

Convegno AIPDA 2019  
Quali saperi servono alla Pubblica Amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della  
professionalità pubblica.

Pisa, 10-12 ottobre 2019

**Responsabilità penale e burocrazia difensiva:  
effetti (o danni) collaterali di una valutazione *sui generis* della performance  
amministrativa.**

di **M. LAVATELLI**

SOMMARIO: 1. Una (si spera non) oziosa premessa. – 2. “Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?” – 3. La responsabilità penale fra pretesa punitiva, deterrenza e conformazione del comportamento. – 4. Ermeneutica dell’agire amministrativo ed ermeneutica giudiziale, fra concezione oggettiva della pubblica amministrazione e tutela del bene giuridico amministrazione. – 5. Conclusioni.

1. Nel capitolo quarto del suo *De principatibus*, soffermandosi sul tema delle “*difficoltà quali si hanno a tenere uno stato di nuovo acquistato*”, Machiavelli analizza due modelli di amministrazione “*de’ quali si ha memoria*”: quella “*per servi*”, propria della monarchia turca, “*governata da un Signore*” che, “*distinguendo il suo Regno in Sangiacchi, vi manda diversi amministratori, e gli muta e varia come pare a lui*”, e quella “*per baroni*”, caratteristica, invece, della monarchia francese, ove “*Signori riconosciuti da’ loro sudditi, ed amati da quell (...) hanno le loro preminenze, nè le può il Re torre loro senza suo pericolo*”.

Machiavelli offre una lettura critica di entrambe le figure: sconsigliabile tanto il *servo*, che deve essere costantemente sorvegliato, considera rischioso agire d’iniziativa, non gode di prestigio sociale, vive in rapporto di reciproca diffidenza e rivalità con gli altri servi, quanto il *barone*, che gode di elevata posizione sociale per diritto di nascita e pretende conseguentemente che gli siano riconosciute le prerogative che gli spettano per gestire i propri interessi, con un’autonomia che potrebbe portarlo a incidere negativamente sulla ragione del principe.

Muovendo dalla propria esperienza di alto funzionario repubblicano, egli suggerisce quindi una terza via: la creazione di un corpo di *funzionari locali* posti sotto diretto controllo, serventi, ma non servi, che “*intend(ano) per sé*”, rispettati e conosciuti in loco, ma non legittimati “*per antichità di sangue*”.

Sappiamo che le speranze politiche di Machiavelli non troveranno immediato seguito in patria, mentre proprio in Francia si creeranno le condizioni che porteranno alla nascita della Pubblica Amministrazione, come da noi modernamente conosciuta.

Se la collocazione geografica è indiscussa, più dibattuta resta invece la questione delle coordinate temporali a cui fare riferimento. Da una parte, infatti, vi sono coloro che collocano

l'origine dopo il 1789, nel solco della rivoluzione francese, con l'affermazione della divisione dei poteri e del principio di legalità<sup>1</sup>, dall'altro, coloro che guardano a un momento precedente, alle "lotte accentratrici delle monarchie contro gli istituti feudali", alle politiche assolutiste di Luigi XIV, che mirava alla costruzione di un apparato assorbente tutte quelle funzioni di rilievo pubblicistico che prima facevano capo a corpi intermedi territoriali e di ceto<sup>2</sup>.

Si tratta di due prospettive che, con le dovute puntualizzazioni, si possono considerare rappresentative di un medesimo corso storico, considerato in due momenti differenti, per quanto strettamente collegati. Ciò che le distingue, invece, è il fatto di dare risalto a due aspetti diversi che caratterizzano la Pubblica Amministrazione: l'idea che quest'ultima esista in quanto apparato organizzativo *autonomo* dello Stato, differenziato dal potere legislativo e giudiziario, ma anche distinto dalla sfera politica, ovvero il fatto che la stessa sia portatrice di un *interesse asimmetrico*, di una razionalità diversa, non conciliabile con la regola universale di giustizia del "*suum cuique tribuere*", che originariamente era incarnata in una superiorità soggettiva – il monarca – poi tramutata nello Stato persona. Si tratta, in definitiva, di questioni che rimandano alla tradizionale dicotomia concettuale che separa le concezioni *soggettive*<sup>3</sup> e *oggettive*<sup>4</sup> dell'amministrazione.

Per quanto sia indubbio che la Pubblica Amministrazione tenda oggi a caratterizzarsi sempre di più in *senso oggettivo*, data l'emancipazione dell'interesse pubblico dal collegamento quasi identitario con il soggetto Stato e l'apertura a una dimensione democratica e pluralista, altrettanto indubbiamente si deve evidenziare la permanenza di ragioni giuridiche e metagiuridiche che impongono di considerare persistente una certa *essenza soggettiva* della Pubblica Amministrazione.

Vero è che i mutamenti socio-politici che hanno riguardato il nostro ordinamento e, più in generale, l'Europa continentale hanno determinato un profondo cambiamento nei rapporti tra Amministrazione e cittadini, delineando assetti di gestione dell'interesse pubblico sempre più slegati dal dato formale della soggettività pubblica, dal modello autoritativo e perfino dalla specialità del

---

<sup>1</sup> Sul punto cfr. M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, 1986, secondo cui si ha Pubblica Amministrazione dal momento in cui emerge "il complesso costituito dalla Corona (o comunque dall'organo sovrano), dal governo e, infine, dagli uffici esecutivi e ausiliari", con questi ultimi contraddistinti da un ruolo di cerniera tra il governo e la società.

<sup>2</sup> È questa, invece, la posizione assunta fra gli altri da M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione sostanziale*, 1985, in *Scritti giuridici*, 1996, p. 1843 e ss. Per un ulteriore confronto, si veda G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, p. 7 e ss.

<sup>3</sup> Per la dottrina dominante d'inizio Novecento, l'amministrazione rappresentava un fenomeno eminentemente soggettivo, che O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1905, p. 351, riassume nella formula è "pubblico tutto ciò che, direttamente o indirettamente, è di Stato". Analogamente, S. ROMANO, *Il Comune*, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, vol. II, parte I, p. 521. L'inerenza pressoché esclusiva dell'interesse pubblico al soggetto Stato è analizzata ampiamente ancora da G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, p. 22 ss.

<sup>4</sup> In particolare, U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, 7/8, p. 209 e ss., pone in risalto il fatto che, a partire dallo Stato assoluto, "l'amministrazione si è sempre qualificata (...) come espressione, anzi quasi come identità col soggetto Stato" mentre "nel momento in cui l'amministrazione si concepisce essenzialmente come funzione, e funzione democratica, la necessità della presenza alle sue spalle del soggetto pubblico svanisce e non si vede più perché debba esserci questa interposizione tra il popolo sovrano (...) e la funzione amministrativa".

diritto amministrativo<sup>5</sup>. Tuttavia, la complessità della *democrazia pluralista* non ha portato solo la rottura dell'unità e uniformità della Pubblica Amministrazione sul piano istituzionale, organizzativo e funzionale, ma ha anche posto una nuova sfida, che è quella della gestione *efficace ed efficiente* di un'azione pubblica che è andata sempre più estendendosi.

Da un lato, quindi, la complessità e l'accelerazione dello sviluppo economico-democratico hanno messo in crisi l'identità soggettiva della Pubblica Amministrazione, che non è più il monolite del *modello cavouriano*, dall'altro, parallelamente, hanno posto il potere legislativo davanti ai propri limiti, alla propria incapacità di conseguire una sintesi efficace di tutti i fattori in campo, costringendolo a delegare parte delle proprie funzioni alla stessa Amministrazione, concedendole di concorrere in modo determinante alla *formazione* e al *perseguimento* delle politiche nazionali, in molti settori strategici<sup>6</sup>.

Oggi, la sudditanza dell'amministrazione al principio di legalità non riguarda più soltanto (o soprattutto) il limite con cui la discrezionalità viene arginata, nella dialettica autorità-libertà, come invece in epoca liberale<sup>7</sup>, ma piuttosto descrive la latitudine del mandato che è affidato alla P.A., che può agire discrezionalmente per il raggiungimento di fini molto ampi che sono individuati dalla legge.

Il fatto che alla Pubblica Amministrazione sia stata definitivamente tolta la maschera di *mera esecutrice* delle politiche di governo – per motivi legati a una generalizzata crisi dello strumento legislativo, piuttosto che a un mandato volontario<sup>8</sup> – non ha però significato *in toto* un rafforzamento della sua autonomia, delle sue competenze e della sua razionalità.

Sebbene questo cambiamento di volto abbia portato a una riduzione drastica dei controlli interni di legittimità, al cui posto sono stati introdotti controlli interni per la valutazione dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, ispirati dal mondo dell'impresa privata, l'introduzione di un'*amministrazione di risultato* ha incontrato rilevanti limitazioni, che si sono risolte in forme di precarizzazione della dirigenza, che raramente ha saputo atteggiarsi da *manager pubblico*.

---

<sup>5</sup> Con riferimento alla difficoltà di rinvenire una nozione unitaria di P.A., con conseguente superamento della concezione soggettiva e consolidamento di quella oggettiva o funzionale, si rinvia a S. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, nonché Id., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983. Cfr. P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, spec. p. 12; P. L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, p. 53 e ss.

<sup>6</sup> Si vedano in proposito A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, p. 60; F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla crisi della legge*, in *S. parl. pol. cost.*, 1999, pp. 7 ss., in partic. pp. 125-126; più di recente B. SPAMPINATO, *Sull'evoluzione del principio di legalità amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, I, p. 251 e ss.; Id., *Sulla «crisi» di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Federalismi*, 2017, 11, p. 2 e ss. .

<sup>7</sup> Sul superamento del binomio autorità-libertà cfr. G. SORRENTINO, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Napoli, 2003, p. 31.

<sup>8</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, p. 424 ss., che ben prima della Costituzione repubblicana aveva iniziato a parlare di crisi della legge, fenomeno di cui riconduceva le cause alla moltiplicazione dei rapporti, dei conflitti e dei bisogni, nonché alla loro stessa svalutazione qualitativa, da cui derivano incertezza e disaffezione, cristallizzate nella inidoneità degli uomini chiamati a legiferare.

La svolta in senso gestionale dell'attività amministrativa è rimasta insabbiata assieme ad altri processi di riforma paralleli, quali la riorganizzazione, la semplificazione procedimentale, la razionalizzazione dei meccanismi di spesa, che hanno generato – con qualche eccezione – adempimenti senza sostanza e qualità. Riforme annunciate ma mai attuate che hanno portato l'Amministrazione a essere considerata come un malato per cui non si trova cura, schiacciata da problemi che provengono tanto dall'interno, quanto dall'esterno.

2. La denuncia dell'insoddisfazione rispetto all'operato della Pubblica Amministrazione proviene anzitutto dagli amministrati, in un clima generalizzato di diffidenza e disaffezione che coinvolge la cittadinanza. Sono però le aziende e gli operatori economici che sentono l'esigenza di confrontarsi con un'amministrazione che sia portatrice di conoscenze sempre più avanzate, settoriali, costantemente aggiornata e, ancor di più, celere e capace di fornire *certezza giuridica*.

Il campanello d'allarme è stato suonato dalla CGIA di Mestre<sup>9</sup>, che ha pubblicato una rielaborazione dei dati raccolti nel 2017 dalla Commissione Europea, rimarcando un quadro statistico che evidenzia invece i limiti dell'apparato amministrativo italiano: lentezza, adempimenti onerosi e ridondanti, incertezza giuridica, scarsa trasparenza, corruzione. Un dipinto certamente poco confortante, che è stato trasformato in un giudizio inesorabile, poi ulteriormente amplificato dalle agenzie di stampa che, nei primi giorni del 2019, aprivano con titoli allarmanti: "l'Italia muore di burocrazia", "l'Italia ha la peggior burocrazia d'Europa", "burocrazia, Italia seconda solo alla Grecia", "così la burocrazia ammazza le imprese e gli investimenti".

Anche con la politica è scontro aperto, dal momento che quest'ultima vorrebbe il pieno controllo dei suoi apparati, per assicurare l'attuazione dei propri programmi, ma lamenta il fatto di incontrare resistenze di coloro che oppongono la propria inamovibilità all'instabilità delle maggioranze rappresentative. Basti ricordare la vicenda che ha recentemente riguardato il decreto fiscale, per cui le famose "*manine*" – appellativo riferito ai dirigenti ministeriali – sono state accusate dal Ministro dello Sviluppo Economico, in diretta televisiva, di aver manipolato il testo originariamente approvato, ipotesi poi smentita in breve.

Se la narrazione degli "accusatori" è quella della lotta contro una *casta* autoreferenziale d'intoccabili, i suoi membri replicano fornendo una visione ben diversa, fotografata da un sondaggio condotto, sempre nel 2017, da *ForumPA*<sup>10</sup>. È cioè risultato che oltre il 60% degli intervistati, nel riconoscere l'inefficienza dell'apparato per cui lavora, ne imputa le cause alla cosiddetta "*burocrazia difensiva*", ossia la convinzione secondo cui, per evitare di essere chiamati a rispondere delle proprie scelte, in un quadro dominato dall'incertezza normativa, sia meglio rimanere immobili piuttosto che assumere iniziative rischiose.

Questa tendenza è stata peraltro rilevata anche dall'ormai *ex* Presidente dell'ANAC che, già nel 2016, parlando di "fuga dalla responsabilità"<sup>11</sup>, denunciava un atteggiamento attendista da parte

---

<sup>9</sup> UFFICIO STUDI CGIA MESTRE, *Abbiamo la peggiore burocrazia d'Europa*, 12 gennaio 2019.

<sup>10</sup> FORUM PA, *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?* in *Collana Ricerche FPA*, Maggio 2017.

<sup>11</sup> Intervista a Raffaele Cantone di G. SANTILLI, *Basta veleni sulla prevenzione. La PA digerisca le nuove regole*, in *Il sole 24 ore*, 10 dicembre 2016, p. 22 e ss.

dei dipendenti pubblici, che avrebbero preferito tempestare di telefonate gli uffici dell’Autorità, piuttosto che assumersi la responsabilità di decidere.

Ancora, ad analoghe conclusioni è giunto anche l’allora Presidente del Consiglio di Stato Pajno<sup>12</sup>, all’inaugurazione dell’anno giudiziario 2017, segnalando una Pubblica Amministrazione sempre più incerta e remissiva, più propensa a uniformarsi alle pronunce del Giudice amministrativo che ad assumere le proprie determinazioni.

Anche la dottrina non si è risparmiata nell’elencazione dei sintomi del male, seguendo un *leitmotiv* che si ripete da molti anni, ma non si è nemmeno sottratta dal rilevare le tensioni a cui l’Amministrazione Pubblica è sottoposta su più fronti.

Un recentissimo numero della *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*<sup>13</sup>, che si apre con editoriale di Sabino Cassese, già Ministro della funzione pubblica, nonché autore dell’omonimo rapporto del 1993, titola: “*Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*”.

Un interrogativo molto esplicito, che anticipa il taglio dei contenuti della rivista, ove gli autori si propongono di ricostruire un quadro esaustivo delle molteplici cause dei disservizi dell’Amministrazione, che distribuisce le colpe fra vari attori.

Potrebbe sorprendere il fatto che ben due saggi siano dedicati all’analisi di un fattore di crisi che riguarda l’interferenza fra decisione amministrativa e decisione giurisdizionale, nello specifico la decisione del *giudice penale* e il fenomeno della cosiddetta *supplenza*<sup>14</sup>.

Il tema, per come impostato dagli autori, mette a fuoco la questione della *deterrenza*, non tanto nella prospettiva degli effetti sulle condotte illecite, quanto piuttosto in quella della pressione che può essere collateralmente esercitata sulle attività lecite.

Del resto, per definizione la legge penale esplica i propri effetti sull’intera categoria dei potenziali offensori, non appuntandosi sulla specifica posizione del reo, ma facendo leva sull’azione di tutti coloro che sono astrattamente sottoposti all’eventualità di rispondere delle proprie condotte.

Considerazioni che valgono a maggior ragione se si valutano i contorni entro cui la responsabilità penale e l’attività amministrativa possono venire a contatto. Le forme di controllo penale sulla legalità amministrativa (in senso lato) si attestano su due direttrici: la valutazione della rilevanza penale delle condotte degli agenti delle pubbliche amministrazioni; la verifica dell’attività dei privati in relazione a provvedimenti amministrativi restrittivi o ampliativi della sfera giuridica.

Comune a queste due linee, per i fini che qui interessano, è il fatto che l’intervento dell’arma penale – per come si è concretizzato – non sia sempre stato armonico rispetto all’andamento dell’attività dell’apparato amministrativo, non si sia cioè limitato a rafforzarla, ma anzi spesso si sia posto in contrasto con valutazioni già compiute in tale ambito.

Il problema si è palesata in modo particolarmente vistoso nei casi in cui l’attività dei privati è stata prima esplicitamente autorizzata dalla Pubblica Amministrazione, poi valutata come penalmente rimproverabile da parte della magistratura penale. Il tema della *responsabilità per attività autorizzata*

---

<sup>12</sup> Cons. Stato, *Relazione di Inaugurazione dell’anno giudiziario 2017*, Pres. A. PAJNO, Roma, 28 gennaio 2017.

<sup>13</sup> S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 2019, 1, p. 1 e ss. .

<sup>14</sup> Il riferimento va ai preziosi contributi di B. E. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 2019, 1, p. 77 e ss.; ivi, G. D. COMPORTI, E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, p. 129 e ss.

è particolarmente evidente in settori sensibili quali quello dell'ambiente e del territorio, l'urbanistica e l'edilizia<sup>15</sup>, la sicurezza pubblica<sup>16</sup> e, più di recente, il tema delle concessioni demaniali<sup>17</sup>.

Si può affermare che la giurisprudenza, particolarmente sensibile a queste tematiche, abbia tal volta forzato lo spettro del proprio sindacato, ampliandolo a un'indagine sulla legittimità degli atti amministrativi che, a rigore, spetterebbe al giudice amministrativo. Ciò al fine di perseguire presunti fenomeni di *mala gestio* amministrativa – non abbastanza palesi da sorreggere contestazioni riconducibili alla prima categoria di delitti – e per punire condotte dei privati che, per quanto teoricamente avulse dal perimetro del penalmente rilevante, sono state considerate lesive di *beni giuridici costituzionalmente protetti*.

Anche in questi casi, sebbene l'attività dei pubblici agenti venga messa in discussione solo incidentalmente, altrettanto evidente è che le sole affermazioni tratte e contenute nei provvedimenti del giudice penale possano costituire motivo di apprensione per i soggetti pubblici coinvolti e, conseguentemente, trasformarsi in uno strumento di pressione, con effetti conformativi.

3. Il problema è noto fra i ranghi della stessa magistratura, motivo per cui la Corte di Cassazione ha cercato di porre dei paletti per evitare che gli sconfinamenti della giurisdizione si trasformassero in vera e propria ingerenza nell'attività amministrativa<sup>18</sup>, ma anche e soprattutto al legislatore, che ha coscienza della necessità di mantenere intatta la sfera di signoria dell'Amministrazione, ma dall'altro deve predisporre un sistema di controllo esterno che preservi legalità, imparzialità e buon andamento.

Per queste ragioni negli ultimi anni il processo riformatore dello *statuto penale della pubblica amministrazione* è stato costante, sebbene la dottrina continui a evidenziare lo scarso successo delle riforme varate, di cui lamenta soprattutto il mancato potenziamento degli strumenti preventivi di carattere amministrativo, il mancato riordino normativo e la scarsa valorizzazione delle competenze dell'Amministrazione, aspetti subissati invece da una “*ipervalutazione delle possibilità del diritto penale*”<sup>19</sup>.

Dopo la ratifica della Convenzione di Mérida nel 2009, l'emanazione della legge Severino nel 2012 e della legge Grasso nel 2015, anche quest'ultima legislatura ha voluto mettere il proprio sigillo sull'ennesimo tentativo di riforma, con la cosiddetta “*legge spazzacorrotti*” (l. 9 gennaio 2019, n. 3).

---

<sup>15</sup> A cui si è ampiamente riferito il contributo di G. D. COMPORI, E. MORLINO, *La difficile convivenza*, cit.

<sup>16</sup> Si consideri, a titolo meramente esemplificativo, la recente sentenza della Suprema Corte, n. 17616/2019, che ha ribadito la rilevanza dell'illegittimità del foglio di via obbligatorio motivato con esclusivo riferimento all'attività di prostituzione, ai fini di una “doverosa (...) disapplicazione da parte del giudice penale chiamato a pronunciarsi sulla ricorrenza dell'ipotesi di reato di cui all'art. 2 co. 2 I.1423/56 (attuale art. 76 co.3 d.Lgs. n.159 del 2011)”.

<sup>17</sup> Al contrario, la sez. III, con sent. n. 21281/2018, ha ritenuto sussistente il reato di abusiva occupazione ex artt. 54 e 1161 del Codice della navigazione, confermando il sequestro di un'area il cui utilizzo era garantito da concessione demaniale prorogata *ex lege* fino al 2020, in virtù del D.L. 194/2009, ma disapplicata per contrarietà al diritto europeo.

<sup>18</sup> In particolare, con due pronunce a Sezioni Unite, sent. 17 febbraio 1987, n. 3, Giordano; sent. 12 novembre 1993, n. 11635, Borgia.

<sup>19</sup> L'espressione è di F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione, trattato di diritto penale, parte speciale*, II, Napoli, 2011, p. I e ss.

L'ultimo intervento di *restyling*, invero, è stato varato mettendo in risalto supposti tratti di *discontinuità* della riforma rispetto alle precedenti<sup>20</sup>, proposito rispetto al quale si deve tuttavia segnalare una certa intermittenza, giacché anche questa volta si è proceduto a un ritocco *in peius* delle cornici edittali, con l'aggravio delle pene principali e accessorie.

A questo si aggiungano l'introduzione del cosiddetto "*DASPO per i corrotti*" e l'interdizione dai pubblici uffici che diviene perpetua in caso di condanna superiore a due anni di reclusione, misure a cui fa eco la nuova disciplina della *riabilitazione*, che però non produce effetti sulle pene accessorie perpetue, a meno che il condannato abbia dato "prove effettive e costanti di buona condotta", decorsi almeno sette anni dalla riabilitazione.

È stata introdotta una nuova causa di non punibilità per chi collabora con la giustizia, confessando spontaneamente i propri addebiti prima di avere notizia delle indagini a proprio carico o, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del reato, ma, sul versante processuale si deve segnalare un allargamento dei casi d'applicazione della confisca senza condanna, l'aumento delle ipotesi di procedibilità d'ufficio e, soprattutto, un potenziamento delle indagini, con l'estensione della disciplina delle operazioni di polizia sotto copertura e la generalizzazione dello strumento delle intercettazioni anche mediante captatori informatici. Anche sul lato penitenziario vi è stato un irrigidimento, con la contrazione delle possibilità d'accedere ai benefici e alle misure alternative alla detenzione, ma il tema più controverso riguarda la riforma della prescrizione, la cui entrata in vigore è stata congelata fino a gennaio 2020, momento da cui sarà disposta la sospensione del corso della prescrizione dalla data di pronuncia della sentenza di primo grado (sia essa di condanna o di assoluzione) o dal decreto di condanna, fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio, ovvero alla data di irrevocabilità del decreto penale di condanna.

Insomma, valutando la *summa* degli interventi, emerge un timido tentativo di mutare visione, mentre sullo sfondo rimane una scelta di politica criminale precisa, ossia assimilare i reati contro l'amministrazione ai delitti di matrice mafiosa o terroristica, quantomeno con riferimento alle novità in campo di accertamento del reato, trattamento sanzionatorio accessorio, possibilità di accesso a benefici premiali o a misure alternative alla detenzione, nonché alla dilatazione dei regimi prescrittivi.

L'arco temporale che va dalla apertura delle indagini al giudicato – al netto delle novità in materia di prescrizione, forse in vigore in futuro – può considerarsi un rischio autonomo, una volta valutata la possibilità di rinvii a giudizio che potrebbero arrivare anche a distanza di parecchi anni.

Vi è invece ancora una certa riluttanza ad affrontare altri nodi cruciali sul piano *extra*-penale, snellimento burocratico, semplificazione, trasparenza, punti che, secondo una diagnosi largamente condivisa<sup>21</sup>, rappresentano le vere aree critiche, ove corruzione e abusi proliferano, soffocando l'attività degli integri. Il quadro è solo aggravato dal *gap* che persiste tra politiche di gratifica-

---

<sup>20</sup> È la stessa relazione illustrativa alla Camera dei Deputati che ha messo in evidenza l'abbandono della linea della pura penalizzazione, a favore invece di un approccio integrato, che, si vuol ribadire, riguarda unicamente gli aspetti processuali e penitenziari.

<sup>21</sup> Cfr. A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. Pen.*, 2018, 3, p. 1 e ss.; R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giur. pen.*, 2018, p. 10 e ss.

incentivo e quelle di repressione, problema che riguarda anzitutto il ciclo della valutazione delle *performance*.

Diventa fatalmente comprensibile che un amministratore incaricato di compiere scelte obiettivamente difficili sia portato a preoccuparsi più del pericolo di incorrere in errori passibili di sanzione, che della possibilità di procurare, a proprio rischio, vantaggi diffusi che potrebbero perfino risultare impercettibili agli occhi di inquirenti e giudicanti. Del resto, non tutti gli interessi bisognosi di ponderazione nell'ambito della scelta pubblica presentano lo stesso livello di visibilità, e la precarizzazione del complesso della normativa cui fare riferimento, aumenta sensibilmente la percentuale di rischio.

Viceversa, concedendosi meno spazio per l'iniziativa, cercando rassicurazioni nel formalismo, nella ripetizione delle prassi, nell'ancoraggio ai precedenti giurisprudenziali, per quanto possano compromettere l'efficienza e l'efficacia dell'intervento, la responsabilità viene diluita nell'apparato o addirittura al suo esterno, sfuggendo così alla personalità della responsabilità penale.

Tutto va ovviamente a discapito della qualità del risultato complessivo, della spendita di quella razionalità che dovrebbe invece legittimare il soggetto Pubblica Amministrazione e consentirne il progresso nell'ottica del *learning by doing*. Ci si potrebbe poi chiedere quanto possa considerarsi *imparziale* un soggetto che antepone, nel bilancio costi-benefici, la percentuale di rischio che gli fa capo.

Merton parlava di "*incapacità addestrata*"<sup>22</sup> per indicare la conseguenza delle azioni basate su un addestramento troppo rigido, mutuato da procedure o decisioni precedenti che in passato avevano dato risultati positivi, da cui deriverebbe mancanza di duttilità nell'applicazione concreta e, quindi, un inefficiente perseguimento degli scopi, ma quasi certamente non aveva immaginato che l'ammaestramento sarebbe potuto provenire dal potere giudiziario.

4. In un ordinamento fondato sulla separazione dei poteri, il rapporto fra controllo penale e attività amministrativa dovrebbe essere bilanciato dal fatto che l'azione penale è indirizzata unicamente a garantire il rispetto di un ristrettissimo ambito della legalità, che non coincide con la *legalità amministrativa*.

La questione, però, diventa stabilire quale sia l'intersezione, ossia da che punto l'illegittimità amministrativa assuma rilevanza penale e, soprattutto, quale sia l'ambito delle scelte riservate alla Pubblica Amministrazione che, come tali, non possano essere messe in discussione in sede penale.

Si torna così inevitabilmente al tema della *discrezionalità* e del *merito amministrativo*.

Quest'ultimo, come noto, nell'ambito della giurisdizione amministrativa individua il limite positivo entro cui (generalmente) il sapere della Pubblica Amministrazione non può essere sostituito dalle valutazioni del giudice, mentre, in negativo, definisce il livello di autoresponsabilizzazione dell'ordinamento, individuando l'area entro cui l'operato dei suoi agenti può essere sindacato da un controllore terzo e imparziale.

---

<sup>22</sup> R. K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, Glengoe, 1949, tr. It. *Teoria e struttura sociale*, Bologna, 1966, p. 320.

Se il controllo formale di legittimità sfuma, venendo in rilievo un tipo di accertamento che mira alla ricostruzione di una verità processuale che si ricollega al fatto storico, prima ancora che alla dimensione in diritto, laddove l'interesse privato vede diminuita la propria statura di posizione meritevole di tutela nel bilanciamento della scelta amministrativa, rilevando semmai come spia della collusione, come movente del comportamento criminale, il discorso scivola verso un'altra questione.

La discrezionalità amministrativa rappresenta un limite posto alla cognizione del giudice penale, oppure costituisce una sfera che deve essere il più possibile circoscritta, alla ricerca di quelli che sono le distorsioni e gli abusi del sistema? Bisogna cioè stabilire se la discrezionalità debba considerarsi un limite posto al sindacato del giudice penale, ovvero la soglia che delimita il potere di scelta dell'Amministrazione.

Ciò nella misura in cui, astrattamente, anche ammettere la possibilità di un sindacato onnipervasivo sull'attività amministrativa in sede penale potrebbe costituire un'opzione che esaurisce il tema, pur trattandosi evidentemente di un'impostazione che finirebbe per svuotare di senso l'essenza stessa del potere amministrativo, il suo essere espressione di discrezionalità, cioè potere di scelta.

La Pubblica Amministrazione si trasformerebbe da interprete della complessità sociale a interprete della vaghezza normativa e, si aggiunga, degli orientamenti che la giurisprudenza assume. Una deriva rischiosa, che può mettere in discussione la ricostruzione teorica che la dottrina amministrativista ha dato della discrezionalità amministrativa, come attività che non può dirsi coincidente con l'interpretazione della norma giuridica, dovendosi ritenere come qualcosa di diverso sia dall'opera di sussunzione della fattispecie concreta sotto fattispecie astratta, sia dall'attività intellettuale di completamento di norme incomplete e imprecise<sup>23</sup>, proprie invece dell'ermeneutica giudiziale.

La valutazione del giudicante non può sovrapporsi a quella dell'amministrazione perché soffre la genetica mancanza dell'immanenza, cui si accompagna la fase volitiva e creativa dell'agente pubblico: potrà demolire il giudizio di quest'ultima, dichiarandolo non conforme al raggiungimento degli scopi che egli ritiene di intravedere nella legge, ma non potrà fare altro che limitarsi a valutare la situazione prefigurata in un determinato modo e in un determinato momento dall'Amministrazione.

Anche l'attività dell'amministrazione presuppone un giudizio, che è quello che consente il bilanciamento fra i valori e gli interessi in campo, così come una interpretazione della normativa rilevante, ma a questi si affianca un *quid pluris*, ossia il fatto che il giudizio dell'amministrazione è (o dovrebbe essere) teleologico, orientato cioè a prefigurare una sintesi di interessi che persegue una certa finalità.

Il giudice è chiamato a valutare un fatto che è stato, ma che non è più; quindi, dovendo egli necessariamente ricostruire, far cioè rivivere una vicenda della vita attraverso la rappresentazione che ne fanno dei soggetti terzi, deve ricorrere a un percorso inferenziale, che non dovrebbe aver altro fine se non quello di definire la regola di giustizia del caso concreto: colpevole, sì o no.

La decisione del magistrato sarà idonea a incidere sulle decisioni future dell'amministrazione, come si è già detto, ma l'attività discrezionale rimarrà sindacabile sempre e solo tramite un controllo

---

<sup>23</sup> Cfr. in particolare R. VILLATA- M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 61 e ss.

esterno, che potrà ritenersi accettabile o meno a livello teorico, più o meno esteso o estensibile in ragione dei criteri che si vorranno adottare, ma non potrà comunque innovare l'ambito delle valutazioni svolte in origine su un rapporto ormai definito, né potrà perseguire una finalità diversa da quella special-punitiva e general-deterrente.

5. Tornando alla domanda “*quali saperi servono alla Pubblica Amministrazione?*”, si è cercato di evidenziare come la paralisi decisionale, l'eccesso di formalismo e la mancata semplificazione che dominano l'universo dell'Amministrazione non siano patologie frutto di fattori soltanto endogeni, legati all'incapacità di stare al passo coi tempi o a *deficit* formativi o culturali.

La sopravvalutazione della valenza riprovevole dello scostamento dalla norma o dalle prassi, che possono dare luogo a responsabilità e, conseguentemente, a sanzione, non sono però nemmeno imputabili unicamente all'atteggiamento della magistratura penale, per quanto la stessa negli ultimi anni si sia forse sovraesposta, nell'ormai nota *supplenza*.

Ci sono le colpe della politica, che, da una parte, ha delegato un numero amplissimo di funzioni e scelte all'Amministrazione, ingabbiandole in un ginepraio normativo, senza curarsi di dotarla di strumenti e incentivi adeguati rispetto all'altezza dei compiti a cui è chiamata, intervenendo invece pesantemente con la disciplina della responsabilità, amministrativa, contabile, di risultato e, infine, penale.

Su questo fronte, la “*spazzacorrotti*” costituisce soltanto l'ultimo esempio di una risposta di forza data a un problema che andrebbe affrontato alle radici. Ancora una volta, il fatto che la potestà punitiva sia concentrata su una soggettività astratta di destinatari – i *corrotti* – dà l'idea che lo scopo sia quello di trovare un capro espiatorio, da dare in pasto ad appetiti giustizialisti che si sono prima alimentati.

È così che la Pubblica Amministrazione non riesce a rinnovarsi, rimettendo in gioco sé stessa e quello che è il proprio sapere, il proprio portato culturale ed esperienziale, o quantomeno è così che si fornisce un alibi al suo immobilismo. Sulla carta dovrebbe essere un'amministrazione di *baroni*, dotata di autonomia e capacità decisionale, di fatto si è trasformata in un'amministrazione di *servi* che, di fronte alla debolezza del legislatore e del circuito politico-rappresentativo hanno trovato nella magistratura – amministrativa, contabile e penale – un nuovo *principe*.

Pare di poter affermare che il rinnovamento dell'apparato amministrativo debba passare da una rivoluzione del complesso dei meccanismi di controllo che lo circondano, con la valorizzazione di certi paradigmi della responsabilità degli agenti pubblici, ma soprattutto lasciando il posto a forme di controllo e valutazione che sappiano valorizzare e incentivare l'intelligenza e la libertà, affinché l'Amministrazione torni a essere un buon conduttore di decisionalità.

Una recente opera collettanea curata da studiosi del diritto penale titola: “*Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*”<sup>24</sup>.

Si tratta tutt'altro che di una provocazione, perché il principe può governare con forza e brutalità i suoi schiavi, esponendosi però al rischio di essere soppiantato da un altro despota, ovvero,

---

<sup>24</sup> Atti del Convegno dell'Università degli studi di Salerno, 6-7 ottobre 2017, a cura di A. R. CASTALDO, Torino, 2018.

seguendo il consiglio del Machiavelli, può assicurarsi la fedeltà di ciascun ministro *“onorandolo, facendolo ricco, obbligandoselo, partecipandogli gli onori e carichi, acciocchè li assai onori, le assai ricchezze concessegli siano causa che egli non desideri altri onori, e ricchezze; e gli assai carichi gli facciano temere le mutazioni, cognoscendo non poter reggersi senza lui. Quando adunque i Principi e li ministri sono così fatti, possono confidare l'uno dell'altro; quando altrimenti, il fine sarà sempre dannoso o per l'uno, o per l'altro”*.