

L'analisi

ABUSO DEL DIRITTO E DELLA FUNZIONE GIUDIZIARIA

Fausto Giunta

L'abuso del diritto consente di sanzionare comportamenti leciti nella forma, ma esercitati per una ragione diversa da quella per cui la posizione giuridica attiva è riconosciuta. Esistono diritti che, essendo previsti nella loro massima latitudine, non sono suscettibili di abuso. Si pensi alla libertà personale. Il cittadino non è chiamato a dare conto del come e del perché la impiega. In mancanza di un espresso divieto, il suo uso non potrà costituire un abuso. L'esercizio di altri diritti, invece, è vincolato negli scopi perseguiti. Il pedone può attraversare sulle strisce pedonali solo se vuole raggiungere il lato opposto della strada. Pertanto, è sindacabile l'attraversamento finalizzato a rallentare la circolazione stradale. L'accertamento dell'abuso implica una notevole discrezionalità giudiziale, tanto nel caso in cui l'abuso è previsto dalla legge (si pensi all'art. 833 c.c., che vieta gli atti emulativi compiuti al solo scopo di nuocere o recare molestia ad altri), quanto e soprattutto là dove esso opera come clausola generale volta a impedire l'esercizio egoistico dei diritti.

Segue a pag.3

Abuso del diritto e abuso della funzione giudiziaria

Fausto Giunta*

SEGUE DALLA PRIMA

Si spiega così perché nella materia penale non possa trovare accoglienza l'abuso del diritto come canone interpretativo. Il suo impiego in malam partem inciderebbe negativamente sul pilastro garantistico della legalità.

Bisogna chiedersi se la stessa conclusione valga per la previsione di fattispecie incriminatrici, autonome o circostanziali, incentrate su una particolare e più grave forma di abuso, qual è l'esercizio arbitrario di poteri sia pubblici che privati. La domanda non è puramente accademica. Infatti, della più risalente di tali ipotesi, quella dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), si auspica oggi la depenalizzazione in nome della sua ritenuta indeterminata, sebbene il termine "abuso" compaia solo nella rubrica dell'articolo e la condotta sia stata vincolata dalla recente riforma del 2020 alla violazione di parametri legislativi non discrezionali.

La storia della fattispecie incriminatrice, lunga e travagliata, non può essere qui ricapitolata. Va segnalata però la torsione che ha subito nel tempo. Nata per tutelare il cittadino dall'abuso del potere pubblico, questa figura di reato ha finito per funzionare come uno strumento per consentire alla magistratura di sindacare il merito dell'attività amministrativa.

Basti ricordare che quando fece la sua comparsa nel codice Zanardelli del 1889, la fattispecie in questione poggiava su un duplice requisito. Si trattava, infatti, di un reato esclusivo del pubblico ufficiale, consistente nella realizzazione di un qualsiasi atto arbitrario contro gli altrui diritti. L'e-

vidente vocazione liberale, consistente nella tutela del privato contro le prevaricazioni provenienti dai pubblici poteri, bilanciava la flessione di precisione descrittiva della condotta tipica. Alle condizioni anzidette l'atto del pubblico ufficiale poteva assumere rilevanza penale anche se non previsto come reato da una specifica disposizione di legge. Il fuoco del disvalore consisteva, per l'appunto, nella prevaricazione, quale degenerazione multiforme del potere dello Stato.

Lo stesso non si può dire con riguardo all'odierna formulazione dell'art. 323 c.p. La norma eleva a soggetti attivi del reato tanto i pubblici ufficiali quanto gli incaricati di pubblico servizio, questi ultimi privi di poteri autoritativi. Quanto alla condotta realizzata in violazione di legge, essa deve procurare con dolo intenzionale un ingiusto vantaggio patrimoniale. L'art. 323 c.p. punisce anche il soggetto pubblico che, sempre intenzionalmente, arreca ad altri, quindi al privato cittadino, un danno ingiusto. Si tratta, però, di un'ipotesi divenuta quasi ornamentale, come dimostra la sua scarsa applicazione giurisprudenziale. La fattispecie guarda essenzialmente alle deviazioni della pubblica funzione dai parametri di esercizio tipizzati dalla legge, in modo da consentire alla magistratura quel controllo di legalità sull'attività amministrativa, i cui eccessi preoccupano da tempo il potere politico.

Senonché questi timori non avrebbero ragion d'essere se si prendesse sul serio il testo dell'art. 323 c.p., che ha inteso sbarare alla giurisprudenza quel sindacato sul merito amministrativo, praticato in passato in nome dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. Ma la giurisprudenza è come l'acqua, trova sempre una via per infiltrarsi nell'enunciato normativo al fine di modificarne la portata. Da qui il paventato abuso dell'abuso di ufficio.

Contenere l'impiego prevaricatorio del potere è un obiettivo forse troppo ambizioso quando ne è protagonista la magistratura. Non è un caso che la pur virtuosa formulazione del codice Zanardelli nell'elencare i soggetti attivi del reato lambiva il potere giudiziario, limitandosi a prevedere i giurati, gli arbitri, i periti e finanche gli uscieri addetti all'ordine giudiziario, senza andare oltre. Anziché depenalizzare l'abuso di ufficio, bisognerebbe completarlo in modo da recuperarne la vocazione originaria: la tutela del cittadino da ogni forma di prevaricazione del potere, compreso quello

giudiziario. Del resto è quanto accade già all'estero, per esempio nel codice penale spagnolo che conosce il delitto di prevaricación judicial. Bisogna essere consapevoli, però, che l'incriminazione dell'abuso di potere richiede condizioni del tutto particolari per la sua effettività. La parola della legge può essere ferro o piuma. Il diritto è forte, ma il fatto, espressione del potere, lo è di più, specie quando difetta un'autentica cultura dei limiti.

*Professore ordinario di diritto penale

