

Penale Sent. Sez. 6 Num. 38062 Anno 2022

Presidente: MOGINI STEFANO

Relatore: SILVESTRI PIETRO

Data Udienza: 23/11/2021

SENTENZA

sui ricorsi proposti da:

1. Dalle Nogare Antonio, nato a Bolzano il 14/04/1964
2. Tenti Katuscia, nata a Bolzano l'11/08/1969

avverso la sentenza emessa dalla Corte di appello di Trento – sez. distaccata di Bolzano il 23/02/2021;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere, Pietro Silvestri;

udito il Sostituto Procuratore generale, dott. Simone Perelli, che ha concluso chiedendo il rigetto dei ricorsi;

uditi gli avvocati Fabrizio Francia, difensore di Tenti Katuscia, Carlo Bertacchi e Francesco Petrelli, difensori di Dalle Nogare Antonio, i quali hanno concluso chiedendo l'accoglimento dei motivi di ricorso;

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Trento- Sezione distaccata di Bolzano - ha confermato la sentenza con cui Dalle Nogare Antonio e Tenti Katuscia sono stati condannati per i reati di concorso in rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio (art. 326, comma 3, cod.



pen.- capo a) e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 bis cod. pen., capo b).

Quanto al capo A), Tenti, nella sua qualità di direttrice del Dipartimento dell'edilizia abitativa e cultura italiana presso la Provincia Autonoma di Bolzano, e quindi quale pubblico ufficiale, si sarebbe avvalsa, in concorso con Dalle Nogare Antonio e Dalle Nogare Angelo- la cui posizione è stata definitivamente separata-, di notizie d'ufficio segrete al fine di procurare agli imprenditori indicati un indebito profitto patrimoniale; l'imputata, in particolare, avrebbe condiviso il file relativo al disciplinare di gara con gli imprenditori indicati, facendovi apportare delle modifiche, poi recepite nel bando di gara di appalto indetto il 21.10.2013 per la progettazione ed esecuzione di lavori con contestuale acquisto di aree non edificate finalizzato alla realizzazione di 100 alloggi nel comune di Bolzano (così l'imputazione).

Quanto al capo B), gli imputati, con collusione, consistita nell'accordo con cui fu portata a cognizione degli imprenditori il disciplinare di gara, avrebbero turbato il procedimento volto a determinare il bando di gara, di cui si è detto, al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte dell'Ipes della Provincia di Bolzano.

2. Ha proposto ricorso per cassazione Tenti Katuscia articolando cinque motivi.

2.1. Con il primo si deduce violazione di legge processuale prevista a pena di inutilizzabilità e vizio di motivazione.

Il tema attiene alla utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni telefoniche, telematiche e delle captazioni compiute mediante trojan sui device fissi e mobili in uso agli indagati.

Si assume che sin dall'udienza preliminare fosse stata rappresentata la inutilizzabilità delle captazioni sotto tre distinti profili:

- il primo, relativo alla violazione dell'art. 267, comma 1, cod. proc. pen., non ricorrendo al momento in cui il mezzo di ricerca della prova fu autorizzato e prorogato il requisito della indispensabilità dello stesso rispetto al fatto storico "integrante una determinata ipotesi di reato per la quale si affermava di indagare" (così testualmente il ricorso);

- il secondo, relativo alla violazione degli artt. 266, 267, 271 cod. proc. pen., in ordine alle captazioni compiute mediante captatore informatico trojan, per difetto di motivazione del decreto autorizzativo e di tutti i decreti di proroga conseguenti, con inutilizzabilità derivata di tutte le captazioni;

- il terzo, riguardante la inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite con decreto del Pubblico ministero, conseguente ai decreti autorizzativi del Giudice per le indagini preliminari, per violazione dell'art. 268, comma 3, cod. proc. pen., in ordine alla

dichiarata insufficienza ed inidoneità degli impianti delle procure per l'attività di captazione.

In tale contesto, riprodotte le motivazioni delle ordinanze con cui sono state rigettate dai Giudici di merito le molteplici questioni indicate, si deduce:

1) che alla data della formulazione della prima richiesta di autorizzazione di attività di intercettazione: a) Dalle Nogare Angelo e Dalle Nogare Antonio erano indagati per istigazione alla corruzione, per avere offerto o promesso denaro ad alcuni consiglieri del Comune di Bolzano - sia per il partito, sia a titolo personale - affinché questi votassero a favore del parere del Comune relativo alla c.d. area Mair - De Franceschi; b) Tenti era indagata per il reato di abuso d'ufficio ed era considerata estranea all'ipotizzato fatto corruttivo; c) mentre il reato per cui erano iscritti Dalle Nogare consentiva il ricorso alla attività captativa, quello per cui era indagata Tenti, all'epoca dei fatti non consentiva alcuna attività captativa.

Il tema è quello del collegamento tra la captazione delle utenze telefoniche di Tenti e il reato per cui si chiedevano le intercettazioni.

La indispensabilità del mezzo di ricerca della prova non sarebbe stata motivata nel decreto del Giudice per le indagini preliminari del 7.5.2014, che avrebbe richiamato la richiesta del Pubblico Ministero e fatto riferimento, per desumere l'indispensabilità: a) alla possibilità di ulteriori condotte finalizzate ad impedire o ostacolare l'attività di raccolta degli elementi di prova; b) al rapporto tra gli imputati; c) alla condotta di Tenti, che si sarebbe costantemente mossa per sollecitare pubblici dipendenti e amministratori del comune e della provincia perché creassero i presupposti per riqualificare l'area Mair-De Franceschi in modo da renderla edificabile.

Dunque, si argomenta, rispetto a Tenti, nessun elemento concreto sarebbe sussistito per desumere l'indispensabilità del mezzo di prova rispetto al fatto storico per cui si indagava e le captazioni sarebbero state disposte in via esplorativa, in ragione, secondo lo stesso Pubblico ministero, della seria probabilità di consumazione di ulteriori reati.

2) gli esiti della attività captativa sarebbero comunque inutilizzabili ai sensi dell'art. 270 cod. proc. pen.

I reati per cui si procede non sarebbero connessi con quelli per cui l'autorizzazione fu disposta e, ove pure si volesse fare riferimento alla identità del disegno criminoso, nondimeno la connessione andrebbe esclusa alla luce dei principi affermati dalla Corte di cassazione in tema di continuazione.

3) la inutilizzabilità degli esiti delle captazioni tra presenti compiute mediante captatore informatico per difetto di motivazione del decreto autorizzativo del Giudice per le indagini preliminari.

Si richiama la sentenza delle Sezioni unite "Scurato" ed il principio da queste affermato, secondo cui l'attività di intercettazione mediante captatore è consentita per i procedimenti di criminalità organizzata e non per quelli di criminalità comune; dunque

sarebbe errata l'affermazione dei giudici di merito secondo cui invece le captazioni tramite trojan sarebbero consentite anche per reati non di criminalità organizzata.

Si aggiunge che comunque, ove pure si volesse ragionare nel senso indicato dai Giudici di merito, nondimeno le intercettazioni sarebbero inutilizzabili per non avere il Giudice indicato i luoghi in cui le captazioni avrebbero dovuto essere eseguite.

Si specifica che l'intercettazione ambientale in auto tra Dalle Nogare e Tenti del 13.5.2014 e quella telefonica (o tra presenti) Tenti- Marrone sarebbero state decisive per la formulazione del giudizio di responsabilità. Si fa riferimento anche ad altre conversazioni (progressivi 3- 4 del 18/05/2014).

2.2. Con il secondo motivo si lamenta violazione di legge e vizio di motivazione in ordine al giudizio di responsabilità per il reato di cui all'art. 326 cod. pen.

Si sostiene che:

1) diversamente da quanto affermato dalla Corte di appello - che ha richiamato un indirizzo della Corte di cassazione secondo cui il delitto previsto dall'art. 326 cod. pen. sussiste non solo quando si diffondano notizie d'ufficio per le quali il diritto di accesso è escluso, ma anche quando vengono rivelate notizie la cui diffusione- pur prevista in un momento successivo - risulti vietata perché effettuata senza il rispetto delle modalità previste -, la bozza del disciplinare di gara, che la Tenti avrebbe scaricato e posto a disposizione di Dalle Nogare, non potrebbe considerarsi "notizia coperta da segreto d'ufficio", atteso che, invece - così come previsto da altro indirizzo - la notizia che, ai sensi dell'art 326 cod. pen., deve restare segreta è solo quella la cui divulgazione è sempre e nei confronti di chiunque proibita e non quella diffusa in violazione delle norme sul diritto di accesso. In ragione dell'art. 24 della legge 241 del 1990 il diritto di accesso - con conseguente configurabilità dell'art. 326 cod. pen. - è escluso solo per: a) ragioni di sicurezza, difesa nazionale e relazioni internazionali; b) politica monetaria e valutaria; c) ordine pubblico e prevenzione e repressione della criminalità; d) riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese.

Dette categorie, si afferma, non attengono ai fatti oggetto del processo e dunque il reato non sarebbe configurabile.

2) la Tenti, tratta a giudizio quale direttrice del dipartimento dell'edilizia abitativa e culturale, non apparteneva all'ufficio, cioè nella specie, all'Ipes (Istituto provinciale di edilizia sociale), titolare del disciplinare di gara, e dunque, ai fini dell'art. 326 cod. pen., non potrebbe nella specie considerarsi pubblico ufficiale.

La tesi è che la Tenti non si sarebbe avvalsa di una notizia segreta del "suo" ufficio;

3) secondo la Corte, la Tenti, nel mettere a disposizione di Dalle Nogare la bozza del disciplinare di gara, avrebbe per ciò solo fatto avvalimento della notizia, facendo uso della notizia per scopi diversi da quelli istituzionali.

Secondo il ricorrente, invece, l'avvalersi della notizia, ai sensi dell'art. 326, comma 3, cod. pen., assume rilievo solo in quanto illegittimo, cioè in contrasto con l'ordinamento e anche con la normativa di riferimento.

Si assume che, secondo la dottrina e la giurisprudenza, l'utilizzo, di cui all'art. 326, comma 3, cod. pen., implica un impiego della notizia che coincide con la rivelazione a terzi; il coordinamento tra i due reati previsti dal primo e dal terzo comma sarebbe nel senso che se l'agente sfrutti la notizia e - insieme - la riveli a terzi non autorizzati al fine di conseguire un indebito profitto patrimoniale, sarebbe applicabile solo il terzo comma della norma; ove invece l'agente agisca per un fine di profitto non patrimoniale o di danno a terzi, si applicherebbe solo il primo comma della norma.

La Corte, non considerando i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità - secondo cui ai fini della configurazione della fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 326, sarebbe necessaria una condotta di autonomo e diretto sfruttamento o impiego della notizia - avrebbe erroneamente affermato che la rivelazione integrerebbe di per sé la condotta di utilizzazione, evitando in tal modo di confrontarsi con la necessaria individuazione di una condotta di autonomo e diretto sfruttamento o impiego della notizia da parte dell'intraneo.

Sarebbe in particolare errata l'affermazione secondo cui la rivelazione integrerebbe di per sé la condotta di utilizzazione in quanto sorretta da dolo specifico; in tal modo la Corte, da una parte, non avrebbe individuato la condotta di autonomo e diretto impiego della notizia, e, dall'altra, avrebbe valorizzato ai fini della responsabilità concorsuale dell'extraneus, condotte successive al più rilevabili per la configurazione della collusione descritta per il reato di cui al capo b).

Nel caso di specie, non vi sarebbe stato alcun bisogno di prendere conoscenza della bozza del disciplinare di gara -- frutto di un copia/incolla di precedenti versioni già note all'imprenditore -- e dunque né la Tenti, né Dalle Nogare si sarebbero avvalsi in senso tecnico della notizia.

Si aggiunge che, anche nel caso in cui la nozione di avvalimento della notizia d'ufficio, cioè della bozza di disciplinare, fosse estesa fino a comprendere i successivi interventi compiuti dagli imputati sul testo, - il riferimento è al punto 2.1. della bozza - non vi sarebbe prova né della finalizzazione di tali interventi al conseguimento di un "indebito profitto patrimoniale" di Dalle Nogare, né del concorso morale di questi.

La tesi è che la Corte avrebbe sovrapposto il piano della condotta con quello dell'elemento psicologico del reato.

4) la Corte avrebbe errato nel ritenere provato il concorso nel reato di rivelazione o utilizzazione della notizia coperta da segreto d'ufficio attraverso la prova della collusione rilevante ai fini della turbativa d'asta.

Né la prova del concorso nel reato di rivelazione di segreti d'ufficio sarebbe inferibile dagli elementi indiziari, pure indicati dalla Corte di appello, e, in particolare, non

assumerebbero rilievo l'aggiunta a mano da parte di Dalle Nogare di una determinata parola nella copia della bozza originaria del disciplinare di gara, atteso che, detto indizio, sarebbe successivo alla consumazione del reato, né il contenuto di alcune conversazioni intercettate, anche esse successive.

2.3. Con il terzo motivo si deduce violazione di legge e vizio di motivazione quanto al delitto di cui all'art. 353 bis cod. pen.

Il tema attiene alla distinzione tra 353 e 353 bis cod. pen.

Assume la ricorrente, che fa riferimento anche alla giurisprudenza della Corte, che le condotte che incidono sulla formazione del bando di gara che venga successivamente emesso devono essere inquadrate nella fattispecie prevista dall'art. 353 cod. pen.

Nel caso di specie, una gara fu indetta e il bando fu pubblicato, sicché la norma incriminatrice rilevante sarebbe quella prevista dall'art. 353 cod. pen.: dunque un reato strutturalmente di evento - in cui sarebbe "necessario che in conseguenza del comportamento dell'agente la gara si sia svolta o conclusa irregolarmente" (così il ricorso a pag. 47)- che, tuttavia, nella specie sarebbe insussistente atteso che le modifiche al bando non furono recepite, la gara si svolse regolarmente e l'interlocuzione tra la Tenti e Dalle Nogare sarebbe lecita in base agli artt. 80, comma 5, lett. e)- 66-67 d. lgs. n. 50 del 2016.

2.4. Con il quarto motivo si lamenta violazione di legge e vizio di motivazione quanto al giudizio di responsabilità per il reato di cui all'art. 353 bis cod. pen.

Secondo la ricorrente non vi sarebbe prova che le modifiche proposte all'originaria bozza del bando furono suggerite da Dalle Nogare ovvero fossero finalizzate a favorirlo. Sul punto la motivazione sarebbe viziata.

Il differente testo dell'articolo 2.1. del bando rinvenuto presso gli uffici della impresa Dalle Nogare rispetto a quello poi pubblicato avrebbe una valenza minima ed atterrebbe al carattere facoltativo o meno, nel caso in cui gli alloggi fossero stati più di 50, della loro collocazione in due o più palazzine.

La modifica operata all'articolo in questione non sarebbe con certezza riconducibile alle indicazioni di Antonio Dalle Nogare.

2.5. Con il quinto motivo si lamenta violazione di legge e vizio di motivazione quanto al ritenuto concorso formale tra i due reati; secondo la ricorrente il reato previsto dall'art. 353 bis cod. pen., sarebbe assorbito, in quanto sussidiario, rispetto a quello di cui all'art. 326 cod. pen; in tal senso, si argomenta, la condotta di avvalimento non potrebbe essere limitata alla rivelazione della notizia, ma, secondo la stessa ricostruzione accusatoria, ricomprenderebbe anche l'attività compiuta "in concorso" di modifica della bozza del disciplinare.

Dunque una condotta, quella di cui al capo a) che, diversamente dagli assunti dei Giudici di merito, coinciderebbe con quella del reato sub b), con conseguente operatività della clausola di sussidiarietà.

3. Ha proposto ricorso per cassazione il difensore di Antonio Dalle Nogare.
Il ricorso è strutturalmente sovrapponibile a quello della coimputata.

4. Sono stati presentati motivi aggiunti nell'interesse di Dalle Nogare Antonio.

4.1. Il primo attiene alla dedotta inutilizzabilità delle intercettazioni ai sensi dell'art. 270 cod. proc. pen. alla luce dei principi affermati dalle Sezioni unite "Cavallo": il tema attiene alla ritenuta connessione tra i reati.

4.2. Il secondo attiene al ritenuto concorso di Dalle Nogare nel reato sub a).

4.3. Il terzo attiene al vizio di motivazione in ordine al ragionamento probatorio sui ritenuti indizi da cui si è fatta discendere la prova del concorso nel reato sub a).

4.4. Il quarto motivo attiene al tema del concorso formale tra i due reati

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. I ricorsi, i cui motivi - anche aggiunti - possono essere valutati congiuntamente, sono infondati.

2. Il primo motivo è inammissibile.

2.1. La Corte di cassazione con molteplici pronunce - anche a Sezioni unite e non sempre recenti - ha stabilito principi funzionali ad attuare il percorso demolitorio intrapreso dalla parte che eccepisca la inutilizzabilità probatoria di un atto processuale.

In particolare, in tema di intercettazioni telefoniche, è consolidato il principio secondo cui è necessario, a pena di inammissibilità del motivo, che il ricorrente indichi quali siano le conversazioni intercettate che sarebbero inutilizzabili e chiarisca l'incidenza degli atti specificamente affetti dal vizio sul complessivo compendio probatorio già valutato, sì da potersene inferire la decisività ai fini del provvedimento impugnato. (Sez. U., n. 23868 del 23/04/2009, Fruci, Rv. 243416; nello stesso senso, Sez. U, n. 39061 del 16/07/2009, De Iorio, Rv. 244328; Sez. 4, n. 46478 del 21/09/2018, Gullè, non massimata).

Ulteriori approfondimenti di rilievo concernono i limiti demolitori della pronuncia di legittimità; prima infatti di annullare con rinvio la sentenza basata su di un dato dimostrativo dichiarato inutilizzabile, è necessario procedere alla c.d. prova di resistenza, valutando se la motivazione "resti in piedi", nonostante l'eliminazione dell'elemento viziato. La regola viene considerata un corollario dell'interesse all'impugnazione: se la sentenza non è basata sulla prova inutilizzabile, il ricorso, ancorché fondato nel merito, deve essere rigettato (Sez. U, n. 4265 del 25/02/1998, Gerina, in motivazione; Sez. 5, n. 37694 del 15/07/2008, Rizzo, Rv. 241299; Sez. 2, n. 30271 dell'11/05/2017, De Matteis, Rv. 270303).

Questa Corte, con orientamento consolidato (Sez. 2, n. 7986 del 18/11/2016, dep. 2017, La Gumina, Rv. 269218; Sez. 6, n. 18764 del 05/02/2014, Barilari, Rv. 259452; Sez. 3, n. 3207 del 2/10/2014, dep. 2015, Rv. 262011) che il Collegio condivide e ribadisce, ha, infatti, osservato che, nei casi in cui con il ricorso per cassazione si lamenti l'inutilizzabilità o la nullità di una prova dalla quale siano stati desunti elementi a carico, il motivo di ricorso deve illustrare, a pena di inammissibilità per aspecificità, l'incidenza dell'eventuale eliminazione del predetto elemento ai fini della cosiddetta "prova di resistenza", essendo in ogni caso necessario valutare se le residue risultanze, nonostante l'espunzione di quella inutilizzabile, risultino sufficienti a giustificare l'identico convincimento; gli elementi di prova acquisiti illegittimamente diventano infatti irrilevanti ed ininfluenti se, nonostante la loro espunzione, le residue risultanze risultino sufficienti a giustificare l'identico convincimento

Nel caso di specie, il motivo di ricorso è generico, essendosi i ricorrenti limitati ad affermare che il giudizio di responsabilità sarebbe stato formulato a seguito del "decisivo" apporto probatorio derivante dal contenuto di alcune conversazioni intercettate, quali quelle del 13.5.2014 e quelle n. 3 - 4 del 18.5.2014 (in tal senso si è fatto espresso riferimento alle pag. 32 - 56 della sentenza impugnata e a pag.35 della sentenza di primo grado, cfr. pagg. 25- 26 ricorso Tenti).

Si tratta di un assunto che non può essere condiviso, atteso che proprio dalla lettura delle sentenze di merito e, in particolare, dalle pagine richiamate dagli imputati, emerge chiaramente come i Giudici, diversamente da quanto affermato dai ricorrenti, abbiano attribuito agli elementi di prova derivanti dalle conversazioni indicate una valenza indiziante che lungi dall'essere esclusiva, ha invece concorso con altri molteplici elementi al raggiungimento della prova della colpevolezza; dunque i ricorsi avrebbero dovuto chiarire perché il giudizio di responsabilità non sarebbe stato formulabile senza l'apporto degli elementi in questione e perché, dagli assunti della Corte di appello gli altri indizi non sarebbero stati autosufficienti.

2.2. Sotto altro profilo, secondo gli assunti difensivi, la inutilizzabilità delle conversazioni intercettate per effetto di un determinato originario decreto autorizzativo-produrrebbe una diffusività invasiva ed una propagazione illimitata del vizio di inutilizzabilità anche in relazione alle conversazioni successivamente intercettate.

Il tema è quello della c.d. inutilizzabilità derivata.

L'affermazione giurisprudenziale consolidata è quello per cui, in materia di inutilizzabilità non opera il principio, previsto per le nullità, della trasmissibilità del vizio agli atti consecutivi a quello dichiarato nullo (per tutte, Sez. 6, n. 9009 del 04/02/2020, Rella, Rv. 278563; Sez. 5, n. 441114 del 10/10/2019, Giaimo, Rv. 277432).

Si tratta di un principio spesso collegato a quello secondo il quale in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, ciascun decreto autorizzativo è dotato di autonomia e può ricevere impulso da qualsiasi notizia di reato, ancorché desunta da precedenti intercettazioni probatoriamente inutilizzabili; ne consegue che il vizio di cui sia affetto l'originario decreto intercettativo non si comunica automaticamente a quelli successivi correttamente adottati, e che pertanto non è inutilizzabile la prova che non sarebbe stata scoperta senza l'utilizzazione della prova inutilizzabile (Sez. 6, n. 3027, del 20/10/2015, Ferminio, Rv. 266496).

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 332 del 27/09/2001, ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 del codice di procedura penale, sollevata per contrasto con l'art. 24 della Costituzione, nella parte in cui "consente l'utilizzazione di prove che derivino, non solo in via diretta, ma anche in via mediata da un atto posto in essere in violazione di divieti, ed in particolare l'utilizzazione del risultato di una perquisizione nulla".

La Corte ha chiarito come: a) la soluzione prospettata dal giudice remittente avrebbe finito per trasferire nella disciplina della inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema delle nullità: "l'accoglimento del quesito avrebbe comportato l'esercizio di opzioni che l'ordinamento riserva esclusivamente al legislatore, in una tematica, per di più che - quale quella dei rapporti di correlazione o dipendenza tra gli atti probatori - ammette, già sul piano logico, un'ampia varietà di possibili configurazioni e alternative"; b) quelli della nullità e inutilizzabilità siano fenomeni "tutt'altro che sovrapponibili", così da non potersi "trasferire nella disciplina della inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema della nullità".

In termini non diversi la Corte costituzionale si è espressa con la sentenza n. 219 del 2019.

La Corte, ricostruiti il senso e la portata della inutilizzabilità, ha affermato che:

- l'istituto della inutilizzabilità ha una "vita" totalmente autonoma rispetto al regime ed alla stessa natura giuridica delle nullità;

- anche detto invalidità risponde - al pari delle nullità - ai paradigmi della tassatività e legalità, dal momento che è soltanto la legge a stabilire quali siano - e come si atteggiino - i diversi divieti probatori;

- è lo stesso sistema normativo ad avallare la conclusione secondo la quale, per la inutilizzabilità che scaturisce dalla violazione di un divieto probatorio, non possa trovare applicazione un principio di "inutilizzabilità derivata", sulla falsariga di quanto è previsto invece, nel campo delle nullità, dall'art. 185, comma 1, cod. proc. pen.

In particolare, la Corte ha chiarito che "derivando il divieto probatorio e la conseguente "sanzione" della inutilizzabilità da una espressa previsione della legge, qualsiasi "estensione" di tale regime ad atti diversi da quelli cui si riferisce il divieto non

potrebbe che essere frutto di una, altrettanto espressa, previsione legislativa. Del resto, è ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale tale principio, valido per le nullità, non si applica in materia di inutilizzabilità, riguardando quest'ultima solo le prove illegittimamente acquisite e non quelle la cui acquisizione sia avvenuta in modo autonomo e nelle forme consentite (ex plurimis, Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 12 settembre 2018-4 febbraio 2019, n. 5457)" (così la Corte costituzionale).

La inesistenza di una generale principio di inutilizzabilità derivata degli atti è confermata anche dall'art. 202 cod. proc. pen., che inibisce all'autorità giudiziaria l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte dal segreto di Stato; significativo è che in relazione a tale norma, diversamente dalle altre, la Corte costituzionale abbia chiarito che «tale divieto riguarda l'utilizzazione degli atti e dei documenti coperti da segreto sia in via diretta, ai fini cioè di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dall'illegittimità della loro origine" (Corte cost. n. 110 del 1998).

Acutamente si è osservato in dottrina che la Corte, con riferimento all'art. 202 cod. proc. pen., inibisce l'utilizzazione delle conoscenze coperte da segreto, non solo ai fini delle determinazioni sull'esercizio dell'azione penale e di una qualsiasi decisione giurisdizionale, ma anche a fini investigativi.

La Corte costituzionale distingue dunque un'utilizzazione probatoria, in funzione della decisione sul fatto oggetto della imputazione, e un'utilizzazione c.d. euristica, strumentale alle funzione investigativa o istruttoria, delle informazioni coperte da segreto.

Quello previsto dall'art. 202 cod. proc. pen. è un divieto più ampio che non attiene solo alla funzione probatoria delle informazioni illegittimamente acquisite.

La prova inutilizzabile rimane tale: essa è, salvi i casi specifici previsti dalla legge (art. 202 cod. proc. pen.), tuttavia utilizzabile in chiave euristica, cioè strumentale alle funzione investigativa o istruttoria.

Se la prova inutilizzabile non risulti destinata a giustificare in maniera costitutiva una qualche decisione o determinazione, la sua inutilizzabilità, pur persistente e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 191, comma 2), rimane senza ulteriori conseguenze, anche se le informazioni che possano trarsene vengano implicitamente impiegate per l'ammissione e la ricerca di altre valide prove: ciò che ne è preclusa, si osserva testualmente, è- come già affermato dalla Corte di cassazione proprio con la sentenza richiamata dalla Corte costituzionale (Sez. 6, n. 5457 del 12/09/2018, dep. 2019, Cosentino, Rv. 275029), solo l'utilizzazione a sostegno di una decisione o determinazione sul fatto controverso, a meno che non si tratti di informazioni di cui è

preclusa qualsiasi utilizzazione, che ne comporti anche solo una comunicazione o diffusione.

Nel caso di specie, i ricorrenti sovrappongono i due profili di cui si è detto - inutilizzabilità probatoria ed utilizzabilità ai soli ulteriori fini investigativi di un atto di indagine probatoriamente inutilizzabile - e conseguentemente non distingue, rispetto alla decisione tra: a) conversazioni autorizzate in violazione di un divieto, inutilizzabili limitatamente al profilo probatorio, ma non anche in funzione strumentale ed investigativa; b) intercettazioni autonome, autorizzate, cioè - in tutto o in parte - sulla base di elementi derivanti da conversazioni inutilizzabili sul piano probatorio ma utilizzabili in chiave euristica.

Ne deriva l'inammissibilità del motivo

3. Il secondo motivo è nel complesso infondato.

3.1. Quanto al tema del se il contenuto della bozza di disciplinare di gara - "salvata" e "girata" dall'imputata Tenti sul computer portatile del suo compagno Antonio Delle Nogare - possa considerarsi notizia coperta dal segreto di ufficio, la Corte ha correttamente fatto riferimento all'orientamento che, prendendo le mosse dalla disciplina del segreto d'ufficio per l'impiegato pubblici delineata dal d.P.R. n. 3 del 1957, art. 15, come sostituito dalla legge 241 del 1990, art. 28, ha avuto modo di precisare che "in tema di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio da parte degli impiegati dello Stato, per notizie di ufficio che devono rimanere segrete si intendono non solo le informazioni sottratte alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque, ma anche quelle la cui diffusione sia vietata dalle norme sul diritto di accesso, perché effettuata senza il rispetto delle modalità previste ovvero nei confronti di soggetti non titolari del relativo diritto" (Sez. 6, n. 9409 del 9/12/2015, dep. 2016, Cerato, rv. 267275; Sez. 5, n. 15950 del 15/01/2015, Perrone, Rv. 263590; Sez. 6, n. 49133 del 29/10/2013, Battaglia, Rv. 257652), condizioni, queste, che conducono la rivelazione delle notizie in esame nella sfera applicativa dell'art. 326 cod. pen.

Nella stessa prospettiva, si è affermato che "in tema di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio da parte degli impiegati dello Stato, il contenuto dell'obbligo la cui violazione è sanzionata dall'art. 326 cod. pen., deve essere desunto dal nuovo testo dal d.P.R., 10 gennaio 1957, n. 3, art. 15 come sostituito dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 28 recante nuove norme in tema di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi; dalla disposizione in questione emerge che il divieto di divulgazione (e di utilizzo) comprende non soltanto informazioni sottratte all'accesso, ma anche, nell'ambito delle notizie accessibili, quelle informazioni che non possono essere date alle persone che non hanno il diritto di riceverle, in quanto non titolari dei prescritti requisiti. Pertanto, in tale contesto

normativo, la nozione di "notizie d'ufficio, le quali debbono rimanere segrete" assume non soltanto il significato di informazione sottratta alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque, ma anche quello di informazione per la quale la diffusione (pur prevista in un momento successivo) sia vietata dalle norme sul diritto di accesso, nel momento in cui viene indebitamente diffusa ovvero utilizzata, perché svelata a soggetti non titolari del diritto o senza il rispetto delle modalità previste" (Sez. 6, n. 9726 del 21/02/2013 - dep. 28/02/2013, Carta e altro, Rv. 254593; conf.: Sez. 6, n. 11001 del 26/02/2009 - dep. 12/03/2009, P.M. in proc. Richero, Rv. 243578).

Sulla base di tale principio la Corte ha spiegato con puntualità che: a) la notizia fu messa a disposizione dall'imputata ad Antonio Dalle Nogare in forma del tutto privata, non seguendo nessun iter amministrativo; b) Katuscia Tenti non aveva alcun potere di disposizione di quella notizia; c) la rivelazione fu compiuta prima della pubblicazione del bando, quando nessun diritto di accesso era configurabile; d) non poteva configurarsi nessun interesse privato alla conoscenza di quell'atto; e) l'uso privato di quella notizia, come si dirà anche in seguito, non aveva nessuna giustificazione lecita.

Al di là della questione giuridica, il ricorso è silente sul punto, non essendo stato chiarita la ragione per cui il contenuto di quella bozza potesse essere rivelato in quel momento ed in quel modo dall'imputata ad Antonio Dalle Nogare.

3.2. È infondato anche l'assunto secondo cui Tenti, quale direttrice del dipartimento dell'edilizia abitativa e culturale, non potrebbe considerarsi nella specie pubblico ufficiale per difetto di competenza, atteso che la bozza di disciplinare rivelato era "atto" di un altro ufficio, cioè dell'Istituto Provinciale di Edilizia Sociale.

In realtà, la Corte ha spiegato in punto di fatto come l'imputata disponesse invece della bozza di quel disciplinare in ragione del suo ufficio, perché non solo istituzionalmente preposta alla fase preparatoria della gara, ma anche perché all'Ipes era demandato per legge il compito di dare attuazione ai programmi di edilizia abitativi elaborati dalla Giunta provinciale e Tenti all'epoca dirigeva l'ufficio a cui erano demandati i profili di elaborazione ed attuazione di detti programmi.

Anche sul punto il motivo è di fatto aspecifico perché non si confronta con la motivazione della sentenza impugnata.

3.3. Quanto alla prospettata non corretta applicazione dell'art. 326, comma 3, cod. pen., secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, che in questa sede si ribadisce, la rivelazione da parte del pubblico agente di un segreto di ufficio, anche laddove sia compiuta per fini di utilità patrimoniale e in adempimento di una promessa corruttiva, integra il reato previsto dal primo comma dell'art. 326 cod. pen., eventualmente in concorso con il delitto di corruzione, mentre ricorre la diversa fattispecie prevista dal terzo comma della stessa disposizione quando il pubblico ufficiale

sfrutti, a scopo di profitto, patrimoniale o non patrimoniale, lo specifico contenuto economico e morale, in sé considerato, delle informazioni destinate a rimanere segrete e non il valore economico eventualmente derivante dalla loro rivelazione (Sez. 6, n. 4512 del 21/11/2019, Mangani, Rv. 278326; Sez. 6, n. 9409 del 9/12/2015, deo. 2016, Cerato, Rv. 267273; Sez. 6, n. 39428 del 31/3/2015, Berlusconi, Rv. 264783).

La Corte di cassazione è pervenuta a tali conclusioni sulla base di argomentazioni di carattere letterale, sistematico e teleologico.

L'art. 326 cod. pen. contempla al primo comma (nonché, quanto all'agevolazione colposa, al secondo comma) la condotta di rivelazione - o di agevolazione della conoscenza - della notizia d'ufficio, destinata a rimanere segreta, posta in essere dal pubblico ufficiale, o dall'incaricato di un pubblico servizio, in violazione dei doveri inerenti alle funzioni o al servizio ovvero abusando delle sue qualità.

Si tratta di un reato proprio, di pericolo concreto (Sez. 6, n. 49526 del 03/10/2017, Greco, Rv. 271565), atteso che, ai fini della sua sussistenza, non si richiede che si verifichi un danno effettivo al bene giuridico tutelato, da individuarsi nel buon funzionamento della pubblica amministrazione attraverso il dovere di fedeltà del funzionario.

Inoltre, come affermato dalle Sezioni Unite, il delitto di rivelazione dei segreti di ufficio si risolve in una fattispecie plurisoggettiva anomala, essendo la condotta incriminata legata a chi riceve la notizia e alla previsione della punizione nei confronti del solo autore della rivelazione, nel senso, cioè, che il mero recettore della notizia non può essere di per sé assoggettato a pena.

Tuttavia, in base all'ordinaria disciplina del concorso di persone nel reato, non può escludersi la partecipazione morale del destinatario della rivelazione; partecipazione, questa, che, oltre alle tradizionali forme della determinazione e della istigazione, comprende anche l'accordo criminoso e, comunque, può estrinsecarsi nei modi più vari ed indifferenziati, ribellandosi a qualsiasi catalogazione o tipicizzazione, a cui invece deve uniformarsi la condotta dell'autore dell'illecito e, quindi, del concorrente che esegue l'azione vietata dalla norma e non già quella del partecipe (Sez. U., n. 420 del 28/11/1981, Emiliani, Rv. 151619).

In continuità con tale arresto, si è successivamente affermato che ai fini della sussistenza del concorso nel reato dell'extraneus, è necessario che questi non si sia limitato a ricevere la notizia, ma abbia istigato o indotto il pubblico ufficiale ad attuare la rivelazione, non essendo sufficiente ad integrare il reato la mera rivelazione a terzi della notizia coperta da segreto (tra le tante, Sez. 6, n. 34928 del 17/04/2018, Guglielmo, Rv. 273786; Sez. 1, n. 5842 del 17/01/2011, Barranca, Rv. 249357).

La fattispecie di cui al terzo comma, introdotta dalla legge 26 aprile 1990, n. 86, sanziona, invece, la diversa condotta della utilizzazione illegittima delle notizie d'ufficio, destinate a rimanere segrete, prevedendo un diverso trattamento sanzionatorio in base

alla finalità perseguita dall'intraneus di procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale (punita con la reclusione da due a cinque anni) ovvero di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto (punita con la reclusione fino a due anni).

Con l'introduzione di tale fattispecie, è stata sostanzialmente estesa la sfera di operatività della norma incriminatrice, risultando tutelato anche il bene pubblico della *par condicio civium*, vale a dire l'interesse a che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio non tragga, dall'esercizio delle sue funzioni e dalla connessa conoscenza di notizie apprese in ragione del suo ufficio, un indebito vantaggio rispetto agli altri cittadini (Sez. 6, n. 9726 del 21/02/2013, Carta, Rv. 254595).

Il comma 3 dell'art. 326 cod. pen. disciplina un'autonoma figura criminosa riguardante l'uso illegittimo di notizie d'ufficio le quali debbano rimanere segrete. Avvalersi di una notizia vuol dire utilizzarla o sfruttarla in qualsiasi modo, al punto che risultano del tutto indifferenti le modalità con cui possa estrinsecarsi la condotta dell'agente. L'unico elemento normativo che sembra muovere nella direzione di un contenimento della portata espansiva del termine "avvalersi" è rappresentato dall'avverbio «illegittimamente», con il quale il legislatore qualifica la condotta di utilizzazione.

Come già detto, la giurisprudenza di questa Corte è pervenuta al coordinamento delle due norme in considerazione sia del diverso lessico adottato dal legislatore (rivela - si avvale) che di argomentazioni di carattere sistematico (quale, il concorso con la corruzione), e teleologico (superfluità altrimenti della previsione del terzo comma), ravvisando la fattispecie di cui al primo comma anche nell'ipotesi in cui la rivelazione sia fatta per fini di utilità patrimoniale in adempimento di una promessa corruttiva, concorrendo in questo caso la corruzione con il delitto di cui alla disposizione in esame.

E' stata, invece, ravvisata la fattispecie contemplata dal terzo comma nel caso in cui sussista un autonomo e diretto sfruttamento da parte dell'intraneus, non del valore economico eventualmente derivante dalla rivelazione del segreto, ma proprio del contenuto economico o morale in sé delle informazioni che devono rimanere segrete, per profitto patrimoniale o non patrimoniale (Sez. 6, n. 4512 del 21/11/2019, Mangani, Rv. 278326).

Il reato di utilizzazione di segreti d'ufficio si concreta, dunque, in un'azione diversa dalla mera trasmissione della notizia ad estranei all'ufficio che, ove pure si verifici, potrebbe configurare un'ipotesi di concorso con il reato previsto dall'art. 326, primo comma, cod. pen. (cfr. Sez. 6, n. 4512 del 21/11/2019, Mangani, Rv. 278326; Sez. 6, n. 37559 del 27/09/2007, Spinelli, Rv. 237447).

Quanto al coordinamento tra le fattispecie di cui al primo e al terzo comma, si è sostenuto in maniera condivisibile che nei casi in cui l'agente sfrutti la notizia e insieme la riveli a terzi non autorizzati, se il fine è di indebito profitto patrimoniale, si applicherà

il solo comma 3, prima parte, difatti, il disvalore della semplice rivelazione, essendo meno grave, rimane assorbito in base al principio di consunzione. Se, invece, il fine è di ingiusto profitto non patrimoniale o danno a terzi, per la stessa ragione, si applicherà il solo comma 1, poiché la semplice rivelazione risulta ex lege più grave dell'utilizzazione che avvenga con tale specifico fine.

La Corte di appello ha fatto corretta applicazione di detti principi, spiegando come l'imputata, che era a conoscenza delle iniziative imprenditoriali del compagno e in qualche modo coinvolta e sollecitata nelle medesime da Dalle Nogare (cfr., pagg. 56 - 72 e ss. sentenza impugnata), abbia nella specie impiegato la conoscenza privata di quella "notizia riservata" - cioè del contenuto della bozza del disciplinare di gara - per rivelarla e utilizzarla, per farne un uso personale, privato ed illegittimo, salvando il file sul desktop del computer di Antonio Dalle Nogare al fine di consentire a questi di "modificarla" ed adattarla alle di lui esigenze imprenditoriali.

Dunque una condotta di diretto, personale, impiego della notizia da parte del pubblico agente.

Uno sfruttamento, un uso illegittimo della notizia riservata, ha osservato in modo non manifestamente illogico la Corte, finalizzati a consentire al proprio compagno di "accogliere" la notizia ed intervenire sulla bozza del disciplinare, come poi in effetti accadde, al di là dell'effettivo recepimento finale delle modifiche proposte (cfr., sentenza di appello pag. 51 e ss. ma anche pagg. 70 e ss.)

Ha spiegato la Corte: a) come Antonio Dalle Nogare intervenne sulla bozza che la Tenti gli mise a disposizione; b) il senso e gli effetti in termini patrimoniali della modifica apportata da Dalle Nogare sulla bozza messaggi a disposizione, attraverso l'aggiunta della parola "almeno" quanto agli edifici in cui allocare gli alloggi da realizzare; c) le ragioni per cui non assumono rilievo, al fine della configurabilità del dolo specifico richiesto dalla norma incriminatrice, né la circostanza che le modifiche apportate non furono recepite, né il fatto che quella bozza fosse un copia - incolla di un precedente disciplinare di gara e neppure la circostanza che in concreto la modifica apportata da Dalle Nogare potesse essere non in danno di altri; d) perché nella specie sia configurabile il dolo specifico del vantaggio di natura patrimoniale, consistente nella volontà di porre il proprio compagno - e solo il proprio compagno - nelle condizioni di conformare il contenuto del disciplinare in ragione delle proprie aspettative di imprenditore e dei propri vantaggi patrimoniali.

Anche sul punto il motivo di ricorso sovrappone profili giuridici autonomi, valorizza un dato non decisivo, quello cioè che le modifiche apportate da Dalle Nogare non furono recepite, costruisce una indistinta critica difettiva senza tuttavia confrontarsi con la motivazione del provvedimento impugnato e con la ricostruzione dei fatti compiuta dai Giudici di merito.

3.3. A non diverse conclusioni deve giungersi, alla luce dei principi in precedenza indicati, per quel che concerne la prova del concorso di Antonio Dalle Nogare nel reato di cui all'art. 326, comma 3, cod. pen.

Le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che il contributo causale del concorrente morale può manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) e tuttavia ciò non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 cod. pen., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà (Sez. U, n. 45276 del 30/10/2003, Andreotti, Rv. 226101).

L'atipicità del contributo causale del complice, benché positivamente stabilita dal modello codicistico dell'art. 110 cod. pen., non coincide con l'indeterminatezza (o meglio con l'indifferenza) probatoria dell'opzione causale, circa le concrete forme del manifestarsi della condotta criminosa concorsuale come fenomeno della realtà.

Secondo le Sezioni unite della Corte di Cassazione:

- il contributo atipico del concorrente, di natura materiale o morale, deve avere una reale efficienza causale, deve essere cioè condizione "necessaria" - secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della "*condicio sine qua non*" proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate - per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto;

- ai fini dell'accertamento di natura causale, che svolge una funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti e per ciò delimitativa dell'area dell'illecito, non è affatto sufficiente che il contributo atipico - con prognosi di mera pericolosità *ex ante* - sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio *ex post*, si riveli per contro ininfluenza o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo;

- la tesi, che pretende di prescindere dal paradigma eziologico, tende ad anticipare arbitrariamente la soglia di punibilità, in contrasto con il principio di tipicità e con l'affermata inammissibilità del mero tentativo di concorso;

- il ricorso alla causalità psichica c.d. da "rafforzamento" non consente di dissimulare l'assenza di prova dell'effettiva incidenza causale del contributo materiale per la realizzazione del reato "le pretese difficoltà di ricostruzione probatoria del fatto e degli elementi oggettivi che lo compongono non possono mai legittimare un'attenuazione del

rigore nell'accertamento del nesso di causalità e una nozione "debole" della stessa che, collocandosi sul terreno della teoria dell'"aumento del rischio", finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità penale;

- poiché la condizione "necessaria" si configura come requisito oggettivo della fattispecie criminosa, non possono non valere per essa l'identico rigore dimostrativo e il conseguente *standard* probatorio dell'"oltre il ragionevole dubbio" che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato (Così, testualmente, Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231671; sul tema, per tutti, Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese).

Il criterio di imputazione causale dell'evento cagionato dalla condotta concorsuale costituisce il presupposto indispensabile di tipicità della disciplina del concorso di persone nel reato e la fonte ascrittiva della responsabilità del singolo concorrente.

Anche in questo caso la Corte ha fatto corretta applicazione dei principi indicati.

La Corte ha ritenuto provato il dolo di concorso in ragione della esistenza di un accordo, di un previo concerto tra gli imputati, e, più specificatamente, della prova di un contributo morale, fatto discendere, sul piano probatorio, da una serie di elementi indiziari: a) Tenti era a conoscenza delle iniziative imprenditoriali del compagno, in qualche modo ne era coinvolta ed era sollecitata ad agire nell'interesse di questi (cfr. pag. 68 e ss. sentenza impugnata; b) Dalle Nogare apportò modifiche alla bozza ricevuta dalla imputata; c) le modifiche apportate nella bozza originaria del disciplinare sequestrata a casa di Dalle Nogare erano le stesse presenti nella bozza annotata dal dott. Palfrader sulla base delle indicazioni fornite dalla dott.ssa Tenti (cfr., sul punto pagg. 58 e ss. sentenza); d) la presenza in entrambi i documenti delle stesse modifiche rivela come vi fosse stato uno scambio tra li imputati.

In tal senso sono state valorizzate ulteriori molteplici circostanze, tutte analiticamente indicate nella sentenza impugnata, sul quale i motivi di ricorso sono silenti.

Né al fine della prova di un fatto, assume rilievo la circostanza che detta prova sia stata fatta discendere da dati fattuali successivi alla condotta di avvalimento.

4. È infondato il terzo motivo di ricorso

Assumono gli imputati che i fatti in esame, per come contestati, dovrebbero essere ricondotti non al reato di cui all'art.353 bis cod. pen., ma a quello previsto dall'art. 353 cod. pen. che, tuttavia, non sarebbe in concreto sussistente, atteso che le modifiche al bando non furono recepite, la gara si svolse regolarmente e che l'interlocuzione tra la Tenti e Dalle Nogare sarebbe lecita in base agli artt. 80, comma 5, lett. e)- 66- 67 d. l.gs. n. 50 del 2016.

4.1. La disposizione normativa di cui all'art. 353-bis cod. pen. 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.

La disposizione è concepita per punire contegni orientati a favorire taluno degli interessati alla commessa a scapito di altri e, più esattamente, a conculcare la parità tra i concorrenti e la libera dialettica economica, ponendosi, dunque, al servizio della libertà di concorrenza intesa quale bene funzionale ad assicurare ai pubblici poteri l'individuazione del migliore offerente.

Il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine, essendo sufficiente che sia messa in pericolo la correttezza della procedura amministrativa volta a stabilire il contenuto del bando, in ciò consumandosi il suo turbamento.

Non è necessario cioè che il contenuto del bando, o di un atto ad esso equipollente, venga effettivamente inquinato in modo tale da condizionare la scelta del contraente (cfr., tra le tante, Sez. 6, n. 29267 del 5/4/2018, Baccari, Rv. 273449; Sez. 6, n. 1 del 02/12/2014, dep. 2015, Pedrotti, Rv. 262917).

L'azione delittuosa, pertanto, consiste nel turbare mediante atti predeterminati il procedimento amministrativo di formazione del bando, allo scopo di condizionare la scelta del contraente. Poiché il condizionamento del contenuto del bando è il fine dell'azione, è evidente che il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine medesimo.

Per integrare il delitto, quindi, non è necessario che il contenuto del bando venga effettivamente inquinato in modo tale da condizionare la scelta del contraente, ne', a maggior ragione, che la scelta del contraente venga effettivamente condizionata. È sufficiente, invece, che si verifichi un turbamento del processo amministrativo, ossia che la correttezza della procedura di predisposizione del bando sia messa concretamente in

pericolo (Sez. 6, n. 44896 del 22/10/2013, cit.), attraverso l'alterazione o lo sviamento del suo regolare svolgimento, e con la presenza di un dolo specifico qualificato dal fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione.

Le condotte dirette ad interferire illecitamente sulla determinazione del contenuto del bando di gara, o dell'atto ad esso equipollente, assumono rilevanza a condizione che l'organo o l'ente pubblico abbia in essere un procedimento amministrativo che dimostri la volontà di contrarre, che cioè vi sia una procedura amministrativa finalizzata alla gara, alla predisposizione di un bando o di un atto ad esso equipollente (Sez. 6, n. 26840 del 14/4/2015, Boschi, Rv. 263834).

4.2. Dunque, pur a fronte di un indirizzo interpretativo consolidato, secondo cui le condotte perturbatrici del contenuto di un bando o di un atto ad esso equipollente - che successivamente venga emesso - dovrebbero essere ricondotte al reato di turbata libertà degli incanti, si è fatto tuttavia notare correttamente che la nuova fattispecie penale ha la chiara funzione di anticipare, in modo peraltro chiaramente residuale (come dimostra la clausola di riserva contenuta nell'incipit dell'art. 353-bis cod. pen.), la tutela penale in quelle situazioni in cui il turbamento, manifestatosi con l'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando (o di atto equipollente) della gara, non determini, come nel caso in esame, alcuna lesione, neppure potenziale, alla gara stessa e resti pertanto al di fuori del perimetro dell'area di applicazione dell'art. 353 cod. pen.: il che si verifica qualora la gara non sia, per qualsiasi causa, indetta o il bando non si presenti «in concreto» influenzato dai comportamenti contestati a produrre la turbativa della gara.

Si è lucidamente osservato in giurisprudenza che

-si è in presenza di un reato caratterizzato da una duplice offensività: la fattispecie si configura, per un verso, come reato a «consumazione anticipata» in cui non ha rilevanza l'accertamento «in concreto» della pericolosità della condotta rispetto al bene giuridico della libertà di concorrenza, avendo il legislatore, secondo regole di esperienza, ritenuto di punire determinati comportamenti, tassativamente indicati e connotati da notevole allarme sociale (e spesso connessi a fenomeni di tipo mafioso, come dimostra la stessa legge che ha introdotto la nuova fattispecie, dedicata ad interventi contro la criminalità organizzata), volti a condizionare la scelta del contraente da parte della P.A.; sotto altro verso, la stessa fattispecie mira a salvaguardare, in modo specifico (ancorché residuale), lo speciale procedimento amministrativo formativo del bando di gara (e quindi il buon andamento della pubblica amministrazione) da situazioni di pericolo normativamente tipizzate (violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o mezzi fraudolenti).

- è sufficiente perché sia configurabile la nuova fattispecie che la correttezza della peculiare procedura amministrativa volta a predisporre il contenuto del bando (o dell'atto equipollente) sia messa in pericolo dalle condotte descritte dall'art. 353-bis cod. pen., in ciò consumandosi il suo «turbamento» ;

- ne consegue che, quando ne sia provato il collegamento alla procedura amministrativa volta alla predisposizione del bando, la condotta tipizzata dalla norma integra la fattispecie, avendola già il Legislatore, con apprezzamento specifico ed inequivoco, valutata idonea a turbare l'iter di formazione della volontà della P.A. (cfr., Sez. 6, n. 653 del 14/10/2016, dep. 2017, Venturini, in motivazione; Sez. 6, n. 26840 del 14/04/2015, Boschi, in motivazione).

4.3. Dunque, proprio l'affermazione difensiva secondo cui nella specie la condotta perturbatrice volta a condizionare il contenuto del bando non avrebbe avuto un effetto propagatore sul contenuto dell'atto poi in concreto adottato e neppure, quindi, sulla gara induce a ritenere correttamente configurato il reato previsto dall'art. 353 bis cod. pen.

Né, pur volendo ragionare con gli imputati, è stato obiettivamente chiarito perché: a) le condotte attribuite alla Tenti sarebbero inoffensive in quanto inidonee a turbare la gara; b) quel continuo contatto con uno degli imprenditori e suo compagno in ragione della predisposizione del contenuto del bando sarebbero legittime in quanto volte ad realizzare interlocuzioni consentite; c) Tenti non sentì il bisogno di ascoltare anche altri soggetti; d) fu consentito ad un soggetto terzo, di incidere, di condizionare, di provare a determinare il contenuto del bando in modo del tutto privato e non palese; e) fu portata a conoscenza di un aspirante concorrente la bozza di un disciplinare di gara, cioè di un atto che doveva rimanere all'interno della pubblica amministrazione; f) perché, diversamente dagli assunti difensivi, nella specie non si realizzò una "circolazione" sottobanco degli atti in funzione della alterazione della par condicio

5. Il quarto motivo è inammissibile.

A fronte di una puntuale ricostruzione dei fatti e di una rigorosa e completa valutazione delle prove (cfr. pagg.- 70 e ss. sentenza impugnata) in cui sono stati affrontati con estrema precisione dalla Corte gli stessi argomenti posto a fondamento del motivo di ricorso, nulla di specifico è stato dedotto, essendosi limitati i ricorrenti a riproporre le stesse questioni correttamente esaminate e valutate dai Giudici di merito

6. Anche il quinto motivo, relativo al ritenuto concorso tra i reati contestati, è infondato.

A differenza di quanto sostenuto dai ricorrenti, le condotte per cui si procede non sono coincidenti e sovrapponibili e il fatto non è il medesimo.

Correttamente ha osservato la Corte come, da una parte, il reato previsto dall'art. 326, comma 3, cod. pen. si sia consumato con la condotta di avvalimento da parte della imputata Tenti, in concorso con Dalle Nogare, della notizia che doveva rimanere segreta, cioè con la messa a disposizione del disciplinare di gara e con il recepimento dello stesso da parte di Dalle Nogare, e, dall'altra, come invece il reato di cui all'art. 353 bis cod. pen. si sia consumato attraverso l'attività compiuta successivamente al momento in cui la bozza del disciplinare fu posta a disposizione dello stesso Dalle Nogare, e, in particolare, con la specifica attività, posta in essere dopo che sul disciplinare di gara furono apportate le modifiche di cui si è detto, volta a fare in modo che dette modifiche fossero recepite.

Dunque, una condotta non coincidente, un fatto diverso, e nessun assorbimento.

6. Al rigetto dei ricorsi consegue la condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta i ricorsi e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 23 novembre 2021.