

***Repetita iuvant*: la Cassazione ribadisce l'inapplicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p. ai concorsi pubblici**

di **Sandro Del Popolo**

CASSAZIONE PENALE SEZ. VI, 24/05/2023, N. 38127

Sommario. **1.** Premessa. – **2.** Il caso sottoposto all'attenzione della Corte. – **3.** La nozione di "gara" secondo le precedenti pronunce della Corte regolatrice. – **4.** Le sentenze nn. 26225/23 e 32319/23. – **5.** La sentenza in commento. – **6.** Le ragioni che rendono condivisibile la decisione della Corte di Cassazione. – **6.1.** Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale. – **6.2.** La definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 353-bis c.p. – **7.** Il ruolo dell'abuso d'ufficio nella tutela penale delle turbative nei concorsi pubblici. – **8.** Conclusioni.

1. Premessa.

In concomitanza con l'acceso dibattito relativo alla proposta di abrogazione della fattispecie di abuso d'ufficio¹, la Sesta Sezione della Suprema Corte si è occupata della delicata questione concernente la possibilità di sussumere sotto l'ambito di applicazione delle fattispecie di turbata libertà degli incanti e/o di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente le condotte turbative realizzate nelle procedure di concorso per il reclutamento del personale da parte della PA.

La questione assume un notevole rilievo pratico in quanto, come dimostra lo stesso procedimento sottoposto allo scrutinio della Corte regolatrice nella pronuncia in commento, sovente le Procure della Repubblica hanno fatto ricorso a queste fattispecie per incriminare turbative verificatesi nell'ambito dei c.d. concorsi pubblici, sia nella fase di indizione della procedura sia nella fase di svolgimento della stessa.

¹ Per un approfondimento sul tema si rinvia a *Abrogazione dell'abuso d'ufficio: perché sì e perché no. Le opinioni di Nicola Madia e Guido Stampanoni Bassi*, 10 luglio 2023, in www.giurisprudenzapenale.com.

La decisione annotata, intervenuta dopo le sentenze nn. 26225/23² e 32319/23³ (quest'ultima è stata pronunciata lo stesso giorno di quella in commento) si inserisce nel solco tracciato da queste ultime e afferma, in modo definitivo, l'impossibilità di ricomprendere nell'ambito di applicazione delle fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p. le procedure indette dalla P.A. che abbiano oggetto diverso dalla fornitura di beni o dalla prestazione di servizi.

Nel corso del presente contributo si analizzeranno i principi di diritto espressi dalla Corte regolatrice che, da un lato, sanciscono definitivamente l'inapplicabilità degli artt. 353 e 353-bis c.p. ai concorsi per il reclutamento del personale da parte della PA e, dall'altro, certificano che l'unica norma penale astrattamente configurabile per simili procedure è quella di cui all'art. 323 c.p. la cui concreta applicabilità, tuttavia, è assai ristretta a causa della difficoltà di configurare, in simili procedure, la "*violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*", fatta naturalmente salva l'ipotesi della violazione dell'obbligo di astensione.

2. Il caso sottoposto all'attenzione della Corte.

La decisione in commento si origina da un ricorso per cassazione avverso l'ordinanza con cui il Tribunale del Riesame di Catanzaro, in accoglimento dell'appello cautelare proposto dal PM contro un'ordinanza del G.i.p. che, a sua volta, pur rigettando la richiesta di custodia cautelare aveva applicato all'indagato la misura cautelare della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio, in relazione ad un'ipotesi di turbata libertà degli incanti.

All'indagato, in qualità di Segretario Comunale e Presidente della Commissione esaminatrice con funzioni di RUP, «*si contesta di avere agevolato con collusioni e/o*

mezzi fraudolenti, in relazione al concorso per titoli ed esami per la copertura di un posto a tempo indeterminato e part time di istruttore direttivo, il superamento di detto concorso di L.A., già dipendente del comune, nonostante "fosse impegnato in una frequentazione, anche di carattere sessuale con la stessa" (così l'imputazione, quanto al capo a)»⁴.

Il G.i.p., escludendo la gravità indiziaria per un'ipotesi di 319-*quater* c.p., ha ritenuto sussistente il *fumus commissi delicti* in relazione all'art. 353 c.p.

² v. G. Gatta, *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.*, in www.sistemapenale.it, 19 giugno 2023.

³ v. G. Gatta, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 2023, nn. 7-8, pp. 161 e ss.

⁴ così si legge nel §1. del "*Ritenuto in fatto*" della sentenza in commento.

Avverso questa decisione, la difesa ha proposto ricorso per cassazione denunciando, per quanto qui di interesse, la «violazione di legge quanto al giudizio di gravità indiziaria: il tema attiene alla qualificazione giuridica del fatto».

Il Tribunale, facendo riferimento al principio secondo cui, al fine della configurabilità del reato per cui si procede, il concetto di gara comprende qualsiasi procedura pubblica finalizzata alla scelta del contraente, avrebbe erroneamente ritenuto sussistente il reato di turbata libertà degli incanti, conseguente, nella specie, a condotte fraudolente consistite "nello slittamento del concorso e nella violazione dell'obbligo di astensione".

Secondo il ricorrente, nella specie, non vi sarebbe stato nessuno slittamento del concorso e nessuna violazione dell'obbligo di astensione, e, comunque, tutte le fasi di preparazione del bando, dell'avvio della procedura, dell'approvazione dello schema e della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale sarebbero state attuate in autonomia da persona diversa dell'indagato; nella specie, si aggiunge, non vi sarebbe stata nessuna lesione al principio di libera concorrenza e al più sarebbe ravvisabile il reato di abuso d'ufficio»⁵.

3. La nozione di “gara” secondo le precedenti pronunce della Corte regolatrice.

Inquadrate il *thema decidendum* della sentenza in commento, sovrapponibile a quello delle sentenze 26225/23 e 32319/23 già citate, prima del loro esame, appare utile richiamare brevemente i principali arresti della giurisprudenza di legittimità in ordine alla definizione dell’ambito di applicazione delle fattispecie di cui agli artt. 353 c.p. e 353-bis c.p. che, come vedremo, sarà centrale nell’analisi della sentenza in commento.

In proposito, è sempre stato consolidato e pacifico l’insegnamento secondo cui «il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione nella quale la pubblica amministrazione proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il "nomen juris" conferito alla procedura ed anche in assenza di formalità»⁶; detto principio di diritto è stato affermato in una fattispecie relativa ad una "gara esplorativa", riguardante una trattativa privata autoregolamentata dalla P.A. mediante forme procedurali attuative di un meccanismo selettivo delle offerte per l'aggiudicazione di un appalto di noleggio di autovetture.

La giurisprudenza successiva ha specificato che questa interpretazione estensiva della nozione di “gara” «non integra(no) una applicazione analogica della fattispecie criminosa di cui all'art. 353 c.p., in quanto non ne allarga l'ambito di applicazione, bensì concreta una interpretazione estensiva, sulla base dell'*eadem ratio* che la sorregge e che è unica, cioè quella di garantire il

⁵ così si legge nel §2.1 del “Ritenuto in fatto” della sentenza in commento.

⁶ Cass., sez. VI, 28 gennaio 2008, n. 13124, *Mandanti*.

regolare svolgimento sia dei pubblici incanti e delle licitazioni private sia delle gare informali o di consultazione, le quali finiscono con il realizzare, sostanzialmente, delle licitazioni private»⁷.

Successivamente, in un caso relativo ad ipotesi di reato realizzate nell'ambito della «procedura di assegnazione di aree demaniali marittime ricadenti nel c.d. "compendio Multipurpose" del Porto di Genova», è stato precisato che «Il presupposto dell'interpretazione estensiva dell'art. 353 c.p., tuttavia, deve ricercarsi nella presenza di "qualificanti forme procedimentali", nel senso che, in loro difetto, nonostante l'interpello di più soggetti, non è prestabilito alcun meccanismo selettivo delle offerte e non viene in rilievo alcuna forma di competizione e di concorrenza tra gli offerenti, si rimane al di fuori dello schema concettuale della "gara" e si è in presenza di una semplice comparazione di offerte, che la P.A. è libera di valutare come meglio crede, sia pure attraverso un contestuale esame delle stesse. La possibilità di turbare la gara, dunque, esiste solo laddove c'è la possibilità di influenzare negativamente il regolare funzionamento di questo meccanismo; se esso manca, non essendovi una gara, dovrà necessariamente escludersi una sua turbativa»⁸.

Più di recente, in un procedimento relativo ad un'ipotesi di turbativa verificatasi nell'ambito di un affidamento diretto concernente un incarico di progettazione per la qualificazione della pista di atletica leggera di un impianto sportivo, sempre la Sesta Sezione ha specificato che «il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione in cui vi è una procedura di gara, anche informale e atipica, mediante la quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente, a condizione, tuttavia, che l'avviso informale di gara o il bando, o comunque l'atto equipollente, pongano i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte, sicché deve escludersi l'esistenza di una gara allorché, a prescindere dalla legittimità del meccanismo adottato, sia prevista solo una comparazione di offerte che la P.A. è libera di valutare, in mancanza di precisi criteri di selezione. (Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016, PG in proc. Cereda, Rv. 266118)», sottolineando ancora che «il delitto in questione non è configurabile nell'ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata che sia svincolata da ogni schema concorsuale, a meno che la trattativa privata, al di là del nomen juris, si svolga a mezzo di una gara, sia pure informale»⁹; pertanto, «Non può parlarsi di gara quando non vi sia una reale e libera competizione tra più concorrenti, circostanza che si verifica nel caso in cui singoli potenziali contraenti, individualmente interpellati, presentino le rispettive offerte e

⁷ Cass., sez. VI, 24 maggio 2021, n. 29581, *Tatò*.

⁸ Cass., sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237, *Novi*.

⁹ Cass., sez. VI, 24 maggio 2018, n. 38509.

l'amministrazione mantenga la facoltà di un ampio potere di apprezzamento di scelta del contraente secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati»¹⁰.

Infine, nella sentenza *Maroni*, che, com'è noto, riguardava il «conferimento di un incarico di consulenza retribuita da parte di EUPOLIS, ente per la ricerca, la statistica e la formazione della Regione (OMISSIS), sulla base di una procedura di gara esattamente confezionata, secondo la prospettazione d'accusa accolta dalle pronunce di merito, sul profilo professionale di Ca.Ma., su impulso di M. allora Presidente della Regione e con trasmissione dei suoi "desiderata" al direttore dell'ente, B.A. (separatamente giudicato) da parte di C., capo della Segreteria particolare e di G., Segretario Generale della Regione» - fattispecie sussunta sotto la fattispecie di cui all'art. 353-bis c.p. ma riqualificata dalla Corte d'Appello in 353 c.p. – la Suprema Corte ha sottolineato che «si sia in presenza di una procedura di gara, anche informale o atipica, ogni volta che la pubblica amministrazione proceda all'individuazione del contraente su base comparativa, a condizione che l'avviso informale o il bando e comunque l'atto equipollente indichino previamente i criteri di selezione e di presentazione delle offerte, ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali formulare le proprie»¹¹.

Questa sentenza appare assai significativa perché, al fine di ricostruire l'ambito di applicazione delle fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p., sottolinea che «**Nonostante la diversità strutturale di detti reati e stante la possibilità di stabilire un rapporto di progressione criminosa tra l'illecito di cui all'art. 353 bis, e quello di cui all'art. 353 c.p., o secondo una diversa prospettiva di avanzamento della soglia di penale rilevanza delle condotte dal secondo al primo, entrambi presuppongono l'esistenza, attuale quanto all'art. 353 c.p., e in divenire quanto all'art. 353 bis c.p., di una procedura di gara, evocata in maniera diretta dalla prima previsione e indiretta, mediante l'individuazione di uno stretto collegamento tra bando o atto equipollente e modalità di scelta del contraente, da parte della seconda»¹²; **dunque, secondo questa pronuncia, tra le due fattispecie sussiste un indissolubile legame di «progressione criminosa» che potremmo definire reciproca**, per cui l'una costituisce la prosecuzione della tutela penale apprestata dall'altra e viceversa.**

Non è superfluo sottolineare che, rispetto al rapporto tra le due fattispecie considerate, nella giurisprudenza di legittimità non si rinvencono pronunce di segno contrario rispetto alle affermazioni sul punto della sentenza *Maroni*. L'analisi delle sentenze sopra citate dimostra due dati inconfutabili: il primo è che, fatta salva la sentenza qui in commento e le due su cui si soffermerà

¹⁰ *ibidem*.

¹¹ Cass., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603, *Maroni*.

¹² *ibidem*.

nel prossimo paragrafo, non esiste una pronuncia in cui la Corte di Cassazione abbia affermato l'applicabilità delle fattispecie di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ai concorsi per il reclutamento del personale (detti, più genericamente, concorsi pubblici), avendo sempre incentrato la propria analisi sulle materie relative alle materie riconducibili al Codice degli Appalti; il secondo è che, sussistendo tra entrambe le fattispecie incriminatrici in esame un rapporto di «*progressione criminosa*», una volta identificato il perimetro applicativo di una risulta agevole identificare quello dell'altra.

4. Le sentenze nn. 26225/23 e 32319/23.

Le prime pronunce in cui la Suprema Corte è stata chiamata ad affrontare il citato *thema decidendum* sono le sentenze 26225/23 e 32319/23 della Sesta Sezione; quest'ultima, peraltro, pronunciata lo stesso giorno di quella in esame.

Nella prima delle due, la Corte era chiamata a giudicare su una decisione della Corte d'Appello di Milano che «*ha ritenuto provato che M.G. direttore del Parco Adda Nord, e M. F. (...) avevano uno stabile rapporto sentimentale. M.G. al fine di favorire la M.F. avrebbe turbato con mezzi fraudolenti le procedure di mobilità ai sensi dell'art. 30 d.lg. n. 165 del 2001 per la copertura di un posto di Istruttore direttivo tecnico del Parco Adda Nord (PAN), comunque allontanandone gli offerenti, riducendo illegittimamente il termine di pubblicazione del bando e fissando condizioni immotivatamente restrittive per la presentazione, tali da ostacolare la partecipazione alla selezione (capo 4); quindi, in concorso con altro soggetto separatamente giudicato, avrebbe, sempre per avvantaggiare la donna, turbato la procedura relativa al bando per il conferimento di un incarico di prestazione professionale per la funzione di Responsabile tecnico nell'ambito dell'attività di un progetto indetto dall'Ente regionale per i Servizi all'Agricoltura e Foreste (ERSAF) della Regione Lombardia (capo 5)*»¹³.

Nella seconda, invece, il caso sottoposto all'attenzione della Corte riguardava una procedura di chiamata di un professore di prima fascia, ex art. 18 L. 240/2010 (c.d. Legge Gelmini), bandita presso l'Università di Torino, in cui gli imputati «*nelle rispettive qualità di direttore della struttura complessa di chirurgia plastica, di candidata e di membro della commissione esaminatrice, avrebbero in concorso con altri, turbato la regolarità del concorso per un posto di professore universitario di ruolo di seconda fascia da coprire mediante chiamata presso il Dipartimento di scienze chirurgiche dell'Università degli studi di Torino; ciò sarebbe stato fatto - attraverso una serie di condotte*

¹³ Cass., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225.

minacciose attribuite al solo Bruschi, e con collusioni e mezzi fraudolenti - in modo tale da far risultare prima in graduatoria M.A.B.»¹⁴.

Senza addentrarci nel dettaglio delle due motivazioni – le quali sono coincidenti con quella della pronuncia in commento su cui si soffermerà più avanti¹⁵ – si deve qui evidenziare che nel primo dei due citati arresti, la Corte regolatrice ha sottolineato, in relazione all’oggetto della tutela penale apprestata dall’art. 353 c.p., che sebbene «*nell’ambito delle gare oggetto di detta fattispecie possa rientrare qualsivoglia “procedura di gara, anche informa/e o atipica, ogni volta che la pubblica amministrazione proceda all’individuazione del contraente su base comparativa, a condizione che l’avviso informale o il bando e comunque l’atto equipollente indichino previamente i criteri di selezione e di presentazione delle offerte, ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali formulare le proprie* (Sez. 6, n. 2795 del 06/12/2018, Caruso, non mass.; Sez. 6, n. 30730 del 28/03/2018, C., mass. ma non sul punto; Sez. 6, n. 9385 del 13/04/2017, dep. 2018, Giugliano, Rv. 272227; Sez. 6, n. 8044 del 21/01/2016, Cereda, Rv. 266118)», è indubbio che **la giurisprudenza «ha sempre riferito l’operatività della norma alle sole procedure indette per l’affidamento di commesse pubbliche o per la cessione di beni pubblici. Procedure che in origine erano disciplinate nella legislazione sulla contabilità generale dello Stato (rr.dd. n. 2440 del 1923 e n. 827 del 1924) e che ora trovano il proprio regime organico nel Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.»¹⁶.**

Sulla scorta di questa considerazione, la sentenza in questione ha affermato che **tra le procedure disciplinate dal Codice dei contratti pubblici «non possano rientrare i concorsi per l’accesso ad impieghi pubblici o le connesse procedure di mobilità del personale tra diverse amministrazioni»¹⁷.**

Nello stesso senso si è espressa anche la seconda delle due citate pronunce in cui, a proposito della possibilità di assimilare i c.d. concorsi pubblici, e in particolare quelli universitari, alle “gare” di cui all’art. 353 c.p., la Corte di Cassazione ha sottolineato che quest’ultima norma incriminatrice ha un perimetro applicativo limitato «*alle sole procedure indette per la cessione di un bene ovvero per l’affidamento all’esterno della esecuzione di un’opera o della gestione di un servizio*» e, dunque, **la materia dei concorsi pubblici costituisce «una materia diversa, un procedimento diverso a cui non**

¹⁴ Cass., sez. VI, 24 maggio 2023, n. 32319.

¹⁵ v. infra, §5.

¹⁶ Cass., 10 maggio 2023, cit.

¹⁷ *ibidem*.

possono essere estese le categorie di riferimento contemplate nell'art. 353 c.p.»¹⁸.

Entrambe le citate sentenze si sono soffermate anche sull'impossibilità di ricondurre le medesime procedure nell'ambito di applicazione della fattispecie di cui all'art. 353-bis c.p., evidenziando che la stessa «*non solo non incide direttamente sul dato letterale dell'art. 353 c.p., il cui testo non è mutato, ma, soprattutto, ha una valenza neutra rispetto alla questione in esame, che attiene non alla possibilità di allargare il significato del sintagma "pubblici incanti o licitazioni private" di cui all'art. 353 c.p. per farvi confluire anche gli altri procedimenti di scelta del contraente nelle procedure indette per la cessione di un bene ovvero per l'affidamento all'esterno della esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio, quanto, piuttosto, alla possibilità di ricondurre all'art. 353 c.p. una materia, quella dei concorsi, che è esterna anche rispetto all'art. 353 bis c.p.*»¹⁹.

Riepilogando, con le due sentenze citate, la Sesta Sezione afferma che le due norme incriminatrici in commento hanno un ambito di applicazione perfettamente sovrapponibile – dal momento che, rispetto all'art. 353 c.p., l'art. 353-bis c.p. mira ad «*anticipare la tutela penale, rispetto al momento di effettiva indizione formale della gara*» e «*prevenire la preparazione e l'approvazione di bandi personalizzati e calibrati proprio sulle caratteristiche di determinati operatori, ed a preservare il principio di libertà di concorrenza e la salvaguardia degli interessi della pubblica amministrazione*»²⁰ – a cui è certamente estranea la materia dei concorsi per il reclutamento del personale da parte della PA.

5. La sentenza in commento

Con la sentenza 38127/23, la Sesta Sezione della Corte regolatrice ribadisce il proprio orientamento espresso nelle sentenze appena analizzate.

Con uno sforzo encomiabile, la Corte opera una vera e propria *actio finium regundorum* sia della fattispecie di turbata libertà degli incanti sia della fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

Per entrambe, la Corte riconosce che «*le fattispecie poste a tutela delle gare pubbliche siano state nel corso del tempo oggetto di una crescente applicazione, che ha disvelato, da una parte, maggiori margini operativi, idonei a fornire risposte a fenomeni inquinanti diffusi, ma, dall'altra, numerose questioni conseguenti all'allargamento dell'ambito operativo della fattispecie. Si tratta di una espansione derivante da molteplici concorrenti ragioni*»²¹.

¹⁸ Cass., 24 maggio 2023, cit.

¹⁹ *ibidem*.

²⁰ *ibidem*.

²¹ Cass., sez. VI, 24 maggio 2023, n. 38127.

Prima di condurre la propria analisi, la Suprema Corte richiama gli approdi della Corte Costituzionale in relazione al principio di legalità, sub specie di determinatezza, e al divieto di analogia *in malam partem*, secondo cui «con la sentenza n. 115 del 2018 ha affermato: "La sentenza M.A.S. ha enfatizzato, a tal proposito, la necessità che le scelte di diritto penale sostanziale permettano all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici (paragrafo 56). Perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalorava (finanche in seno al diritto dell'Unione, in quanto rispettoso dell'identità costituzionale degli Stati membri) l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»²².

Sul punto, viene evidenziato che «Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque "una percezione sufficientemente chiara ed immediata" dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta»²³.

La sentenza annotata ricorda, altresì, che «La Corte costituzionale con la sentenza n. 98 del 2021 ha nuovamente spiegato come il divieto di analogia non consenta di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. Si è chiarito come sia il "il testo della legge - non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza - che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore" consociato possa desumere dalla sua immediata lettura»²⁴.

Pertanto – chiosa la Corte di Cassazione – «l'attività di interpretazione trova un limite nel significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore a cui il giudice non può assegnare un significato diverso da quello proprio, da quello

²² *ibidem*.

²³ *ibidem*.

²⁴ *ibidem*.

semantico, al fine di ricercare profili ulteriori in grado di colorare in senso estensivo il perimetro dell'illecito»²⁵

Fatto questo doveroso e quanto mai opportuno richiamo ai principi fondamentali che reggono il sistema penale (italiano e non solo), che costituiscono un insuperabile limite all'attività di interpretazione, la Corte affronta dapprima la questione della riconducibilità della materia dei concorsi per il reclutamento del personale alla nozione di "gara" di cui all'art. 353 c.p. La decisione annotata evidenzia subito come *«il riferimento testuale ai pubblici incanti e alle licitazioni private riveli storicamente l'intento di assicurare tutela a quelle tipologie di competizioni c.d. formali che, nell'ottica dei compilatori, erano le uniche a essere state calibrate dalle norme sulla contabilità nazionale e incastonate nei rr.dd. del 1923 e del 1924»*, sicché *«La lettera della legge, dunque, pur interpretata nel senso estensivo indicato dalla giurisprudenza, nondimeno restringe l'area di tutela e delimita il perimetro operativo della fattispecie di cui all'art. 353 c.p. alle sole procedure indette per la cessione di un bene ovvero per l'affidamento all'esterno della esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio. Non vi è nessun riferimento ai concorsi per il reclutamento del personale»*.

Ed in effetti, la Suprema Corte sottolinea che **il riferimento ai pubblici incanti o alle licitazioni private richiama, univocamente, «nozioni tecniche che hanno un loro significato infungibile e reperibile nella normativa di settore e, in particolare, nei R.D. n. 2440 del 1923 e R.D. n. 827 del 1924, nonché nel Codice degli appalti»²⁶**.

Questo dato impone di ritenere, allora, che ***«La formula semantica utilizzata dal legislatore - "gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private" - è chiara e, nonostante la interpretazione estensiva di cui si è già detto, non può essere ricondotta all'interno della fattispecie ciò che ad essa è aliunde, come appunto le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni»²⁷***

Esclusa, piuttosto categoricamente, la possibilità di un'interpretazione estensiva delle nozioni di "gara", "pubblici incanti" o "licitazioni private", nel senso di ricomprendervi le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte della PA, la Corte compie uno sforzo ulteriore analizzando la possibilità di sussumere le citate procedure concorsuali sotto l'ambito della fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui all'art. 353-bis c.p.

Al riguardo, i giudici di legittimità osservano che quest'ultima fattispecie è stata *«introdotta dal legislatore con la L. 13 agosto 2010, n. 136, art. 10 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di*

²⁵ *ibidem*.

²⁶ *ibidem*.

²⁷ *ibidem*.

normativa antimafia) con l'obiettivo di sterilizzare le condotte finalizzate a turbare le fasi preliminari di una gara, così da arginare i possibili vuoti di tutela che la disposizione di cui all'art. 353 c.p. aveva creato anche a seguito di indirizzi giurisprudenziali secondo cui il reato di turbata libertà degli incanti, anche sub specie di tentativo, non sarebbe configurabile nei casi in cui alla commissione di una delle condotte ivi enucleate non faccia seguito la pubblicazione del bando di gara e, quindi, il formale avvio della stessa procedura selettiva (in tal senso, da ultimo, Sez. 5, n. 26556 del 13/04/2021, Giamogante, Rv. 281470)»²⁸; richiamando i lavori preparatori²⁹, viene sottolineato che «La ratio della norma è normalmente individuata nelle esigenze di anticipare la tutela penale, rispetto al momento di effettiva indizione formale della gara»³⁰.

Chiarito l'oggetto della tutela penale apprestata (anche) da quest'ultima fattispecie, la sentenza – analogamente alle altre due sentenze richiamate nel precedente paragrafo – sottolinea che **la materia dei concorsi pubblici «è esterna anche rispetto all'art. 353 bis c.p.»**³¹.

Esclusa la possibilità di far rientrare simili procedure concorsuali nell'ambito delle due fattispecie in considerazione, i Giudici di legittimità osservano che «I fatti in esame non possono essere ricondotti alla fattispecie di turbata libertà degli incanti, ma al più al reato di abuso di ufficio, ove ne siano sussistenti i presupposti e ciò anche alla luce delle modifiche apportate all'art. 323 c.p. dalla L. 16 luglio 2020, n. 176, con particolare riguardo alla necessità, ai fini della integrazione della fattispecie, che vi sia una violazione di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge dalle quali non residuino margini di discrezionalità"»³².

6. Le ragioni che rendono condivisibile la decisione della Corte di cassazione.

²⁸ *ibidem*.

²⁹ cfr. *Relazione Conclusiva della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, approvata dalla Commissione il 22 gennaio 2013, p. 691, secondo cui «Si tratta di una fattispecie residuale, applicabile, in virtù di espressa clausola di riserva, solo nelle ipotesi in cui il fatto non costituisca un reato più grave, che, tuttavia, è importante in quanto colma ogni vuoto di tutela incriminando anche quei tentativi di condizionamento che avvengono «a monte» degli appalti pubblici e che, attraverso la personalizzazione dei requisiti per la partecipazione alle gare di appalto, si traducono in un condizionamento delle modalità di scelta del contraente con alterazione del principio della libera concorrenza».

³⁰ Cass., 24 maggio 2023, *cit*.

³¹ *ibidem*.

³² *ibidem*.

La decisione annotata, nella parte in cui sancisce l'inapplicabilità di entrambe le fattispecie considerate alle procedure di concorsuali di reclutamento del personale da parte della PA, appare senz'altro condivisibile e meritevole di apprezzamento per diversi ordini di ragioni, alcuni dei quali non desumibili dal testo della motivazione, su cui ci si soffermerà di qui ad un momento.

6.1. Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale.

Un primo elemento da considerare attiene all'assenza di pronunce di legittimità che, sin dall'entrata in vigore delle fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p., ne abbiano affermato l'applicabilità alle procedure concorsuali di reclutamento del personale da parte della PA.

In proposito, il riferimento all'interpretazione "espansiva" della nozione di "gara" contenuto nella prima parte della motivazione rischia di essere, ad una lettura superficiale, ingannevole: se non si tenesse in debita considerazione la giurisprudenza sopra analizzata³³, si potrebbe pensare che la Suprema Corte abbia, nei propri precedenti, affermato che nella nozione allargata di "gara" si debbano ricomprendere i c.d. concorsi pubblici.

In realtà, come detto, tutte le sentenze precedenti che si sono registrate hanno avuto ad oggetto procedure che rientrano nel c.d. Codice degli Appalti; una materia, dunque, ben diversa dai c.d. concorsi.

Questa circostanza – che, probabilmente, avrebbe meritato una sottolineatura da parte della sentenza qui commentata, così come nelle 26225/23 e 32319/23 – consente allora di rilevare come la giurisprudenza di legittimità non abbia mai affermato che i concorsi pubblici rientrano nell'ambito di applicazione delle norme incriminatrici in commento.

L'inesistenza di precedenti pronunce che abbiano riconosciuto l'applicabilità delle due fattispecie in questione ai concorsi pubblici impone, in aggiunta alle valutazioni effettuate dai giudici di legittimità in ordine al principio di legalità, sub specie di determinatezza, e al divieto di analogia *in malam partem*, una riflessione ulteriore sul principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Non è certamente questa la sede per un approfondimento sul principio in commento; qui basti ricordare che esso costituisce una «*garanzia ulteriore offerta dall'art. 7 Cedu [...] in base alla quale l'individuo deve poter fare "legittimo affidamento sulla interpretazione che di quella norma abbiano fornito i giudici interni, avendo — così — un preciso diritto a non essere sorpreso ex post da estensioni interpretative di quella stessa norma non prevedibili ex ante"*»³⁴; come osservato in dottrina, «*Tale principio, che è stato ripreso anche della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso Danone,*

³³ v. *supra*, § 3.

³⁴ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016, p. 14.

vieta in definitiva una interpretazione estensiva che imprevedibilmente applichi una fattispecie penale a fatti che, secondo la precedente prassi giurisprudenziale, ne erano esclusi»³⁵.

L'applicazione di questo principio alla *quaestio juris* affrontata dalla sentenza in esame impone di escludere la possibilità di ricomprendere nei reati di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p. i c.d. concorsi pubblici.

In presenza di norme incriminatrici la cui lettera – come rilevato dalla Corte regolatrice – non lascia spazio a dubbi interpretativi e in assenza di precedenti della giurisprudenza di legittimità che confortino questa soluzione, una simile opzione interpretativa³⁶ costituirebbe una decisione giurisprudenziale assolutamente imprevedibile che, in ossequio al principio di prevedibilità sopra richiamato, costituirebbe una grave violazione dell'art. 7 Cedu.

Dunque, già sotto questo aspetto, la pronuncia annotata risulta pienamente condivisibile.

6.2. La definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 353-bis c.p.

Un ulteriore profilo di condivisibilità della pronuncia in esame attiene ai principi di diritto espressi in relazione alla fattispecie di cui all'art. 353-bis c.p. Nell'escludere, piuttosto decisamente, la possibilità che la materia dei concorsi possa rientrare nel perimetro applicativo di quest'ultima, i giudici di legittimità identificano la *ratio* della norma «nella esigenza di anticipare la tutela penale, rispetto al momento di effettiva indizione formale della gara»³⁷. Questa sottolineatura ci consente di cogliere come la definizione di "gara" – e, dunque, dell'ambito di applicazione della fattispecie di turbata libertà degli incanti – sia indispensabile anche per definire il perimetro applicativo (anche) dell'art. 353-bis c.p.

In effetti, che quest'ultimo coincida – così come per l'art. 353 c.p. – con quello del Codice degli Appalti lo si desume anche dall'analisi della formula "procedimento di scelta del contraente"; in proposito, nonostante la sentenza non si soffermi sull'esatto significato da attribuire a detta formula, essa fornisce comunque gli strumenti per rintracciarne il significato all'interno del panorama normativo italiano.

In particolare, così come le formule "pubblici incanti" e "licitazioni private" – contenute nell'art. 353 c.p. – costituiscono «*nozioni tecniche*» che «*hanno un loro significato infungibile e reperibile nella normativa di settore e, in*

³⁵ G. Grasso, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza: la sfida della legalità*, in Paliero-Viganò-Basile-Gatta, *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, p. 58.

³⁶ Si allude alla possibilità di ricomprendere nelle nozioni di "gara", "pubblici incanti", "licitazioni private" e "procedimento di scelta del contraente"

³⁷ Cass., 24 maggio 2023, *cit.*

*particolare, nei R.D. n. 2440 del 1923 e R.D. n. 827 del 1924, nonché nel Codice degli appalti»³⁸, altrettanto deve dirsi rispetto alla formula “procedimento di scelta del contraente”: questa formula – costituente anch’essa, al pari di quella di “gara”, una nozione tecnica – fa riferimento alle “procedure per la scelta del contraente” disciplinate dagli artt. 59 e ss. del vecchio Codice degli Appalti di cui al d.lgs. 50/2016 e, oggi, nella Parte IV del nuovo Codice degli Appalti (d.lgs. 36/2023³⁹), denominata anch’essa “ *Delle procedure di scelta del contraente*”.*

Le procedure descritte nelle due sezioni del Codice degli Appalti sopra individuate non hanno nulla a che vedere con i concorsi per il reclutamento del personale.

D’altro canto, che l’ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice in commento coincida con quello degli appalti pubblici si evince anche dalla concorde opinione di tutti i commentatori; al riguardo, al di là delle pronunce della giurisprudenza sopra menzionate⁴⁰, si possono citare riassuntivamente:

- la relazione conclusiva redatta dalla Commissione Parlamentare d’inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali in cui, commentando l’art. 10 della L. 136/2010 (che ha introdotto la disposizione incriminatrice *de qua*) ha univocamente affermato che trattasi di una fattispecie incriminatrice di carattere residuale applicabile a «*quei tentativi di condizionamento che avvengono «a monte» degli **appalti pubblici***»⁴¹;
- l’Ufficio del Massimario della Corte Regolatrice, secondo cui «*Attraverso l’art. 353-bis c.p., si è inteso evitare ogni vuoto di tutela, incriminando anche quei tentativi di condizionamento “a monte” degli **appalti pubblici** che risultino, ex post, inadeguati ad alterare l’esito delle relative procedure. L’illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, finalizzata a condizionare le modalità di scelta del contraente (ad esempio, mediante la “personalizzazione” dei requisiti prescritti), determina, già di per sé sola, l’applicazione delle sanzioni penali*»⁴²;
- l’osservazione di una parte della dottrina che ha sottolineato come con l’art. 353-bis c.p. «*sarebbe stato colmato un vuoto di tutela; vuoto di tutela (...) che probabilmente è stato percepito con maggiore*

³⁸ *ibidem*.

³⁹ Detta parte contiene gli artt. da 70 a 76 del predetto Codice.

⁴⁰ v. *supra* §2.

⁴¹ *Relazione Conclusiva della Commissione Parlamentare d’inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, approvata dalla Commissione il 22 gennaio 2013, p. 691

⁴² Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. III/11/10 del 10 settembre 2010, p. 19.

*intensità a seguito di una presa di posizione da parte della giurisprudenza che ha sancito l'inesistenza del reato di turbata libertà degli incanti, anche sub specie di tentativo, nell'ipotesi in cui alla commissione di una delle condotte ivi enucleate non avesse fatto seguito la pubblicazione del bando di **gara** e, quindi, il formale avvio della stessa procedura»⁴³.*

Probabilmente, la circostanza che la formula "procedimento di scelta del contraente" sia stata sempre interpretata nel senso di ricomprendervi soltanto le procedure per la fornitura di beni o di prestazioni di servizi di cui al Codice degli Appalti ha indotto i giudici di legittimità a ritenere superflua un'analisi approfondita della medesima norma, proprio alla luce del principio di legalità e dei suoi corollari.

7. Il ruolo dell'abuso d'ufficio nella tutela penale delle turbative nei concorsi pubblici.

Chiarite le ragioni che rendono assai condivisibile la decisione qui annotata, non si può omettere una breve considerazione sulla fattispecie di abuso d'ufficio e sul rischio di un *revirement* giurisprudenziale rispetto all'inapplicabilità dei reati in esame ai concorsi pubblici così come affermato dalla sentenza annotata.

Esclusa la possibilità di ricondurre le condotte di turbamento delle procedure di concorso per il reclutamento del personale nell'ambito delle fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p., «*I fatti in esame non possono essere ricondotti alla fattispecie di turbata libertà degli incanti, ma al più al reato di abuso di ufficio, ove ne siano sussistenti i presupposti e ciò anche alla luce delle modifiche apportate all'art. 323 c.p. dalla L. 16 luglio 2020, n. 176, con particolare riguardo alla necessità, ai fini della integrazione della fattispecie, che vi sia una violazione di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge... dalle quali non residuino margini di discrezionalità"*»⁴⁴.

Tuttavia, come messo in luce da autorevole dottrina, l'eventuale abrogazione dell'abuso d'ufficio rischia di determinare un forte vuoto di tutela; si allude all'autorevole posizione secondo cui «*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*

⁴³ N. Madia, *Considerazioni sulla "nuova" fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente e sulla linea di confine che la separa dal delitto di turbativa d'asta: questioni di diritto intertemporale*, in Cass. pen., fasc. 5, 2014, p. 1555.

⁴⁴ Cass., 24 maggio 2023, *cit.*

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»⁴⁵.

A parere di chi scrive, però, l'esigenza di tutela penale potrebbe non essere soddisfatta appieno dalla fattispecie di abuso d'ufficio poiché, a seguito della riforma del 2020, essa sarebbe comunque di difficile applicazione e, in definitiva, non del tutto confacente rispetto alle esigenze di tutela penale: in effetti, al netto dell'ipotesi della violazione dell'obbligo di astensione, configurare la violazione di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità" è tutt'altro che un'operazione agevole posto che nel nostro ordinamento non esiste una norma che, con specificità, vieti i favoritismi nelle procedure concorsuali, eliminando così margini di discrezionalità nell'agire del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio; né, a tal fine, potrebbe venire in rilievo l'art. 97 Cost. posto che la riforma del 2020 «*ha ristretto l'ambito applicativo dell'[art. 323 c.p.](#), determinando l'"abolitio criminis" delle condotte, antecedenti all'entrata in vigore della riforma, realizzate mediante violazione di norme generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di comportamento specifiche ed espresse, o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, sicché deve escludersi che integri il reato la sola violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'[art. 97 Cost.](#), comma 3*»⁴⁶.

Ecco, allora, che anche la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., nell'attuale formulazione, rischia di rilevarsi non del tutto idonea a garantire quella tutela penale che si richiederebbe per le turbative svolte nell'ambito dei concorsi pubblici.

Ciononostante, si ritiene di dover condividere quelle posizioni della dottrina appena citate che si sono schierate contro l'abrogazione dell'abuso d'ufficio, in quanto «*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*

⁴⁵ G. Gatta, *Concorsi pubblici "turbati"*, op. cit.

⁴⁶ Cass., sez. VI, 11 luglio 2023, n. 38125; nello stesso senso si è espressa anche la Corte Costituzionale nella sentenza 8/2022, in cui ha sottolineato che dal tenore della riforma «***risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.***; richiedendo che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare "margini di discrezionalità" si vuol negare rilievo al compimento di atti viziati da eccesso di potere».

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. E' 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 ritrarsi 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? E' ragionevole punire il conflitto di interesse dei soli amministratori privati e non anche di quelli pubblici? E' verosimile, d'altra parte, che anche i dati sulle condanne per quest'altro reato evidenzino numeri risicati...»⁴⁷.

Inoltre, la difficile configurabilità della fattispecie di abuso d'ufficio reca con sé il rischio di interpretazioni volte ad estendere l'ambito di applicazione delle fattispecie incriminatrici residuali animate dall'intento di colmare vuoti di tutela penale: si pensi, come testimoniano le tre decisioni di merito sottoposte allo scrutinio della Sesta Sezione nelle tre sentenze sopra analizzate, al rischio di un'interpretazione estensiva e *contra legem* – fortunatamente scongiurato, almeno per il momento, dall'intervento della Corte di Cassazione nelle sentenze sopra menzionate – della nozione di

⁴⁷ *ibidem*; v., altresì, G. Gatta, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso d'ufficio*, cit., pp. 161 e ss., in cui si osserva, in relazione alle turbative inerenti le procedure di reclutamento dei professori universitari, che «In un Paese che fatica a riconoscere il merito – nonostante un Ministero sia oggi intitolato, appunto, all'Istruzione e al Merito – e nel quale malcostume e malaffare nella pubblica amministrazione non sono rarità – purtroppo, talora, anche nelle università – desta preoccupazione l'idea di un vuoto di tutela penale come quello che si prospetta leggendo la sentenza qui brevemente annotata. È una preoccupazione della quale dovrebbe farsi carico il legislatore, proprio perché, in ossequio alla riserva di legge e al principio della separazione dei poteri, non può farsene carico il giudice. Questa è, in fondo, la lezione della Cassazione, fedele ai principi costituzionali.

L'assenza di un presidio penalistico è grave in chiave di prevenzione, prima che di repressione. Dopo questa sentenza, e con un abuso d'ufficio moribondo, ad avere meno "paura della firma" saranno non i sindaci, ma i professori commissari di concorso che non rispettano le regole e il merito. Non è un bel messaggio per il Paese, per le nuove generazioni e per gli osservatori internazionali».

“gara” per sussumere sotto l’ambito di applicazione degli artt. 353 e 353-*bis* c.p. comportamenti riprovevoli che, diversamente, non ricadrebbero sotto l’ambito di applicazione di alcuna fattispecie incriminatrice.

A sommo avviso dello scrivente, l’analisi di questo rischio avrebbe dovuto precedere la presentazione della proposta di abrogazione della fattispecie di cui all’art. 323 c.p.

Naturalmente, stante il chiaro tenore letterale delle citate fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p., l’auspicio non può che essere quello che l’orientamento espresso dalla sentenza annotata venga mantenuto fermo anche nell’ipotesi in cui, abrogando l’abuso d’ufficio, ci si interroghi nuovamente sulla possibilità di applicarle estensivamente a procedure diverse da quelle disciplinate dal Codice degli appalti per colmare possibili vuoti di tutela.

Invero, «*anche a voler ammettere, in assenza di specifiche figure di reato che incriminano l’alterazione dello svolgimento dei concorsi per il reclutamento del personale presso la Pubblica Amministrazione, una possibile lacuna normativa, deve essere ribadito come la pretesa esigenza di colmarla non possa essere affidata all’estensione analogica degli schemi delittuosi*»⁴⁸

8. Conclusioni.

La sentenza commentata costituisce un opportuno richiamo, rivolto ai giudici di merito, volto a impedire che si possano avere interpretazioni estensive della nozione di “gara” o di “procedure di scelta del contraente” tese ricomprendervi concorsi pubblici che, obiettivamente, nulla hanno a che vedere con le procedure indette per la cessione di un bene ovvero per l’affidamento all’esterno della esecuzione di un’opera o della gestione di un servizio.

Il monito lanciato dalla Corte di cassazione è netto e non ammette possibili discostamenti: non si possono applicare estensivamente le fattispecie di cui all’art. 353 e 353-*bis* c.p. al fine di rendere punibili condotte che, diversamente, non ricadrebbero sotto l’ambito di applicazione di altre fattispecie.

Naturalmente, l’auspicio di qualunque operatore del diritto è che, anche nell’ipotesi in cui si concretizzasse l’abrogazione dell’abuso d’ufficio, i principi di diritto espressi dalla Corte regolatrice, da ultimo, nella sentenza in commento vengano mantenuti fermi perché, in caso contrario, si determinerebbe un inammissibile vulnus al principio di legalità e la violazione del divieto di analogia in *malam partem*.

⁴⁸ I. Fina, *Concorsi pubblici “truccati”: il divieto di analogia in malam partem impedisce la configurabilità del delitto di turbativa d’asta*, in *Diritto Penale e Processo*, 1, 2024, Wolters Kluwer, p. 62.



GIURISPRUDENZA PENALE WEB, 2024, 6