

ANTONIO BARONE

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania  
antonio.barone@unict.it

## **SUL “PUPULISMO AMMINISTRATIVO” ON “ADMINISTRATIVE PUPULISM”**

SINTESI

L'analisi del saggio di Maria Cristina Cavallaro consente di sviluppare alcune considerazioni critiche su una tematica solo apparentemente autonoma, che concerne il rapporto tra “populismo penale” e attività amministrativa. Tale rapporto documenta l'emergere sempre più evidente di un “populismo amministrativo” le cui caratteristiche si ricollegano proprio alla lucida riflessione sul diritto amministrativo “del nemico”, che assume anche per tale profilo una valenza generale.

ABSTRACT

The analysis of Maria Cristina Cavallaro's essay makes it possible to develop some critical considerations on an only apparently autonomous topic, which concerns the relationship between 'penal populism' and administrative activity. This relationship documents the increasingly evident emergence of an 'administrative populism' whose characteristics are linked precisely to the lucid reflection on the administrative law 'of the enemy', which also takes on a general significance in this respect.

PAROLE CHIAVE: Diritto, nemico, immigrazione, sicurezza pubblica, emergenza  
KEYWORDS: Law, enemy, immigration, public safety, emergency

Il saggio di Maria Cristina Cavallaro sollecita diversi spunti di riflessione ed approfondimento. In particolare, la lettura di questo interessante contributo mi consente di sviluppare alcune considerazioni critiche su una tematica solo apparentemente autonoma, che concerne il rapporto tra “populismo penale” e

attività amministrativa<sup>1</sup>. Tale rapporto documenta l'emergere sempre più evidente di un "populismo amministrativo" le cui caratteristiche si ricollegano proprio alla riflessione di Maria Cristina Cavallaro sul diritto amministrativo "del nemico", che assume anche per tale profilo una valenza generale.

La dottrina penalistica ha lucidamente evidenziato il trend del c.d. "populismo penale", inteso come politica che punta ad assecondare ed alimentare le paure collettive quali fonte di consenso in favore di misure penali di particolare rigore in materia di sicurezza<sup>2</sup>, specie in contesti emergenziali (invero, ormai sempre più ordinari)<sup>3</sup>.

Come è stato notato, tuttavia, nel caso della recente riforma del reato di abuso d'ufficio il legislatore "populista" non ha mostrato il volto "feroce" della legge c.d. spazzacorrotti ma, invece, ha assunto le più miti sembianze del D.L. semplificazioni. E così, in questa occasione, il contrasto ai fenomeni corruttivi ed alle inefficienze nella PA non è passato attraverso l'inasprimento delle pene previste per i reati contro la PA ma si è sviluppato attraverso la cura dell'insicurezza dei pubblici uffici, della c.d. "paura della firma"<sup>4</sup>.

Il c.d. "populismo penale" mostra in tal guisa un volto inconsueto, che si salda in modo (apparentemente) originale al tema della semplificazione amministrativa<sup>5</sup>. Questa saldatura, invero, conferma l'esistenza di un legame poco vi-

---

1 Ho avuto occasione di presentare queste prime riflessioni in occasione del recente convegno organizzato dall'Università di Bari sul tema Abuso d'ufficio e diritto alla buona amministrazione, Bari, 31 gennaio 2023.

2 Cfr. N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. Pen e Proc.*, n. 1/2021, p. 9 ss.

3 Sul punto si rinvia a L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021.

4 Sulla riforma della disciplina del reato di abuso d'ufficio, per la dottrina amministrativistica cfr. S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2020.

5 Inoltre, la saldatura tra "populismo penale" e semplificazione amministrativa non resta priva di contraddizioni. Il riferimento principale va alle sempre più rilevanti deroghe emergenziali al Codice degli appalti, destinate alla definitiva stabilizzazione nel nuovo Codice, volte a favorire la ripresa dell'economia nazionale attraverso (tra l'altro) la possibilità di affidamenti diretti di lavori fino a 150.000 euro. Nel recente Piano Nazionale Anticorruzione 2023, l'ANAC ha puntato l'attenzione proprio su queste deroghe emergenziali, che diventano oggetto di apposite misure di prevenzione della corruzione (Autorità Nazionale Anticorruzione, *Piano Nazionale Anti-*

sibile, quasi carsico, tra “populismo penale” e attività amministrativa, un legame che incide direttamente sulla buona amministrazione.

Già nel 2018 Sabino Cassese evidenziava l'effetto di “spiazzamento” sul fronte amministrativo dell'azione di alcune procure della repubblica, che grazie al circuito intercettazioni – misure cautelari – diffusione mediatica, riuscivano ad incidere concretamente sulle scelte amministrative: “i decisori di ultima istanza nelle sedi più importanti riguardanti problemi sociali, ambientali, di sviluppo urbanistico diventano le procure, in luogo degli organi rappresentativi e degli uffici burocratici”<sup>6</sup>.

Il tema non è certamente nuovo ed è sufficiente richiamare, al riguardo, il fecondo dibattito dottrinario sui presupposti giuridici dell'emanazione delle interdittive antimafia<sup>7</sup>. Il fenomeno in esame, tuttavia, non è circoscrivibile al solo tema delle misure straordinarie di contrasto al fenomeno mafioso, ma, al contrario, assume dimensioni più ampie.

Basti pensare, ad esempio, alla concreta applicazione dell'art. 80, 5° comma, lett. C), del decreto legislativo n. 50/2016, che rimette alla valutazione discrezionale di ciascuna stazione appaltante, caso per caso, la possibilità di esclusione dell'operatore economico dalla gara pubblica “per gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”<sup>8</sup>. Tale valutazione discrezionale, tuttavia, non può essere fondata esclusivamente sul rinvio a giudi-

---

*corruzione 2022*, approvato con delibera n. 7 del 17 gennaio 2023, p. 76-92 del documento, [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)). Emergono così le contraddizioni del populismo: da un lato semplificazione degli affidamenti di contratti pubblici e dall'altro (necessario) appesantimento delle misure organizzative di prevenzione della corruzione.

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

7 Su questi aspetti, nell'ambito di una vasta letteratura, cfr. F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta anticipata alla criminalità organizzata*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

8 In argomento, di recente, cfr. D. CAPOTORTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in “corto circuito” tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 568 ss.; v. altresì G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. Amm.*, 2022, p. 779 ss.

zio dell'operatore economico<sup>9</sup>, che, come noto, salvo casi eccezionali, prima della riforma Cartabia diventava un passaggio quasi obbligato per il GUP<sup>10</sup>. Parimenti, non appaiono legittime le scelte discrezionali di tipo espulsivo adottate dalle stazioni appaltanti sulla base della sola esistenza di indagini penali in corso, senza un'adeguata e necessaria valutazione del caso concreto attraverso un adeguato apparato motivazionale a supporto della medesima scelta espulsiva<sup>11</sup>. Ciò si badi, a fronte della chiara previsione dell'art. 80, 1° comma, del D.Lgs. n. 50/2016, in ordine alla automatica esclusione dalla gara degli operatori economici attinti da sentenza penale definitiva di condanna per alcune tipologie di reati.

Sempre in via esemplificativa può pensarsi ai protocolli di legalità che vengono sottoscritti (tra l'altro) nell'ambito della realizzazione delle infrastrutture strategiche per il Paese, che in taluni casi prevedono la risoluzione automatica del contratto pubblico nel caso di rinvio a giudizio del soggetto apicale e/o dei soggetti dotati di poteri direzionali/operativi nell'impresa appaltatrice. In questo caso, la giurisprudenza amministrativa ha posto un argine al tentativo di estendere l'efficacia risolutiva automatica del rinvio a giudizio alla fase di parte-

---

9 Secondo Consiglio di Stato, sez. III, 11/8/2021, n. 5852, «*Il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari della adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società concorrente ad una gara, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano la aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa adeguata motivazione ne abbia vagliato l'incidenza negativa sulla moralità professionale*».

10 Sul punto, *ex multis*, cfr. G. BATTARINO, E. MACCORA, *Il giudice dell'udienza preliminare nella riforma*, <http://www.questionegiustizia.it>.

11 Secondo T.A.R. Firenze, sez. III, 28/09/2020, n.1117: «*La pendenza di indagini penali a carico dei direttori tecnici della ditta offerente, in ordine al reato di concorso in turbativa d'asta finalizzato alla "spartizione" dei lotti di una commessa pubblica, costituisce un potenziale elemento di rottura del rapporto fiduciario tra operatore economico e amministrazione aggiudicatrice, come tale esso forma oggetto di un corrispondente obbligo dichiarativo ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016; tale norma contiene un'elencazione meramente esemplificativa, talché il compimento di gravi illeciti professionali può essere desunto da qualsiasi vicenda pregressa nella quale il concorrente sia stato coinvolto, secondo l'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, sempre che si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità e affidabilità dell'operatore economico rispetto ai quali sia configurabile un obbligo dichiarativo*».

cipazione alla gara, negando l'operatività dell'automatismo espulsivo durante lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica<sup>12</sup>.

La stessa possibilità di commissariamento delle imprese aggiudicatrici sulla base del circuito decisionale ANAC-Prefetto, anche in relazione ad un singolo appalto, nel caso di procedimenti penali in corso o comunque di “fatti gravi accertati” al di fuori delle garanzie del processo penale, costituisce conferma della copertura legislativa di scelte amministrative fondate sul dato penale comunque provvisorio (art. 32 del decreto legge n. 90/2014).

In buona sostanza, ben prima dell'accertamento rigoroso delle responsabilità penali il legislatore tende a legittimare, più o meno consapevolmente, scelte amministrative non di rado arbitrarie in quanto non sorrette da un necessario e rigoroso apparato motivazionale, idonee a determinare la prematura scomparsa dal mercato di alcuni operatori economici.

Più in generale, dagli esempi proposti emerge l'esistenza di un “populismo amministrativo”, che si affianca al c.d. “populismo penale” e che va inteso come tendenza ad adottare, o comunque ad assecondare e legittimare, scelte amministrative fondate su responsabilità penali del tutto incerte (indagini penali in corso o di procedimenti penali ancora in fase di svolgimento), talora anche oggetto di clamore mediatico.

Questo “populismo amministrativo” è una possibile declinazione del diritto amministrativo “del nemico” magistralmente delineato da Maria Cristina Cavallaro, sulla scia del lavoro di Gunther Jacobs sul “diritto penale del nemico”<sup>13</sup>.

Nella prospettiva qui delineata, il nemico non è il soggetto condannato in via definitiva per crimini particolari ed esecrabili, la “non persona”<sup>14</sup>, ma è in-

---

12 TAR Catania, sez. II, n. 1751/2022.

13 G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it. D. Valitutti, Napoli, 2019.

14 Come evidenzia M.C. CAVALLARO, riprendendo l'opera di Jacobs, la figura del nemico «*si incarna in quell'individuo che si è allontanato dal diritto, “probabilmente in modo permanente, o comunque perlomeno con una certa serietà di intenzione”*: gli esempi proposti riguardano il soggetto che abbia commesso crimini particolari ed esecrabili, come i reati di terrorismo internazionale, o che sia incorso in recidiva. E poiché, per

vece l'operatore economico coinvolto in indagini o rinviato a giudizio, espulso dal mercato delle commesse pubbliche senza il necessario accertamento delle responsabilità penali. Nella prospettiva del "populismo amministrativo" il nemico può davvero diventare chiunque, in evidente violazione dei più elementari principi dello Stato di diritto e con gravi ricadute anche sul fronte della libertà di concorrenza<sup>15</sup>.

Maria Cristina Cavallaro esprime una posizione fortemente critica di fronte alla possibilità di «ipotizzare che la logica binaria, che caratterizza la teoria del diritto penale del nemico, si insinui tra le maglie dell'ordinamento e crei le condizioni per l'esercizio di un potere pubblico che ne esprima la portata simbolica e discriminatoria».

Solo un impegno corale della dottrina e della giurisprudenza può contribuire a fermare i rischi connessi all'espandersi delle logiche del "populismo amministrativo" e, quindi, del diritto amministrativo "del nemico". Il saggio di Maria Cristina Cavallaro aiuta tutti ad avviare il percorso di impegno scientifico, professionale e civile in questa direzione, nella consapevolezza della necessità di difendere i tratti fondanti del rapporto tra cittadino e amministrazione nello Stato democratico<sup>16</sup>.

---

*Jakobs, la nozione di 'nemico' è antitetica rispetto alla 'persona in Diritto', id est al 'cittadino', lo stesso 'nemico' può subire un trattamento differenziato, soprattutto, con riferimento alla pena detentiva e all'istituto della custodia cautelare».*

15 Evidenzia al riguardo l'Autrice: «Detto diversamente, il pericolo evidente di un "diritto amministrativo del nemico" è proprio questo: che le istanze securitarie che si agitano intorno alle esigenze di garanzia della sicurezza pubblica possano spingere il legislatore, e quindi anche l'amministrazione, verso una diversa considerazione degli strumenti di cura dell'interesse pubblico da apprestare in ragione dei soggetti coinvolti, 'cittadini' o 'stranieri', 'amici' o 'nemici'. Nel senso che, il provvedimento può essere adottato, non perché maggiormente corrispondente all'interesse pubblico da realizzare e all'esito di una valutazione comparativa tra tutti gli interessi coinvolti; ma, al contrario, la misura può essere disposta nei confronti di un determinato soggetto, che abbia determinati requisiti (tra i quali, ad esempio, lo stato di ubriachezza), senza la necessità di una adeguata considerazione dell'interesse da realizzare e senza la necessità di un'adeguata valutazione in ordine alla proporzionalità tra il sacrificio imposto con la misura medesima (allontanamento e inibizione all'accesso in determinate aree) e il perseguimento dell'interesse pubblico (preservare il decoro urbano delle predette aree). Ciò vuol dire che, nella prospettiva considerata, il 'nemico' può divenire chiunque, purché diverso da sé, in un significato che si allontana dall'idea del 'nemico' di Jakobs e abbraccia la visione schmittiana della distinzione amico/nemico».

16 Sul punto restano insuperate le considerazioni di V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, ora in *Scritti Giuridici*, I., Milano, Giuffrè, 1992, p. 53-89.