

QUESTIONI APERTE

MAURIZIO FUMO

Abuso d'ufficio, falso valutativo e controllo del giudice amministrativo

SOMMARIO: 1. “A prescindere”, ovvero il noumeno giudiziario. - 2. *Hysteron proteron*. - 3. Effetto soglia. - 4. Art. 323 c.p.

1. *A prescindere ovvero il noumeno giudiziario.*

“*Conoscere per deliberare*”: è noto l'insegnamento che un grande del Novecento ha inteso condensare in queste tre parole. In realtà si tratta di un monito, di un *memento*, non di una sconvolgente indicazione metodologica. Conoscere per deliberare è (dovrebbe essere) l'ordinaria trafila psicologica di ogni decisore. Così, ad esempio, le sentenze, prima del “*considerato in diritto*”, riportano un - non evitabile - “*ritenuto in fatto*”, anche perché, come da molti secoli è noto (dovrebbe), *da mihi factum...* con quel che segue.

Certo: è possibile anche deliberare senza (voler) conoscere; ciò accade quando si è comunque deciso come deliberare. Insomma, deliberare ... “*a prescindere*” (come un altro pensatore del secolo scorso ci ha insegnato a dire).

E infatti a volte si leggono - proprio nelle sentenze - affermazioni che potrebbero far dubitare che il giudice abbia inteso adottare il criterio esplicitato nella nota formula einaudiana.

È il caso della sentenza T.A.R. Puglia n. 418/2017 del 23/5/2018, che, in tema di ricorso per l'annullamento di una procedura concorsuale, cui era connesso un episodio di mancata ostensione di documenti rilevanti, reca un passaggio che val la pena riportare integralmente. È il seguente: “*la mancata conoscenza degli atti, evidentemente, non incide sulla loro legittimità o di quelli successivi e, nella specie, sulla legittimità della procedura concorsuale, ma esclusivamente, sulla eventuale conoscenza dei vizi degli stessi. In altre parole, non vi è un nesso di dipendenza necessaria tra la mancata ostensione degli atti istruttori e la denunciata illegittimità dell'atto conclusivo del procedimento, pur non mancandosi di evidenziare che eventuali condotte fraudolente (pur se non emerse in modo specifico nel corso del presente processo) possano trovare concreta sanzione in altra sede (disciplinare ovvero penale)*”.

Come dire che, per accertare se un atto è legittimo, oppure no, non è affatto necessario conoscere l'atto stesso (sarà legittimo “a prescindere”?) e/o i suoi precedenti (atti preparatori, atti ricognitivi ecc.). Per tale ragione il T.A.R., rilevando che il ricorrente (che chiameremo prof. A) non ha contestato in

sede giurisdizionale il diniego di accesso agli atti, rigetta l'istanza proposta dallo stesso con la quale era stata chiesta l'acquisizione: 1) della documentazione depositata dai candidati per la fase preliminare; 2) della documentazione relativa ai flussi contabili dal Comune di OMISSIS per le prestazioni professionali di uno dei componenti della Commissione di valutazione (che chiameremo C) e, infine, 3) della registrazione fonografica e degli allegati al verbale della riunione del Consiglio di Dipartimento dell'università.

Secondo il giudice amministrativo, si tratta di "*elementi non necessari ai fini del decidere*". E dunque, per comprendere se una licenza, un'autorizzazione, una confisca (ma anche, perché no? se il principio ha valore universale: un'ordinanza di custodia cautelare) siano provvedimenti emessi in presenza dei presupposti di fatto e di diritto che li giustifichino, non è necessario leggere gli atti, i documenti, i pareri che hanno preceduto il provvedimento in questione (*sic!*). Portando il discorso alle estreme (ma inevitabili) conseguenze, il "principio" si può applicare anche alla valutazione in fase di merito delle sentenze, inclusa, *ça va sans dire*, la stessa sentenza che ci stiamo sforzando di commentare.

Ora, è certamente vero che "*non vi è un nesso di dipendenza necessaria*" tra il fatto che gli atti siano rimasti indisponibili e il fatto che essi siano tacciati (o sospetti) di illegittimità, ma ci sembra incontestabile che, se non vi è stata "*l'ostensione*", non si potrà formulare giudizio alcuno sulla legittimità di tali atti (non "*ostensi*"). Ed è dunque evidente - come appena sopra riportato - che il T.A.R. (al pari del ricorrente, prof. A) tali atti non ha mai esaminato, appunto perché ha ritenuto di non chiederne l'acquisizione. Sono rimasti un "noumeno giudiziario": presupposto, ma inconoscibile. Ci si è fidati (ciecamente) dell'autorevolezza e della correttezza (a prescindere) dell'ente universitario? *Discipuli jurant in verba magistri* verrebbe da dire. Il discorso, già piuttosto surreale, dovrebbe però assumere una piega diversa quantomeno quando all'orizzonte si profila un'ipotesi di reato: le "*eventuali condotte fraudolente*", cui *en passant* fa riferimento la sentenza attengono alla indisponibilità (*pardon*, alla mancata ostensione) dei documenti? Ora è pur vero che la prospettiva del giudice amministrativo è diversa da quella del giudice penale, perché diverse sono le finalità dei due ambiti giurisdizionali, ma il fatto nella sua materialità non dovrebbe essere mai ignorato. Non è forse *ex facto* che *oritur jus*? Nel caso in esame - sembra - non fossero più disponibili (comunque non sono stati mostrati al candidato "perdente") i documenti depositati dal vincitore (che chiameremo prof. B). E poiché il prof. A (il ricorrente, appunto) contesta che il *curriculum* del prof. B non sia prestigioso quanto il suo

(anzi sostiene il contrario), ci sembra ovvio che quella documentazione (e dunque la possibilità di conoscerne il contenuto) fosse rilevante, non solo per A, ma anche per il giudice. Questo almeno è quanto ci pare di poter dedurre dal testo della sentenza stessa, atteso che la conoscenza dei fatti da parte di chi scrive è certamente una conoscenza *per relationem*, cioè acquisita solo attraverso la lettura della sentenza che si commenta (e di un parere dell'A.N.A.C., come si specificherà in seguito).

Ma procediamo con ordine (inverso).

1. *Hysteron proteron.*

Il giudice amministrativo manifesta - correttamente - il dichiarato proposito di non incidere su di un provvedimento, a meno che esso non sia affetto da “*macroscopici vizi logici che rendano sindacabile [...] il potere discrezionale della Pubblica amministrazione*” (così testualmente la sentenza). È infatti noto ed ovvio che il giudice non debba (e non possa) sostituirsi alla P.A. con funzione vicaria o, addirittura, avocatoria. Il rispetto delle reciproche sfere di attribuzione e i limiti interni della giurisdizione amministrativa impongono tale limitazione, ferma restando la doverosa censura di decisioni amministrative macroscopicamente illogiche o fondate su evidenti errori di fatto o di diritto. Ciò tuttavia non legittima affatto, a nostro parere, un approccio “atomistico” alle questioni che tale giudice è chiamato a risolvere; e tanto, a maggior ragione, quando siano ravvisabili (anche in astratto) gli estremi di una condotta penalmente rilevante. Ne va della unitarietà (e della coerenza e credibilità) della giurisdizione. E che l’esistenza di tali estremi il T.A.R. Puglia abbia intravisto emerge, non solo dal passaggio incidentale sopra citato (sia pur temperato dal parentetico inciso che fa riferimento a un indefinibile “*modo specifico*” in cui la *notitia criminis* dovrebbe emergere), ma anche dalla acquisizione da parte dello stesso giudice pugliese (insieme con gli altri documenti “ostensi” - questi sì - dalla amministrazione universitaria) del parere n. 384 del 20/3/2017 dell’ A.N.A.C., il quale reca (p.4) “... *in data [...] l’istante ha trasmesso per conoscenza all’Autorità l’esposto-denuncia [...] presentato alla Procura della Repubblica presso il Tribunale [...], al fine di chiedere l’intervento della autorità giudiziaria per valutare l’eventuale rilevanza degli atti svolti nel corso della procedura in oggetto*”. Che poi una tale precisazione nel documento della Autorità anticorruzione costituisca un fuor d’opera, avendo essa, in tal modo, proceduto a una *discovery* che non le competeva e che avrebbe potuto compromettere l’attività di indagine, è altro discorso. Re-

sta la circostanza che il T.A.R., anche per questa via, risultava informato che il caso era all'attenzione del giudice penale.

Il fatto è che - probabilmente - al giudice amministrativo manca la metodologia di un approccio sintomatico (piuttosto che, come si è detto, atomistico) alle questioni che vengono sottoposte alla sua attenzione. Ma il principio in base al quale *quae singula non probant, simul unita probant* dovrebbe circolare in tutto l'ordinamento. Esso, oltretutto, oltre ad essere un collaudato canone ermeneutico¹, è anche una acquisizione del comune buon senso, dal quale il giudicante (qualsiasi giudicante!) non dovrebbe mai allontanarsi.

E, nel caso in esame, gli elementi sintomatici (che avrebbero quantomeno dovuto mettere in allarme il giudice amministrativo) erano certamente più d'uno. Innanzitutto, la già ricordata (ma per il T.A.R. irrilevante) indisponibilità dei documenti depositati; in secondo luogo, la composizione della Commissione di valutazione; in terzo luogo, il sibillino verdetto della Commissione stessa; in quarto luogo, la deliberazione del Consiglio di Dipartimento, che, ha interpretato, contro logica e semantica (ma non era composto di professori universitari?), il *dictum* della Commissione di valutazione; in quinto luogo, il parere dell'A.N.A.C. sul denunciato conflitto di interessi di uno dei componenti la Commissione, parere, per la verità, non cristallino, ma che pure conclude pilatescamente, evidenziando il sospetto di un conflitto di interessi potenziale e invitando l'università a un più penetrante controllo delle dichiarazioni (e della posizione) dei commissari in sede concorsuale. Ma solo ... per il futuro.

Affrontando, uno per uno (appunto atomisticamente) i punti critici sopra enumerati, il T.A.R. crede di superarli, ma, a parte la dubbia correttezza metodologica di un simile *modus procedendi*, l'intima fragilità della sentenza che si esamina viene denunciata anche dalla scarsa tenuta logica della sua trama argomentativa.

Intendiamo dimostrarlo partendo dall'epilogo della sentenza e rovesciando, per così dire, l'accidentato percorso motivazionale seguito dal T.A.R. (appunto: *hysteron proteron*).

Va al proposito posto in evidenza che il giudice era chiamato a pronunziarsi, non solo sul ricorso di A, ma anche sul ricorso incidentale di B, con il quale il

¹ Si tratta di antica acquisizione della giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., Sez. I, Pirisi, in *Mass. Uff.*, n. 191303; Id., Sez. I, Pinto, *ivi*, n. 165894, Id., Sez. II, Marangoni, *ivi*, n. 151525) della quale si è fatto, poi, largo uso in tema di chiamata in correità, anche *de relato* (cfr. Cass., Sez. un., 29 novembre 2012, Aquilina, in *Mass. Uff.*, n. 255143 e, tra le più recenti, Cass., Sez. II, 28 marzo 2017, Cataldo, *ivi*, n. 270291, Cass., Sez. I, 6 febbraio 2018, Sacco, *ivi*, n. 275164).

predetto, in qualità di controinteressato, sosteneva che la Commissione aveva gravemente errato col ritenere che l'altro candidato (prof. A) fosse in possesso di un profilo professionale adeguato alle esigenze (didattiche, di ricerca e scientifiche) richieste dal Dipartimento. In sostanza, con il ricorso incidentale, veniva contestata da parte di B la legittimità dei verbali della Commissione (e degli atti conseguenti), per violazione del Regolamento sulle procedure di chiamata e del bando di concorso, nonché l'eccesso di potere per travisamento dei fatti ed insussistenza dei presupposti. Insomma, il prof. B chiedeva al giudice amministrativo di affermare che la Commissione aveva errato nel formulare giudizio di idoneità nei confronti del prof. A. Dunque, B ha ritenuto che la Commissione avesse giudicato A idoneo (cioè qualificato).

Il T.A.R., tuttavia, non condividendo l'assunto del ricorrente incidentale (B), da un lato, ricorda, parafrasando - a quanto è dato comprendere - la Commissione, "*il prestigioso curriculum del ricorrente* (scil: di A), *in ordine alle ragioni della ritenuta congruità*" (testuale), dall'altro, fa riferimento alle "*complessive, articolate, poliedriche (non solo nazionali) esperienze*" di A e ne ricorda la "*apprezzabile produzione scientifica*" (sempre testuale) e quindi non ravvisa alcun elemento di irragionevolezza nel giudizio della Commissione. E dunque non accoglie nemmeno il ricorso incidentale.

Ora è inevitabile chiedersi come si concili un così encomiastico giudizio sul profilo professionale del ricorrente principale (A) con la condivisione del verdetto della Commissione di valutazione in relazione al medesimo candidato, anzi con la interpretazione *in malam partem* della formula sintetizzante tale verdetto. Secondo il giudice amministrativo, infatti, la Commissione nel definire A "*meno qualificato*" rispetto a B, ha usato un'espressione di cortesia in quanto, in realtà, aveva voluto intendere "*non qualificato*" (eppure lo stesso B aveva opinato che A fosse stato ritenuto dalla Commissione, sia pure erroneamente, idoneo). Ma, se questa è la lettura data dal T.A.R., esso avrebbe dovuto - coerentemente - accogliere il ricorso incidentale di B, che proprio alla dichiarazione di inidoneità (non qualificazione/qualificabilità) di A mirava. Viceversa, per il giudice amministrativo, la Commissione e il Consiglio non hanno operato scorrettamente nel dichiarare A inidoneo, e tuttavia B ha torto quando sollecita al T.A.R. una pronunzia nello stesso senso. Insomma: il ricorrente (A) è titolare, secondo il T.A.R. di un *curriculum* prestigioso, ha avuto esperienze professionali nazionali ed estere, ha una produzione scientifica, non solo apprezzabile, ma anche articolata e poliedrica, ma la Commissione ha correttamente operato quando lo ha giudicato non idoneo (sia pure usando l'espressione - formalmente edulcorata, ma sostanzialmente

liquidatoria - “meno qualificato”)! Ci sembra un caso di scuola di motivazione contraddittoria.

Non basta: il giudice (e prima di esso il Consiglio di Dipartimento, interpretando le sibille del Commissione di valutazione) arbitrariamente “trasforma” un comparativo in una negazione. “*Meno qualificato*” infatti presuppone una valutazione (appunto) comparativa. Il che, in un giudizio sulla mera idoneità, sembra abbastanza singolare. Se A è meno idoneo (meno qualificato) di B, B è più idoneo (più qualificato) di A (*monsieur de La Palisse* non saprebbe esprimersi meglio); ciò non toglie che A una qualche dose di idoneità la possieda (sia pure in misura inferiore a B) e dunque non è definibile “non idoneo” (o non qualificato), ma semplicemente titolare di un *quantum* di idoneità (“qualificazione”), che, seppur minore di quello che connota B, rientra nei limiti previsti (altrimenti sarebbe - appunto - “non idoneo”). Ora, a prescindere (ancora?) dalla bizzarra opinione in base alla quale il giudizio di idoneità possa essere, non di tipo binario (idoneo/non idoneo), ma, appunto, di natura comparativa (e chissà che non esista anche la dimensione superlativa: molto idoneo, moltissimo idoneo, idoneissimo!), resta il fatto che se A ha un *curriculum* prestigioso e poliedriche esperienze, anche in campo internazionale e, ciò non di meno, $A < B$ (e quindi $B > A$), B probabilmente sarà una *superstar* nel suo settore scientifico. È questo ciò che ha voluto significare la Commissione?

Ciò non toglie che anche A, nel suo piccolo, in quanto idoneo (anche se non idoneissimo), doveva ritenersi aver superato il vaglio della Commissione. Conseguentemente il Consiglio di Dipartimento non avrebbe potuto trincerarsi dietro il *dictum* della Commissione ed evitare di esprimere una sua valutazione, quasi fosse possibile limitarsi, nel caso al suo esame, ad una mera ricognizione di un giudizio che la Commissione non poteva esprimere.

Si dirà: ma si versa in tema di valutazioni. E la valutazione può essere condividibile, oppure no, ovvero metodologicamente corretta o discutibile. Difficile definirla errata, impossibile qualificarla falsa. Ebbene, come è noto (dovrebbe esserlo), la giurisprudenza penale ha da tempo, ma anche recentemente, affermato che può sussistere il c.d. falso valutativo. Invero quando “l’agente, *in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, se ne discosti consapevolmente e senza fornire adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni*”,² la valutazione può essere definita “fal-

² Così testualmente Cass., Sez. unite, 31 marzo 2016, Passarelli, in *Mass. Uff.*, n. 266803, in tema di false comunicazioni sociali ex art 2621 cod. civ., ma la giurisprudenza in tema di falso valutativo è al-

sa (peraltro, consapevolmente falsa). E dunque, a maggior ragione, se sono violati tanto i principi basilari della logica, quanto alcune norme regolamentari, è palese che una valutazione che su tali fallaci presupposti si fondi non può che essere “falsa”.

Altro discorso è, ovviamente quello sulla eventuale responsabilità penale di colui/coloro che tale falsità abbia/abbiano consumato, in quanto, come è noto, i delitti di falso sono delitti dolosi e non è certo compito del giudice amministrativo quello di accertare la natura dell'elemento psicologico che ha ispirato la condotta di chi tali attestazioni inveritiere ha prodotto. Ma non si vede come il giudice amministrativo possa, per parte sua, esibire, a sostegno della decisione presa, una motivazione che appare *ictu oculi* sconnessa e contraddittoria; una motivazione che, a sua volta, sembra poggiare su basi (fattuali e logiche) talmente labili e lontane dalla correttezza argomentativa e dalla tecnica dimostrativa, da far ipotizzare la sussistenza di un'ulteriore sottospecie di falso valutativo: il falso in sentenza. E che anche la sentenza possa essere qualificata falsa la giurisprudenza di legittimità lo ha esplicitamente affermato chiarendo che “*la falsità ideologica è configurabile anche rispetto ad una manifestazione di giudizio, quale è la sentenza*”³. Il caso in esame si riferiva alla sussistenza di alcuni presupposti necessari per l'adozione dell'atto, fra i quali la legittimazione del difensore a compiere attività processuali. Si trattava dunque di falso ideologico indotto (artt. 48- 479- 476 cod. pen.) dal comportamento di alcuni avvocati che, falsificando le firme di soggetti ignari sui mandati *ad litem*, avevano iniziato numerosissimi contenziosi giudiziari. E tuttavia, applicando anche alla sentenza-documento i principi elaborati da giurisprudenza e dottrina⁴ sul falso valutativo, non vi è ragione di escludere che anche “il prodotto giudiziario” possa essere qualificato falso, non solo nel caso in cui siano falsi (o falsati) i suoi presupposti fattuali, ma anche quando ci si discosti da quei criteri logici e tecnici “di base” che ogni giurista dovrebbe pur aver assimilato. D'altronde il nostro ordinamento prevede certamente (ed esplicitamente) un caso di falso valutativo (che per altro ben potrebbe confluire in una decisione giudiziale), la falsa perizia o interpretazione (art. 373 cod.

quanto ampia (tra le tante: Cass., Sez. V, 30 giugno 2016, Coatti, in *Mass. Uff.*, n. 268673 in tema di bancarotta; Cass., Sez. V, sent. 22 giugno 2013, Ist. Città Studi, in *Mass. Uff.*, n. 257124 in tema di documentazione ospedaliera, Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2008, Di Bello, in *Mass. Uff.*, n. 241702 in tema di delibera di giunta comunale e, con specifico riferimento ai concorsi in ambito universitario, Cass., Sez. V, 17 aprile 2018, Fracasso, in *Mass. Uff.*, n. 273343, nonché Cass., Sez. V, 26 aprile 1989, Binazzi, in *Mass. Uff.*, n. 182245).

³Cass., Sez. V, 20 dicembre 2013, Vallefuoco, in *Mass. Uff.*, n. 258346.

⁴ Per tutti vedasi NAPPI, *Falso e legge penale*, Milano, 1999.

pen.)⁵.

Il T.A.R., infatti pretende di superare il dato letterale (“meno qualificato”) con un’arbitraria esegesi semantica di termini che, vocabolario alla mano, non possono essere volti nel loro contrario.

“*Non*” indica inequivocamente negazione e dunque “non qualificato” è espressione che sta a significare che chi è giudicato tale non può - assolutamente e inoppugnabilmente - svolgere la funzione cui si è candidato. “*Meno*” indica - altrettanto inequivocamente - comparazione; nel caso in esame sta a significare che il soggetto in questione è certamente idoneo alla funzione, ma che altro soggetto è da preferire⁶ e quindi da scegliere; e dunque, se quest’ultimo non si fosse candidato, o, dopo essersi candidato (ed, eventualmente, essere stato prescelto) fosse, per qualsiasi ragione, venuto meno, l’altro soggetto (il primo), in quanto comunque idoneo (“qualificato”), ben potrebbe aspirare al ruolo e alla funzione. Non altrettanto, ovviamente, se fosse inidoneo o non qualificato.

Ma per il T.A.R. non ci sono problemi: “*esigenze di maggiore* (ancora un comparativo!) *eleganza stilistica*” hanno consigliato di utilizzare una formula più *soft*, in considerazione del “*calibro professionale*” (testuale) degli esaminandi. Ma, se il “*calibro*” di entrambi era tale da suggerire simili delicatezze linguistiche, come si spiega che uno dei due fosse - in sintesi - non qualificato (*rectius*: “meno qualificato”, per il T.A.R. è lo stesso!) e per questo sottratto alla possibile scelta da parte del Dipartimento? Il fatto è che la violazione - da parte di chi ha il potere di decidere - della semantica (per cui “*meno*” = “*non*”) e della logica (A è titolare di un ottimo profilo professionale e tuttavia non è idoneo, o viceversa) sono (possono essere) sintomi eloquenti della sussistenza di una volontà persecutoria, che, non raramente, può integrare gli estremi del delitto *ex art.* 323 cod. pen. Oppure di una macroscopica superfi-

⁵ Sul punto, Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2016, Forcillo, in *Mass. Uff.*, n. 266869. In dottrina, DOLCE, *Falsa perizia o interpretazione*, in *Enc. del diritto*, vol. XVI, Milano 1967, 522 ss.

⁶ L’etimologia di preferire è ovvia: dal latino *praeferre*, portare avanti (DEVOTO, *Dizionario etimologico*, Firenze 1968, 328); ma se qualcuno è preferito ad altri, gli altri possono essere stati scartati (perché non qualificati, *scil.* non idonei), o semplicemente, pur qualificati (idonei), non prescelti. D’altra parte: qualificato: “*provvisto di qualità specifiche positive o presunte tali in senso sociale o intellettuale ... per la rispondenza a certi requisiti o per la specifica preparazione professionale o tecnica*” (DEVOTO-OLI, *Vocabolario illustrato della lingua italiana*, Milano 1979, vol. II, 682); idoneo: “*che possiede qualità o requisiti funzionali, d’obbligo o di convenienza*” e, d’altra parte, idoneità: “*il possesso accertato dei requisiti necessari o richiesti per una determinata attività o per il conseguimento di una qualifica*” (DEVOTO-OLI, *cit.*, vol. I 1246).

cialità di giudizio. Ma, se il giudice amministrativo si approccia con un taglio che abbiamo sopra definito “atomistico” alla vicenda sottoposta alla sua attenzione, non solo rischia di non cogliere il nocciolo della questione (e di non ipotizzarne gli eventuali risvolti penalmente rilevanti), ma - come ci siamo sforzati di dimostrare - di cadere in flagrante contraddizione.

Eppure, non è tutto.

2. *Effetto soglia.*

Il T.A.R. Puglia ritiene inoltre non fondata l'istanza di ricusazione formulata dal prof. A nei confronti del componente interno della Commissione, prof. C. Le ragioni di sospetto della non equidistanza di questo membro, per quel che si legge nella stessa sentenza, furono dal ricorrente prof. A così sintetizzate: 1) plurime cointeressenze tra il Commissario e il candidato poi vincitore (B), caratterizzate da incarichi professionali affidati al Commissario da familiari del candidato, sia personalmente, su base fiduciaria, sia per conto di un Comune del quale il coniuge del candidato era sindaco, con conseguente corresponsione di ingenti somme a titolo di onorario professionale; 2) la monoreferenzialità della carriera del candidato B, le cui pubblicazioni, nella stragrande maggioranza dei casi, erano state favorite e, dunque, già positivamente valutate dal Commissario prof. C, coinvolto, peraltro, in quasi tutti i passaggi di carriera del candidato poi vincitore.

Ebbene il giudice amministrativo, facendosi forte anche del parere espresso dall'A.N.A.C., ritiene non ricorrenti gli estremi del conflitto di interessi. Ma è certo che abbia correttamente letto il documento proveniente dalla Autorità anticorruzione? C'è un passaggio in detto documento (liberamente consultabile tramite *internet*) che appare del tutto pretermesso nella sentenza in commento. Eccolo: “... può sorgere il ragionevole dubbio che gli incarichi professionali e personali conferiti da un parente o da un affine [scil. di B], anche se diversi anni addietro, possano determinare una situazione di conflitto di interessi sia pur potenziale [...] il carattere gratuito dei due incarichi di difesa personale assunti dal professore in giudizi di primo e secondo grado [...] lascia intravedere la possibile esistenza di rapporti di amicizia personale [...] che potrebbero travalicare la semplice relazione maestro/allievo, incidendo negativamente sull'indipendenza di giudizio del professore nella sua qualità di componente di una Commissione valutativa”⁷.

⁷ Del tutto incoerentemente - a nostro parere - tuttavia l'A.N.A.C., pur ribadendo che la presenza in commissione del predetto professore “*possa legittimamente ingenerare il sospetto che la valutazione [...] non sia stata oggettiva e genuina*” (8), si limita a suggerire l'opportunità di introdurre (evidentemente

Viceversa, per il T.A.R., proprio la natura gratuita di taluni incarichi fa escludere la sussistenza del conflitto di interessi. Orbene, è evidente che il giudice amministrativo non è certo tenuto ad allinearsi ai pareri dell'A.N.A.C. (ma neanche è autorizzato a travisarne il senso), e tuttavia la presenza in Commissione del professore “sospetto” avrebbe dovuto esser letta unitamente agli altri sintomi di anomalia prospettati dal ricorrente. E, *in primis*, unitamente all'equivoco verdetto della Commissione stessa ed all'utilizzo che di esso ha fatto il Consiglio di Dipartimento. E questo è esattamente - come ci sforziamo di dimostrare - ciò che i giudici pugliesi non hanno fatto.

Al proposito le giustificazioni che vengono fornite circa la inevitabilità della presenza in commissione del predetto accademico generano non poche perplessità. Si sostiene infatti che la semplice collaborazione scientifica (il rapporto maestro/allievo, che ha caratterizzato la relazione del prof. C con B, ma, in anni lontani, anche con A), da sola, non basta per ritenere non equidistante il primo dal secondo; ma poi è la stessa sentenza che riconosce che il professore in questione (avvocato, oltre che docente universitario) ha assunto ed espletato compiti di difensore di una amministrazione comunale, in cui stretti parenti ed affini di B rivestivano cariche politiche e che, ancora, alcuni di tali incarichi furono assunti e portati a termine a titolo gratuito e ancora che il 65% (18 su 28) delle pubblicazioni di B sono in volumi a cura del Commissario C o in riviste dirette dallo stesso.

Certo esaminando singolarmente (atomisticamente si è detto) i diversi elementi, nessuno appare, di per sé significativo e per ognuno può trovarsi una giustificazione formale (il membro C, si sostiene in sentenza, è un affermato docente e un accorsato avvocato, quindi è logico che una certa amministrazione comunale si sia rivolta a lui). Ma qui a una “parcellizzazione” esterna (esame separato dei vari elementi, vale a dire: indisponibilità degli atti, verdetto anomalo della Commissione di valutazione, decisione *extra ordinem* del Consiglio di Dipartimento, posizione del prof. C ecc.), si accompagna una sorta di “parcellizzazione” interna (tra le varie componenti del medesimo elemento: la posizione del predetto docente universitario). Non manca poi un'argomentazione ai limiti del parallogismo: si dice: non è certo illogico che un professore, ritenuto prestigioso, e che sia, al contempo, un avvocato di successo, riceva incarichi da un ente pubblico. E questo è ovvio. Meno logico però è che poi quello stesso soggetto entri in una Commissione che deve va-

per il futuro) nel codice etico della università “*specifici obblighi di astensione, in materia di concorsi universitari, finalizzati ad evitare di incorrere in situazioni di conflitto di interesse reale o anche solo potenziale*”.

lutare uno stretto congiunto di chi quegli incarichi gli ha ripetutamente conferito.

In sintesi, è “l’effetto soglia” che il giudice pugliese non coglie e tale colpevole omissione lo costringe poi al rigetto del controricorso sulla base delle encomiastiche (e contraddittorie) affermazioni relative al candidato prof. A, così bravo, così preparato, così stimato (in Italia e all’estero) da essere “meno qualificato” (idoneo) secondo la Commissione o, addirittura, non idoneo (anche se, per buona educazione, sarebbe stata usata la formula “meno qualificato”), secondo il Consiglio di Dipartimento; e per “effetto soglia”, evidentemente, deve intendersi il concorrere verso un unico - inevitabile, pregiudizievole - risultato di una serie di fatti (mancata “ostensione”), di un insieme di giudizi (“meno idoneo”, “non idoneo”), di una congerie di condotte (la pervicace presenza di C in Commissione, che, una volta ricusato e dopo la paternalistica “raccomandazione” dell’A.N.A.C., ben avrebbe potuto fare il *beau geste* di astenersi), per i quali è agevole sospettare una giustificazione unitaria. Insomma, come premesso, *quae singula non probant ...* ecc. D’altronde è noto che è proprio dalle modalità della condotta che si può evincere la natura dell’elemento psicologico che la ispira.⁸ E se questo non era certo il compito del giudice amministrativo di primo grado, lo stesso avrebbe comunque dovuto, per così dire, drizzare le antenne, anche perché - come più volte anticipato - era informato del fatto che, per i medesimi fatti, un procedimento penale era (probabilmente) in corso.

3. Art. 323 cod. pen.

Il delitto di abuso di ufficio, come è noto, è stato più volte “rimaneggiato”. Nel codice del 1930 si trattava di un reato proprio del solo pubblico ufficiale e la condotta era descritta - tautologicamente - nell’abuso del potere impropriamente utilizzato per arrecare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio. Ciò, ben inteso, quando il fatto non fosse previsto in altra fattispecie criminosa. Aveva poi senso il successivo art. 324 che puniva il pubblico ufficiale che prendeva un interesse privato (anche per interposta persona) in un qualsiasi atto della pubblica amministrazione. Come si vede, una formula estremamente ampia che concedeva al giudice penale un esteso spettro repressivo di qualsiasi condotta deviante, tenuta da chi avrebbe dovuto avere a cuore solo l’interesse generale. Con la legge 26/4/1990 n. 86, si raggiunse, a nostro parere, un accettabile punto di equilibrio, atteso che, da un lato, ferma

⁸ Tra le ultime, Cass., Sez. III, 4 febbraio 2010, S., in *Mass. Uff.*, n. 246591.

la formula di riserva, soggetto attivo fu ritenuto anche l'incaricato di pubblico servizio, dall'altro, si richiese l'ingiustizia del premeditato danno o vantaggio prodotto con l'abuso, prevedendo un aggravamento di pena nel caso in cui il vantaggio avesse avuto natura patrimoniale.

La "controriforma" fu però tempestivamente introdotta (legge 16 luglio 1997, n. 234); cosicché oggi si richiede: 1) che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio abbia effettivamente arrecato un danno ad altri, ovvero un vantaggio patrimoniale a se stesso o ad altri (l'evento dunque deve essersi verificato), 2) che ciò abbia fatto "intenzionalmente", 3) che la condotta sia tenuta nello svolgimento della funzione o del servizio, 4) che essa si sia concretata in violazione di legge o regolamento, ovvero nel fatto che il soggetto attivo non si sia astenuto in presenza dei presupposti che a tanto lo avrebbero obbligato. Non è dubbio dunque (almeno a nostro parere)⁹ che si sia in presenza di un oggettivo depotenziamento del controllo penale; la fattispecie appare oggi, se non proprio un'arma "spuntata", certo uno strumento non del tutto adeguato il contrasto- sul piano repressivo - del malcostume che continua ad allignare in taluni ambiti della pubblica amministrazione ed al quale il mondo universitario, come le ultime e recenti cronache documentano¹⁰ sembra non essere estraneo. Né un effettivo cambio di rotta è stato introdotto dalla legge 6/12/2012 n. 190 (che avrebbe dovuto adeguare il nostro ordinamento alle direttive della convenzione di Merida¹¹ oltre che dalle recenti - e tardive per la vicenda che ci occupa - linee Guida A.N.A.C per la c.d "malauniversità"), legge che, per quel che riguarda l'abuso di ufficio, si è limitata ad un semplice innalzamento dei limiti edittali (che, dunque allo stato, rendono possibile un - del tutto teorico - arresto facoltativo in flagranza). Quale sia la coerenza di un ordinamento che, da un lato, sbandiera l'intenzione di usare il "pugno duro" per i fenomeni corruttivi, anche introducendo nuove figure di reato (es. art. 346 bis cod. pen. traffico di influenze illecite), dall'altro, depotenzia gli strumenti già esistenti, è difficile da intendere.

Naturalmente dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate (ed è pre-

⁹ *Contra*: DEL PINO, *Diritto penale* - Parte speciale, Napoli, 2014, 265 ss.

¹⁰ Sono note, per essersene la cronaca giornalistica ampiamente occupata, le vicende che hanno interessato non poche università italiane. Per altro, proprio le procedure *lato sensu* concorsuali sembrano offrire terreno fertile ad accordi "non alla luce del sole", basti pensare alla allarmante vicenda che ha recentemente coinvolto alcuni componenti del CSM e alcuni soggetti "di vertice" all'interno dell'ANM.

¹¹ La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, è entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005; è stata ratificata in Italia con la legge 3 agosto 2009 n. 116.

sumibile che continueranno a farlo) sui nuovi confini e sulla nuova (*rectius*: attuale) struttura del vigente art. 323 cod. pen., tanto per quel che riguarda l'elemento soggettivo, la cui configurazione è resa problematica da quell'"intenzionalmente" quanto per quel che riguarda la contestualità (e l'eziologia) tra lo svolgimento della funzione o del servizio e la condotta illecita (in merito la giurisprudenza ha ritenuto integrato il reato in questione anche con riferimento alla formulazione di un parere consultivo!),¹² quanto infine per quel che riguarda la violazione di legge o regolamento, ovvero la mancata astensione del soggetto in conflitto di interessi. Ed è ovvio che, nel caso che con il presente scritto si intende commentare, tale ultimo elemento (mancata astensione del membro prof. C) assume forte (e quasi assorbente) rilievo. Di ciò è consapevole lo stesso T.A.R. quando scrive che trattasi del "*vero punto nodale della controversia*". Orbene pare ovvio (in tal senso è la giurisprudenza di legittimità) che il dovere di astensione per chi ricopre un *munus publicum* e si trovi in una situazione di conflitto di interessi, sussista anche se manchi, per il procedimento ove l'agente è chiamato ad operare, una specifica disciplina dell'astensione, o ve ne sia una che riguardi un numero più ridotto di ipotesi o che sia priva di carattere cogente¹³. Di talché, già la mancata astensione del prof. C avrebbe dovuto essere attentamente considerata dal T.A.R., in quanto in grado di invalidare l'intero procedimento, e non liquidata con le argomentazioni sopra sintetizzate.

Per quel che, viceversa, riguarda il ricordato avverbio ("intenzionalmente"), si è ritenuto che il legislatore, con l'utilizzazione di tale espressione, abbia voluto semplicemente escludere la rilevanza penale, non solo di condotte poste in essere con dolo eventuale, ma anche con dolo cosiddetto diretto, che - come è noto - ricorre quando il soggetto si rappresenti la realizzazione dell'evento come altamente probabile o anche come certa, ma la volontà non sia volta alla realizzazione di tale fine; ne consegue che, affinché una condotta possa essere addebitata all'agente a titolo di abuso di ufficio, è necessario che l'evento sia la conseguenza immediatamente perseguita dal soggetto attivo¹⁴.

¹² Cass., Sez. II, 4 febbraio 2014, Cuppari, in *Mass. Uff.*, n. 258206.

¹³ Così Cass., Sez. VI, 15 marzo 2013, De Martin Topranin, in *Mass. Uff.*, n. 255324.

¹⁴ Così Cass., Sez. VI, 1° giugno 2000, ric. PG in proc. Spitella, in *Mass. Uff.*, n. 217558, con riferimento al comportamento del rettore di una università che, pur consapevole del blocco delle assunzioni di personale non docente stabilito con legge 27 febbraio 1980, n. 38, salvo deroghe per particolari esigenze delle facoltà di agraria e veterinaria e degli orti botanici, aveva assunto formalmente personale con tale qualifica per l'apparente utilizzazione in azienda agricola di proprietà dell'università, destinandolo, poi, a funzioni amministrative nell'ambito dell'università stessa. Chiarificatrici sul punto poi appaiono le

Non costituisce, viceversa, un problema rilevante la definizione di vantaggio patrimoniale (ingiusto) o di danno (altrettanto, ovviamente, ingiusto). La lettera della legge, sul punto, è chiara: mentre l'indebito vantaggio, per essere penalmente rilevante, deve avere (oggi a differenza del passato) indubbio carattere patrimoniale, il danno è da considerarsi tale sia che abbia "risvolti" economici, sia che non ne abbia. Orbene, al proposito si è ritenuto¹⁵ che il vantaggio patrimoniale sussista in tutti i casi in cui l'abuso sia finalizzato a creare una situazione favorevole per il complesso dei diritti soggettivi a contenuto, appunto, patrimoniale facenti capo ad un determinato soggetto, indipendentemente da un aritmetico incremento economico.¹⁶ Per altro, è ovvio che, in campo concorsuale, il vantaggio (anche patrimoniale, conseguente alla instaurazione di un rapporto di impiego) indebitamente arrecato ad un soggetto, si traduce, inevitabilmente, in un corrispondente danno per il controinteressato. Trattandosi invero di *competitive examination*, dovrà esserci necessariamente un vincitore (o più vincitori) e un perdente (o più perdenti). Di talché, se la selezione sarà stata iniqua, si avrà certamente un vantaggio (con risvolti patrimoniali) ingiusto per il soggetto "miracolato" e un altrettanto ingiusto danno per il soggetto escluso.¹⁷ Vantaggio e/o danno, tuttavia, dovranno essersi effettivamente verificati, atteso che la novella del 1997 ha trasformato un reato di

seguenti pronunzie: Cass. Sez. III, 6 aprile 2016, ric. Cella, in *Mass. Uff.*, n. 267633: "in tema di abuso d'ufficio, la prova del dolo intenzionale, che qualifica la fattispecie criminosa, può essere desunta anche da una serie di indici fattuali, tra i quali assumono rilievo l'evidenza, reiterazione e gravità delle violazioni, la competenza dell'agente, i rapporti fra agente e soggetto favorito, l'intento di sanare le illegittimità con successive violazioni di legge"; Cass., Sez. F., 25 agosto 2011, ric. PG in proc. Farina, in *Mass. Uff.*, n. 251088: "la prova del dolo intenzionale, che qualifica la fattispecie criminosa di abuso d'ufficio, non richiede l'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, perché l'intenzionalità del vantaggio ben può prescindere dalla volontà di favorire specificamente quel privato interessato alla singola vicenda amministrativa"; Cass. sez. III, sent. 1885 del 24/2/2011, ric. PG in proc. Cesaroni, RV 250374: "Il dolo intenzionale del delitto di abuso d'ufficio non è escluso dalla mera compresenza di una finalità pubblicistica nella condotta del pubblico ufficiale, essendo necessario, per ritenere insussistente l'elemento soggettivo, che il perseguimento del pubblico interesse costituisca il fine primario dell'agente".

¹⁵ Cass. sez. VI, sent. 6702 del 9/7/1997 ric. PM e Graziani, RV 209735. In dottrina, cfr. LAUDI, *L'abuso di ufficio, luci ed ombre di un'attesa riforma - profili sostanziali*, in *Riv. It. Dir. e proc. pen.*, 1997 p. 1051 ss.

¹⁶ Fattispecie relativa al componente di una commissione esaminatrice che aveva violato la prescrizione dell'anonimato della prova scritta allo scopo di poter valutare più favorevolmente il candidato divenuto individuabile.

¹⁷ Esiste il problema della compatibilità dell'abuso di ufficio col falso ideologico ex art 479 cod. pen. In tal senso Cass. sez. V, sent. 3349 del 16/3/2000 ric. Palmegiani, RV 215587, *contra* Cass., Sez. VI, Fanuli, in *Mass. Uff.*, n. 244944.

pericolo e di pura condotta (tale era l'abuso di ufficio fino a quella data), in un reato di evento.¹⁸

Ma, come si diceva, il "nodo", nel caso che occupa, consiste nella verifica della sussistenza della violazione di legge o di regolamento. Sul dovere di astensione del membro prof. C, si è già detto, anche alla luce dell'enigmatico "responso oracolare" dell'A.N.A.C., ma di esso occorrerà riparlarne. E comunque già in questa sede è il caso di premettere che quando l'abuso si concreti nella violazione del dovere di astensione, non è necessario individuare alcuna violazione di legge o regolamento perché possa ritenersi sussistente l'elemento materiale del reato¹⁹.

Sostiene il T.A.R. Puglia che, contrariamente, a quanto ritenuto dal ricorrente (A), nessuna norma sia stata violata. Se ne può discutere; ed è quello che faremo da qui a poco, ma intanto dovremmo chiederci se non sia stato violato l'art. 97 Cost., nel suo secondo comma. È noto come sul punto, tanto la giurisprudenza, quanto la dottrina, siano divise. È infatti stato sostenuto che il principio costituzionale in base al quale l'azione della pubblica amministrazione deve rispondere a criteri di imparzialità non costituisce precetto vincolante, quanto piuttosto una indicazione di carattere generale cui, *in primis*, il legislatore, non meno che gli organi amministrativi, devono attenersi. Da tale impostazione traspare evidente la preoccupazione di non consentire al giudice penale un (troppo) ampio potere di controllo sugli atti della pubblica amministrazione, controllo la cui ampiezza sarebbe propiziata dalla genericità del principio come espresso in Costituzione. In tal modo la norma incriminatrice avrebbe confini troppo elastici e quindi incerti, compromettendo quei canoni di tassatività e determinatezza che devono connotare il precetto penale, e, oltretutto, si porrebbe in contrasto con altro principio costituzionale, quello *ex art. 25* della Carta fondamentale.

Nelle più recenti pronunzie della Corte di cassazione, tuttavia, sembra emergere un indirizzo di segno opposto. Basterà ricordare una delle ultime sentenze²⁰ per la quale il requisito della violazione delle norme di legge può essere integrato dalla inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. VI, 26 marzo 2015, Ricci, in *Mass. Uff.*, n. 263929. Dal verificarsi dell'evento, decorrerà, ovviamente il termine di prescrizione.

¹⁹ Cass., Sez. VI, 14 aprile 2003, Sangiovanni, in *Mass. Uff.*, n. 225490. In dottrina, sul punto, DEL PINO, op. cit., 271.

²⁰ Cass., Sez. VI, 12 giugno 2018, PG in proc. Lainer, in *Mass. Uff.*, n. 274225. Meritano menzione anche le precedenti Cass., Sez. VI, 14 giugno 2012, ric. RC e Artibani, in *Mass. Uff.*, n. 253804; Cass. Sez. VI, 7 febbraio 2011, Acquistucci, in *Mass. Uff.*, n. 250422.

pubblica amministrazione per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi e che impone al pubblico ufficiale (o all'incaricato di pubblico servizio) una precisa regola di comportamento di immediata applicazione. Le pronunzie in tal senso risultano essere state "propiziate" dal *dictum* delle Sezioni Unite del 29/9/2011 (n. 155, ric. Rossi e altri, RV 251498) per le quali, ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, il requisito della violazione di legge sussiste, non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le specifiche norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione. D'altronde lo stesso Giudice delle leggi, già con la risalente sentenza n. 1 del 1956, aveva affermato che le disposizioni della Costituzione possono avere tanto contenuto meramente programmatico, quanto contenuto immediatamente precettivo. Sulla base di tale precisazione, una attenta lettura dell'art. 97 Cost. consente di identificare i casi in cui il contenuto precettivo della predetta norma sia evidente e di immediata e pronta applicazione.

Orbene è da chiedersi se nel caso in esame - per come appare leggibile attraverso la sentenza che si commenta - non risulti la sospetta violazione del principio di imparzialità, atteso l'anomalo verdetto della Commissione di valutazione della quale faceva parte il docente C, i cui rapporti col candidato B, per quel che lo stesso T.A.R. afferma (senza trarne, tuttavia, quella che, a nostro parere, sarebbe la logica conclusione), si intersecavano su più piani (rapporto maestro-allievo, elevato coinvolgimento di C nelle pubblicazioni di B, incarichi professionali - a titolo oneroso e gratuito - più volte conferiti a C dai familiari di B). Per i giudici pugliesi non ricorrono le ipotesi di cui agli artt. 51 ss. cod. proc. civ. (più ardua l'interpretazione del "pensiero" dell'A.N.A.C.); ma è tuttavia da chiedersi se il principio ex art. 97 Cost. (sempre che sia operativo, come vuole parte della giurisprudenza) non avrebbe comunque dovuto diversamente orientare il T.A.R., atteso che il "valore" (costituzionale) della imparzialità ha portata ben più ampia della esigenza che sembra essere alla base dell'obbligo di astensione, come previsto e regolamentato - appunto - dal codice di rito civile. Oltretutto la mancata disponibilità della documentazione (che è da sperare sia stata) esaminata dal Consiglio di Dipartimento non milita certo a favore della trasparenza del procedimento *sub judice*.

Tralasciando comunque tale specifico - e problematico - aspetto (quello della

immediata applicabilità quale parametro di riferimento per il delitto di abuso di ufficio della pretesa violazione dell'art. 97 Cost.), è da dire che è la stessa trama argomentativa della sentenza del T.A.R. che rende ipotizzabile (se il giudice amministrativo ha fedelmente rispecchiato lo snodarsi dell'*iter* concorsuale) l'avvenuta violazione di norme giuridiche.

Innanzitutto, la Commissione di valutazione (composta come si è detto) ha "prodotto" un responso quantomeno equivoco. Il T.A.R. non sembra contestare ciò che sostiene il ricorrente quanto ai poteri della Commissione, vale a dire che, ai sensi dell'art. 14 del regolamento dell'università di OMISIS, sulle procedure concorsuali il compito di tale organo sia (e fosse) semplicemente "*quello di indicare al Consiglio di Dipartimento il candidato o i candidati ritenuti qualificati*" (così si legge in sentenza), spettando poi al Consiglio di Dipartimento (e quindi non alla Commissione), in presenza di più candidati qualificati, di individuare quello da proporre al Consiglio di Amministrazione. Dunque, la Commissione non avrebbe dovuto operare alcuna "classifica" tra i candidati, ma limitarsi a stabilire se essi fossero (tutti, alcuni o nessuno) "idonei", ovvero "non idonei", in relazione alla qualifica (e alla mansione) cui aspiravano. Ed è evidente (dovrebbe esserlo) che tra "idoneo" e "non idoneo", tra "qualificato" e "non qualificato" *tertium non datur*, atteso che, secondo lo stesso T.A.R., "meno qualificato" altro non stava a significare che "non qualificato".

A tal punto, le possibili ipotesi interpretative (in astratto) sono le seguenti:

- 1) il sintagma "meno qualificato" è un'espressione impropria, con la quale, comunque, non si nega la idoneità del candidato A e la sua qualificazione ai fini dell'inserimento nella relazione finale e, dunque, la possibilità di scelta dello stesso da parte del Dipartimento chiamato a tale compito;
- 2) l'espressione "meno qualificato", erroneamente utilizzata, equivale a "non qualificato"; vale a dire il candidato non ha superato il giudizio di idoneità riservato alla Commissione (così - si è visto - sostiene il T.A.R.);
- 3) la Commissione ha giudicato entrambi i candidati idonei, ma ha ritenuto che B fosse più meritevole (più idoneo? più qualificato?) di A, in contrasto con un regolamento che non attribuisce alle Commissioni alcun potere comparativo.

Nel primo caso (1), male ha fatto il Consiglio di Dipartimento a ritenere che il prof. A fosse non idoneo e quindi a individuare come unica scelta possibile quella del prof. B. Nel secondo caso (2), male ha fatto la Commissione ad utilizzare una terminologia impropria. Ancora peggio ha fatto il Consiglio nel non rilevare l'anomalia e nel non assumere decisioni consequenziali. Nel ter-

zo caso (3), male ha fatto la Commissione ad arrogarsi il potere di graduare la meritevolezza dei candidati (e quindi di fatto ad operare la “scelta” tra di essi) e, ancora una volta, molto peggio ha fatto il Consiglio di Dipartimento a conformarsi ad una decisione presa da un organo incompetente ed anzi ad avallarla supinamente, di fatto non esercitando il potere di scelta.

E che il potere della Commissione fosse solo quello di valutare la (semplice) idoneità dei candidati (e non anche di operare una scelta tra gli stessi) emerge, come si è appena detto, dal *dictum* dello stesso giudice amministrativo.

Dunque - anche a prescindere dalla mancata astensione del membro C - la violazione di norme di regolamento sembra innegabile, in presenza di un regolamento che assegna alla Commissione il solo potere di individuare i candidati idonei alla nomina, la cui scelta è affidata alla (successiva) libera decisione del Dipartimento, in ipotesi facultato ad individuare il candidato ritenuto più adatto (ovviamente motivando in maniera adeguata *ex art. 14, Regolamento università di OMISSIS*). E ciò a maggior ragione - come si è ampiamente premesso - quando il prof. A è stato ritenuto connotato da un *curriculum* definito “*prestigioso*”, valutazione che il giudice amministrativo si cura di riportare alla lettera, “*in considerazione delle complessive, articolate, poliedriche (non solo nazionali) esperienze e della apprezzabile produzione scientifica*”. Giudizio quindi che il T.A.R. ritiene esplicitamente di condividere (tanto che rigetta il ricorso incidentale del prof. B).

Naturalmente la condotta degli organi universitari ben potrebbe essere dovuta ad una erronea interpretazione e ad una maldestra ed approssimativa applicazione della normativa vigente. Insomma, la Commissione e i (due) Consigli avrebbero sbagliato. In fin dei conti il vantaggio (patrimoniale), ovvero il danno (di qualsiasi tipo) devono essere cagionati - come si è sopra ricordato - “intenzionalmente”, il che certamente significa che la violazione della legge o del regolamento non deve essersi verificata per scarsa conoscenza o per sconsiderata ermeneusi delle fonti normative. D'altronde, poiché i soggetti intervenuti nella vicenda sono più di uno (si tratta di collegi), è anche (in astratto) ipotizzabile che diverso sia stato l'atteggiamento psicologico dell'uno o dell'altro componente. Tanto per esemplificare, il Consiglio di Dipartimento (prima) e il Consiglio di Amministrazione (poi) potrebbero essere stati tratti in inganno “a cascata” dalla equivoca formula utilizzata dalla Commissione di valutazione. E tuttavia la qualificazione professionale dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda e quello che sopra si è indicato come “effetto soglia” sono elementi che dovrebbero (avrebbero dovuto) far squillare più di un campanello di allarme nella mente del giudicante. E in effetti, quando il reato è commesso in

conseguenza di altrui inganno, l'idoneità dell'azione dell'autore mediato va valutata necessariamente in rapporto alle qualità ed alle capacità degli autori immediati, con la conseguenza che, qualora costoro siano pubblici ufficiali (una "sommatoria" di professori universitari, nel nostro caso), occorre in particolare tenere conto del grado di preparazione che la loro qualifica richiede e dei doveri di controllo che incombono su di essi²¹.

Il T.A.R., viceversa, non intravede nulla di anomalo nella procedura sottoposta al suo esame e, come detto, neanche si accorge della contraddizione tra la motivazione posta alla base del rigetto del ricorso incidentale (il prof. A è più che valido, sostiene il tribunale, dal punto di vista professionale) e l'avallo dei deliberati di Commissione e dei (due) Consigli: il prof. A è meno qualificato (per la Commissione) e quindi non idoneo (per il Consiglio di Dipartimento). Se poi la vicenda, come sembra dalla "comunicazione" A.N.A.C., dovesse pervenire all'attenzione anche del giudice penale, sarebbe non poco imbarazzante (per il giudice amministrativo) se il suo "collega" che si occupa di reati intravedesse un abuso di ufficio (o altra condotta penalmente rilevante) in una procedura passata indenne sotto il controllo del T.A.R.

La sentenza in esame, in sintesi, ci sembra frutto di un mal riuscito compromesso, incongruente sul piano logico, ancor prima che su quello giuridico e, ciò che più allarma, insensibile verso quei sintomi di possibile illiceità penale, cui, per altro, lo stesso T.A.R. fa cenno (le "*eventuali condotte fraudolente, pur non emerse in modo specifico*", qualsiasi cosa tali ultime parole vogliano significare!).

Ora, sarà pur vero che la sentenza *facit de albo nigrum*, ma quel che non deve assolutamente accadere è che ne venga fuori un grigio indefinito, frutto di un aggiustamento che denuncia una insanabile contraddittorietà del "prodotto giudiziario". È bene infatti che le numerose sfumature di questo colore compromissorio siano riservate, più che a una sentenza, ad altri, più stimolanti, ambiti letterari.

²¹ Cass., Sez. VI, 29 gennaio 1997, Pannella, in *Mass. Uff.*, n. 209236.