



32319-23

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE PENALE

Composta da:

Giorgio Fidelbo

Presidente

Sent. n. sez. 407

Ercole Aprile

Enrico Gallucci

U.P. 24/05/2023

Martino Rosati

R.G.N. 9006/2023

Pietro Silvestri

Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto dal

Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di appello di Torino

avverso la sentenza emessa dalla Corte di appello di Torino il 21/11/2022

nel procedimento nei confronti di:

1. [REDACTED]
2. [REDACTED]
3. [REDACTED]

visti gli atti, il provvedimento impugnato, il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere, Pietro Silvestri;

udito il Sostituto Procuratore Generale, Raffaele Piccirillo, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso;

udito l'avv. [REDACTED], difensore della parte civile [REDACTED], che ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso;

udito l'avv. [REDACTED], difensore della parte civile [REDACTED] che ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso;

uditi gli avv.ti [REDACTED] e [REDACTED], difensori di [REDACTED] [REDACTED] che hanno concluso chiedendo il rigetto del ricorso;

udito l'avv. [REDACTED] difensore di [REDACTED], che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso;

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Torino, in riforma della sentenza con cui il Tribunale aveva condannato [REDACTED] e [REDACTED] per il reato previsto dall'art. 353 cod. pen. e assolto [REDACTED] dallo stesso reato per non aver commesso il fatto, ha dichiarato, ai sensi degli artt. 521- 522 cod. proc. pen., nulla la sentenza di primo grado e disposto la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero affinché proceda in relazione agli artt. 323- 317 cod. pen.

Secondo l'ipotesi accusatoria, [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], 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 [REDACTED]; ciò sarebbe stato fatto - attraverso una serie di condotte minacciose attribuite al solo [REDACTED], e con collusioni e mezzi fraudolenti - in modo tale da far risultare prima in graduatoria [REDACTED].

2. Ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di appello di Torino articolando due motivi.

2.1. Con il primo si deduce violazione di legge penale.

Evidenziata la sussistenza dell'interesse a ricorrere, si ripercorrono gli sviluppi del procedimento e si ritiene che il Tribunale avesse correttamente ricondotto i fatti al reato di turbata libertà degli incanti.

La Corte di appello, ancora prima di esaminare la fondatezza dei motivi di impugnazione, avrebbe deciso di verificare i profili relativi alla qualificazione giuridica dei fatti, peraltro non ad essa devoluti; in tale contesto, si aggiunge, la Corte avrebbe erroneamente affermato che il reato di turbata libertà degli incanti riguarderebbe non ogni gara o ogni concorso bandito dalla Pubblica amministrazione, ma solo gli incanti e le gare di appalto e l'interesse sotteso alla norma indicata sarebbe quello meramente economico per la Pubblica amministrazione.

Secondo la sentenza impugnata, si argomenta, anche l'art. 353 bis cod. pen. opererebbe nello stesso limitato settore, cioè quello della tutela degli interessi economici della Pubblica amministrazione, mentre, invece, il concorso per il quale sarebbero state commesse le condotte per cui si procede non potrebbe essere assimilato a una procedura di pubblici incanti o ad una licitazione privata per conto di un ente pubblico: dunque il reato contestato non sarebbe configurabile ed i fatti dovrebbero essere ricondotti al reato di abuso d'ufficio.

Secondo il ricorrente si tratterebbe di un ragionamento giuridico non condivisibile.

Secondo il Procuratore ricorrente il riferimento alle gare nei pubblici incanti e alle licitazioni private contenuto nell'art.353 cod. pen. sarebbe generico al punto da consentire di ricomprendere all'interno della norma incriminatrice tutte quelle situazioni in cui la Pubblica amministrazione sia chiamata ad operare una scelta comparativa tra offerte, e, quindi, anche quando debba scegliere, come in un concorso, il migliore tra i candidati.

La genericità del riferimento contenuto nell'art. 353 cod. pen. in relazione "all'ambito cui la gara deve riferirsi", sarebbe stata peraltro confermata dal legislatore con la formulazione nel 2010 dell'art. 353 bis cod. pen., che costituirebbe una norma volta ad anticipare ulteriormente la tutela penale e che non fa più riferimento ai pubblici incanti o alle licitazioni private ma, più genericamente, al procedimento amministrativo e, dunque, a tutti i procedimenti in cui ci sia stato un bando o un atto equipollente per la scelta del contraente.

L'intervento del legislatore nel 2010, si argomenta, costituirebbe una interpretazione autentica a base legale anche per la fattispecie di cui all'art. 353 cod. pen.

A prescindere dal tipo di contratto che la Pubblica amministrazione intenda concludere, le norme di cui agli artt. 353- 353 bis cod. pen. avrebbero un ambito applicativo esteso, generale, che avrebbe come unico comune presupposto fondante la presenza di una gara, di qualsiasi tipo - anche informale o atipica -, caratterizzata da una competizione tra aspiranti su base comparativa a condizione che l'avviso informale o il bando - ovvero un atto equipollente - indichino previamente i criteri di selezione degli aspiranti e di presentazione delle offerte.

Dunque, le norme incriminatrici indicate troverebbero applicazione anche per i concorsi pubblici che presentano le stesse caratteristiche di gara, cioè una procedura con avviso pubblico, criteri di selezione predeterminati e comparazione tra gli offerenti.

Si aggiunge che la giurisprudenza richiamata dalla Corte di appello non sarebbe conferente perchè riguardante concorsi caratterizzati da favoritismo unilaterale da parte dei pubblici ufficiali mentre il favoritismo nel caso di specie si caratterizzerebbe per essere di tipo collusivo/minatorio (così il ricorso).

2.2. Con il secondo motivo si lamenta erronea applicazione dell'art. 604 in relazione al riferimento all'art. 317 cod. pen.

Si assume che il fatto concussivo fosse in realtà già descritto nella imputazione e dunque la Corte avrebbe dovuto affrontare il tema.

3. E' pervenuta una memoria nell'interesse dell'imputato  in cui, sotto un primo profilo, si deduce l'ammissibilità del ricorso, attesa la carenza di interesse del Procuratore.

Sotto altro profilo si nega che nella specie sussistano i presupposti per configurare i diversi reati indicati dalla Corte.

4. E' pervenuta una memoria anche nell'interesse di [REDACTED]

Anche in questo caso si deduce l'assenza di interesse a ricorrere.

Sotto altro profilo, si affronta il tema della configurabilità del reato di cui all'art. 353 cod. pen. in relazione ai fatti come quelli in esame e si segnala come la norma sia stata oggetto nel tempo di interpretazioni analogiche in malam partem.

Nei concorsi, a differenza delle gare cui fa riferimento l'art. 353 cod. pen., mancherebbero la formulazione e la valutazione comparativa dinamica delle offerte, cioè quella che attiene alla prestazione dell'offerente, al corrispettivo, al programma obbligatorio destinato ad essere attuato dall'offerente, se vincitore.

Nei concorsi la valutazione sarebbe invece statica perché riferibile al passato, cioè ai profili professionali e ai curricula.

Si aggiunge che dalla stessa lettura della imputazione emergerebbe chiaramente la contestazione di un reato proprio e che se anche la Corte si fosse limitata ad una mera riqualificazione, avrebbe nondimeno dovuto disporre la trasmissione degli atti, ai sensi dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

2. Assume rilievo pregiudiziale il tema dell'interesse a ricorrere del Procuratore Generale.

2.1. Secondo il ricorrente, l'interesse a ricorrere nella specie sarebbe costituito in quello alla corretta applicazione delle norme sostanziali e processuali.

La decisione impugnata, si assume, sarebbe infatti destinata a condizionare in modo irreversibile lo sviluppo del presente processo; ove infatti il Pubblico Ministero, ricevuti gli atti, "rimanesse dell'originario avviso e ritenesse violate le norme già contestate nel precedente esercizio dell'azione penale, non sarebbe di fatto nelle condizioni di perseverare nella sua impostazione e, se ritenesse di farlo, esporrebbe il processo ad una nuova regressione" (così il ricorso).

2.2. L'interesse a ricorrere sussiste.

Secondo una consolidata linea interpretativa, la diversità del fatto accertato rispetto a quello contestato può essere rilevata d'ufficio dal giudice d'appello ogni qual volta questo è investito, con l'atto di impugnazione, della richiesta di verificare la sussistenza dell'addebito, atteso che la diversità del fatto accertato in giudizio viola i principi dell'immutabilità dell'accusa e del contraddittorio, quale espressione del più generale diritto di difesa, ed obbliga il giudice, a norma dell'art. 521 - e a pena di nullità ex art. 522 cod. proc. pen. - a trasmettere gli atti al pubblico ministero.

La diversità strutturale del fatto può essere riconosciuta e dichiarata per la prima volta anche nel giudizio di appello, poiché le due norme sono richiamate, implicitamente, dall'art. 598, che impone l'osservanza delle disposizioni relative al giudizio di primo grado, e, esplicitamente, dall'art. 604, che postula la nullità della sentenza per violazione dell'art. 522 cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 43336 del 09/09/2016, Stizinin, Rv. 268441; Sez. 6, n. 40966 dell'01/10/2015, Di gregorio, Rv. 265697; Sez. 4, n. 18135 del 09/02/2010, dep. 13/05/2010, Rv. 247533).

In tali casi la sentenza d'appello ha natura meramente processuale, perchè non vi è una pronuncia sul merito del fatto accertato, ed è soggetta a ricorso per cassazione sempre che sussista un concreto interesse della parte ad impugnare (Sez. 2, n. 455 del 03/12/2021, dep. 2022, Fontanella, Rv. 282514; Sez. 6, n. 26284 del 26/03/2013, Rv. 256860; Sez. 4, n. 11228 del 04/03/2015, Rv. 262715).

Dunque, l'unico limite alla proponibilità del ricorso è costituito dalla sussistenza di un concreto interesse della parte, che deve essere accertato verificando gli obiettivi concreti dell'impugnazione.

Con riferimento alla impugnazione proposta dal pubblico ministero, le Sezioni unite hanno chiarito che questi, avuto riguardo alla qualità di parte pubblica del processo ed alla fondamentale funzione di vigilanza sulla osservanza delle leggi e sulla pronta e regolare amministrazione della giustizia, secondo quanto previsto dall'art. 73 dell'ordinamento giudiziario, deve ritenersi portatore di un interesse a proporre impugnazione ogni volta che ravvisi la violazione o la erronea applicazione di una norma giuridica, purchè tale interesse presenti le caratteristiche della concretezza ed attualità.

Ciò si realizza quando con la impugnazione proposta si intende perseguire un risultato, non soltanto teoricamente corretto, ma anche praticamente favorevole.

Più in particolare, si è affermato che l'interesse richiesto dall'art. 568, comma 4, cod. proc. pen., quale condizione di ammissibilità di qualsiasi impugnazione, deve essere correlato agli effetti primari e diretti del provvedimento da impugnare e sussiste solo se il mezzo di impugnazione proposto sia idoneo a costituire, attraverso la eliminazione di un provvedimento pregiudizievole, una situazione pratica più vantaggiosa per l'impugnante rispetto a quella esistente.

Pertanto, ove l'impugnazione sia stata proposta dal pubblico ministero e questo denunci, al fine di ottenere la esatta applicazione della legge, la violazione di una norma di diritto formale, in tanto può ritenersi sussistente il presupposto dell'interesse, in quanto da tale violazione sia derivata una lesione dei diritti che si intendono tutelare e nel nuovo giudizio possa ipoteticamente raggiungersi un risultato non solo teoricamente corretto, ma anche praticamente favorevole (Sez. U., n. 6203 dell'11/05/1993, Amato, Rv. 193743; Sez. U, n. 9616 del 24/03/1995, Boido, Rv. 202018).

Si è testualmente spiegato come la verifica della esistenza di un interesse concreto ed attuale, passa attraverso lo scrutinio concatenato della pronuncia che si assume

lesiva della norma degli specifici *petita* che avevano contraddistinto la posizione della parte, del mezzo di impugnazione attivato come congruente alla rimozione degli effetti che si assumono pregiudizievoli, e dei risultati favorevoli a quei *petita* che dal successo del gravame possono scaturire (Sez. U, n. 29529 del 25/06/2009, De Marino, Rv. 244108).

Nel caso di specie la verifica in questione rivela la sussistenza dell'interesse a ricorrere.

Con la sentenza di primo grado, gli imputati [REDACTED] e [REDACTED] erano stati condannati e il Pubblico Ministero aveva proposto appello avverso l'assoluzione dell'imputato [REDACTED].

In sede di gravame, dunque, la parte pubblica aveva assunto il ruolo di semplice contraddittore rispetto alla decisione di condanna, così collocandosi in una posizione di resistenza dialettica rispetto alle domande di impugnativa formulate dagli imputati, e di appellante rispetto alla pronuncia assolutoria.

In tale contesto la decisione processuale della Corte ha determinato un pregiudizio per l'Accusa, che ha visto in tal modo travolta una decisione, sul merito e sulla ritualità della quale lo stesso Pubblico Ministero non aveva reputato di formulare doglianza alcuna, almeno quanto alle posizioni di [REDACTED] e [REDACTED].

L'interesse alla rimozione della pronuncia di annullamento è dunque obiettivo giacché dalla pronuncia in rito è derivata, secondo le prospettive dello stesso ricorrente, la mancata conferma della sentenza di primo grado.

Dunque un interesse attuale e concreto a ricorrere.

3. Chiarito ciò, il primo motivo è infondato.

La questione che si pone è se le condotte descritte nella imputazione, con cui si sarebbe turbato un pubblico concorso strumentale all'incarico di professore universitario di ruolo di seconda fascia da coprire mediante chiamata ai sensi dell'art. 18, comma 1, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, siano riconducibili alla fattispecie di turbata libertà degli incanti.

Non pare esservi dubbio 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.

Si può fare riferimento alle difficoltà di definizione della portata dell'eventoturbamento nella struttura della fattispecie, trattandosi, si è fatto correttamente notare, di un elemento costitutivo il cui nucleo semantico risulta obiettivamente in grado di attrarre una variegata e difficilmente definibile tipologia di avvenimenti.

Ci si può riferire alla clausola di chiusura dell'elenco delle condotte incriminate e, in particolare, agli "altri mezzi fraudolenti"; un sintagma dalla portata generale in grado di ricomprendere al suo interno una molteplicità di casi e, dunque, idoneo a svuotare la tipicità della norma e, in particolare, la indicazione tassativa dei contegni oggetto di rimprovero, atteso che - si è correttamente evidenziato - alla puntuale individuazione di alcuni comportamenti selezionati - violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni - viene contrapposta un'ipotesi residuale dai contorni obiettivamente lati.

Si può fare in particolare riferimento alla nozione di "gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni".

In tal caso, tuttavia, a differenza di quanto in precedenza detto, l'ampliamento della portata della fattispecie non discende dalla genericità della descrizione del fatto da parte del legislatore, ma dalla interpretazione data nel corso del tempo dalla giurisprudenza.

È noto infatti come la giurisprudenza di legittimità in molteplici occasioni abbia ritenuto che il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione in cui la pubblica amministrazione proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il nomen iuris adottato ed anche in assenza di formalità (ex multis: Sez. 6, Sentenza n. 9385 del 13/04/2017, Giuliano, Rv. 272227 - 01); "gara" che si configura tutte le volte in cui vi sia una competizione tra aspiranti, che si svolga sulla base della previa indicazione e pubblicizzazione dei criteri di selezione e di presentazione delle offerte (Sez. 6, n. 6603 del 05/11/2020, dep. 2021, Maroni, Rv. 280836 - 01), essendosi però precisato che «non può dirsi integrata una gara per il solo fatto della pluralità dei soggetti interpellati, quando ciascuno di costoro presenti indipendentemente la propria offerta e l'amministrazione conservi piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e opportunità propri della contrattazione tra privati» (Sez. 6, n. 44829 del 22/09/2004, Di Vincenzo, Rv. 230522).

Si è spiegato che, nella nozione di "gara" - oggetto della fattispecie di turbata libertà degli incanti - rientra qualsivoglia «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 (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) » (Così testualmente, Sez.6, n. 26225 del 10/05/2023, Miney).

4. In questo contesto di riferimento si pone la questione oggetto del ricorso, e cioè se nella nozione di "gara" di cui si avvale la Pubblica Amministrazione per cedere un

bene ovvero affidare all'esterno l'esecuzione di un'opera o la gestione di un servizio, pur come definita dalla giurisprudenza attraverso l'interpretazione estensiva di cui si è detto, possano farsi rientrare anche i concorsi per il reclutamento di personale da parte dello Stato, e, in particolare, dell'Università.

Il tema attiene al contenuto della imputazione, alla riconoscibilità del precetto, alla prevedibilità della decisione, al ruolo del c.d. fornante giurisprudenziale, al principio di tipicità della fattispecie, al divieto di analogia *in malam partem*.

4.1. È utile fare riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale.

La Consulta, 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 avvalora (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.

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 (sentenze n. 327 del 2008 e n. 5 del 2004; nello stesso senso, sentenza n. 185 del 1992)».

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» e come ciò valga « non solo per il nostro, ma anche per altri ordinamenti ispirati alla medesima prospettiva, come dimostra la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, secondo

cui in materia penale «il possibile significato letterale della legge fissa il limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice».

Dunque, ferma restando la natura "latamente creativa" della giurisprudenza, va riconosciuto che l'attività di interpretazione trova un limite nel significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore a cui il giudice non può assegnare un significato del tutto diverso da quello semantico al fine di ricercare profili in grado di colorare in senso estensivo il perimetro dell'illecito, in quanto nell'applicazione dinamica delle disposizioni penali occorre garantire al cittadino oltre la conoscibilità delle leggi scritte, anche la prevedibilità degli orientamenti interpretativi nelle diverse fattispecie trattate.

5. Alla luce di tale principi il motivo di ricorso rivela la sua infondatezza perché basato su una interpretazione in obiettivo contrasto con il dato testuale della norma incriminatrice, rispetto al quale si rivela incompatibile.

Una interpretazione che porta con sé il rischio di far prevalere l'intenzione dell'interprete sul dato letterale della norma, con conseguente violazione del divieto di analogia in malam partem; una interpretazione che rivela una frattura tra la struttura e la tipicità della fattispecie e l'intento dell'interprete volto a "conservare" la *ratio* della norma e ad evitare, direttamente o indirettamente, la creazione di "zone franche".

5.1. Sotto un primo profilo, è stato correttamente sottolineato 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.

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 cod. pen. 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.

Si tratta, come è stato autorevolmente osservato, di nozioni tecniche che hanno un loro significato infungibile e reperibile nella normativa di settore e, in particolare, nei rr.dd. n. 2440 del 1923 e n. 827 del 1924, nonché nel Codice degli appalti.

Nel caso di specie, dunque, diversamente dagli assunti del Procuratore ricorrente, non si tratta di precisare, di conformare, di adattare i confini di una precetto penale che, in ragione della sua genericità, si presta sul piano testuale a interpretazioni eterogenee, ma di cambiare il testo della norma.

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.

È stato acutamente evidenziato in dottrina, da una parte, che le definizioni propriamente tecniche, come nel caso di specie, sono in rapporto di eterogeneità col linguaggio comune, con l'effetto che il loro significato ha un contenuto evidente, stabile, insuscettibile di modifiche, e, dall'altra, che il sistema dei reati contro la pubblica amministrazione ha sempre distinto tra la scelta delle persone e la valutazione delle cose.

Né, al fine di ricondurre all'art. 353 cod. pen. i fatti per cui si procede, può essere valorizzato il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, di cui all'art. 353 *bis* cod. pen.

La disposizione normativa in questione è stata introdotta dal legislatore con l'art. 10 della legge 13 agosto 2010, n. 136 (*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di 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 cod. pen. 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 enunciate 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).

Come si legge nei lavori preparatori, con il reato in questione sarebbe stato colmato un vuoto di tutela.

La *ratio* della norma è normalmente individuata nella esigenze di anticipare la tutela penale, rispetto al momento di effettiva indizione formale della gara; la norma, si sostiene, mira a 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.

Dunque una norma incriminatrice contro gli abusi nella redazione del bando o di un atto a questo equipollente (cfr., sul tema, Sez. 6, n. 5536 del 28/10/2021, dep. 2022, Zappini, Rv. 282902).

Una norma, tuttavia, che non solo non incide direttamente sul dato letterale dell'art. 353 cod. pen., 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 cod. pen. 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

cod. pen. una materia, quella dei concorsi, che è esterna anche rispetto all'art. 353 *bis* cod. pen.

La impossibilità di assimilazione tra le gare pubbliche a cui fa riferimento l'art. 353 cod. pen. e i concorsi per il reclutamento del personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni emerge inoltre dalla obiettiva diversità di materia e di disciplina di riferimento e, in particolare, dalla diversità strutturale tra le "offerte" che vengono in considerazione ai fini della configurazione del reato di turbata libertà degli incanti e quelle che attengono ai concorsi per il reclutamento dei professori universitari.

La materia della immissione nel ruolo dei professori, lungi dal trovare riferimenti nel codice degli appalti, è regolata quasi interamente dalla legge 30 dicembre 2010, n. 240 che disciplina un procedimento caratterizzato da due fasi.

La prima, come stabilisce l'art. 16 della legge in questione, è quella della "abilitazione scientifica nazionale", in cui il candidato è giudicato da un'unica commissione a livello nazionale, per settore concorsuale, per verificarne il possesso dei requisiti per svolgere le funzioni di professore di prima o di seconda fascia, senza alcun limite al numero dei concorrenti abilitabili.

La seconda fase, come dispone l'art. 18 della legge n. 240/2010, è quella che si svolge presso le singole università, laddove tutti i candidati in possesso dell'abilitazione possono partecipare ad un'apposita procedura di valutazione comparativa (definita dalla legge "chiamata dei professori" o "procedimento di chiamata") attivata, in sostanza, con un bando pubblico di concorso, e ovviamente in relazione ai posti da coprire per i diversi settori concorsuali e scientifico-disciplinari.

In questo contesto, si coglie la diversità strutturale tra le offerte.

Nelle gare di cui all'art. 353 cod. pen. la valutazione delle offerte da parte della Pubblica amministrazione attiene al contenuto, alla congruità, alla rilevanza quantitativa e qualitativa dell'attività che l'offerente si impegna a compiere, al programma obbligatorio che deve essere realizzato, al corrispettivo richiesto, alle garanzie prospettiche e dinamiche di realizzazione del programma.

Nei concorsi per il reclutamento dei docenti universitari la valutazione attiene solo all'attività pregressa del candidato, che, in realtà, non offre prestazioni variabili da valutare in modo comparativo, ma offre sé stesso: alla nomina conseguono diritti ed obblighi fissi, quelli determinati dalla legge, non impegni fluttuanti e perciò diversamente valutabili.

Ed ancora.

Il reato di turbata libertà degli incanti è un reato dei privati contro la pubblica amministrazione; dalla lettura della stessa imputazione emerge invece la descrizione di un reato proprio, di fatti commessi dai pubblici ufficiali rispetto al quale la responsabilità del privato è configurabile in termini di compartecipazione criminosa.

Dunque, una materia diversa, un procedimento diverso a cui non possono essere estese le categorie di riferimento contemplate nell'art. 353 cod. pen.

I fatti in esame non possono essere ricondotti alla fattispecie di turbata libertà degli incanti, ma al più al reato di abuso di ufficio, purché ne siano sussistenti i presupposti, dovendo considerare che con le modifiche apportate all'art. 323 cod. pen. dalla legge 16/07/2020, n. 176, ai fini della integrazione della fattispecie, è richiesto che vi sia una violazione di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge (...) dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

Correttamente la Corte ha inoltre evidenziato come, nel caso di specie, non si tratti di una mera riqualificazione giuridica di un medesimo fatto immutato, ma di un fatto con una identità materiale diversa, quello ritenuto riconducibile al reato di abuso d'ufficio, che ha componenti strutturali descrittive della condotta e dell'evento diversi rispetto a quello di turbata libertà degli incanti.

6. Considerazioni simili devono essere compiute anche in relazione al secondo motivo di ricorso.

Si è già detto di come, secondo il ricorrente, il fatto concussivo, che [REDACTED] avrebbe commesso per dissuadere [REDACTED] dal partecipare al concorso sarebbe già stato descritto nella imputazione e dunque la Corte avrebbe dovuto affrontare il tema.

Due considerazioni tuttavia si impongono.

La prima è che [REDACTED] era stato condannato in primo grado "con riferimento esclusivo ai profili collusivi" (cfr. dispositivo della sentenza) e non è obiettivamente chiaro quale sia stata la valutazione compiuta dal Tribunale in ordine ai comportamenti minatori contestati (cfr., pag. 6 sentenza di primo grado).

La seconda considerazione è che la Corte, pur nell'ambito di un passaggio motivazionale non chiarissimo, ha escluso che il fatto concussivo fosse stato in concreto contestato.

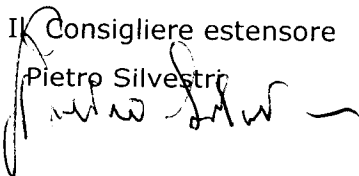
P.Q.M.

Rigetta il ricorso del Procuratore Generale di Torino.

Così deciso in Roma, il 24 maggio 2023.

Il Consigliere estensore

Pietro Silvestri



Il Presidente

Giorgio Fidelbo



Depositato in Cancelleria



oggi, 25-7-23

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott. [REDACTED] Crimetele