

Assunzione "pilotata": non è reato se nell'interesse dell'ente

Corte di cassazione, sez. VI pen., sentenza 8 febbraio 2010, n. 4979

di **Federica Caponi** *

Bando di concorso - Modifica dei requisiti d'accesso - Individuazione "a priori" del candidato prescelto - Reato d'abuso d'ufficio - Non sussistenza

Reato d'abuso d'ufficio - Condotta realizzata con dolo diretto o eventuale - Non sussistenza - Necessario il dolo intenzionale

Non commettono reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) il sindaco e il funzionario di un comune che hanno cambiato le regole del concorso, costruendo un "profilo ad hoc", tale da rendere a priori noto il candidato prescelto. Se infatti tale azione è stata compiuta in buona fede e diretta al perseguimento dell'interesse pubblico, l'attività posta in essere non è penalmente rilevante.



Il principio di diritto

Nel reato di abuso d'ufficio è richiesto il **dolo intenzionale**, nel senso che l'agente deve aver agito proprio per perseguire uno degli eventi tipici della fattispecie incriminatrice, ossia l'ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri, ovvero l'altrui danno ingiusto.

Non è sufficiente che il soggetto agisca con **dolo diretto**, cioè che si rappresenti l'evento come verificabile, né che agisca con dolo eventuale, accettando il rischio del suo verificarsi, ma è necessario che l'evento di danno o il vantaggio sia voluto come obiettivo della sua condotta, come conseguenza diretta e immediata dell'azione posta in essere.

Nel caso in cui un ente modifichi artificialmente un bando di concorso al fine di "privilegiare" un determinato candidato, perché ritenuto il soggetto idoneo per le esigenze dell'amministrazione, tale condotta non integra il reato di abuso d'ufficio.

Questo è quanto ha sancito la Corte di cassazione, con la sentenza n. 4979 dell'8 febbraio scorso, con la quale ha annullato la condanna pronunciata nei confronti di un sindaco e di un funzionario che avevano cambiato le regole del concorso per comandante della Polizia municipale, al fine di scegliere un determinato candidato.

Il fatto

Nel caso di specie, il sindaco e un funzionario del comune erano stati rinviati a giudizio in ordine al reato di abuso d'ufficio per avere, in cooperazione tra loro e con alcuni componenti della Giunta, indetto un concorso per il posto di comandante della Polizia municipale, dopo aver apportato alcune modifiche al regolamento comunale, per consentire l'assunzione di un determinato soggetto.

Gli atti erano stati impugnati in primo grado davanti al Tribunale,

che aveva ritenuto **insussistente il reato di abuso d'ufficio**, assolvendo il sindaco e il funzionario.

Tale **decisione** era stata **impugnata dinanzi alla Corte d'appello**, la quale aveva **riformato parzialmente la contestata sentenza**, riconoscendo la responsabilità del sindaco e del funzionario.

Secondo i giudici d'appello, gli imputati avrebbero posto in essere **condotte volte a favorire un soggetto nello svolgimento del concorso**, violando il principio di imparzialità dell'amministrazione, di cui all'art. 97 della Costituzione.

Gli imputati hanno, quindi, proposto **ricorso dinanzi alla Corte di cassazione**, lamentando l'**erronea applicazione dell'art. 323 c.p.** e la **non violazione dell'art. 97 Cost.**, in quanto la valorizzazione del servizio svolto, rispetto al titolo di studio,

* Consulente Enti locali

avrebbe costituito una scelta funzionale, non finalizzata al favoreggiamento del soggetto, ma all'individuazione, mediante procedura concorsuale, di una persona in grado di risolvere la situazione di contrasti interni che si era venuta a creare nel corpo di Polizia municipale.

La questione di fondo

Una delle problematiche presentate alla Corte di cassazione ha riguardato la **valutazione della sussistenza o meno degli elementi che integrano la fattispecie del reato d'abuso d'ufficio**.

Da tale valutazione nel caso di specie è conseguita quella di esaminare se la **scelta di "disegnare" un profilo ad hoc**, tale da rendere noto *a priori* il candidato prescelto, realizzasse una fattispecie **penalmente rilevante o meno**.

Tale valutazione potrebbe aprire "scenari sorprendenti" per le PA, in quanto potremmo essere indotti a ritenere lecita la modifica "artificiosa" degli atti selettivi per pilotare i concorsi, al fine di far vincere colui che è ritenuto, per conoscenza diretta, "la migliore scelta possibile", in presenza di determinate condizioni. Per quanto riguarda la condotta posta in essere nel caso di specie dagli amministratori del comune, la Cassazione ha preliminarmente chiarito che, secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato della stessa Corte, la **nuova formulazione dell'art. 323 del c.p.** non ha comportato l'abolizione generalizzata della fattispecie criminosa di abuso d'ufficio, ma **ha escluso la rilevanza penale di alcune ipotesi**.

Nella **formulazione disciplinata nel 1990**, il reato d'abuso d'ufficio costituiva una **figura cardine del sistema dei delitti contro la PA**. La **disposizione approvata in quegli anni includeva in sé anche i fatti rientranti nelle ipotesi previste dagli articoli di legge che punivano l'in-**

teresse privato e il peculato per distrazione, che furono abrogati come reati autonomi.

Con la **riforma del 1997**, il legislatore ha descritto la **fattispecie punibile in maniera ancora più precisa che in precedenza**, stabilendo che *"salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni"*.

I **soggetti attivi di tale delitto** possono essere soltanto il pubblico ufficiale e l'incaricato di un pubblico servizio. I **soggetti passivi** sono la PA e il privato che dall'abuso abbia a subire un danno ingiusto.

Il reato di abuso d'ufficio, **finalizzato ad arrecare ad altri un danno ingiusto**, ha **natura plurioffensiva**, in quanto è idoneo a ledere, oltre all'interesse pubblico al buon andamento e alla trasparenza della PA, anche il concorrente interesse delle persone private a non essere turbate nei propri diritti costituzionalmente garantiti dal comportamento illegittimo ed ingiusto del pubblico ufficiale. Il **bene giuridico tutelato** dalla fattispecie penale incriminatrice, di cui all'art. 323 c.p., è quello dell'**imparzialità**, dell'**efficienza**, del **buon andamento** e della **trasparenza della pubblica amministrazione**.

Più in particolare, l'**efficienza** deve essere intesa come la capacità di perseguire i fini che la legge assegna agli enti pubblici in aderenza all'interesse pubblico.

L'**imparzialità della PA** deve essere intesa come la necessità che venga rispettata la *par condicio* fra i cittadi-

ni nei confronti della stessa amministrazione.

L'**elemento oggettivo dell'abuso d'ufficio** si riscontra in una condotta che viola norme di legge, regolamenti o omette il rispetto dell'obbligo giuridico di astensione in presenza di un interesse proprio, di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti. La predetta **condotta illecita** deve essere **eseguita per procurare a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale oppure per arrecare ad altri un danno ingiusto**.

Inoltre, affinché risulti integrato tale reato **non è richiesta la formale adozione di un atto amministrativo**. Infatti, il reato può essere integrato anche da atti di diritto privato o meramente endoprocedimentali ovvero da atti materiali.

È necessario precisare che perché la violazione di legge o di regolamento possa integrare il delitto di abuso di ufficio **occorrono due presupposti**.

Il **primo** di essi è che la **norma violata** non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma **deve vietare puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale** o dell'incaricato di un pubblico servizio, risultando quindi le violazioni di alcune norme a carattere meramente procedimentale.

Nel caso di specie, i ricorrenti hanno lamentato l'**erronea applicazione dell'art. 323 c.p.**, per mancanza dell'elemento oggettivo della violazione di legge o di regolamento con riferimento all'art. 97 Cost.

Secondo gli imputati, la **genericità e l'indeterminatezza dei concetti di buon andamento e imparzialità** avrebbero escluso l'immediata applicabilità dell'art. 97, co. 1, della Costituzione, in quanto tale norma non fisserebbe regole di comportamento compiute e dettagliate, ma solo principi privi di contenuto precettivo, rispetto ai quali sarebbe sempre necessaria la mediazione legislativa.

In altri termini, **secondo i ricorrenti il principio di imparzialità per avere carattere precettivo dovrebbe essere specificato da una norma di legge**. A tal proposito è opportuno richiamare quanto chiarito dalla stessa Cassazione in alcune precedenti pronunce.

La Suprema corte ha ritenuto che **violazioni di norme generalissime o di principio**, come quella prevista dall'art. 97 della Costituzione, dato il suo carattere organizzativo, non prescrivendo specifici comportamenti ai singoli soggetti, **non** sarebbero rilevanti **ai fini della configurabilità del reato d'abuso d'ufficio** (Cass., sez. II pen., 4 dicembre 1997-22 gennaio 1998).

Una **diversa interpretazione della norma** avrebbe finito per sollevare **dubbi di legittimità costituzionale** per violazione dell'art. 25, co. 2, della Carta fondamentale, per l'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice.

Per quanto riguarda l'**elemento psicologico**, ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo nel delitto di abuso d'ufficio, **non è sufficiente né il dolo eventuale**, cioè l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento, **né quello diretto**, cioè rappresentazione dell'evento con elevato grado di probabilità o addirittura con certezza, senza essere un obiettivo perseguito, **ma è richiesto il dolo intenzionale**, ossia la rappresentazione e volizione dell'evento di danno altrui,

ragionevolmente qualificabile "ingiusto", come conseguenza diretta ed immediata della condotta dell'agente ed obiettivo primario da costui perseguito (Cass., sez. VI, sent. n. 8745 del 2000; Cass., sez. VI, sent. n. 10448/2000).

Conclusioni

Nel caso di specie, secondo i giudici, dalla ricostruzione del fatto contenuto nelle sentenze di merito, risulta con una certa evidenza che **la scelta di prefigurare un "profilo" del candidato** al posto di comandante della Polizia municipale, che valorizzasse l'esperienza rispetto ai titoli di studio, **rispondeva a precise esigenze dell'amministrazione comunale**, in cui vi era la necessità di risolvere, per un periodo limitato, una situazione di conflittualità venuta a crearsi all'interno dell'ufficio.

Secondo la Suprema corte, pertanto, il sindaco e il funzionario **non** avrebbero agito allo **scopo di avvantaggiare un determinato soggetto**, in quanto la loro azione era stata diretta, in buona fede, al perseguimento dell'interesse pubblico.

La **pronuncia della Cassazione è a dir poco "sorprendente"**, in quanto potremmo essere indotti a ritenere che si possano modificare "*artificiosamente*" gli atti selettivi per pilotare i concorsi, al fine di far vincere colui che è ritenuto, per conoscenza diretta, "*la migliore scelta possibile*".

Potremmo infatti pensare che il concorso non sia necessariamente lo strumento più idoneo ad individuare "*il migliore risultato*". A tal fine, tra "*l'aver presumibilmente già individuato il soggetto idoneo*" e il rispetto del principio di imparzialità dell'azione della PA, **la pronuncia della Cassazione potrebbe indurre a ritenere legittima la "compressione" del principio costituzionale**.

È necessario rilevare, però, che i giudici di Piazza Cavour si sono pronunciati in merito alla realizzazione di una condotta penalmente rilevante, ma **l'azione posta in essere potrebbe non essere legittima da un punto di vista amministrativo**, quanto meno sostanzialmente.

La Cassazione, ritenendo che gli imputati non hanno agito con dolo intenzionale, ha accertato comunque che la condotta è stata **realizzata volontariamente**, assumendosi il rischio che un determinato risultato si realizzasse.

Tali soggetti, quindi, sono stati **assolti dal reato d'abuso d'ufficio**, ma la loro condotta potrebbe essere illegittima, in quanto posta in essere in violazione dell'art. 97 della Costituzione e gli stessi **potrebbero essere considerati responsabili per il danno arrecato all'ente, avendo agito con dolo**.

Nel caso della **responsabilità amministrativo-contabile**, infatti, è sufficiente la colpa grave o il dolo, anche solo eventuale. ■

GUIDA AL **Pubblico Impiego**
Il Sole 24 ORE

Tutti i giorni l'informazione continua su
www.pubblicoimpiego.ilsole24ore.com