Le scelte di natura discrezionale, devolute dal nostro ordinamento all’amministrazione, vengono contestate dalla magistratura che, contemporaneamente, propugna un modello diverso di esercizio del potere, decisioni diverse, scelte diverse, interventi diversi.

Nessuna legge conferisce al giudice un potere siffatto.

Decisioni come quelle in esame producono l’effetto di destabilizzare l’assetto istituzionale. Il fenomeno non è solo italiano.

Sabino Cassese, in un bel volume sulla democrazia, ha formulato valutazioni critiche sul ruolo delle Procure in alcuni paesi europei, fra i quali l’Italia, la Spagna e la Francia. L’Illustre Maestro ha affermato che le Procure “sono dotate anch’esse di indipendenza nei confronti degli

organi rappresentativi. Svolgono il ruolo di accusa. Ma debordano sia invadendo campi estranei (valutazioni di danni ambientali e alla salute, decisioni di localizzazione di impianti, valutazioni sull'uso del territorio e così via), sia utilizzando – attraverso l'uso distorto di intercettazioni e custodia cautelare – procedure di 'naming and shaming', poco produttive sul piano processuale ma molto efficaci nel circuito politico e dell'opinione pubblica. Gli effetti principali di questi interventi si producono nel campo della politica e dell'amministrazione. Sulla prima, l'azione accusatoria ha l'effetto di stimolare la sfiducia nell'elettorato. Sulla seconda ha un effetto di spiazzamento, nel senso che in questo modo i decisori di ultima istanza nelle scelte più importanti riguardanti problemi sociali, ambientali, di sviluppo urbanistico diventano le procure, in luogo degli organi rappresentativi e degli uffici burocratici”⁸.

Simili azioni giudiziarie inducono le persone a ritenere che si sia in presenza di una diffusa illegalità anche in caso di un rispetto formale delle norme giuridiche.

L'amministrazione e la politica diventano il mondo del malaffare.

Le norme giuridiche non riescono ad evitare – anche quando esse stabiliscono procedimenti e contenuti degli emanandi atti amministrativi – che dilaghi l'illegalità.

È il messaggio offerto da una certa interpretazione dell'operazione di “mani pulite”, che utilizzò la vicenda giudiziaria per demonizzare la politica, segnando la nascita del populismo giudiziario⁹. È la prima demonizzazione della politica.

Occorre fare una precisazione, al fine di non essere equivocato. Non si critica l'opera meritoria svolta dai magistrati di “mani pulite”.

Intendo fare riferimento alla intera e complessa operazione culturale che, prima, ha accompagnato e, poi, si è sovrapposta all'opera lode-

⁸ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2018, 71 ss.

⁹ Si veda l'esame di alcune fra le variegate tendenze del populismo giudiziario in Italia che compie E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, 8 ss., 12 ss., 91 ss., 131 ss., 145 ss. Sul tema si vedano, altresì, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio*, cit., 2019, 97 ss.

vole, coraggiosa e decisa dei magistrati di mani pulite.

Appare opportuno premettere che ogni processo ha il suo specifico e giusto corso, con le fasi che debbono rimanere segrete e quelle che possono essere svolte pubblicamente. A volte vengono formulate valutazioni sull'operato dei magistrati del tutto infondate e gratuite. Si sostiene, a volte, che il Giudice dell'udienza preliminare non avrebbe dovuto disporre un provvedimento di custodia cautelare o il rinvio a giudizio. Si tratta di giudizi frettolosi.

Se il G.u.p. ha emesso un provvedimento di custodia cautelare, nella generalità dei casi, ciò è dovuto alla ricorrenza dei presupposti che legittimano e a volte impongono l'emissione di una misura siffatta. E anche la valutazione discrezionale compiuta dal giudice nella normalità dei casi non può essere oggetto di contestazione perché essa avviene sulla scorta di orientamenti elaborati dalla giurisprudenza nel corso di migliaia di decisioni. Infine, se viene disposta la rimessione in libertà di imputati o la loro scarcerazione, la ragione di ciò va ravvisata nella esistenza dei presupposti che il legislatore ha stabilito per l'emissione di siffatti provvedimenti. Se il G.u.p. ha disposto il rinvio a giudizio, nella generalità dei casi, la decisione presa è giustificata dalla esistenza di tutti i presupposti previsti dal codice per procedere in tal senso.

Non è possibile inscenare un teatrino per cercare di dimostrare che certe decisioni sono state determinate da ragioni diverse da quelle relative a una corretta applicazione della legge. In altri termini, ogni processo, una volta avviato, deve seguire un iter stabilito dal codice di procedura penale, sottratto, in quanto tale, a ogni capziosa interpretazione. Il magistrato deve agire così come gli prescrive il codice di procedura. Non può comportarsi diversamente e determinarsi liberamente e qualora questo avvenga si incorre in una situazione patologica. Le critiche formulate a comportamenti doverosi dei magistrati sono davvero ingiustificate e ingiuste.

Senonché, occorre considerare l'effetto del processo sull'opinione pubblica, che un tempo consigliava alla magistratura di non compiere atti processuali pubblici nei mesi precedenti le competizioni elettorali¹⁰.

¹⁰ Rimane scolpito nella mia memoria di magistrato l'invito che il Procuratore generale e il Procuratore della Repubblica rivolgevano a noi Sostituti Procuratori di

L'esigenza di confezionare una "notizia", idonea a creare "immagini" destinate a sollecitare determinate reazioni nel pubblico – perseguita con un sapiente lavoro di esperti della videocomunicazione – ha suscitato il clamore di alcune inchieste e di alcuni processi, che avrebbero dovuto rimanere riservati, per lo meno sino ai loro esiti.

L'esigenza dei media di "cavalcare la notizia" non sempre è stata indotta da un puro e semplice dovere di cronaca e dalla necessità di informare i cittadini¹¹; spesso è stata il frutto dei piani subdoli di poteri occulti¹², che temevano gli effetti di governi proclivi verso politiche di equità sociale, ed ha rinvenuto un supporto da dichiarazioni sfuggite a qualche magistrato, disattento o affetto da protagonismo, che hanno ingrossato, come un fiume in piena, la convinzione che tutto il mondo della politica, quello dei partiti e quello dei suoi protagonisti fosse corrotto e che tutti i mali sociali del paese (disuguaglianze, disoccupazione, crisi economica, criminalità ecc. ecc.) fossero da ascrivere alla corruzione politica.

In quel momento ha cominciato a crescere e a svilupparsi il virus dell'antipolitica.

Mario Tronti, in un bel libro che invita a pensare¹³, sostiene che l'operazione nata con il nobile nome di "mani pulite" sia stata puramente, solamente e pesantemente distruttiva. *"Uno sparare nel mucchio a colpire indiscriminatamente colpevoli e non colpevoli con l'unica mira sul politico di professione. Per sostituirlo con che cosa, poi? Con il niente di oggi. Si vuole riflettere su questo?"*¹⁴.

Tale giudizio può apparire eccessivo se si decontestualizza la succi-

non adottare alcuna iniziativa pubblica, nell'esercizio delle nostre funzioni, nei mesi precedenti le competizioni elettorali, al fine di non alterare la libera formazione della volontà democratica degli elettori.

¹¹ Sul ruolo dell'informazione e della televisione nella formazione del senso comune e del consenso, si veda, fra i tanti, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Bari, 2011, 36 ss.

¹² Quelli che L. Ferrajoli chiama i poteri selvaggi, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, cit., 2011, 48 ss., 55 ss.

¹³ M. TRONTI, *Il popolo perduto. Per una critica della sinistra*, con A. Bianchi, Roma, 2019.

¹⁴ M. TRONTI, *Il popolo perduto*, cit., 2019, 56.

tata affermazione; invece, collocata nell'ambito della complessa riflessione svolta dal filosofo, riacquista la sua corretta dimensione. Invero, il declino dei partiti e la conseguente crisi delle istituzioni democratiche nel nostro paese non furono innestati soltanto dal disvelamento di ampi fenomeni corruttivi, ma anche dal crollo delle ideologie polarizzate dalla guerra fredda¹⁵ e dalla inadeguata risposta articolata dalla sinistra¹⁶, tradottasi nella deriva liberaldemocratica della tradizione socialista¹⁷.

Il potere mediatico ha messo insieme la posizione dei colpevoli e quella di chi tale non era, per celebrare i processi fuori dai Tribunali, presentando tutti gli indagati come sicuri responsabili. In questo modo, il potere mediatico ha celebrato un processo contro la politica italiana, coinvolgendo tutti, colpevoli e innocenti, senza preoccuparsi del fatto che si mettevano in crisi le stesse istituzioni democratiche, si delegittimavano gli istituti rappresentativi democratici, dal parlamento, al governo e all'amministrazione.

A questa opera devastante ha fatto da contraltare la ricerca di un salvatore della patria, osannato sino a quando non si è constatato che le speranze riposte non potevano più essere realizzate¹⁸; per sostituirlo con una soluzione tecnocratica¹⁹, che ha messo in ginocchio i ceti so-

¹⁵ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Milano, 2016, 143.

¹⁶ M. TRONTI, *Il popolo perduto*, cit., 2019, 80.

¹⁷ M. TRONTI, *Il popolo perduto*, cit., 2019, 78.

¹⁸ Una bella sintesi la si trova in P. IGNAZI, *Vent'anni dopo. La parabola del berlusconismo*, Bologna, 2014, 143, secondo il quale "la parabola del berlusconismo termina quindi sotto il segno di tre fallimenti: fallita la costituzione di un grande partito liberal-conservatore ridotto a una formazione patrimoniale populista con tratti carismatici, del tutto soggetta alle decisioni insindacabili del capo e aliena ai principi liberali; fallita la modernizzazione del paese, riportato indietro di anni, se non di decenni, ben al di là dell'impatto esterno della crisi internazionale; fallita la rivoluzione liberale. E questo per molti motivi".

¹⁹ Per una critica alle soluzioni tecnocratiche e, in particolare alle soluzioni propugnate da J. STUART MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, 1997 (ma 1977), 85 ss., e W. LIPPMANN, *L'opinione pubblica*, 2018, 13 ss., 23 ss., teorici della revisione tecnocratica della democrazia, si veda N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 88 ss.

ciali più deboli, ed ha rappresentato un serio pericolo per la tenuta dell'impianto democratico del paese²⁰, per poi riproporne un altro²¹, ben presto abbandonato e sostituito con un altro ancora, senza che mai nulla venisse prodotto.

Si è sostituita la personalizzazione del potere politico alla dialettica democratica fra le istituzioni.

Naturalmente, forme diverse di populismo e risposte populiste differenti. L'antipolitica per eccellenza nasce negli anni Novanta, con la Lega Nord e con il movimento di Silvio Berlusconi, due fenomeni populistici che si sono imposti in un momento di declino dei partiti e, con loro, delle istituzioni democratiche²². A tal proposito, appare perfettamente calzante il riferimento al giudizio formulato da Rosanvallon, secondo il quale "*il populismo può essere inteso in questo caso come una forma di espressione politica in cui il progetto politico democratico si lascia totalmente assorbire e vampirizzare dalla contro-democrazia; è la forma estrema dell'antipolitica*"²³.

Un ruolo decisivo ha assunto il populismo videocratico che "*è riuscito a trasformare la cittadinanza in un'audience non qualificata e indefinita, in un pubblico di consumatori individuali di spot politici privi di qualsiasi affiliazione o fedeltà di partito e di qualsiasi volontà di partecipazione*"²⁴.

Personalmente sono convinto che la magistratura, nel suo complesso, non abbia mai inteso svolgere una destabilizzante supplenza della

²⁰ Come per tutti i governi tecnici, anche per quello recente del 2011-2013, l'opzione ideologica che la sorregge è rappresentata dal giudizio di inadeguatezza della politica e delle stesse procedure democratiche ad elaborare una risposta adeguata ai problemi del paese. Si veda il volume di S. GOULARD-M. MONTI, *La democrazia in Europa. Guardare lontano*, Milano, 2012, in cui sostiene la necessità di elaborare modalità di decisioni sottratte alle verifiche elettorali e all'opinione pubblica quale unica strada per salvare l'Unione europea.

²¹ Sul renzismo e la crisi politica italiana C. GALLI, *Democrazia senza popolo. Cronache dal parlamento sulla crisi della politica italiana*, Milano, 2017, 114 ss.;

²² N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 143.

²³ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, 2006, trad. it., *Controdemocrazia, La politica nell'età della sfiducia*, Roma, 2012, 193.

²⁴ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 143.

politica. Ritengo, invece, che occulti poteri extra politici abbiano frastornato e manovrato l'opinione pubblica, con una sapiente gestione del potere mediatico.

Le inchieste giudiziarie sono state utilizzate in funzione antipolitica, collocando la magistratura in una posizione antitetica al potere legislativo e al potere esecutivo.

Di tutto questo la magistratura non è responsabile.

Se si vogliono addebitare responsabilità alla magistratura, è possibile individuarle in quella di non aver capito gli effetti che la spettacolarizzazione delle inchieste avrebbe prodotto sul tessuto sociale, politico e istituzionale del paese; in quella di non aver preso subito le distanze dall'operazione condotta dai poteri mediatici e di non aver attivato le doverose contromisure per evitare la spettacolarizzazione delle inchieste giudiziarie; in quella di non aver fatto subito la differenza fra colpevoli e innocenti.

a) Non sono stati capiti gli effetti che la spettacolarizzazione delle inchieste avrebbe prodotto sul tessuto sociale, politico e istituzionale del paese²⁵.

Aiuterebbe a comprendere gli effetti prodotti dalla diffusione incontrollata delle iniziative processuali, la lettura delle riflessioni di Nadia Urbinati²⁶ sulla rilevanza dell'opinione pubblica e sulla sua configurazione come una forma atipica di potere²⁷. La trasformazione

²⁵ Sull'esigenza di limitare l'effetto mediatico delle denunce si veda F. CURCIO, *Introduzione*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018, 5.

²⁶ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 57 ss., 71 ss.

²⁷ Magari, una volta completata la lettura della Urbinati e avvinti dalla problematica in essa trattata, non farebbe male a nessun giurista, magistrato, avvocato o professore, studiare J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2005 (ma 1962), 105 ss., che ha ricostruito il ruolo dell'opinione pubblica nella società moderna, e – risalendo a ritroso – le diverse ricostruzioni di J. LOCKE, *Saggio sull'intelligenza umana*, Roma-Bari, 2006, 393 ss., che fu fra i primi filosofi a evidenziare il ruolo dell'opinione nella società moderna, configurandola come il luogo della libertà, ma anche della sovranità indiretta e invisibile, e di J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Roma-Bari, 1994, 17 ss., che fu fra i primi a utilizzare l'espressione "opinione pubblica".

della politica in foro delle opinioni, nelle moderne democrazie costituzionali, rende quest'ultimo un potere, che attrae gruppi sociali ed economici intenzionati a orientare i programmi politici e a condizionare le decisioni, influenzando il legislatore²⁸.

Alle inchieste giudiziarie – che avrebbero dovuto svolgersi riservatamente e segretamente, così come prescrive il codice di procedura penale – hanno fatto da contraltare le inchieste giornalistiche e televisive, guidate da esperti professionisti della comunicazione e dell'informazione. Tali professionisti – debitamente guidati – hanno finito per orientare, se non proprio gestire, il sistema per scegliere i candidati, per elaborare i programmi politici, per formare le opinioni pubbliche, giungendo anche a proporre e costruire nuove formazioni politiche²⁹.

b) Non sono state prese subito le distanze dall'operazione condotta dai poteri mediatici e non ha attivato le doverose contromisure per evitare la spettacolarizzazione delle inchieste giudiziarie.

c) Non è stata fatta subito la differenza fra colpevoli e innocenti.

Si sono instaurati processi nei confronti di amministratori pubblici basati su di un impianto accusatorio debole, se non proprio inconsistente, e invece di definirli rapidamente, magari con una richiesta di archiviazione o in sede di udienza preliminare, sono stati trascinati per anni lasciando permanere il marchio dell'infamia su tutti gli imputati, a volte anche in custodia cautelare, salvo poi dichiarare l'infondatezza dell'accusa e assolverli. Questo è avvenuto un po' dovunque.

Se non si riesce a fare subito la differenza, distinguendo fra coloro nei confronti dei quali vi è la prova della commissione di fatti corruttivi o concussivi e coloro a carico dei quali una siffatta prova non c'è, si ingenera confusione. Si contribuisce a disorientare l'opinione pubblica³⁰, che è una delle componenti della struttura diarchica degli ordinamenti democratici³¹.

²⁸ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 63 ss.

²⁹ Sul tema si veda N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 73 ss.

³⁰ J. HABERMAS, *Storia e critica*, cit., 2005 (ma 1962), 244 ss., sostiene che il foro pubblico è essenziale per la democrazia.

³¹ Si veda N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., 2016, 23 ss.

L'iniziativa processuale, paradossalmente, diventa la cassa di risonanza dell'antipolitica.

Innanzitutto, scelte di questo tipo sono riprovevoli da un punto di vista etico. Inoltre, esse violano il principio costituzionale del giusto processo, il quale reca fra le sue declinazioni anche il principio che il processo si svolga in tempi rapidi, al fine di non pregiudicare eccessivamente e inutilmente gli interessi coinvolti. Infine, esse si traducono nella violazione del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza, perché espongono, per tutta la durata del processo, l'imputato ad una gogna mediatica.

6. La posizione dell'atto amministrativo rispetto alla fattispecie penale astratta

Il giudice penale utilizza diverse tecniche, che costituiscono, tendenzialmente, il riflesso della differente posizione conferita dal legislatore all'azione, all'atto e al provvedimento amministrativo rispetto alla fattispecie penale astratta.

La dottrina è pienamente consapevole della rilevanza da conferire alla posizione del provvedimento amministrativo rispetto alla fattispecie penale. A tal proposito, sono state formulate ricostruzioni diverse e anche molto raffinate³².

Secondo un orientamento c.d. sostanzialista, devono essere tenute separate le ipotesi in cui l'atto amministrativo rileva all'interno della fattispecie incriminatrice, quale suo presupposto o elemento, da quelle in cui l'atto amministrativo rileva autonomamente, agendo all'esterno della figura legale³³.

Un orientamento propone di distinguere fra l'ipotesi in cui l'atto amministrativo contribuisce a definire il contenuto precettivo della

³² R. VILLATA, "Disapplicazione", cit., 1980, 95 ss.

³³ M. PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987, n. 1, 69 ss.; dello stesso autore si veda M. PETRONE, *Attività amministrativa*, cit., 2000.

norma incriminatrice e le ipotesi in cui l'atto amministrativo non concorre a definire il contenuto precettivo della norma³⁴.

Appare opportuno precisare che con l'espressione "attività amministrativa" si intende fare riferimento non soltanto a quelle condotte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che si concretizzano nella emanazione di un atto o di un provvedimento amministrativo. La qual cosa renderebbe del tutto superflua la locuzione in esame, perché il relativo concetto sarebbe già ampiamente definito facendo riferimento, appunto, all'atto e al provvedimento amministrativo. Invece, la nozione di azione amministrativa consente di comprendere anche le ipotesi in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio, nell'esercizio dei suoi poteri, rimane inerte e silente.

In definitiva, si utilizza la nozione di attività, come espressione di sintesi comprensiva di atti, di provvedimenti, di comportamenti inerti e, in generale, di ogni condotta riconducibile alla pubblica amministrazione.

Il legislatore individua diversi settori nei quali consente al giudice penale di sindacare l'operato della pubblica amministrazione.

Nella generalità dei casi, l'intervento del giudice penale rinviene un riferimento espresso nella configurazione della stessa fattispecie penale astratta. Invece, in altri, il giudice penale, nell'esercitare le sue funzioni, sottopone a sindacato l'azione dell'amministrazione senza che ciò sia espressamente contemplato dalla fattispecie incriminatrice astratta. In queste ultime ipotesi, il giudice penale desume la legittimità di siffatti poteri in via ermeneutica.

Sia nelle prime ipotesi, che nelle seconde si presentano elementi di criticità, di notevole rilievo benché di diversa natura.

Nell'ambito della problematica generale sopra tratteggiata, l'attenzione dovrà essere concentrata sul reato di abuso di ufficio, sia per la sua centralità, sia per la sua problematicità, causata da interpretazioni giurisprudenziali espansive, sia perché oggetto di un recente rattoppo effettuato dal legislatore.

³⁴ M. GAMBARDELLA, *Il controllo*, cit., 2002, 178.

7. Considerazioni di sintesi

Il fine perseguito dal giudice penale, nella gran parte dei casi, è meritevole di consenso.

Diverse sono le conclusioni invece per quanto riguarda le tecniche utilizzate. Le tecniche utilizzate, infatti, spesso sono eccentriche e conflittuali con il nostro impianto ordinamentale. La generalizzazione di tali tecniche, la pretesa di ricondurre a sistema una tecnica eccentrica, provoca guasti irreparabili. Si mettono in discussione i principi portanti del nostro ordinamento penale, quale per esempio il principio di tassatività.

La strada da percorrere è un'altra ed è rappresentata dalla necessità di rimodulare le leggi affinché le condotte penalmente rilevanti emergano in maniera chiara ed evidente.