

La Cassazione e il “nuovo” abuso d’ufficio, ovvero del “senso imperfetto” della discrezionalità tecnica dell’amministrazione e dei c.d. autolimiti

Autore: Gabriele Serra - Magistrato presso il T.A.R. Calabria

Data: 06/04/2021

Cass., Sez. IV, 28 gennaio 2021 (dep. 1 marzo 2021), n. 8057

Cass., Sez. IV, 28 gennaio 2021 (dep. 1 marzo 2021), n. 8057, Pres. Bricchetti, Rel. Aprile, Ric. A.F.

Sommario [Cass., Sez. VI, 28.01.2021 n. 8057](#) o: **1.** Premessa. – **2.** Il caso. – **3.** Discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e accertamento tecnico in relazione al “nuovo” art. 323 c.p. – **4.** (*segue*) La natura del potere di determinazione del valore di stima dell’appalto. – **5.** La teoria dei c.d. autolimiti e la sua distorsione – **6.** Osservazioni conclusive sul *restraint* interpretativo della nozione di discrezionalità penalmente irrilevante.

Abstract:

Lo scritto analizza criticamente una recente pronuncia della Corte di Cassazione in tema di abuso d’ufficio, nella versione dell’art. 323 c.p. come modificata dal dal decreto legge n. 76/2020, conv. in L. n. 120/2020, in particolare nella parte in cui esclude dall’area del penalmente rilevante le violazioni, da parte del pubblico funzionario, di regole discrezionali. Muovendo proprio dai concetti fondamentali del diritto amministrativo, l’A. cerca di mostrare l’erronea ricostruzione che la Suprema Corte opera degli istituti della discrezionalità tecnica, nonché della teoria dei c.d. autolimiti al potere discrezionale, provando a fornire spunti ai fini di una corretta interpretazione della fattispecie incriminatrice.

The paper critically analyzes a recent ruling of the Court of Cassation on the crime provided by art. 323 c.p. as modified by Decree Law No. 76/2020, converted into Law No. 120/2020, in

particular in the part where it excludes from the area of criminally relevant violations, by the public official, of discretionary rules. Moving from the fundamental concepts of administrative law, the author seeks to show the erroneous reconstruction that the Supreme Court makes of the institutions of technical discretion, as well as the theory of the so-called self-limits to discretionary power, trying to provide ideas for the purposes of a correct interpretation of the criminal case.

1. Premessa.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione torna ad occuparsi del “nuovo” reato di abuso d’ufficio ex art. 323 c.p., per come riscritto dal decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, c.d. semplificazioni, conv. in L. 11 settembre 2020, n. 120.

Come noto, e come ricorda la stessa decisione in esame, la norma incriminatrice risulta novellata sotto tre distinti profili: il delitto è ora configurabile solamente nei casi in cui la violazione da parte dell’agente pubblico abbia avuto ad oggetto “specifiche regole di condotta” e non anche regole di carattere generale; solo se tali specifiche regole sono dettate “da norme di legge o da atti aventi forza di legge”, dunque non anche quelle fissate da meri regolamenti ovvero da altri atti normativi di fonte subprimaria; e, in ogni caso, a condizione che quelle regole siano formulate in termini da non lasciare alcun margine di discrezionalità all’agente^[1].

La Sez. VI, nel confermare gli assunti giurisprudenziali già emersi in merito, conferma, in primo luogo, che la modifica, in quanto idonea a restringere l’ambito oggettivo della rilevanza penale di alcune condotte, opera retroattivamente, potendosi verificare perciò una parziale *abolitio criminis*^[2].

Ciò posto, la decisione si concentra sull’esclusione dai casi di rilevanza penale delle condotte poste in essere nell’esercizio di un potere discrezionale e, nel caso di specie, discrezionale tecnico; su tale aspetto proveranno a concentrarsi brevemente le presenti note, attraverso l’utilizzo di concetti di matrice amministrativistica attraverso i quali si cercherà di mostrare i profili di criticità dell’impostazione che la Suprema Corte, nella sentenza in esame e non solo, sta assumendo rispetto al “nuovo” art. 323 c.p.

Condividendosi infatti quanto rilevato da accorta dottrina, «l’esistenza del funzionario è unitaria e disporre di un armamentario concettuale (non unico, ma quantomeno) coerente risponde quindi ad un’esigenza di “sostenibilità” della propria attività»^[3].

1. Il caso.

Il pubblico funzionario era stato condannato nei primi due gradi di giudizio assumendo come condotta penalmente rilevante la violazione dell'art. 125 del D. Lgs. aprile 2006, n. 163 (Codice dei Contratti), *ratione temporis* vigente, nella parte in cui prevedeva che le pubbliche amministrazioni potessero effettuare acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori mediante procedura di cottimo fiduciario per importi inferiori a 40.000 euro mediante affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, in combinato disposto con l'art. 29 del Codice dei Contratti, ove dispone che «il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti».

Segnatamente, la condotta contestata era consistita nell'aver indicato come valore dell'appalto – gestione del servizio di misura elettronica della velocità dei veicoli – la somma di euro 36.300, in quanto si era fatto riferimento solo all'importo fisso annuale di noleggio della apparecchiature, «senza tenere in alcun conto e neppure menzionare – sia nel contratto che nella successiva determina dirigenziale – gli ulteriori costi che sarebbero gravati sull'ente comunale per la gestione, da parte della società affidataria, del servizio di gestione dei verbali di accertamento, costi pari a 32,50 Euro oltre IVA per ciascuna violazione e verbale generato».

Su tali basi, nel verificare se tale fattispecie dovesse considerarsi oggetto della parziale *abolitio criminis* sopra richiamata per effetto della riforma del delitto di abuso d'ufficio, la Cassazione ne ritiene la perdurante rilevanza penale sulla base di due argomentazioni.

Afferma, in primo luogo, che le disposizioni sopra richiamate si ponevano in termini vincolanti per il pubblico funzionario nell'adozione del criterio di scelta per la modalità di affidamento dell'appalto, senza che residuasse in capo allo stesso alcun margine di discrezionalità, neppure tecnica, qualificando le citate norme come «vincolanti prescrizioni di legge, che si sarebbero dovute tradurre in una mera attività di accertamento tecnico cui avrebbe fatto seguito l'esercizio di un potere vincolato».

Ma, in ogni caso ed in secondo luogo, sostiene la Cassazione che, quand'anche si volesse ritenere che il potere descritto dalle norme citate fosse *ab origine* espressione di discrezionalità tecnica, la limitazione operata dalla novella non trovi applicazione in tutti i casi in cui si sia verificata una «preventiva totale rinuncia da parte del pubblico agente dell'esercizio di ogni potere discrezionale; ovvero laddove la violazione della regola di condotta dovesse intervenire in un momento del procedimento nel quale è possibile affermare che ogni determinazione dell'amministrazione è oramai espressione di un potere caratterizzato dall'essere in concreto privo di qualsivoglia margine di discrezionalità».

Richiamando in tal senso la sentenza Cons. Stato, n. 4089 del 17 giugno 2019 – che, come si vedrà, non è affatto pertinente – la sentenza in esame ritiene che l'esclusione di rilevanza penale si riferisca «non solamente ai casi in cui la violazione ha ad oggetto una specifica regola di condotta connessa all'esercizio di un potere già in origine previsto da una norma come del tutto vincolato», ma anche «anche ai casi riguardanti l'inosservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio».

Nel caso di specie, tali comportamenti che avrebbero comportato un esaurimento della discrezionalità vengono identificati nel fatto che nei due mesi di gestione del servizio, esso aveva generato un numero di verbali particolarmente ingente, i cui costi, come visto, non erano stati contemplati nella determinazione del valore dell'appalto; nel fatto che già tempo prima l'imputato aveva conosciuto i risultati di uno «studio sperimentale» da cui emergeva che il numero di verbali sarebbe stato elevatissimo; nonché nella circostanza che altre amministrazioni della zona avevano affidato il medesimo servizio mediante pubblicazione di un bando di gara ad evidenza pubblica.

Così ricostruite le *rationes decidendi* della decisione, si ritiene che entrambe non siano condivisibili, in ragione, in primo luogo, della erronea qualificazione del potere di determinazione del valore dell'appalto come potere vincolato e non come potere discrezionale tecnico; in secondo luogo, della impropria ricostruzione dei presupposti per poter affermare che un potere astrattamente discrezionale (o discrezionale tecnico) divenga vincolato in forza della teoria – di cui la Cassazione dimostra di voler fare applicazione, seppur completamente distorta – dei c.d. autolimiti.

1. Discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e accertamento tecnico in relazione al “nuovo” art. 323 c.p.

Provando a riassumere in pochissime battute nozioni che attraversano tutta la “vita” del diritto amministrativo, scusandosi perciò per l'approssimazione, è noto che la discrezionalità amministrativa contraddistingue quel tipo di attività nella quale all'amministrazione è lasciata dalla legge una facoltà di scelta in ordine a taluni aspetti inerenti al perseguimento del fine pubblico che la legge stessa pone a fondamento dell'attribuzione del potere di provvedere. In essa, come rilevato da autorevole dottrina, riveste un ruolo centrale la ponderazione e il bilanciamento di interessi che l'amministrazione deve compiere per determinare il contenuto dell'atto, in particolare tra l'interesse pubblico che deve necessariamente perseguire e gli altri interessi, pubblici o privati, coinvolti nella fattispecie[4].

Utilizzando la logica bifasica proposta dal medesimo Maestro, può dirsi quindi che l'amministrazione deve dapprima assumere e valutare i fatti e gli interessi coinvolti nella fattispecie (fase del giudizio) e poi condurre quell'attività di bilanciamento e ponderazione degli interessi acquisiti, che si conclude nella scelta discrezionale idonea a realizzare l'interesse pubblico (fase della scelta), che rappresenta il *proprium* della discrezionalità amministrativa[5].

In relazione ad essa, il sindacato giurisdizionale, pur reso più penetrante a seguito dell'adozione del codice del processo amministrativo, non può mai spingersi fino all'invasione della sfera di attribuzione riservata alla p.a., cui spetta in via esclusiva l'esercizio dell'attività comparativa tra interessi pubblici e privati e che il giudice amministrativo può sindacare solo se deborda nell'eccesso di potere[6].

È altresì noto che dal concetto di discrezionalità amministrativa si distingue quello di discrezionalità tecnica, che, seguendo l'impostazione bifasica citata, si colloca nel primo dei due

momenti dell'attività amministrativa, e si caratterizza per l'applicazione da parte dell'amministrazione di regole tecniche e specialistiche necessarie a valutare i fatti rilevanti per l'esercizio del potere[7].

Non vi è perciò una reale scelta dell'amministrazione, nel senso di una ponderazione, di una valutazione di opportunità, bensì solo l'individuazione della regola tecnica da applicare al caso di specie per la valutazione del fatto, la quale può condurre a risultati connotati da un certo margine di opinabilità (opinabilità che connota, in primo luogo, la disciplina specialistica di riferimento)[8].

Per tale motivo, la giurisprudenza, anche della Corte di Cassazione, si è ormai attestata nel senso di ammettere un sindacato esteso alla diretta verifica dei fatti posti a fondamento del provvedimento, anche in relazione ai loro profili tecnici, ma che tuttavia, quando in siffatti profili tecnici sono coinvolte valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, detto sindacato si arresta alla verifica che tali margini di opinabilità non siano stati superati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello della p.a. che sia rimasta entro i suddetti confini [9]. Per usare le parole della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, «posto che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, non offre sempre risposte univoche, ma costituisce un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità, il sindacato del giudice amministrativo, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondato su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti»[10].

Tale ultimo profilo distingue infine, nella terminologia accolta dalla dottrina tradizionale amministrativistica – utilizzata dalla sentenza in commento – la discrezionalità tecnica dall'accertamento tecnico, il quale non presenta quei margini di opinabilità propri della discrezionalità tecnica.

Invero, l'accertamento tecnico si riscontra a fronte di una fattispecie normativa nella quale la P.A. sia tenuta ad acclarare la sussistenza di uno o più presupposti tecnico-scientifici, posti dalla legge a fondamento necessario della sua azione, e l'esito della operazione da compiere sia certo e privo di margini di opinabilità (la gradazione alcolica di una bevanda o la quantità di stupefacente presente in una sostanza). Peraltro, l'assenza di margine di valutazione, sia pure sotto il profilo della scelta tecnica opinabile da compiersi, che si riscontra nelle ipotesi di accertamento tecnico, come evidenziato in dottrina, non è derivante dalla struttura della norma che regola il potere, bensì dal criterio tecnico-scientifico espressamente richiamato da questa, criterio la cui applicazione offre risposte non discutibili; ne consegue che dunque l'attività amministrativa è di carattere vincolato e il sindacato del giudice amministrativo pieno.[11]

Tali nozioni assumono rilievo centrale nella nostra analisi, in quanto mostrano chiaramente come discrezionalità amministrativa e tecnica condividano, a differenza dell'accertamento tecnico, un margine di "valutazione" rimesso all'amministrazione: nella discrezionalità amministrativa, esso involge nel rispetto delle regole di legittimità, l'opportunità della scelta su *an, quid, quando* o *quomodo* dell'esercizio del potere; nella discrezionalità tecnica, la scelta

ricade sulla risposta, non univoca e opinabile, restituita dall'applicazione delle regole tecniche.

Come visto invero, persino il sindacato del giudice amministrativo, che è un sindacato tendenzialmente pieno, che trova il suo fondamento nell'art. 113 Cost. volto a garantire pienamente le situazioni soggettive dei privati a fronte del potere pubblico, soprattutto quello discrezionale, incontra il limite della sfera di riserva della scelta di merito dell'amministrazione, che residua quale valutazione di opportunità all'esito del giudizio di bilanciamento operato dall'ente pubblico nel rispetto delle regole di legittimità, essendo ciò imposto, in ultima analisi, dalla necessaria separazione tra i poteri dello Stato^[12].

Ed è dunque del tutto fisiologico, come rilevato in dottrina, che il sindacato del giudice penale si arresti ancor prima, dovendosi escludere, dall'ambito della cognizione del giudizio di responsabilità penale «proprio quella “zona grigia” del giudizio di legittimità che, investendo le valutazioni discrezionali della p.a., si pone ai confini del merito amministrativo»^[13].

In merito, la dottrina ha poi condivisibilmente evidenziato come, dall'angolo visuale proprio del penalista, la particolare natura del vizio di eccesso di potere risulti morfologicamente inidonea a fondare una responsabilità penale, in quanto difficilmente accertabile *ex ante*, con evidente pregiudizio ai principi di determinatezza e prevedibilità dell'illecito penale^[14].

Se così è allora, deve ritenersi che laddove il riscritto art. 323 c.p. fa riferimento alla rilevanza penale delle condotte poste in essere in violazione delle sole norme «dalle quali non residuino margini di discrezionalità», tale elemento normativo ricomprenda anche la nozione di discrezionalità tecnica, proprio perché postula comunque una qualche attività valutativa, opinabile appunto, che il legislatore della novella ha voluto escludere dall'area del penalmente rilevante, dovendosi porre a confronto dunque il binomio attività discrezionale (anche tecnica) – attività vincolata^[15].

4. (segue) La natura del potere di determinazione del valore di stima dell'appalto.

La decisione in commento pare porsi, come principio, in linea di continuità con le considerazioni espresse circa la sopravvenuta irrilevanza penale, a valle della riforma operata con il d.l. c.d. semplificazioni n. 76/2020, delle condotte poste in essere nell'esercizio di discrezionalità tecnica; esclude tuttavia che essa ricorra nella fattispecie di cui al combinato disposto degli artt. 29 e 125 del precedente Codice dei Contratti, che sarebbero invece espressivi di una attività vincolata preceduta da un mero accertamento tecnico, con conseguente perdurante rilevanza penale della sua violazione ai fini dell'accertamento dell'elemento oggettivo del reato.

La tesi sostenuta dalla Cassazione non è tuttavia condivisibile alla luce dei concetti giuridici sopra brevemente tratteggiati, non potendosi affermare che il criterio di calcolo del valore di stima di un appalto, *ex art.* 29 del D.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 35 del D.lgs. n. 50/2016), il quale condiziona poi la scelta sulla modalità di affidamento del servizio, possa essere determinato con

assoluta certezza sulla base dell'applicazione di una regola tecnica che non lascia margine di opinabilità al pubblico funzionario.

Ciò pare a chi scrive, in primo luogo, confermato dal tenore letterale della norma in discorso, che si riferisce al valore «stimato» dell'appalto, sulla base «dell'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti», con l'unico limite della fissazione di un tetto al solo fine di escludere l'applicazione della disciplina ad evidenza pubblica; la norma invero utilizza concetti che non rimandano a regole tecniche che determinano con certezza il risultato a cui riferirsi, come nei – classici – casi dell'accertamento della gradazione alcolica di una bevanda o della quantità di stupefacente presente in una sostanza.

Ed infatti, in tal senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa in materia, che afferma che «la determinazione del valore di stima è, in linea di principio, insindacabile, salvo la prova del ricorrere di illogicità evidenti stante la necessità che la (pur ampia) discrezionalità tecnica di cui la S.A appaltante dispone, ai sensi dell'art. 35, commi 6-8, d.lgs. n. 50 del 2016, nella fissazione del valore stimato di un appalto, non si trasformi in arbitrio e prescinda totalmente dagli elementi ricavabili dal contesto economico di riferimento»[\[16\]](#).

E, si badi bene, poste le considerazioni sopra svolte, alcuna rilevanza può avere nel giudizio penale il richiamo fatto dalla giurisprudenza amministrativa alla possibilità di sindacare l'esercizio del potere discrezionale tecnico se questo eccede i limiti dell'illogicità, in quanto, come si è cercato di chiarire, ciò che deve essere esclusa *tout court* dall'area del penalmente rilevante – e dunque dal possibile scrutinio del giudice penale – è l'attività posta in essere in violazione di norme che attribuiscono un margine di valutazione discrezionale, anche di natura tecnica, al pubblico funzionario.

In altre parole, se la violazione di norme espressive di discrezionalità tecnica può, seppur con certi limiti, condurre all'annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice amministrativo, la medesima violazione non può mai essere posta a fondamento di una affermazione di responsabilità penale, sul piano oggettivo, ai sensi dell'art. 323 c.p., in quanto ciò è proprio quanto la novella del 2020 ha escluso.

5. La teoria dei c.d. autolimiti e la sua distorsione.

Come anticipato, la sentenza in commento, utilizzando la tecnica della c.d. doppia motivazione, evidenzia come, anche se si dovesse ritenere che le norme in esame fondino un potere discrezionale tecnico in astratto, detto potere deve ritenersi consumato in concreto, in quanto lo stesso sarebbe divenuto vincolato, «per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso di ufficio».

La decisione invero pretende di fare applicazione della teoria dei c.d. autolimiti posti dall'amministrazione stessa alla propria attività discrezionale, a fronte dei quali, perciò, nel momento dell'esercizio concreto del potere esso, pur se attribuito in termini di potere

discrezionale, si attegga quale potere vincolato^[17].

Detta costruzione tuttavia, il cui fondamento è rinvenuto dalla dottrina maggioritaria nei principi di eguaglianza e imparzialità, individua la necessaria fonte dell'autovincolo in uno o più precedenti provvedimenti espressione di un potere che risulta tipicamente attribuito dall'ordinamento generale per quella finalità^[18].

Nello stesso senso, la giurisprudenza amministrativa ha ricostruito la fattispecie in discorso come un limite successivo all'esercizio della discrezionalità, ancorandolo tuttavia necessariamente ad una «determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali»; in presenza di tale vincolo, l'amministrazione è tenuta alla sua osservanza, non potendo più, da un lato, disapplicarlo e, dall'altro, la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni^[19].

Poste così sinteticamente le basi costitutive dell'istituto dell'autolimita, emerge come il vincolo all'esercizio della discrezionalità, la quale andrebbe così ad esaurirsi, debba necessariamente trovare fondamento in uno o più provvedimenti amministrativi espressi, adottati nell'esercizio del medesimo potere "finale", che ne limitano i margini di scelta originariamente sussistenti.

Muovendo dal piano del diritto amministrativo a quello del diritto penale, se dunque è vero, in astratto, che in presenza di una attività che, pur originariamente discrezionale, abbia perduto tale caratteristica per effetto di atti amministrativi che abbiano autovincolato l'amministrazione, la violazione di un siffatto vincolo possa essere ritenuta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., è assolutamente necessario che tale autolimita risulti dall'adozione di atti amministrativi che lo stesso espressamente prevedano e non già che questo possa inferirsi da comportamenti del pubblico funzionario.

Sotto questo profilo merita di essere criticata la sentenza in commento, che peraltro richiama una sentenza del Consiglio di Stato (la n. 4089 del 17 giugno 2019) che nulla ha a che vedere con la teoria dell'autolimita: detta decisione infatti attiene alla ritenuta inidoneità della violazione della norma procedimentale di cui all'art. 10 *bis* L. 241/1990, che impone la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, a comportare l'annullamento neppure del provvedimento, discrezionale – perciò non autovincolato – se il privato non allega in giudizio gli elementi che avrebbe portato a conoscenza della pubblica amministrazione nel caso in cui il contraddittorio fosse stato rispettato, secondo una peculiare lettura dell'art. 21 *octies* L. 241/1990 invalsa nella giurisprudenza amministrativa^[20].

Ed invero, la Cassazione richiama quali elementi fondanti un autolimita, circostanze fattuali che, lungi dal costituire provvedimenti espressi di limitazione del potere della discrezionalità, risultano unicamente elementi da cui la sentenza ricostruisce una presunta conoscenza da parte dell'imputato circa quello che doveva essere la scelta da compiersi in merito alle modalità dell'affidamento del servizio (non in via diretta, ma tramite procedura ad evidenza pubblica).

In tal senso infatti, possono leggersi i richiami già citati al fatto che la gestione del servizio aveva generato un numero di verbali particolarmente ingente, i cui costi, come visto, non erano stati contemplati nella determinazione del valore dell'appalto; al fatto che già tempo prima l'imputato aveva conosciuto i risultati di uno "studio sperimentale", da lui sottoscritto e trasmesso agli uffici, da cui emergeva che il numero di verbali sarebbe stato elevatissimo; nonché nella circostanza che altre amministrazioni della zona avevano affidato il medesimo servizio mediante pubblicazione di un bando di gara ad evidenza pubblica.

Nessuno di tali elementi però può affermarsi costituire un autovincolo all'attività del pubblico funzionario nella valutazione, che si è riconosciuto essere discrezionale tecnica, circa la determinazione del valore di stima dell'appalto e, segnatamente, circa il fatto che l'amministrazione si fosse autovincolata all'inserimento, nella determinazione del valore, anche dei costi relativi ai verbali che sarebbero stati emessi. In altre parole, non risultano atti amministrativi che, a monte, abbiano rigidamente predeterminato i criteri di determinazione del valore dell'appalto, vincolando così, a valle, il provvedimento finale che, pur in astratto espressione di discrezionalità tecnica, sarebbe risultato, al contrario, vincolato.

Tale fattispecie tuttavia è l'unica che avrebbe potuto aprire la strada all'argomentazione dell'autolimita e fondare la possibile perdurante rilevanza penale della condotta, essendo a ciò del tutto inidonee circostanze fattuali che rilevano unicamente come indici del fatto che il pubblico funzionario non abbia correttamente esercitato il proprio potere tecnico-discrezionale. Il quale però rappresenta un sindacato non (più) consentito al giudice penale sull'esercizio della discrezionalità, anche tecnica, dell'amministrazione e, di riflesso, sull'irrilevanza penale di una simile eventuale violazione dei limiti del potere.

6. Osservazioni conclusive sul *restraint* interpretativo della nozione di discrezionalità penalmente irrilevante

La sentenza che si è commentata con queste brevi considerazioni, non pare aver fatto dunque un buon governo dei limiti che il legislatore della novella del 2020 ha posto all'area del penalmente rilevante, con particolare riferimento all'elemento normativo integratrice del precetto penale della discrezionalità dell'amministrazione; ciò, tanto con riferimento alla qualificazione della norma violata come vincolante, laddove la stessa si ritiene espressiva di discrezionalità tecnica, nonché in relazione al ritenuto esaurimento di detta discrezionalità, quand'anche configurabile, per effetto di condotte poste in essere in precedenza dal medesimo imputato.

Ciò che traspare, invero, dalla lettura della decisione, in particolare nei tratti motivazionali che valorizzano particolarmente gli elementi fattuali della conoscenza da parte dell'imputato del numero dei verbali di contravvenzione che sarebbero stati emessi dal gestore del servizio, nonché nella conoscenza dell'affidamento della medesima tipologia di servizio da parte di altre amministrazioni mediante procedura ad evidenza pubblica, è la ritenuta particolare condizione soggettiva dell'imputato, sulla base dei quali si fonda il giudizio di deliberata violazione di una norma di legge vincolante.

E tuttavia, pare a chi scrive e prescindendo da qualsivoglia considerazione sul merito della

riforma del 2020, che valorizzando dette circostanze il giudice penale abbia esercitato il sindacato proprio del giudice amministrativo laddove scandaglia la sussistenza di indici espressivi (c.d. figure sintomatiche) del vizio di eccesso di potere nell'esercizio dell'attività discrezionale, anche tecnica. Per le ragioni sopra espresse, deve ritenersi che, oggi, tale sindacato sia precluso al giudice penale, che non è giudice della legittimità dell'attività amministrativa discrezionale, essendo penalmente rilevante, se accompagnata dagli altri elementi oggettivi e soggettivi, solo la violazione di norme prive di margine di discrezionalità.

La sentenza qui commentata, pare allora porsi in linea di continuità con altra recente sentenza della stessa Sezione VI della Corte di Cassazione, che ha ritenuto ancora compresa nell'alveo applicativo dell'art. 323 c.p. l'esercizio del potere discrezionale che «trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito»^[21].

Tale decisione è, se si vuole, ancor più in contrasto con la novella operata sull'art. 323 c.p., poiché afferma la permanente rilevanza penale di una condotta del pubblico funzionario che integri il c.d. sviamento di potere, che altro non è però che la “classica forma” dell'eccesso di potere discrezionale^[22]: dunque, semplicemente, un vizio della discrezionalità, una violazione di norma discrezionale che, tuttavia, è oggi esclusa dall'area della fattispecie incriminatrice.

In entrambe le decisioni si pone dunque, seppur con percorsi argomentativi differenti, a fondamento dell'asserita perdurante rilevanza penale di alcune condotte, una sorta di “particolare allontanamento” dell'operato del pubblico funzionario dal rispetto dei limiti della discrezionalità: se nella precedente sentenza la Cassazione aveva utilizzato il riferimento allo sviamento di potere, nella decisione qui in commento si è posta lunga la linea dell'assenza di discrezionalità tecnica e di un – invero inesistente – autovincolo.

Tali elementi potevano senz'altro esser rilevanti vigente la precedente formulazione dell'art. 323 c.p.c., ma oggi non possono trovare ingresso ai fini dell'affermazione della responsabilità penale, pur cogliendosi le ragioni di fondo che sembrano animare le recenti tesi proposte dalla Cassazione al fine di offrire uno spazio applicativo, concreto, all'art. 323 c.p. nelle ipotesi più rilevanti dell'attività amministrativa, *i.e.* quelle di esercizio della discrezionalità e della discrezionalità tecnica^[23].

E tuttavia tale approccio non può condividersi: richiamando una metafora proposta da autorevole dottrina, riferita alla posizione di Rudolf Von Jhering in merito al *Mercante di Venezia* e all'opera di Porzia in confronto alla posizione di Shylock, «Sein Recht [il diritto di Shylock] und das Recht Venedigs sind eins; mit seinem Recht stürzt letzteres selber. Il diritto di Shylock e il diritto di Venezia sono una cosa sola. Distruggere il primo, per quanto a fin di bene, significa distruggere il secondo»^[24].

E se di tali affermazioni si può discutere a livello di teoria generale, esse devono senz'altro avere una piena esplicazione nell'ambito del diritto penale, ove il principio di legalità ed i suoi

corollari, in particolare di tassatività, impongono il rigoroso rispetto del tenore testuale del diritto positivo, in ragione della necessaria calcolabilità da parte dei consociati delle conseguenze giuridiche delle loro condotte, alla luce del coinvolgimento della libertà personale tra esse^[25].

[1] Cfr. § 3. Sulla riforma dell'abuso d'ufficio sono già numerosi i contributi della dottrina. Si segnalano, oltre ai lavori richiamati nelle successive note, che per brevità non si ripetono, B. Romano, *La continua riforma dell'abuso di ufficio e l'immobilismo della pubblica amministrazione*, in *Il Penalista*, Focus del 28 luglio 2020; G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema Penale*, 17 luglio 2020; Id., *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema Penale*, 2 dicembre 2020; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 7-8/2020; G. Collazzo, *La nuova disciplina dell'abuso di ufficio: la metamorfosi del gattopardo*, in questa *Rivista*, 25 gennaio 2021; M. Naddeo, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in questa *Rivista*, 10 agosto 2020.

[2] In tal senso si era già espressa Cass. pen, Sez. feriale, 17 novembre 2020, n. 32174, in *Il Penalista*, 11 dicembre 2020, con osservazioni di B. Romano, *La prima pronuncia della Cassazione sul "nuovo" abuso di ufficio e l'abolitio criminis parziale*, nella quale si legge come la modifica «abbia notevolmente ristretto l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell'art. 2, comma 2 cod. pen., non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l'inosservanza dell'obbligo di astensione (...)».

[3] C. Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel rito di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2017, p. 721.

[4] Cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 72 ss, ora in M.S. Giannini, *Scritti*, vol. I, Milano, 2000. Una concezione diversa è proposta da C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1972, p. 997. Secondo tale Autore, la discrezionalità amministrativa è il potere, conferito all'autorità, di scegliere applicando criteri non giuridici di buona amministrazione. Ma –ciò che più rileva– tali regole sono tali da consentire di individuare la scelta in concreto migliore, sicché esse sono applicabili anche dal giudice per verificare se quanto deciso dalla p.a. sia effettivamente corretto rispetto al caso di specie. Quindi persino l'insindacabilità della discrezionalità pura, secondo Mortati, è una mera scelta del legislatore, ma non è legata all'essenza del potere discrezionale.

[5] Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, pp. 54-56.

[6] Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in www.giustizia-amministrativa.it

[7] Cfr. il fondamentale lavoro di F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 372. Pur giungendo a diverse conclusioni in tema di sindacabilità della discrezionalità tecnica da parte del giudice amministrativo, rilevava la differenza con la discrezionalità amministrativa anche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo, cit.*

[8] Coglie appieno il rilievo della natura opinabile delle norme tecniche e dei risultati da esse generati, anche al fine di comprendere la portata del sindacato giurisdizionale F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005; Id., *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. dir.*, Annali II, Tomo II, Milano, 2009, pp. 471 e ss.

[9] Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *www.dejure.it*. Non è rilevante in questa sede ripercorrere il lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha interessato l'ammissibilità del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, per la cui sintesi comunque si rinvia a R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., 2020, pp. 784 e ss.

[10] Cons. Stato, Sez. I, parere 30 novembre 2020, n. 1958, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[11] Cfr. G. Clemente di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, n. 7/2016

[12] Cfr. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, cit.*, che descrive il "merito" come l'ambito delle scelte di mere opportunità che residuano all'amministrazione una volta constatato che esistono più modalità legittime di perseguimento dell'interesse pubblico indicato dalla legge. Definisce le regole di merito come regole di buona amministrazione C. Mortati, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 136. In tema, si veda anche in generale G. Coraggio, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.

[13] R. Greco, *Abuso d'ufficio: per un approccio "eclettico"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che riconduce tale maggiore limitazione del sindacato del giudice penale alla circostanza per cui il giudice penale «è deputato a esercitare un controllo "oggettivo" di legalità dell'azione amministrativa, a garanzia dei valori costituzionalmente rilevanti dell'imparzialità e del buon andamento della p.a.», non già a tutelare le situazioni soggettive dei privati che si confrontino col potere amministrativo, essendo infatti privo del potere di annullamento dell'atto amministrativo viziato. Nello stesso senso si veda C. Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo, cit.*, p. 721, che si interroga «su come sia possibile che un certo tipo di sindacato sia consentito al giudice penale, in un settore (il diritto penale, appunto) che dovrebbe essere il regno della *extrema ratio* e dove le esigenze di legalità sono più forti».

[14] Cfr. A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione*

“neutralizzatrice” della giurisprudenza, in *Sistema Penale*, 1 marzo 2021, che efficacemente richiama «il c.d. *thin ice principle* di matrice anglosassone, la situazione del funzionario pubblico esposto al rischio penale può essere assimilata a quella di coloro che pattinano sul ghiaccio sottile: difficilmente essi potranno sperare di trovare un segno che indichi loro il punto preciso dove cadranno in acqua»; *contra* S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in questa *Rivista*, 25 febbraio 2021, che ritiene sostanzialmente condivisibile la tesi che «limita la rilevanza penale ai casi di eccesso (o sviamento) di potere c.d. estrinseco, ritenendo che possano assumere rilievo penale solo i casi in cui l'esercizio del potere discrezionale conduca al soddisfacimento di un interesse del tutto estraneo al modello giustificativo del potere stesso».

[15] In senso conforme, seppure sinteticamente, si sono espressi A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20 novembre 2020, p. 8 e M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020, p. 143.

[16] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 31 ottobre 2019, n. 12540; nello stesso senso T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 9 dicembre 2019, n. 514; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 29 gennaio 2016, n. 27, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[17] In argomento, si v. P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990. Si v. altresì A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, p. 233 e ss. e C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, p. 269 e ss.

[18] P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione.*, *cit.*, p. 357. In termini F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020, p. 63.

[19] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8209, in www.giustizia-amministrativa.it, che afferma altresì come «la garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti».

[20] La citata sentenza Cons. Stato, Sez. II, 17 giugno 2019, n. 4089 è reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

[21] Cass. Pen., Sez. VI, dep. 8 gennaio 2021, n. 1146, in questa *Rivista*, 19 gennaio 2021, con nota critica di B. Romano, *Il “nuovo” abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*.

[22] Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Milano, 2009, p. 543, ove l'A. ricorda peraltro che sviamento di potere non significa straripamento di potere, che

rappresentava la concezione del vizio del legislatore dell'800, superata dalla giurisprudenza successiva sulla scia dell'esperienza francese del *Conseil d'Etat* che ha elaborato la nozione di *detournement de pouvoir*.

[23] Tale esigenza è avvertita anche in dottrina. Cfr. T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 8 e ss., che ritiene, criticamente, che «(...) non potrà trattarsi che di ipotesi men che marginali, destinate a sollecitare l'acribia dei giureconsulti, ma non l'impegno della giurisprudenza (...)» (p. 9).

[24] M. Luciani, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2020, p. 6, che richiama R. v. Jhering, *Der Kampf um's Recht*, G.J. Manz'schen Buchhandlung, Vienna, 1872, p. 64

[25] Avevo già rilevato in G. Serra, *Interpretazione estensiva vs divieto di analogia: una problematica tradizionale in una recente (e criticabile) pronuncia della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6/2018, p. 150 la necessità di una particolare attenzione al ruolo della giurisprudenza e delle tecniche interpretative nel diritto penale, richiamando anche la posizione di chi, pur descrivendo il giudice come inventore del diritto (dal verbo invenire), intendendosi per esso il ruolo di colui che cerca e che trova – non che crea – ciò che, seppur non espresso nel testo di legge, in esso vive ed è presente, poiché fondato su principi e valori insiti nella società civile, ammoniva che «discorso sensibilmente diverso dovrebbe forse riguardare il giudice penale» (P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *L'invenzione del diritto*, 2017, p. 83).