

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

ARTICOLO 18 COMMA 1 DELLA LEGGE 240/2010 E SUE APPLICAZIONI¹

1. Analisi dell'art. 18, comma 1, Legge n. 240/2010.

L'art.18 comma 1, Legge n. 240/2010 stabilisce che: *"Non possono partecipare alla procedura selettiva coloro che abbiano un grado di parentela o affinità, fino al quarto grado compreso, con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata ovvero con il rettore, il direttore generale o un componente del Consiglio di Amministrazione dell'Ateneo"*.

Nella norma sono elencate le condizioni che precludono la partecipazione ai procedimenti di chiamata. Al fine di garantire l'imparzialità delle procedure, la legge prevede delle preclusioni. In particolare, sono espressamente esclusi tutti coloro che abbiano un grado di parentela o affinità fino al quarto grado compreso con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata ovvero con il Rettore, il Direttore generale o un componente del Consiglio di Amministrazione.

Se la precedente normativa si limitava ad imporre l'obbligo di astensione del soggetto che si trovasse in situazione di incompatibilità (art. 51 del codice di procedura civile, richiamato dall'art. 11 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487), attraverso la previsione di limitazioni riferite alla situazione soggettiva dei possibili candidati, la Legge n. 240 del 2010 ha inteso rafforzare, in termini assoluti e preclusivi, attraverso una rigida incandidabilità, le garanzie di imparzialità della scelta dell'amministrazione.

La disposizione tratta una ipotesi specifica di conflitto di interessi dalla quale fa discendere la preclusione a partecipare alla procedura di reclutamento da parte di quei soggetti legati da rapporti di parentela o affinità con un componente del Consiglio di Amministrazione dell'Ateneo chiamato a decidere nell'ambito della procedura di reclutamento dei docenti. Con l'introduzione di tale normativa, nei procedimenti di chiamata dei professori universitari viene riconosciuta e

¹ Hanno collaborato alla stesura del presente documento Claudia Caprodossi e Giulia Giontella Università di Camerino

valorizzata la volontà palesata dal legislatore di eliminare alla radice ogni spazio di azione a logiche di parte, in grado di porre in pericolo l'imparzialità delle decisioni rimesse al predetto organo deliberativo, competente a stabilire, tra l'altro, l'*an*, il quando e il *quomodo* della procedura, così incanalandola verso un percorso non consentito, in quanto astrattamente idoneo a subire indebite influenze in grado di indirizzarne l'esito. Le previste situazioni di rigida incandidabilità sono espressione di un bilanciamento fra il diritto di ogni cittadino a partecipare ai concorsi universitari e le ragioni dell'imparzialità, che è tutto improntato alla prevalenza di tali ragioni.

Tale procedura di reclutamento dei professori universitari nel tempo però ha destato numerose critiche e ciò soprattutto alla luce dell'intervento della giurisprudenza che, sul punto, sta estendendo l'applicazione della disciplina anche al rapporto di coniugio² e al caso della incandidabilità alla procedura selettiva del componente stesso del Consiglio di Amministrazione e non solo di un suo parente o affine entro il quarto grado.

L'art. 18 della Legge n. 240/2010, se costituzionalmente interpretato, infatti, potrebbe anche rivelare una violazione del principio di accesso ai pubblici concorsi impedendone la partecipazione ai parenti, affini, coniugi del componente del Cda di un Ateneo ma non al candidato che invece ricopre proprio il ruolo di componente dell'organo. Con la norma di cui all'art. 18, si evita così di favorire direttamente soggetti legati da vincoli familiari con i componenti degli organi coinvolti nelle procedure di chiamata, sanzionando con l'incandidabilità le aspettative di ingresso o di progressione di carriera dei soggetti che si trovino nella specifica situazione di conflitto di interesse prevista dalla norma, ma non si esclude al componente dell'organo stesso di parteciparvi.

2. Il problema delle false dichiarazioni in tema di applicazione dell'art. 18 L. 240/2010.

² La Corte costituzionale, con la sentenza n. 78 del 9 aprile 2019, ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera b), ultimo periodo, della Legge n. 240 del 2010, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost. suggerendo di intraprendere la via del bilanciamento "che affidi la finalità di garantire l'imparzialità, la trasparenza e la parità di trattamento nelle procedure selettive a meccanismi meno gravosi" rispetto alla preventiva esclusione dalla selezione stessa. Il riferimento, ovviamente, va all'orientamento giurisprudenziale maggioritario secondo cui la disposizione dell'art. 18 presuppone in posizione di incompatibilità anche coloro che sono legati da rapporto di coniugio con uno dei soggetti indicati nella disposizione stessa (cfr. Commento Centro studi Codau http://www.codau.it/sites/default/files/allegati_ufficio_studi/commento_finale_coniugio_incandidabilita.pdf).

Nell'applicazione dell'art. 18, rileva il momento delle dichiarazioni che vengono rese in fase di presentazione dell'istanza di partecipazione. Nello specifico tutte le dichiarazioni relative alla sussistenza di un rapporto di parentela o affinità, fino al quarto grado compreso, con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata ovvero con il Rettore, il Direttore generale o un componente del Consiglio di Amministrazione.

In fase di presentazione della domanda alla procedura selettiva, la mancata o omessa dichiarazione di essere componente del Consiglio di Amministrazione di Ateneo, potrebbe concretizzare il reato di falso per omissione, consistente nel non aver dichiarato una circostanza che potrebbe impedire di partecipare alla procedura selettiva, ai sensi dell'art. 18, comma 1, Legge n. 240/2010.

La giurisprudenza sta tentando l'applicazione estensiva³ della norma, fondata su una interpretazione logica in base alla quale, se non possono partecipare alla procedura selettiva persone che abbiano un grado di parentela o affinità, fino al quarto grado (compreso il vincolo di coniugio peraltro), con un componente del Consiglio di Amministrazione, a maggior ragione non può partecipare un componente del Consiglio di Amministrazione stesso.

L'interpretazione del divieto per i componenti degli organi apicali d'Ateneo di partecipare alla procedura selettiva, nel rispetto della *ratio* della norma, è stata di recente ribadita anche da una sentenza n.1808/2019 del TAR Palermo, che afferma: "*Orbene, come evidenziato nella condivisa sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato n. 477 del 18 gennaio 2019, relativa ad analoga fattispecie, qualora l'istanza di partecipazione sia avanzata direttamente da un componente del Consiglio di amministrazione non si pone un problema di interpretazione analogica o estensiva del divieto legale di cui all'art.18, comma 1, lett. b), della l. n. 240 del 2010, in quanto si tratta di una posizione d'incompatibilità personale e non per il tramite di un rapporto familiare. Si è, in particolare, ritenuto dirimente il rilievo, di natura logica prima che giuridica, che la finalità perseguita dalla norma di evitare condizionamenti da parte dell'organo della struttura, che effettua (o indice) la selezione, al fine di prevenire il rischio di (una potenziale) compromissione dell'imparzialità, risulterebbe frustrato qualora si ammettesse la partecipazione al concorso del*

³ Si pensi al recente caso di un Giudice per le indagini preliminari (Tribunale di Foggia ordinanza del 16 marzo 2021) che, chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di archiviazione avanzata dal Pubblico Ministero in ordine ai reati p. e p. dagli artt. 323 e 479 c.p. a carico di due docenti di un'Università che hanno partecipato al concorso per professore ordinario, indetto dal proprio Ateneo ai sensi L. 30 dicembre 2010, n. 240, emetteva un'ordinanza di parziale archiviazione per il reato di abuso di ufficio e ordinava contestualmente l'imputazione coatta a carico dei soggetti indagati per il reato di falso ideologico c.d. omissivo.

membro stesso. (...) di fatto, ad absurdum, l'ipotetica (massima) compromissione dell'imparzialità non troverebbe alcuna preventiva sanzione".

Sul punto la giurisprudenza⁴ si sta pronunciando in coerenza con l'orientamento volto all'inclusione tra i casi di incandidabilità alla partecipazione della procedura selettiva anche del membro appartenente all'organo deliberante l'indizione della procedura di chiamata che poi si candida alla procedura selettiva.

Interessante è la pronuncia del Consiglio di Stato richiamata dal TAR di Palermo (*sentenza n. 477 del 2019* che ha riformato quella del *T.A.R. Toscana n. 186 del 2018*), che ha in primo luogo ribadito che quanto stabilito dall'art. 18 Legge n. 240/2010 individua una delle condotte che più spesso inficiano il corretto svolgimento della procedura, ovvero la partecipazione di candidati legati da vincoli familiari ai componenti della struttura di appartenenza proprio al fine di prevenire il rischio di una potenziale compromissione dell'imparzialità che governa la decisione. Il Consiglio di Stato ha poi riconosciuto che *lo scopo perseguito dalla disposizione risulterebbe frustrato qualora si ammettesse la partecipazione al concorso del membro stesso dell'organo deliberante, anche se costui non avesse preso parte alla riunione in cui l'organo ha deciso di attivare la procedura di chiamata. L'esigenza, sempre più avvertita, d'imparziale svolgimento della selezione, legittima l'estensione normativa, con fonte regolamentare, dello status d'incompatibilità anche al soggetto in conflitto di interessi. La causa di incandidabilità dunque attiene all'appartenenza all'organo.*

È pur vero che l'art. 18 Legge n. 240/2010, non prevede, *tassativamente*, la incandidabilità diretta anche per i componenti degli organi della Università che effettua la chiamata e, in particolare, nel caso che qui interessa, non prevede alcun limite partecipativo alle procedure di chiamata per i componenti del consiglio di amministrazione. Su questa linea di valutazione, dunque, si ritiene che ciò che non è previsto dalla norma non possa e non debba essere ritenuto illecito e come tale punibile.

⁴ Nel 2016 il TAR Puglia stabilì che, il valore dell'imparzialità, obiettivo della norma, risulta vulnerato e che la lettura costituzionalmente orientata del citato art. 18 comporta l'inclusione tra i casi di incandidabilità anche di quello ancor più estremo in cui il candidato incompatibile non è il parente, il coniuge o l'affine, ma lo stesso membro dell'organo (CdA dell'Ateneo) che ha deliberato la procedura concorsuale, ricorrendo in tutta evidenza il caso per cui *lex minus dixit quam voluit* (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, sent. n. 874 del 2016). A questa è seguita una ordinanza del Consiglio di Stato, negativa della sospensione della sentenza di primo grado e poi nel 2018 una ordinanza del TAR di Palermo, con problema e soluzione identici (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, ord. n. 487 del 2018).

Se così fosse però, il nostro sarebbe un diritto “congelato” ossia privo della capacità di aggiornarsi alle esigenze di una società in veloce e continua evoluzione, che lascerebbe potenzialmente scoperte delle zone in cui, nel tempo, si potrebbero aprire nelle esigenze di intervento e tutela. La giurisprudenza ha anche questo compito istituzionale ossia quello di “segnalare” al legislatore, con le sue pronunce, la necessità di intervenire e di disciplinare situazioni che richiedono una maggiore tutela.

L'intervento della giurisprudenza, che tende all'applicazione estensiva della norma dell'art. 18, tende a dare un indirizzo al legislatore dettato dalla interpretazione logica della *ratio* alla base dell'articolo ritenendo illogico, appunto, consentire l'accesso al concorso pubblico di un componente dell'organo deputato a decidere sulla procedura selettiva ed impedendolo invece al parente o all'affine o al coniuge. Pertanto, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione sarebbe maggiormente garantita impedendo l'accesso alla procedura selettiva anche al componente del Consiglio di Amministrazione dell'Ateneo.

3. Il reato di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico.

La compilazione di apposita domanda di partecipazione al concorso avviene *dichiarando di essere consapevole delle sanzioni a cui può andare incontro in caso di dichiarazioni mendaci o non veritiere ai sensi degli artt. 75 e 76 del DPR 28.12.2000, n. 445, sotto la propria personale responsabilità*, in particolare, *“di non avere un grado di parentela o affinità, fino al quarto grado compreso, nonché vincoli di coniugio con un professore appartenente al Dipartimento presso il quale sarà inquadrato il candidato selezionato ovvero con il Rettore, il Direttore generale o un componente del Consiglio di Amministrazione di codesta Università”*.

Tale dichiarazione potrebbe concretizzare, secondo l'attuale orientamento giurisprudenziale, il reato di cui all'art. 483 c.p.⁵ che contempla una particolare figura criminosa, di natura commissiva od omissiva, che il privato può porre in essere attestando al pubblico ufficiale dichiarazioni non veritiere o tacendo il vero. La conformità al vero di tali dichiarazioni deve essere resa cogente da una norma giuridica individuata specificatamente all'interno dell'ordinamento, che predisponga, dunque, l'onere vincolante in capo al privato di attestare la verità. Il legislatore ha qui ritenuto opportuno estendere ai privati la punibilità di quelle

⁵ Art. 483 c.p. “Chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni.”

condotte che compromettono la fiducia dei consociati nei riguardi degli atti pubblici, specificatamente in ordine alla garanzia di veridicità.

L'art. 76 del DPR n. 445/2000 prevede l'obbligo di allegare informazioni veritiere alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atto di notorietà. Esso, infatti, dispone che: *“Chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei casi previsti dal presente testo unico e punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia. L'esibizione di un atto contenente dati non più rispondenti a verità equivale ad uso di atto falso. Le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli articoli 46 e 47 e le dichiarazioni rese per conto delle persone indicate nell'articolo 4, comma 2, sono considerate come fatte a pubblico ufficiale. Se i reati indicati nei commi 1, 2 e 3 sono commessi per ottenere la nomina ad un pubblico ufficio o l'autorizzazione all'esercizio di una professione o arte, il giudice, nei casi più gravi, può applicare l'interdizione temporanea dai pubblici uffici o dalla professione e arte”*. La punibilità della violazione è perseguita, quindi, nello specifico dettame dell'art.483 c.p. che svolge il ruolo di norma penale in bianco, definendo, per l'appunto, la precisa risposta sanzionatoria ma richiedendo ad altre fonti di rango speciale la specifica individuazione definitoria degli elementi contenuti nella stesura della fattispecie.

Ai fini del suddetto reato, assumono rilevanza anche le dichiarazioni c.d. descrittive concernenti cioè fatti che costituiscono il presupposto per assumere una decisione o per compiere una valutazione.

Sul punto si ritiene interessante compiere una breve indagine, non solo dell'analisi dell'elemento oggettivo del reato ma anche e soprattutto dell'elemento soggettivo.

La condotta tipica richiesta dal reato di cui all'art. 483 c.p. è quella del privato, che, attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità.

Come tale, la fattispecie si caratterizza per essere un reato c.d. comune. Le falsità ideologiche, tuttavia, per essere sottoposte a pena, oltre alla rilevanza giuridica, richiedono anche che l'autore del falso sia venuto meno all'obbligo giuridico di attestare o far risultare il vero. Infatti, il bene giuridico tutelato da tale fattispecie incriminatrice è la fede pubblica ossia la fiducia che la collettività ripone in determinati oggetti, simboli o atti giuridici, sulla cui veridicità o autenticità deve potersi fare affidamento anche al fine di tutelare la fiducia e la sicurezza delle relazioni giuridiche all'interno del sistema sociale. L'orientamento tradizionale ritiene che il

reato sia subordinato alla esistenza, in capo al privato, di un obbligo giuridico di attestare il vero, anche se non è sempre facile stabilire in quali casi l'obbligo sussista, non essendo pensabile che un generale dovere di veridicità sia ricavabile dalla norma in commento. In linea di principio il privato dovrà ritenersi tenuto a dichiarare il vero, ogni qual volta una norma giuridica ricollegli specifici effetti a determinati fatti. Affinché la fiducia assuma il carattere di fede pubblica non è necessario che sussista una particolare norma che la imponga, in quanto sono le abitudini e le necessità della vita sociale che la fanno sorgere, motivo per cui si può ritenere che la fede pubblica sia un fenomeno collettivo, un "*costume sociale*"⁶.

Il reato si consuma nel momento in cui l'atto contenente le false attestazioni è formato e, quindi, con la sottoscrizione del documento. Da ciò ne consegue che il reato in oggetto è di natura istantanea e si perfeziona con la formazione dell'atto, indipendentemente dall'uso dell'atto stesso. Per tale configurazione il falso si caratterizza per essere un reato di pericolo, tanto che non si richiede il verificarsi di un danno effettivo e concreto⁷.

Ciò che più interessa però nell'analisi di tale fattispecie criminosa, è l'elemento soggettivo del reato che richiede una attenta e scrupolosa analisi al fine della sussistenza del reato.

L'elemento soggettivo del reato è costituito dal dolo generico ovvero dalla coscienza e dalla volontà di attestare falsamente qualcosa in un atto pubblico. Tale elemento psicologico però deve essere attentamente indagato poiché non è sufficiente ai fini del dolo la mera coscienza dell'*immutatio veri*, ma è necessario anche il convincimento da parte dell'agente di agire in contrasto con le esigenze tutelate dall'ordinamento giuridico. Il dolo ricorre allorché l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o dell'omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente previsto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione. Nei delitti di falso il dolo deve essere sempre rigorosamente provato e va escluso tutte le volte in cui la falsità risulti essere oltre o contro l'intenzione del soggetto agente. Quindi il dolo deve essere puntualmente riscontrato, poiché l'imputato potrebbe aver agito con la persuasione di compiere una attività pienamente lecita. Ciò è di fondamentale

⁶ Questo assunto è stato evidenziato anche dalla giurisprudenza della Cassazione Penale, SS.UU, che con la sentenza 25 ottobre 2007, n. 46982 ha stabilito che: "*In tema di oggettività giuridica nei delitti contro la fede pubblica deve riconoscersi, oltre a un'offesa alla fiducia collettiva in determinati atti, simboli o documenti – bene oggetto di primaria tutela – anche un'ulteriore attitudine offensiva degli atti stessi in riguardo alla concreta incidenza che esercita nella sfera giuridica del singolo privato*".

⁷ Tuttavia, i giudici di Cassazione, con la sentenza n. 19325 del 22/05/2012, hanno sottolineato come il momento consumativo del reato di falso ideologico in atto pubblico cui all'articolo 483 c.p., stante la finalizzazione dell'attestazione privata ad essere trasfusa in un atto pubblico, va individuato "*non già nel momento della inventiera dichiarazione quanto piuttosto nella relativa percezione da parte del pubblico ufficiale che la trasfonde nell'atto pubblico*".

importanza poiché non è punibile il reato di falso a titolo di colpa e dunque, l'aver commesso il fatto per negligenza, imperizia o imprudenza non rende il fatto sussistente⁸.

Il dolo generico nella falsità ideologica in atti, deve essere connotato quindi dalla consapevolezza dell'offensività del proprio agire, sul rilievo che i reati di falso, essendo reati di pericolo, esigono la rappresentazione di esso, con la conseguenza che chi realizza il fatto reato, ossia colui che compie la falsità documentale, deve avere la coscienza di porre in pericolo il bene protetto nella consapevolezza di agire illecitamente, essendo la rappresentazione del pericolo un requisito del dolo generico nei reati di falso documentale che lo richiedono. Ciò in quanto non si potrebbe formulare una imputazione senza prima aver necessariamente indagato sulla sussistenza del dolo. E dunque, da ciò consegue che il dolo deve essere acclarato, al di là della verifica del falso in sé e della sussistenza della condotta richiesta dalla norma, allo scopo di salvaguardare il principio della colpevolezza.

A tal riguardo è interessante la pronuncia della Cassazione Penale, sez. V, n. 2496 del 22/1/2020 che statuisce: *“ In tema di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico, è esclusa la configurabilità del dolo generico quando la dichiarazione ritenuta non veritiera sia contenuta in un modulo prestampato ed attesti soltanto la rispondenza di una data situazione di fatto ad una normativa genericamente indicata senza, però, la precisa indicazione delle condizioni normative e delle circostanze fattuali attestata, in quanto per l'integrazione del delitto è necessaria la coscienza e volontà di agire contro il dovere giuridico di dichiarare il vero, non essendo, invece, sufficiente la mera colposa omissione di indagine sul significato delle indicazioni contenute nel modulo.”*⁹

4. Conclusioni.

Si ritiene che la questione sia particolarmente complessa, in quanto ai fini della sussistenza del reato di falso ex art. 483 c.p. collegato ad una interpretazione logica dell'art. 18 Legge 240/2010, occorrerà valutare non solo l'elemento oggettivo del reato ma anche l'elemento soggettivo

⁸ Tale fondamentale assunto è stato confermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte che, con sentenza n. 33218/12, ha statuito, in maniera incontrovertibile, che: *“Il dolo integratore del delitto di falsità ideologica, di cui all'art. 483 cod. pen., è costituito dalla volontà cosciente e non coartata di compiere il fatto e nella consapevolezza di agire contro il dovere giuridico di dichiarare il vero. Si esclude, inoltre, il dolo del delitto di falso tutte le volte in cui la falsità risulti essere semplicemente dovuta ad una leggerezza o ad una negligenza, non essendo prevista nel vigente sistema la figura del falso documentale colposo».*

⁹ E ancora la Cassazione Penale sez. VI 30 maggio 2013 n. 23587: *“Il delitto previsto dall'art. 483 c.p. sussiste solo se l'atto pubblico nel quale la dichiarazione del privato è trasfusa è destinato a provare la verità dei fatti attestati e cioè quando una norma giuridica obbliga il privato a dichiarare il vero ricollegando specifici effetti all'atto-documento nel quale la sua dichiarazione è stata inserita dal pubblico ufficiale ricevente.”*

consistente nell'indagare se l'aver omesso di indicare di essere componente del Consiglio di Amministrazione dell'Ateneo, sia di natura dolosa e se la volontà di tacere la circostanza di essere componente del consiglio di amministrazione sia ritenuta essenziale dal soggetto agente ai fini della candidabilità alla procedura selettiva. Considerato che la normativa di cui all'art. 18 Legge 240/2010 non prevede l'esclusione dall'accesso al concorso pubblico per i componenti del Consiglio di Amministrazione dell'Ateneo, sarà di difficile dimostrazione la volontà di tacere questa circostanza descrittiva con la consapevolezza di violare la norma.

È evidente quindi che sul punto e sul reato di falso, i giudici, anche appartenenti a diverse giurisdizioni, stanno operando una riforma o comunque un sollecito nei confronti del legislatore. Ciò anche alla luce di come siano sempre più in uso gli strumenti dell'autocertificazione e delle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà nell'ambito della Pubblica Amministrazione e nella gestione delle procedure pubbliche anche relative all'accesso a pubblici concorsi. Si evince dunque come il reato di falso, soprattutto in relazione ai reati contro la pubblica amministrazione, assume sempre di più la funzione di strumento di controllo penale nell'ambito di azione della p.a.

La giurisprudenza recente, probabilmente allo scopo di realizzare una maggiore espansione del controllo penale sulla Pubblica Amministrazione, in maniera evidente, sta attuando un mutamento del reato di falso per "aggiungere" nuovi spazi di intervento e andare a punire condotte anche non contemplate letteralmente dalla norma ma che, logicamente ed evidentemente, risultano nocive dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione. Sia il giudice penale che quello amministrativo, ciascuno nell'ambito della propria sfera di competenza, mostrano infatti di voler esercitare un sindacato più penetrante e più presente sull'operato della P.A.