

38127-23



**REPUBBLICA ITALIANA**  
In nome del Popolo Italiano  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
SESTA SEZIONE PENALE

Composta da:

Giorgio Fidelbo                      Presidente  
Ercole Aprile  
Enrico Gallucci  
Martino Rosati  
Pietro Silvestri                      Relatore

Sent. n. sez. 989

C.C. 24/05/2023

R.G.N. 14786/2023

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso proposto da:

Bastardi Silvio, nato a Nocera Inferiore il 03/04/1969

avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale di Catanzaro il 17/01/2023

visti gli atti, il provvedimento impugnato, il ricorso;  
udita la relazione svolta dal Consigliere, Pietro Silvestri;  
udito il Sostituto Procuratore Generale, dott. Raffaele Piccirillo, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio della ordinanza impugnata;  
udita l'avv.ta Maria Sabina Apollinaro, difensore dell'indagato, che ha concluso insistendo per l'accoglimento dei motivi di ricorso;

**RITENUTO IN FATTO**

1. Il Tribunale di Catanzaro, in parziale accoglimento dell'appello proposto dal Pubblico Ministero avverso l'ordinanza con cui il Giudice per le indagini preliminari aveva rigettato la domanda di applicazione della custodia in carcere, ha applicato nei confronti di Silvio Bastardi la misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio per la durata di sei mesi, in relazione al reato di cui all'art. 353 cod. pen.

A Bastardi, Segretario comunale presso il Comune di Tortora e Presidente della commissione e Responsabile unico del procedimento, si contesta di avere agevolato con collusioni e/o mezzi fraudolenti, in relazione al concorso per titoli ed esami per la copertura di un posto a tempo indeterminato e part time di istruttore direttivo, il superamento di detto concorso di Libertino Antonella, già dipendente del comune, nonostante "fosse impegnato in una frequentazione, anche di carattere sessuale con la stessa" (così l'imputazione, quanto al capo a).

A Bastardi era stato altresì contestato anche il reato di cui all'art. 319 quater cod. pen. per avere indotto la Libertino, vincitrice della procedura di selezione, a compiere atti sessuali in cambio della promessa di agevolarla (capo b).

Il Giudice per le indagini preliminari, pur ritenendo sussistenti i gravi indizi di colpevolezza quanto al reato di cui al capo a), aveva rigettato la domanda per la insussistenza delle esigenze cautelari, aveva invece ritenuto insussistenti i gravi indizi di colpevolezza quanto al capo b).

2. Ha proposto ricorso per cassazione l'indagato articolando tre motivi.

2.1. Con il primo si deduce violazione di legge quanto al giudizio di gravità indiziaria: il tema attiene alla qualificazione giuridica del fatto.

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

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

2.2. Con il secondo motivo si deduce violazione di legge e vizio di motivazione quanto al giudizio di gravità indiziaria.

Quanto al c.d. slittamento del concorso e alla violazione dell'obbligo di astensione lo stesso Tribunale avrebbe affermato che i rapporti tra l'indagato e la donna sarebbero stati neutri; il tema è connesso alla ritenuta insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza per il concorrente reato di induzione indebita a dare o promettere.

2.3. Con il terzo motivo si deduce vizio di motivazione quanto al ritenuto pericolo di recidiva; la motivazione sarebbe viziata tenuto anche conto delle diverse conclusioni a cui era pervenuto il Giudice per le indagini preliminari.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato quanto al primo motivo.

2. Il secondo motivo, che ha valenza pregiudiziale, è inammissibile perchè generico.

A fronte di una adeguata motivazione, con cui il Tribunale, anche facendo riferimento al contenuto delle conversazioni intercettate, ha indicato le ragioni poste a fondamento del giudizio di gravità indiziaria, nulla di specifico è stato indicato, essendosi limitato il ricorrente a generiche affermazioni senza confrontarsi con la motivazione del provvedimento impugnato.

La Corte di cassazione ha costantemente affermato che la funzione tipica dell'impugnazione è quella della critica argomentata avverso il provvedimento cui si riferisce. Tale critica argomentata si esplica attraverso la presentazione di motivi che, a pena di inammissibilità (artt. 581 e 591 cod. proc. pen.), devono indicare specificamente le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. Contenuto essenziale dell'atto di impugnazione è infatti il confronto puntuale (cioè con specifica indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che fondano il dissenso) con le argomentazioni del provvedimento il cui dispositivo si contesta.

Ne consegue che se il motivo di ricorso si limita ad affermazioni generiche, esso non è conforme alla funzione per la quale è previsto e ammesso, cioè la critica argomentata al provvedimento, posto che con siffatta mera riproduzione il provvedimento formalmente "attaccato", lungi dall'essere destinatario di specifica critica argomentata, è di fatto del tutto ignorato.

3. È invece fondato il primo motivo di ricorso.

La questione che si pone è se le condotte descritte nella imputazione, con cui si sarebbe turbato un pubblico concorso per esami e titoli per la copertura di un posto di istruttore direttivo presso il comune di Tortora, 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'evento-turbamento 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.

Il tema attiene al contenuto della imputazione, alla riconoscibilità del precetto, alla prevedibilità della decisione, al ruolo del c.d. formante 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 avvalorava (finanche in seno al diritto dell'Unione, in quanto rispettoso dell'identità costituzionale degli Stati membri) l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterior 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».

Ciò spiega l'affermazione per cui «la garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe (...) svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura».

Dunque, l'attività di interpretazione trova un limite nel significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore a cui il giudice non può assegnare un significato diverso da quello proprio, da quello semantico, al fine di ricercare profili ulteriori in grado di colorare in senso estensivo il perimetro dell'illecito.

4.2. Alla luce di tale principi il motivo di ricorso rivela la sua fondatezza atteso che l'ordinanza impugnata è basata 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".

4.3. 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 enucleate non faccia seguito la pubblicazione del bando di gara e, quindi, il formale avvio della stessa procedura selettiva (in tal senso, da ultimo, Sez. 5, n. 26556 del 13/04/2021, Giamogante, Rv. 281470).

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.

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, ove ne siano sussistenti i presupposti e ciò anche alla luce delle modifiche apportate all'art. 323 cod. pen dalla legge 16/07/2020, n. 176, con particolare riguardo alla necessità, ai fini della integrazione della fattispecie, che vi sia una violazione di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge ... dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

5. Ne consegue che l'ordinanza impugnata deve essere annullata; il Tribunale, applicherà i principi indicati e valuterà se e in che limiti le condotte contestate possono essere ricondotte al reato di abuso d'ufficio o ad altra fattispecie penale.

Il terzo motivo è assorbito; all'esito della corretta qualificazione giuridica dei fatti il Tribunale, eventualmente, formulerà un nuovo giudizio quanto alle esigenze cautelari.

**P.Q.M.**

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale di Catanzaro competente ai sensi dell'art. 309, comma 7, cod. proc. pen.

Così deciso in Roma, il 24 maggio 2023.

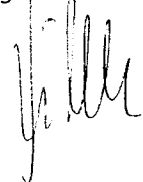
Il Consigliere estensore

Pietro Silvestri



Il Presidente

Giorgio Fidelbo



**Depositato in Cancelleria**



**18 SET 2023**

oggi, .....

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott.ssa *Giuseppina Cirimele*

