

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

**CONCORSI PUBBLICI “TURBATI”:
PER LA CASSAZIONE È CONFIGURABILE L’ABUSO D’UFFICIO
MA NON LA TURBATIVA D’ASTA:
UN ESEMPLARE CASO DI VUOTO DI TUTELA CHE SI PROSPETTA CON
L’ABROGAZIONE DELL’ART. 323 C.P.**

Cass. Sez. VI, 10.5.2023 (dep. 16.6.2023), n. 26225, Pres. Fidelbo, Rel. Gallucci, ric. M.

di Gian Luigi Gatta

1. Succede questo. Il giovedì il Consiglio dei Ministri approva un disegno di legge per abrogare la norma che incrimina l’abuso d’ufficio sul presupposto che vi sarebbero tante archiviazioni e assoluzioni e pochissime condanne per quel reato e che – con le parole del Ministro Nordio in [conferenza stampa](#) – non si realizzerebbe alcun vuoto di tutela “perché l’arsenale normativo di cui disponiamo per combattere i pubblici amministratori infedeli è il più aggressivo d’Europa...concetto che ho espresso l’altro giorno al Commissario Europeo Reynders”. Il venerdì la Sesta Sezione della Corte di cassazione deposita una sentenza (pronunciata all’udienza del 10 maggio scorso) con la quale conferma una condanna per abuso d’ufficio (a riprova che esistono ancora condanne per quel reato che resistono fino al terzo grado di giudizio) e, nell’annullare una condanna per turbativa d’asta in relazione ad altro capo d’imputazione, si preoccupa di precisare come non si determini alcun vuoto di tutela perché le condotte contestate erroneamente come turbativa d’asta sono riconducibili alla norma che incrimina l’abuso d’ufficio.

Come a dire: quel che non è turbativa d’asta può essere abuso d’ufficio. Non è inesatto allora, come invece ha sostenuto il Ministro Nordio, affermare che con l’abrogazione della norma sull’abuso d’ufficio si realizzerebbero vuoti di tutela. La Cassazione ne ha infatti individuato il giorno dopo già uno: i fatti non riconducibili a turbativa d’asta perché relativi a procedure che riguardano non l’acquisizione di beni o servizi ma l’assunzione di personale nella pubblica amministrazione con procedure che implicano una valutazione comparativa: i concorsi pubblici.

2. Procediamo per gradi partendo dai fatti oggetto della sentenza. Il direttore di un ente pubblico (un ente-parco) viene condannato dal Tribunale e poi dalla Corte d’Appello di Milano nell’ambito di una vicenda relativa a una procedura di mobilità del personale interna alla pubblica amministrazione. Il direttore, che aveva uno stabile rapporto sentimentale con una donna interessata al posto di Istruttore direttivo tecnico messo a bando per mobilità interna, viene in particolare condannato in primo e in secondo grado per abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) e per turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.).

La condanna per abuso d'ufficio è motivata in ragione dell'omissione dell'obbligo di astensione del direttore del Parco, imposto, tra l'altro, dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici avendo egli un conflitto di interessi derivante dal rapporto sentimentale con la candidata al posto, alla quale procurava un ingiusto vantaggio patrimoniale. La candidata, che si trovava in graduatoria in un concorso presso un comune, è stata infatti assunta presso il Parco. Un ulteriore addebito, per tentato abuso d'ufficio, riguarda poi l'illegittima attribuzione di un contratto di consulenza a un possibile concorrente al posto in mobilità, per evitare che questi presentasse domanda. Tutti fatti – si noti per inciso – che con l'abrogazione dell'art. 323 c.p. non costituirebbero più reato.

La condanna per turbata libertà degli incanti è stata motivata, invece, in ragione dell'allontanamento di altri possibili candidati, della riduzione illegittima del termine di pubblicazione del bando e di condizioni immotivatamente restrittive per la presentazione delle domande, tali da ostacolare la partecipazione.

3. Con la sentenza che può leggersi in allegato, la Sesta Sezione della Corte di cassazione conferma la condanna per abuso d'ufficio e annulla invece la condanna per turbata libertà degli incanti. Secondo la S.C., i concorsi per l'accesso a impieghi pubblici o le connesse procedure di mobilità del personale tra diverse amministrazioni non rientrano nelle "gare" tutelate dall'art. 353 c.p., che è applicabile solo a procedure per l'acquisizione di beni o servizi. Con una interpretazione costituzionalmente orientata, la Cassazione afferma che all'estensione applicativa della turbativa d'asta alle procedure per l'assunzione/reclutamento di personale "osta il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale". La Cassazione richiama il divieto di analogia *in malam partem* e i principi affermati dalla Corte costituzionale, di recente, nella sentenza n. 98 del 2021, che ha ricordato come non è tollerabile che la sanzione penale colpisca l'individuo "per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore". Secondo la Cassazione, l'applicazione dell'art. 353 c.p. a procedure che non concernono l'acquisizione di beni e servizi da parte della p.a. eccede in modo evidente l'ambito dei significati attribuibili alla nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni" utilizzato dal legislatore nella fattispecie incriminatrice.

4. La Cassazione, dopo aver annullato la condanna per turbata libertà degli incanti "perché il fatto non sussiste", si è preoccupata di aggiungere che condotte come quelle contestate possono essere ricondotte all'art. 323 c.p. e integrare, pertanto, un abuso d'ufficio. Nessun vuoto di tutela, dunque, almeno finché l'art. 323 c.p. non sarà abrogato.

5. La sentenza della Sesta Sezione è interessante per più aspetti, e lo è ancor più all'indomani della proposta governativa di abolire il reato di abuso d'ufficio. Il dato più importante – la notizia – è che la Cassazione, chiamata ad affrontare un caso di turbativa d'asta relativo a un concorso per il personale della p.a. messo a bando con procedura di valutazione comparativa, mette uno stop all'interpretazione estensiva del concetto di

“gara” accolta nella propria giurisprudenza: per quanto possa essere esteso, quel concetto, in ossequio al divieto di analogia *in malm partem*, non può comprendere le procedure di valutazione comparativa per l’assunzione del personale, nell’ambito di concorsi pubblici.

È un principio molto rilevante, che promette ulteriori applicazioni, a cominciare da quella dei concorsi universitari. Alcuni procedimenti penali relativi alla “turbativa” di concorsi per professori universitari, avviati da diverse procure, ruotano infatti attorno a contestazioni del delitto di cui all’art. 353 c.p. (o del delitto di cui all’art. 353 *bis* c.p., quanto alla formazione del bando; un delitto che pure, come afferma in un *obiter dictum* la sentenza qui annotata, non può riguardare procedure concorsuali per il reclutamento del personale).

I concorsi “turbati” per avvantaggiare o danneggiare un candidato, senza un corrispettivo in denaro o altra utilità, non integrano le fattispecie di corruzione e, afferma la sentenza qui annotata, non sono nemmeno riconducibili alla turbativa d’asta, che riguarda solo procedure per l’acquisizione di beni o servizi. Arriviamo allora al punto, di scottante attualità. La Sesta Sezione tiene a precisare che non vi è alcun vuoto di tutela perché la turbativa di quei concorsi integra un abuso d’ufficio. E proprio questo reato è stato ad esempio contestato nella nota vicenda del commissario del concorso per magistratura recentemente denunciato per un tentativo di broglio, teso ad avvantaggiare un candidato (l’imputato, da quanto si apprende dalla stampa, è sottoposto alla messa alla prova e sta quindi così rispondendo del reato addebitatogli). Qui però adesso casca l’asino: se venisse abrogato l’art. 323 c.p. nessuna sanzione penale sarebbe applicabile a chi “turba” concorsi pubblici.

I pubblici ministeri fanno, da ora, che la contestazione della turbativa d’asta – avanzata in non pochi procedimenti per concorsi pubblici, anche universitari – rischia di cadere in Cassazione, mentre quella dell’abuso d’ufficio rischia di cadere nel nulla per effetto dell’abrogazione da parte del Parlamento, se il disegno di legge presentato dal Ministro Nordio non sarà emendato. Chi è intenzionato a turbare i concorsi ha meno paura; non è la paura della firma dei sindaci, cui pensa il Governo, ma è una paura che viene meno – con preoccupanti conseguenze sul piano della prevenzione – per effetto della proposta di una incondizionata e cieca abolizione di una fattispecie di chiusura del sistema che, come mostra la sentenza annotata, lascerebbe intollerabili e irragionevoli vuoti di tutela.

6. Vi è poi un altro aspetto che emerge dalla sentenza annotata, del tutto negletto nel dibattito di questi giorni. La pur criticabile riforma del 2020 (sulla quale sia consentito rinviare a un nostro intervento pubblicato nell’immediatezza [su questa Rivista](#)) non si era spinta così avanti da privare di rilevanza penale la condotta di abuso d’ufficio realizzata mediante l’omessa astensione del pubblico ufficiale o dell’incaricato di un pubblico servizio in presenza di un conflitto di interesse. Quella condotta era penalmente rilevante prima del 2020 e lo è ancora oggi; non lo sarebbe più, invece, se venisse accolta dal Parlamento la proposta del Governo. È ragionevole e accettabile, in un Paese che peraltro ha una travagliata storia nei rapporti con il conflitto di interessi e la relativa regolazione, cancellare la previsione dell’abuso d’ufficio che punisce il

conflitto di interesse dell'amministratore pubblico, evidentissima in casi come quello oggetto della sentenza annotata? Per quanto si possa essere favorevoli, come lo è in via di principio chi scrive, a un ritirarsi del diritto penale rispetto a strumenti di tutela offerti da altri rami dell'ordinamento, è lecito in questo caso dubitarne. Il problema della "paura della firma" e della c.d. burocrazia difensiva può e deve, ragionevolmente, trovare una soluzione diversa dall'abrogazione secca dell'art. 323 c.p.: è la soluzione facile ma dannosa a un problema complesso.

Perché allora – sia consentita una provocazione finale – non abrogare anche l'art. 2634 c.c., che punisce come "infedeltà patrimoniale" il conflitto di interesse nella sfera privata del diritto penale di imprese e società? È ragionevole punire il conflitto di interesse dei soli amministratori privati e non anche di quelli pubblici? È verosimile, d'altra parte, che anche i dati sulle condanne per quest'altro reato evidenzino numeri risicati...

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**