UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA
IN
"DIRITTO DELL'ECONOMIA"
XXXVII CICLO

IUS/17 – DIRITTO PENALE

Legge e interpretazione nei delitti di turbativa

Coordinatore

Ch.mo Prof. Massimo Iovane

Candidata

Dott.ssa Ilaria Fina

Tutor

Ch.mo Prof. Vincenzo Maiello

Anno Accademico 2023/2024

INDICE

INTRODUZIONE……..7

CAPITOLO I

I DELITTI DI TURBATIVA TRA BUON ANDAMENTO E CONCORRENZA

1. La tutela dei pubblici incanti: inquadramento sistematico e rilievi preliminari sull'oggettività giuridica di categoria…….11

1.1. L'esigenza di concretizzazione del bene giuridico buon andamento rispetto alle singole fattispecie……...18

2. L'evoluzione dei valori sottesi alla disciplina delle procedure di evidenza pubblica……..21

2.1. L'emersione del bene concorrenza nel quadro dei valori costituzionali: concorrenza in senso oggettivo e concorrenza in senso soggettivo……29

2.2. La relativizzazione del valore della concorrenza: la nuova dimensione strumentale rispetto al principio del risultato……..33

3. Il bene giuridico tutelato: le persistenti incertezze…….36

3.1. L'orientamento più risalente che individua il bene giuridico tutelato nel regolare svolgimento delle gare……..37

3.2. L'orientamento che identifica l'oggettività giuridica tutelata nella libertà di partecipazione alle gare……..39

3.3. L'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico tutelato nella libertà di concorrenza……...…….41

3.4. L'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico nella libertà di concorrenza come mezzo per perseguire il fine del buon andamento……43

3.5. La ricostruzione dei delitti di turbativa in chiave di plurioffensività…..……45

4. Considerazioni finali……..48

CAPITOLO II

IL MICROCOSMO DEI DELITTI DI TURBATIVA: UNO SCRUTINIO DI TIPICITÀ

SEZIONE I

IL DELITTO DI TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI

1. La struttura del reato: un inquadramento preliminare…….51
2. L'ambito applicativo della disposizione incriminatrice: le gare pubbliche contemplate nello schema qualificativo dell'art. 353 c.p. ……..53
2.1. Pubblico incanto, licitazione privata e procedure alternative di scelta del contraente prima del d.lgs. 163/2006…….57
2.2. L'entrata in vigore del Codice dei contratti: vecchi quesiti per una nuova disciplina……65
2.3. L'incidenza di eventuali vizi della procedura sulla configurabilità del reato……...70
3. Le condotte costitutive del delitto di turbativa d'asta……72
3.1. Le condotte intimidatorie: violenza e minaccia……...76
3.2. Le condotte blanditive: doni e promesse…….79
3.3. Le collusioni……82
3.4. Gli altri mezzi fraudolenti……...86
4. Gli eventi alternativi previsti dalla fattispecie incriminatrice……89
4.1. L'impedimento…….....90
4.2. Il turbamento…….90
4.3 L'allontanamento degli offerenti……92
4.4. L'evento in senso giuridico: reato di danno o di pericolo?.....95
5. La natura giuridica dei capoversi dell'art. 353 c.p……..96
6. Consumazione e tentativo……...98
7. Rapporti con altri reati……..100
7.1. (*Segue*) I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quello di estorsione……104

SEZIONE II

IL DELITTO DI TURBATA LIBERTÀ DEL PROCEDIMENTO DI SCELTA DEL CONTRAENTE

1. Notazioni preliminari……...110
2. Profili strutturali del "nuovo" delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p.……114
3. Il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente……...118
4. Consumazione e tentativo……120
5. I rapporti con il delitto di turbativa d'asta……121
6. Questioni di diritto intertemporale……123

SEZIONE III

IL DELITTO DI ASTENSIONE DAGLI INCANTI

1. Notazioni preliminari……...125
2. L'astensione dagli incanti……127
3. Consumazione e tentativo……128
4. I 'nebulosi' confini con l'art. 353 c.p.……129

CAPITOLO III

I DELITTI DI TURBATIVA TRA CREAZIONISMO ERMENEUTICO E VINCOLI DELLA TESTUALITÀ NORMATIVA

1.Premessa: i delitti di turbativa tra testo legislativo e contesto giurisprudenziale……..133
1.1. Le 'torsioni interpretative' delle fattispecie di turbativa……135
2.Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale e la portata attuativa del nuovo filone giurisprudenziale della Sesta Sezione della Suprema Corte……..144
2.1. L'inconfigurabilità dell'art. 353-*bis* c.p. in caso di affidamento diretto senza procedura selettiva……...148
2.2. L'irrilevanza del mendacio preliminare e antecedente allo svolgimento della gara……...151

2.3. L'inconfigurabilità del delitto di turbativa d'asta nell'ambito dei concorsi per l'accesso al pubblico impiego e nei concorsi universitari…….154
3. Persistenti criticità: il rischio di un ritorno al passato……..…..159
3.1. (*Segue*) La riaffermata validità del criterio della c.d. "gara informale"……166
4. Conclusioni: riflessioni *de iure condito*……...167
4.1. …e prospettive *de iure condendo*……..……...171

BIBLIOGRAFIA……...180

INTRODUZIONE

Nell'ampio novero di fattispecie criminose volte a sanzionare comportamenti contrari agli interessi della pubblica amministrazione, i delitti di turbativa definiscono un micro-sistema di tutela che muove dall'idea secondo cui la competizione liberamente concorrenziale tra gli operatori economici sia il metodo migliore per ottenere le più giuste e convenienti condizioni per la vendita di beni o l'aggiudicazione di servizi in cui è parte la P.A.

L'attuale terna di fattispecie che presidia lo svolgimento degli incanti, dunque, è volta a garantire congiuntamente sia una contrattazione giusta e vantaggiosa da parte degli apparati pubblici, con conseguente corretta allocazione delle risorse dello Stato, sia la libera concorrenza degli operatori economici che intendono concludere negozi con la P.A.

Nonostante la rilevanza centrale degli interessi coinvolti, testimoniata dai continui interventi di riforma sulla disciplina amministrativa di riferimento, l'apparato repressivo predisposto sin nell'assetto originale del nostro codice penale – composto dal delitto di turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p. e da quello di astensione degli incanti di cui all'art. 354 c.p. – risulta sostanzialmente immutato.

Di qui, la denunciata obsolescenza del precetto penale che ancora oggi continua a richiamare le procedure degli «incanti pubblici» e delle «licitazioni private» disciplinate dalla legge di contabilità dello Stato di cui al Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440.

Il dato normativo, infatti, è risultato non toccato dalla riforma attuata con la legge 13 agosto 2010, n. 136, che, da un lato, si è limitata ad aggravare il trattamento sanzionatorio degli artt. 353 e 354 c.p. e, dall'altro, si è preoccupata di rinforzare la tutela delle procedure ad evidenza pubblica attraverso l'introduzione della nuova fattispecie di cui all'art. 353-*bis* c.p.

Nell'assoluto immobilismo del legislatore, che non ha saputo adeguarle alle nuove modalità cui ricorre la P.A. nella selezione dei contraenti e nella conclusione di contratti ad evidenza pubblica, la tenuta applicativa di tali disposizioni incriminatrici è stata garantita dalla giurisprudenza attraverso un'opera di supplenza ermeneutica,

fortemente sospetta di tradursi in una aperta violazione del divieto di interpretazione analogica *in malam partem*.

Solo negli ultimi arresti della giurisprudenza di legittimità è possibile scorgere una nuova prospettiva ermeneutica, protesa ad abbandonare interpretazioni creazionistiche invalse in tale settore e dare attuazione ai moniti provenienti dalla più recente giurisprudenza costituzionale in tema di legalità penale.

Nonostante gli apprezzabili sforzi di "tipizzazione e tassativizzazione" dei delitti di turbativa, non può però essere trascurato un profilo che accomuna questo nuovo filone interpretativo: i giudici di legittimità, pur offrendo soluzioni ermeneutiche pienamente aderenti alla struttura semantica delle disposizioni incriminatrici, si premurano di ribadire il tradizionale orientamento che attribuisce rilevanza al criterio della c.d. "gara informale", così confermando l'esigenza di prescindere dal *nomen iuris* della procedura di selezione ai fini dell'individuazione del relativo ambito applicativo. Tale operazione, legittima se riferita all'art. 353-*bis* c.p., ove il legislatore – concentrando il fuoco della tipicità nel procedimento amministrativo prodromico alla definizione del bando di gara o di "altro atto equipollente" – ha evitato qualsiasi riferimento al tipo di procedura rilevante, diviene giustiziabile come violazione del divieto di analogia *in malam partem* in relazione all'art. 353 c.p., che è invece costruito mediante il riferimento a precise procedure di scelte del contraente.

D'altro canto, l'inadeguatezza del precetto nell'opera di selezione della base empirica di riferimento e l'utilizzo, nella descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie, di termini dal contenuto semantico alquanto sfuggente portano ad interrogarsi sulla stessa coerenza delle suddette fattispecie incriminatrici con i fondamentali principi di tassatività e determinatezza.

In altri termini, gli attriti con il principio di legalità si manifestano su un duplice piano: il primo attiene al testo normativo, che appare ben lontano dall'assicurare quel grado di determinatezza che dovrebbe contraddistinguere il tipo legale criminoso; il secondo concerne la prospettiva *in action* di tali disposizioni incriminatrici, le quali risultano oggetto di interpretazioni così ampie che rischiano di sconfinare in vere e proprie operazioni analogiche.

Il presente lavoro si propone, dunque, di ripercorrere le linee fondamentali dell'evoluzione interpretativa e applicativa dei delitti di turbativa, incentrando l'attenzione sui nodi problematici di maggior rilievo.

In particolare, la prima parte del lavoro è dedicata alla ricostruzione dei valori sottesi alla disciplina extra-penale delle gare pubbliche e alla disamina delle posizioni sull'individuazione del bene giuridico tutelato dalle fattispecie di turbativa, nella consapevolezza che una corretta comprensione dei primi possa fornire un valido parametro per analizzare le seconde.

Si procederà, poi, all'analisi della tipicità dei reati di turbativa, esaminando gli elementi costitutivi delle tre fattispecie di cui agli artt. 353, 353-*bis* e 354 c.p., nel tentativo di evidenziarne i profili di tensione con il principio di determinatezza.

Il terzo capitolo, infine, è dedicato alle torsioni applicative delle suddette fattispecie, oggetto di interpretazioni «al bivio tra analogia e interpretazione estensiva»[1]. In particolare, con riguardo alla fattispecie di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), i dubbi ermeneutici che si sono posti all'attenzione della giurisprudenza attengono a diversi profili: l'applicabilità della norma alle c.d. gare informali; la sussumibilità del mendacio preliminare e funzionale all'ammissione alla gara nella clausola elastica «altri mezzi fraudolenti»; e, infine, la possibilità di estendere il perimetro applicativo della fattispecie fino a ricomprendere le condotte fraudolente realizzate nell'ambito dei concorsi pubblici.

In relazione alla fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* c.p.), invece, le problematicità si risolvono nel definire i confini applicativi della clausola analogica «altro atto equipollente» e, conseguentemente, nel comprendere se le ipotesi di illegittimo affidamento diretto rientrino nel perimetro di tipicità della stessa.

Da ultimo, si proverà a comprendere se, per superare le criticità evidenziate, sia sufficiente un'interpretazione maggiormente aderente al canone della tassatività ovvero se risulti opportuno un intervento di riscrittura legislativa delle fattispecie in esame. Si può anticipare sin da ora che, in un ordinamento ispirato ad una rigida

[1] Così, nel contesto di un'indagine monografica dedicata al tema, N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, pp. 321 ss.

osservanza del principio di legalità formale, sia da preferire l'opzione legislativa. Invero, la sovra-estensione dei confini applicativi delle fattispecie deriva da un congenito difetto di determinatezza, che, come ribadito a più riprese dalla Corte Costituzionale, non può essere validamente colmato dall'attività interpretativa, costituendo quest'ultima un *posterius* rispetto al testo legislativo offerto alla conoscenza dei consociati[2]. A ciò si aggiunga che talune tensioni giurisprudenziali, che hanno interessato tanto l'art. 353 c.p. che l'art. 353-*bis* c.p., sono probabilmente da imputarsi all'esistenza di avvertiti vuoti di tutela, che tuttavia possono essere colmati solo dal legislatore.

[2] Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.

CAPITOLO I

I DELITTI DI TURABTIVA TRA BUON ANDAMENTO E CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. La tutela dei pubblici incanti: inquadramento sistematico e rilievi preliminari sull'oggettività giuridica di categoria.1.1. L'esigenza di concretizzazione del bene giuridico buon andamento rispetto alle singole fattispecie. 2. L'evoluzione dei valori sottesi alla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica 2.1. L'emersione del bene concorrenza nel quadro dei valori costituzionali: concorrenza in senso oggettivo e concorrenza in senso soggettivo. 2.2. La relativizzazione del valore della concorrenza: la nuova dimensione strumentale rispetto al principio del risultato. 3. Il bene giuridico tutelato: le persistenti incertezze interpretative. 3.1. L'orientamento più risalente che individua il bene giuridico tutelato nel regolare svolgimento delle gare. 3.2. L'orientamento che identifica l'oggettività giuridica tutelata nella libertà di partecipazione alle gare. 3.3. L'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico tutelato nella libertà di concorrenza. 3.4. L'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico nella libertà di concorrenza come mezzo per perseguire il fine del buon andamento. 3.5 La ricostruzione dei delitti di turbativa in chiave di plurioffensività. 4. Considerazioni finali.

1. La tutela dei pubblici incanti: inquadramento sistematico e rilievi preliminari sull'oggettività giuridica di categoria

La tutela penale delle gare pubbliche, in origine affidata agli artt. 353 e 354 c.p. e solo successivamente implementata mediante l'introduzione dell'art. 353-*bis* c.p., non costituisce una novità del Codice penale del 1930. Invero, l'antecedente storico più diretto del reato di turbativa d'asta si rinviene nel previgente Codice Zanardelli e, in particolare, nell'art. 299[3], inserito nel libro II, titolo VI su "I reati contro la fede pubblica", capo V, rubricato *"Delle frodi nei commerci, nelle industrie e negli incanti"*. Ancor prima, è possibile rinvenire analoghe fattispecie in alcuni codici

[3] L'art. 299 recitava: «Chiunque con violenza o minaccia, doni, promesse, collusioni o con altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto delle pubbliche amministrazioni ovvero ne allontana gli offerenti è punito con la reclusione da tre a dodici mesi e con la multa oltre le lire cento. Se il colpevole sia la persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa non inferiore alle lire cinquecento. Colui che per denaro o per altra utilità, data o promessa a lui o ad altri si astiene dal concorrere a detti incanti o licitazioni è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da lire cento a duemila».

preunitari. Segnatamente, il codice del Regno delle due Sicilie del 1819, nel Titolo IV, prevedeva talune disposizioni incriminatrici poste a tutela delle sussistenze pubbliche, dei pubblici incanti, delle vendite di effetti pubblici[4].

Il codice Sardo-Italiano del 1859, a sua volta, prevedeva disposizioni a tutela dei pubblici incanti, collocate nello stesso titolo dei reati contro il commercio, le manifatture e le arti, le sussistenze militari[5].

È stato sottolineato che l'aspetto innovativo del codice del 1930 risieda, piuttosto, nella collocazione sistematica dei delitti di turbativa e nel conseguente fuoco di tutela degli stessi: se il previgente codice Zanardelli sembrava incentrato – attesa la collocazione dell'art. 299 tra i delitti contro la fede pubblica – su interessi diffusi e imputabili ad una cerchia indeterminata di soggetti, l'attuale sistemazione costituisce un significativo indice delle intenzioni del legislatore ad assicurare il perseguimento di interessi propri della pubblica amministrazione[6].

I delitti in analisi, infatti, sono situati nel titolo II del libro II del Codice Penale, il quale, come noto, nel disciplinare i delitti contro la Pubblica Amministrazione, è suddiviso in due capi: il primo – che va dall'art. 314 all'art. 335-*bis* c.p. – disciplina i "delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione", mentre il secondo

[4] Si trattava delle fattispecie contemplate dagli artt. 222 e 223, annoverate tra quelle concernenti gli abusi dell'autorità pubblica. In particolare, L'art. 222 recitava: «Coloro che negli incanti delle proprietà, dell'usufrutto, della locazione delle cose immobili o mobili, o di un appalto o oblazione qualunque ne turbino la libertà, arrestando o allontanando gli obblatori con minacce, doni, promesse o producendo offerte supposte, saran puniti col primo grado di prigionia, e coll'ammenda». A sua volta, l'art. 223 recitava: «Gli uffiziali pubblici, o altri agenti o incaricati dal Governo, complici de' reati menzionati nell'articolo precedente, saran puniti cola rilegazione».

[5] Nel capitolo III, concernente i reati relativi alle sussistenze militari e ai pubblici incanti, erano previste tre diverse fattispecie incriminatrici. Segnatamente, l'art. 402 recitava: «Coloro i quali, sia prima, sia nell'atto degli incanti delle proprietà, dell'usufrutto, o della locazione di cose mobili od immobili, di una impresa, di un appalto, di una coltivazione, o di un'opera qualunque, avranno impedito o turbato la libertà degli incanti, o delle oblazioni, con vie di fatto, violenze, o minacce, saranno puniti col carcere da quindici giorni a sei mesi, oltre ad una multa da lire cento a duemila». L'art. 403 recitava: «Incorreranno nella stessa pena coloro che avranno allontanati gli obblatori con offerta di denaro, o con promesse qualunque, o con altri mezzi di frode. Le convenzioni che si facessero a questo effetto sono nulle di pien diritto. Il deliberamento, che fosse seguito a favore di alcuno il quale abbia avuta parte in tali convenzioni, potrà essere annullato ad istanza di chi vi ha interesse». L'art. 404 recitava: «Se i reati preveduti nei precedenti articoli 402 e 403 saranno commessi dagli uffiziali preposti agli incanti, la pena del carcere non potrà essere minore di mesi sei, né la multa potrà esser minore di lire duecentocinquanta oltre alla sospensione dei pubblici uffizi». L'art. 405 recitava: «Le pene del carcere e della multa stabilite nei tre precedenti articoli potranno essere imposte separatamente, a seconda dei casi».

[6] N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, p. 17.

– costituito dagli artt. 336-356 c.p. – disciplina i "delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione".

Come spesso accade con i criteri utilizzati per organizzare le disposizioni di parte speciale, il metodo di classificazione interna al titolo, incentrato sui soggetti attivi del reato, ha una valenza solo tendenziale, non solo poiché all'interno del capo primo gli autori di molti delitti ivi compresi possono essere soggetti dotati di una qualifica diversa da quella di pubblico ufficiale[7], ma anche perché al suo interno sono incluse fattispecie strutturate come reati comuni (artt. 316-*bis* e 316-*ter* c.p.)[8].

Nondimeno, una siffatta ripartizione evidenzia le due direzioni di aggressione al bene oggetto di tutela, che possono muovere dall'interno dell'apparato della p.a. – ed in tal caso l'offesa agli interessi statali si esprime in una violazione dei doveri funzionali delle persone che esercitano mansioni di carattere pubblicistico –, o dall'esterno, provenendo da individui che sono estranei all'attività funzionale colpita dalla condotta criminosa.

I delitti di turbativa sono stati collocati all'interno del capo II che contempla i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione, in una prospettiva di tutela che risultava incentrata – quantomeno nell'originario assetto delineato dal Codice Rocco – sul prestigio della pubblica amministrazione.

Tale oggetto di tutela ben rispondeva alla concezione autoritaria del rapporto tra individuo e Stato tipica del regime fascista, fondata sul dogma dell'autorità e sul primato dello Stato rispetto alla persona. Tuttavia, nel mutato contesto ordinamentale inaugurato con la Costituzione del 1948, che vede in termini esattamente rovesciati i rapporti tra cittadini e autorità, la dottrina prevalente ha avvertito la necessità di una ridefinizione dell'oggetto di tutela dei delitti contro la pubblica amministrazione. Invero, l'inconciliabilità del bene giuridico del prestigio della pubblica amministrazione con il mutato assetto dei valori costituzionali deriva, anzitutto, dalla parificazione operata dalla Costituzione della condizione personale di tutti i cittadini

[7] Oltre ai soggetti che rivestono la qualifica di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.), possono essere soggetti attivi anche gli incaricati di un pubblico servizio (art. 358 c.p.), gli incaricati di un servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.) nonché i membri delle istituzioni dell'UE e ai funzionari comunitari ai quali l'art. 322 *bis* c.p. estende l'applicazione delle diverse fattispecie previste nel capo I.

[8] Così, M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, p. 402.

con quella degli appartenenti alla burocrazia (art. 3 Cost.). Da ciò deriva, quale riflesso penalistico, l'impossibilità di individuare l'oggetto di tutela dei delitti contro la pubblica amministrazione in un valore che, trovando fondamento in una concezione sacrale dei rapporti tra amministrazione e privati, implica una qualche forma di sovraordinazione della prima sui secondi[9].

Nella medesima direzione si pone altresì la funzionalizzazione dell'attività amministrativa ai bisogni degli individui come singoli o nelle formazioni sociali in cui si esplica la loro personalità, che si desume già dalla scelta del Costituente di porre in apertura della Carta fondamentale la consacrazione del principio personalista (artt. 2 Cost.). L'art. 97 della Costituzione, infatti, prepone l'azione amministrativa al soddisfacimento degli interessi dei cittadini, come singoli e come collettività, e non in vista della tutela di valori, come il prestigio della pubblica amministrazione, «altisonanti ma privi di reale contenuto»[10] e propri delle burocrazie autoritarie.

All'incompatibilità con il generale assetto di valori delineato dalla Costituzione[11], che già da sola varrebbe ad escludere la possibilità di assumere il prestigio quale legittimo

---

[9] F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, pp. 563 ss., ora in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA, Vol. II, Tomo, I, Milano, 1997, p. 2410.

[10] Così, F. TAGLIARINI, voce *Millantato credito*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, pp. 308 ss. In argomento v. altresì A. SESSA, *Infedeltà e oggetto di tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006, p. 97, ove si osserva che il modello di amministrazione costituzionale «si presenta e si qualifica come strumento per l'attuazione dei massimi valori di convivenza, che in termini costituzionali si traduce nella funzionalizzazione dell'attività amministrativa allo sviluppo della persona e alla realizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo»; F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, cit., pp. 2399 ss.; M. CATENACCI, *Considerazioni politico criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314 – 335 c.p.*, in ID (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, pp. 9 ss.

[11] Anche gli Autori che non aderiscono alla teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata, o che la accettano solo in parte, sono concordi nel ritenere che il potere discrezionale del legislatore nella scelta dei beni da tutelare con sanzione penale sia limitato dall'incompatibilità di questi ultimi con i principi delineati in Costituzione, cfr. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2ª ed., Padova, 1982, pp. 49 ss., 51; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3ª ed., Milano, 2001, pp. 488 ss., 496; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di legge delega legislativa per un nuovo codice penale*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 94. Per una ricostruzione delle critiche o dei tentativi di ridimensionamento della teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata elaborata da F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *N.ss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, pp. 8 ss., si v. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. 64 ss., secondo cui, a seguito delle numerose critiche mosse a tale teoria, che hanno aperto una breccia nel suo impianto concettuale, «la capacità critica del bene giuridico "costituzionalmente rilevante" si è (ridotta e) affermata nel suo solo significato negativo; guadagnando consensi, cioè, prevalentemente con riguardo a beni "certamente non rilevanti", ovvero non suscettibili di tutela penale». In argomento, v. altresì M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 269 ss. e G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di*

oggetto di tutela penale, si aggiunge l'inadeguatezza di tale interesse a svolgere le funzioni assegnate al bene giuridico nel sistema penale. Si tratta, infatti, di un concetto dai contorni alquanto sfumati e indeterminati[12], tanto da portare ad affermare che il "prestigio" nei delitti contro la p.a. in realtà «funge da formula nebulosa sostituentesi ad un'oggettività vaga ed indefinita»[13].

Individuare un oggetto di tutela così vago equivale, di fatto, a rinunciare alle funzioni essenziali del concetto di bene giuridico nell'analisi e nell'interpretazione delle fattispecie in questione. Affidarsi a un parametro così indefinito, infatti, rende estremamente difficile determinare in che modo le condotte tipiche arrechino offesa al bene giuridico e, peraltro, non permette all'interprete di classificare le fattispecie come reati di danno o di pericolo, così da valutare il livello di anticipazione della tutela rispetto alla concreta lesione del bene.

In aderenza alla teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata[14], gran parte della dottrina penalistica italiana individua oggi l'oggetto di tutela dei delitti contro la

politica criminale, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985, pp. 9 ss.

[12] Sull'indeterminatezza del bene prestigio della pubblica amministrazione v. G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica,* Napoli, 2003, pp. 31 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, IX ed., Milano, 2000, p. 145 s.; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano, 1984, p. 297.

[13] Così, F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, cit., p. 2407.

[14] Sulla teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata, si veda, senza pretese di completezza, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., *passim;* E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 111 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 161 ss.; T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, in Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 114 ss.; W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 104 ss.; ID., *Spunti per una discussione sul tema «bene giuridico e riforma della parte speciale»*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 367 ss.; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985, pp. 3 ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV.., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 131 ss.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, pp. 793 ss.; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 453 ss.; E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 333 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 173 ss.; ID., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 343 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 221 ss.; ID., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 2/2012; ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 4/2013; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano, 1998, pp. 133 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 41 ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale*

pubblica amministrazione in generale nel buon andamento e nell'imparzialità della pubblica amministrazione, quali valori che, ai sensi dell'art 97 Cost., devono orientare l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione[15].

Quanto al principio di imparzialità, la dottrina amministrativistica[16] ha sottolineato come il suo significato precettivo sia essenzialmente duplice: esso ha, infatti, una dimensione negativa, specificandosi come divieto di non discriminazione, e una dimensione positiva, che prescrive alla P.A. di prendere in considerazione la pluralità di interessi, pubblici e privati, che vengono in rilievo nel singolo episodio di esercizio del potere amministrativo.

Venendo alla materia penale, il concetto di imparzialità è inteso essenzialmente nell'accezione negativa. Infatti, esso è generalmente ricondotto all'esigenza che l'attività amministrativa non sia utilizzata per «alterare, avvalendosi della propria posizione, l'eguale posizione di partenza dei cittadini di fronte ad essa quanto all'esercizio del loro potere di partecipazione politica, economica e sociale»[17]. In altri

---

all'evoluzione del principio di offensività, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, pp. 91 ss.

[15] Per una ricostruzione costituzionalmente orientata del bene giuridico nei reati contro la pubblica amministrazione, v., F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, cit., pp. 2407 ss.; F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, pp. 130 ss.; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano, 1984, pp. 257 ss.; ID., *Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in AA. VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1987, 59 ss.; A.M. STILE, *(Delitti contro la)* in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, pp. 129 ss.; V. MANES, *L'atto di ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 947 ss.; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., pp. 35 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 5ª ed., Bologna, 2012, 225; G. FORNASARI, *artt. 318 – 322*, in A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 192 ss., 206; M. CATENACCI, *Considerazioni politico criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314 – 335 c.p.*, cit., pp. 9 ss. Su posizioni differenziate, seppure nell'ambito di un'impostazione costituzionalmente orientata, v. A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. BONDI – A. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit, 35 ss., il quale ritiene che l'oggetto di tutela vada identificato nel «normale funzionamento di quelle amministrazioni pubbliche che sono espressione di uno "Stato costituzionale", intendendo il normale funzionamento quale entità che raccoglie i vari requisiti di carattere pubblicistico della "legale esplicazione dei poteri pubblici", "imparzialità", "buon andamento", "correttezza", "trasparenza", "efficienza", "economicità", "prestigio", e diventa in questo modo «un'entità offendibile con sufficienti capacità critiche e interpretative».

[16] Sui principi di buon andamento e imparzialità nella dottrina nella dottrina amministrativistica v., per tutti V., per tutti S. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2021, p. 43.

[17] Così, F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 2402; in senso conforme, v. tra gli altri, R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., p. 260; A. BONDI, *op. cit.*, 36; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, cit., p. 39; F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, cit., pp.165 ss. secondo cui per imparzialità deve intendersi «a) il dovere della pubblica amministrazione di operare nel rispetto di una sostanziale estraneità rispetto alle interferenze dei gruppi di pressione e delle forze politiche e degli interessi personali dei funzionari; b) l'obbligo,

termini, esso esprime il divieto di utilizzare i pubblici poteri per realizzazione ingiustificate preferenze idonee a condizionare la libera partecipazione dei cittadini alla via politica, economica o sociale del Paese. L'imparzialità, poi, è presa in considerazione anche in funzione di limite alle esigenze di efficienza sottese al principio di buon andamento, garantendo che l'esigenza di perseguimento dell'interesse pubblico cui l'amministrazione è preposta «non crei gravi disparità di trattamento fra cittadini o fra parti e gruppo di essi»[18].

Quanto al buon andamento della pubblica amministrazione, secondo la dottrina maggioritaria, esso andrebbe inteso «non quale sinonimo di "funzionamento regolare" il che è presupposto istituzionale dell'amministrazione così come di ogni altra organizzazione pubblica o privata»[19], quanto piuttosto come espressivo della efficienza della pubblica amministrazione, ossia di «massima aderenza all'interesse pubblico»[20] dell'attività amministrativa. Da questa definizione si desume come, a differenza del principio di imparzialità, il buon andamento sia un contenitore concettuale tanto ampio da poter assumere una pluralità di significati. In particolare, oggi si fa coincidere il principio del buon andamento con i canoni di efficienza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, che si riassumono icasticamente nelle c.d. tre «E». In particolare, la riflessione amministrativistica sul punto ha evidenziato che l'economicità impone alla P.A. l'ottimizzazione dei risultati rispetto ai mezzi a disposizione; l'efficacia implica l'idoneità dell'azione amministrativa a perseguire gli obiettivi predeterminati dalla legge in tema di tutela degli interessi pubblici; l'efficienza, infine, indica il rapporto tra il risultato raggiunto e le risorse

correlativamente, di agire in modo tale che le utilità ed i sacrifici, derivanti dall'azione d'amministrazione, vengano equamente distribuiti nel rispetto dei legittimi interessi dei cittadini e senza che permanga, sorga o si ricrei alcuna posizione di privilegio fondata sull'opera dei pubblici amministratori».

[18] Così, F. TAGLIARINI, *op. cit.* pp. 165 ss.*;* in senso conforme v. F. BRICOLA, *op. ult. cit.,* p. 2402; G. BALBI, *op. cit.,* p. 39

[19] Così, F. BRICOLA, *op. ult. cit.,* p. 2400. In senso conforme si sono espressi anche A. BONDI, *op. cit.*, p. 36; M.B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, cit., p. 437; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, cit., p.261; F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, cit., pp. 157 ss. In argomento, v. altresì G. BALBI, *op. cit.,* p. 39, secondo cui il concetto di buna andamento «non potrà mai risultare integralmente assorbito nei parametri di efficienza e produttività. Esso, al contrario, sintetizza l'esigenza dell'assoluta identità – o al limite della massima corrispondenza – tra l'attività della P.A. e l'interesse pubblico, e dunque la capacità della pubblica amministrazione di soddisfare i fini istituzionali nel più rigoroso rispetto delle regole, principi e dei valori caratterizzanti l'ordinamento giuridico di cui è espressione».

[20] *Ibidem.*

utilizzate. Risulta altresì interessante l'accezione che più di recente il Consiglio di Stato ha dato al principio di buon andamento, il quale, letto "in un'ottica moderna", risponde all'esigenza di assicurare il "primato dei diritti" della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico[21].

1.1. L'esigenza di concretizzazione del bene giuridico buon andamento rispetto alle singole fattispecie

L'aver individuato nei valori di cui all'art. 97 Cost. un solido referente costituzionale cui collegare le norme incriminatrici in analisi, non risulta tuttavia sufficiente ad individuare un oggetto di tutela che sia adeguato a svolgere le fondamentali funzioni assegnate al concetto di bene giuridico nel sistema penale. Valori di portata particolarmente ampia e generica come il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione si prestano, infatti, a interpretazioni estremamente diverse, tanto che lo stesso fatto può essere considerato direttamente lesivo del bene giuridico secondo una certa interpretazione, oppure del tutto privo di offensività secondo una concezione differente.

In questo modo, però, si rischia che il bene giuridico perda la sua funzione critica, poiché risulterà possibile modellarlo sulle disposizioni normative esistenti e, così, trasformarlo da criterio di delimitazione dell'area del penalmente rilevante in strumento di legittimazione dell'esistente[22].

Anche la sua funzione dogmatica[23] rischia di venir meno poiché, come già evidenziato, l'oggetto cui riferire l'offesa diviene mobile e diviene impossibile, o comunque arbitraria, la qualificazione del reato come di danno o di pericolo, concreto o astratto (potendo quest'ultimo variare a seconda dei diversi gradi di astrazione).

---

[21] Consiglio di Stato, parere 13 luglio 2016, n. 1640.

[22] Sul punto, v. per tutti G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, pp. 1 ss., il quale richiama l'attenzione sul rischio che il bene giuridico si trasformi in «un lupo vestito da agnello» prestandosi «a essere utilizzato, piuttosto che in funzione critico-delimitativa della punibilità, come criterio estensivo dell'area del penalmente rilevante».

[23] Sul punto v. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 187 ss.

In altri termini, il solo criterio della rilevanza costituzionale non è sufficiente a soddisfare i requisiti necessari affinché un determinato bene possa essere legittimo oggetto di tutela penale.

Invero, a tal fine, non solo i beni giuridico-penali devono essere individuati tra i valori dotati di rilievo costituzionale[24], ma la scelta politico-criminale deve altresì osservare gli altri principi che, secondo la stessa Carta Costituzionale, presidiano l'utilizzo della sanzione penale[25].

Segnatamente, il bene giuridico, per poter adeguatamente svolgere la propria funzione critico-garantista, deve presentare i caratteri di precisione, afferrabilità, offendibilità e concretezza, di cui, invece, il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, proprio in quanto principi, difettano.

Al riguardo, occorre sottolineare come non si tratti tanto di un problema di carattere definitorio, relativo a cosa in astratto debba intendersi per imparzialità o buon andamento, quanto piuttosto dell'identificazione di un referente sostanziale di tali concetti che permetta di accertare se e in quali circostanze tali beni possano ritenersi lesi o messi in pericolo nel singolo caso. Si tratta, dunque, di un problema di concretizzazione, che accomuna in generale quella particolare categoria di beni superindividuali qualificabile come 'beni istituzionali'.

In una materia che si impegna a tutelare l'articolarsi della funzione pubblica, che si vuole conforme al buon andamento e all'imparzialità, occorrerebbe abbandonare una dimensione astratta e generica del bene giuridico ed implementare, piuttosto, una dimensione particolaristica dell'oggetto della tutela, ricostruito con tratti specifici a seconda delle singole fattispecie incriminatrici.

In tale prospettiva è, quindi, indispensabile procedere ad uno sforzo di concretizzazione dei summenzionati parametri costituzionali, che, in relazione alle singole fattispecie incriminatrici, sia in grado di individuare una declinazione

[24] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15.

[25] Sul punto v. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 124 ss., il quale, dal finalismo rieducativo della pena sancito dall'art. 27, co. 3, Cost., fa discendere quale conseguenza sul piano dell'oggetto di tutela, la necessaria afferrabilità del bene giuridico tutelato dal reato. Per un «affinamento ulteriore dei criteri di individuazione dei beni tutelabili» nella prospettiva della concezione personalistica del bene giuridico v. anche F. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 458.

offensiva capace di cogliere il disvalore tipico espresso dal fatto.

Proprio in relazione a tale esigenza di concretizzazione, appare evidente l'insufficienza del mero aggancio ai valori costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione a ritenere soddisfatti i requisiti necessari affinché un bene giuridico possa ritenersi penalmente tutelabile. In altri termini, l'avere identificato un referente costituzionale, senz'altro esplicito, per le fattispecie in esame non può comunque esimere l'interprete dal verificare, in primo luogo, se i beni così individuati presentino caratteristiche — in particolare in termini di precisione, afferrabilità, offendibilità e funzionalizzazione rispetto ai bisogni individuali o collettivi — tali da renderli legittimamente tutelabili attraverso la sanzione penale e, in secondo luogo, se i fatti descritti nelle norme incriminatrici in questione, reinterpretate alla luce dei beni giuridici di riferimento, abbiano una reale portata offensiva nei confronti dei beni stessi.

Se, infatti, il problema della concretizzazione si pone in generale per tutti i beni superindividuali, esso assume caratteri particolarmente complessi per quei beni istituzionali, che sottendono dei «processi di interazioni e complessi di attività giuridicamente regolate»[26], che servono alla coesistenza, alla protezione o allo sviluppo di una pluralità di beni individuali e collettivi[27].

Rispetto ad essi, infatti, è stata più volte denunciata la vaghezza del riferimento a beni quali l'amministrazione della giustizia o la pubblica amministrazione e la conseguente impossibilità di utilizzare gli stessi per finalità critiche e dogmatiche. Né a risultati diversi si perviene mediante il riferimento a determinate caratteristiche che l'uno o l'altro complesso istituzionale devono possedere secondo i principi costituzionali, quali ad esempio il buon andamento (efficienza) o l'imparzialità (divieto di fare preferenze) della P.A.

---

[26] F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale,* in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, Jovene, 1985, p. 84.

[27]Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 68 ss.; ID., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, cit., pp. 57 ss., 81 ss.; G. MARINUCCI, *Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1218 ss.; ID, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., 327 ss., pp. 340 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 543 ss.; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., pp. 475 ss.

Come si è autorevolmente rilevato in dottrina, «dato in ipotesi un certo bene giuridico ancora genericamente delineato, per es. l'amministrazione della giustizia, l'offesa di esso si configura diversamene (lesione o pericolo), e può anche non configurarsi affatto a seconda che tale bene sia definito più o meno astrattamente: per es. l'amministrazione della giustizia nel suo complesso come potere costituzionale o l'amministrazione della giustizia di una singola circoscrizione giudiziaria o di un singolo ufficio, o perfino il singolo procedimento o provvedimento giurisdizionale»[28].
Appare evidente, quindi, la necessità di procedere ad una concretizzazione dei beni giuridici di cui all'art. 97 Cost. rispetto alle singole fattispecie previste dal Titolo II del codice penale. Ciò può avvenire attraverso la valorizzazione della differenza tra bene di categoria – oggetto giuridico con scarsa capacità selettiva – e bene specificamente presidiato dalla singola disposizione incriminatrice, da definirsi con maggiore precisione e concretezza, al fine di rinvenire un parametro solido per la verifica, caso per caso, di offensività in concreto delle condotte apparentemente conformi al tipo criminoso.
In questa prospettiva, calando le riflessioni precedenti sui delitti di turbativa, l'oggetto giuridico di categoria ha conosciuto, specialmente in relazione alla fattispecie di cui all'art. 353 c.p. – che tradizionalmente rappresenta il fulcro del sistema –, una pluralità di declinazioni.
Prima di passarle in analisi, tuttavia, appare opportuno ricostruire i valori sottesi alla disciplina extra-penale di riferimento, nell'ottica di meglio specificare le esigenze pubblicistiche, cui si riannoda il principio del buon andamento, nel settore delle gare pubbliche.

2. L'evoluzione dei valori sottesi alla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica

Il concetto di evidenza pubblica indica la serie procedimentale che la pubblica amministrazione è tenuta ad osservare ogniqualvolta debba scegliere un operatore economico nell'ambito dell'attività contrattuale finalizzata alla realizzazione di lavori

[28] Così, F. ANGIONI, *op. ult. cit.*, p. 144.

o di opere, alla prestazione di servizi, nonché alla fornitura di beni. L'*agere* contrattuale delle pubbliche amministrazioni rileva per l'ordinamento giuridico non tanto nella prospettiva, propria del diritto dei privati, della costituzione di un rapporto negoziale, ma come scelta attributiva di vantaggi economici da parte del soggetto pubblico a favore degli operatori del mercato[29]. Per tale ragione, la materia è da sempre oggetto di un'apposita disciplina amministrativistica, caratterizzata dalla presenza di vistose deroghe rispetto alla normativa civilistica dei contratti tra privati.
Tuttavia, l'indagine relativa ai valori protetti dalla suddetta disciplina permettere di ravvisare una progressiva evoluzione, dovuta in parte a fattori endogeni all'ordinamento nazionale e in altra parte alle istanze di matrice euro-unitaria.
Infatti, da un lato, l'attenzione dell'ordinamento interno alla disciplina delle attività preordinare alla scelta del contraente è stata strumentale all'assoggettamento dell'azione amministrativa ai principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della Costituzione[30].
Dall'altro, la materia è sottoposta ad un profondo mutamento a causa del processo di integrazione europea, che ha condotto ad un ripensamento delle linee generali della disciplina dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione. Invero, sia sul piano del diritto positivo sia sotto il profilo della riflessione dottrinale e giurisprudenziale, è stata evidenziata, pressoché unanimemente, l'emersione di nuovi valori alla base dell'agire contrattualistico pubblico, dovuta principalmente al recepimento dell'impostazione euro-unitaria.

---

[29]Sul punto si v. LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964 ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 323, il quale rileva che «quel contratto, che nella sua espressione più consueta siamo soliti rappresentarci come un mezzo, uno strumento di composizione e realizzazione d'interessi, quando sia parte l'amministrazione pubblica viene in considerazione al tempo stesso come un bene, rispetto al quale possono manifestarsi diverse aspirazioni: cioè come un bene del quale l'amministrazione può disporre a vantaggio di questo o quel soggetto».
[30]*Ibidem.* L'A., in particolare, sottolinea che «Quando si tratti di commesse pubbliche, si vuole, a ragione, che del contratto l'amministrazione disponga imparzialmente: favoritismo e abuso devono essere impediti ad ogni costo». Nel senso di configurare la procedura ad evidenza pubblica come bene giuridico che l'ordinamento deve tutelare in nome dei principi della imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., si veda, *ex multis*, TAR Calabria, sez. II, 22 luglio 2004 n. 1679, in cui si legge che «Tenuto conto che tale rischio coinvolge direttamente il bene della correttezza della procedura di evidenza e della concorrenza tra imprese, detto bene va salvaguardato, nei limiti del possibile, *ex ante*, nel momento stesso in cui viene messo in pericolo e senza attendere la sua effettiva lesione, non potendo la collettività addossarsi il costo di gare viziate dalla partecipazione di imprese governate da un unico centro decisionale, giacché ciò significherebbe ammettere e tollerare una possibile violazione ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.».

In particolare, l'idea di mettere in competizione – e dunque in concorrenza – gli operatori economici è sempre stata una costante anche della disciplina nazionale relativa all'aggiudicazione dei contratti pubblici. Infatti, la normativa di contabilità prevedeva quattro modalità di scelta del contraente – l'asta pubblica o pubblico incanto, la licitazione privata, l'appalto-concorso e la trattativa privata[31] –, le quali garantivano tutte, sebbene in misura diversa, la competizione imparziale e trasparente tra gli operatori. Tuttavia, la concorrenzialità nell'aggiudicazione, nell'impostazione originaria del R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, era essenzialmente funzionale all'interesse finanziario dell'amministrazione[32]. La procedura competitiva era considerata la modalità più efficace per garantire la minore o migliore spendita del denaro pubblico[33], mentre non venivano affatto considerati gli interessi degli operatori economici, ritenuti recessivi e subvalenti rispetto a quello pubblico[34].

Un primo cambiamento della prospettiva interna è da ricondurre all'emersione dei valori insiti nella Costituzione. Si è presto compreso, infatti, che il rispetto di un *iter* procedimentale che consenta di evidenziare la rispondenza alle ragioni di interesse pubblico delle modalità di selezione del contraente si pone quale irrinunciabile

---

[31] Sulle procedure ad evidenza pubblica disciplinate dalla normativa previgente al Codice cfr. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, 1986; F.P. PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur., vol. IX*, 1988; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 1999, pp. 328 ss.; S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 1987, Vol. VII; F. CARINGELLA – G. DE MARZO (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici. Dalla legge quadro alla Merloni-quater. Le norme speciali e la nuova potestà regionale*, 2003, pp. 734 ss.; A. CARULLO – A. CLARIZIA (a cura di), *La legge «Quadro» in materia di lavori pubblici*, 2004, pp. 985 ss.

[32] Così, A. BARETTONI ARLERI, *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Milano, 1980, pp.177 ss., nella parte in cui si afferma che «i contratti, per la connessa erogazione di spesa e acquisizione di entrate che necessariamente comportano – donde la loro classificazione in contratti passivi e attivi – rilevano per la consistenza del patrimonio dei soggetti pubblici e, quindi, trovano la loro corretta disciplina in quel settore dell'ordinamento positivo che delinea il regime giuridico della gestione finanziaria e patrimoniale pubblica». In argomento si v. anche G. URBANO, *Procedure per la scelta del contraente (art. 54-80)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, p. 27.

[33] Cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 2, pp. 297-298.

[34] Infatti, la dottrina tradizionale qualificava le disposizioni del R.d. 1923 come norme di azione, in ragione del fatto che a fronte di esse i contraenti non avrebbero potuto vantare nient'altro che la tutela indiretta propria dell'interesse legittimo. Tale indirizzo affonda le sue radici nella teoria risalente che considerava l'interesse legittimo come situazione soggettiva solo occasionalmente o indirettamente protetta dalle norme di disciplina delle modalità di esercizio del potere amministrativo. In argomento, si v. G. LANDI - G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 971, 567; V. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, I*, Milano, 1915, pp. 187 ss.; U. BORSI. *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938, 49 e ss. Emblematica è anche la giurisprudenza che negava il riconoscimento di posizioni giuridiche di vantaggio al contraente nei confronti della P.A. v., *Ex multis*, Consiglio di Stato, V, 11 marzo 1976, n. 453 in *Giur. it.*, 1977, III, 5; Consiglio di Stato, V, 19 dicembre 1970, n. 1091, *in Foro Amm.*, 1970, I, 2, p. 1437.

strumento di salvaguardia tanto dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa sanciti nell'art. 97 Cost., quanto dei valori tutelati dagli artt. 3 e 41 Cost., che depongono nel senso di garantire l'accesso alle commesse pubbliche a tutti i soggetti in condizioni di parità.

Grazie all'impianto costituzionale si assiste, quindi, al riconoscimento della posizione del privato imprenditore come soggetto titolare di interessi che devono essere tutelati dalla disciplina dei contratti pubblici[35]. Già prima dell'influenza comunitaria, dunque, il sistema degli appalti inizia ad essere considerato un mezzo di attribuzione di rilevanti benefici economici nei confronti di soggetti privati.

In questo contesto, il sistema dell'evidenza pubblica è stato tradizionalmente interpretato come preposto alla garanzia di un triplice ordine di valori: l'interesse della pubblica amministrazione al corretto uso delle risorse pubbliche profuse nell'attività di diritto privato, cui si ispirava l'impostazione originaria della normativa contabile; l'esigenza che il potere pubblico sia esercitato secondo canoni di imparzialità e buon andamento; l'interesse dei privati ad accedere al mercato delle commesse pubbliche.

Il dato giurisprudenziale, però, consente di affermare che l'obiettivo cui l'ordinamento ha attribuito maggior peso, tra quelli citati, sia costituito dalla tutela del buon andamento e dell'imparzialità in connessione con l'esigenza di realizzare l'interesse della P.A. all'ottenimento del miglior assetto di interessi in sede contrattuale. Infatti, fino all'acquisizione del complesso dei valori propri dell'ordinamento comunitario, la tutela della parità di trattamento dei partecipanti alle procedure di gara viene considerata non come valore autonomo, ma come riflesso dell'interesse pubblico al corretto ed imparziale svolgimento delle stesse, in un'ottica preminentemente pubblicistica[36].

Il recepimento del sistema comunitario di regolazione degli appalti pubblici ha comportato, poi, un'ulteriore evoluzione degli interessi tradizionalmente posti alla

---

[35] A. CARULLO, *Libertà di concorrenza, interesse al ricorso e scelta del contraente,* in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1986, 49, pp. 211 ss.

[36] Sul punto, cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni Trenta all'alternanza,* Milano, 2001, p. 239, il quale ha sottolineato come la riflessione sull'idoneità dei procedimenti di gara a garantire la parità di trattamento tra gli operatori fosse condotta nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico.

base delle procedure di gara, generalmente riconnessa all'emersione dei valori del mercato e della concorrenza.

Lo scopo originario e tutt'ora prioritario del processo di integrazione europea è, infatti, l'attuazione di un mercato unico, inteso come spazio senza frontiere nel quale sono assicurate le libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento ex artt. 43 e 49 del TFUE. Di conseguenza, il legislatore euro-unitario mira principalmente a garantire l'esistenza delle condizioni per un mercato libero e concorrenziale[37]. Ciò si desume dal disposto di un reticolo di norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, quali gli artt. 14, 37, 59, 93, 101, 106, 107, 108, 109 e 114, che nel loro insieme manifestano il *favor* per un mercato composto da numerose imprese medio-piccole che si confrontano ad armi pari senza beneficiare di aiuti pubblici, salve le deroghe per i servizi di interesse generale.

In quest'ottica, si può ben comprendere l'interesse sovranazionale per le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici. L'analisi economica, infatti, testimonia come l'amministrazione sia un operatore qualificato del mercato perché detiene un'elevata quota di domanda di beni e servizi: al fine di soddisfare le esigenze collettive, non avendo mezzi ed organizzazioni sufficienti, la P.A. deve spesso ricercare contraenti sul mercato per affidare loro la realizzazione di opere o per richiedere prestazioni e beni di valore economico complessivo rilevantissimo[38]. Tuttavia, il tasso di politicità, l'elevata possibilità di condizionamenti esterni e l'assenza di un rischio economico paragonabile a quello degli operatori privati rendono improbabile il naturale rispetto, da parte dei soggetti pubblici, della logica imprenditoriale e delle prescrizioni di mercato, che imporrebbero la scelta del contraente più conveniente. L'amministrazione costituisce, quindi, un soggetto economico capace di esercitare un'influenza determinante sul corretto assetto concorrenziale del mercato e sul rispetto della parità degli operatori interessati. Invero, la istituzione arbitraria o indebita di canali preferenziali con determinati fornitori garantirebbe a costoro una

[37] Su questa prospettiva cfr. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 511 ss.

[38] M. CLARICH, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *atti del 61° Convegno di Varenna*, 17-19 Settembre 2015.

quota di mercato e una solidità economica tale da collocarli in una posizione sovraordinata rispetto ai principali concorrenti.

D'altro canto, è stato sottolineato che, se le modalità di selezione dei contraenti mirano a scegliere le imprese in grado di effettuare una prestazione a condizioni di qualità e prezzo ottimali per la stazione appaltante, l'effetto finale è l'agevolazione sul mercato delle imprese migliori. Se, invece, il processo di selezione è distorto da fenomeni collusivi, si favoriscono imprese inidonee a fornirne prestazioni ottimali e, quando ciò avviene in modo sistematico, si indebolisce la stessa capacità competitiva del sistema economico[39].

Le condizioni di concorrenza[40] sono, allora, create artificialmente mediante l'imposizione di una serie di regole per la scelta del contraente, quali la non discriminazione, l'indizione delle gare e la trasparenza delle operazioni concorsuali.

In sintesi, nella prospettiva euro-unitaria, la necessità di una procedura di evidenza pubblica non è funzionale al perseguimento di interessi direttamente imputabili alla stazione appaltante: il fine generale di questa materia è, piuttosto, la garanzia di un migliore equilibrio di mercato che soddisfa una molteplicità di interessi, riconducibili alle imprese, ai consumatori e alle pubbliche amministrazioni.

---

[39] M. CLARICH, *op. ult. cit.* In particolare, l'incremento del tasso di concorrenza nell'ottica comunitaria è funzionale a due obiettivi macroeconomici. Da un lato, si persegue la libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi anche nel settore pubblico, con conseguenti effetti positivi in termini di maggiore economicità e *standard* qualitativo dei beni, delle opere e dei servizi di cui si serve la pubblica amministrazione. Dall'altro, almeno nel disegno originario – oggi mitigato da obiettivi politici di segno contrario, come ad esempio la tutela delle piccole e medie imprese –, aumentare la competizione può portare le imprese europee a migliorare la qualità delle proprie offerte e, così, renderle più appetibili anche rispetto alle imprese extracomunitarie, in un'ottica di concorrenza non solo interna al mercato unico europeo, ma estesa anche al mercato globale. La creazione di "campioni europei", in particolare, è stato il maggior argomento a sostegno della realizzazione di un mercato unico nel settore degli appalti pubblici. In argomento, si v. altresì S. CADEDDU e S. FIENGA, *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*, in M. CLARICH, (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, p. 1002.

[40] In linea generale, va detto che il concetto di concorrenza assume nel diritto comunitario la duplice accezione di concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato. Nella prima accezione, ci si riferisce a settori in cui è già instaurato un mercato concorrenziale nei quali l'intervento comunitario mira a prevenire e sanzionare le condotte imprenditoriali integranti intese restrittive della concorrenza, cartelli di prezzo, monopoli ed abusi di posizione dominante. Diversamente, il principio di libera concorrenza rilevante per le direttive in materia di appalti pubblici si riconnette all'obiettivo di aprire settori di mercato, precedentemente sottratti ad esso o limitati da misure protezionistiche poste in essere dagli stati membri, per garantire il libero accesso da parte di operatori economici di altri stati membri (c.d. concorrenza per il mercato).

A tal riguardo, è stato autorevolmente sottolineato come nella disciplina comunitaria dei contratti pubblici venga in rilievo «l'interesse pubblico aspecifico»[41] alla tutela della concorrenza e del mercato, senza che però vi sia la prevalenza di un interesse specifico sugli altri.

Emerge, pertanto, una sostanziale differenza di impostazione, che è stata ben evidenziata in una pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale si legge che «Le norme sull'evidenza pubblica comunitaria plasmano un complesso rapporto amministrativo in seno al quale l'amministrazione aggiudicatrice è soggetto, in una certa misura passivo, obbligato all'osservanza di norme poste a tutela di un interesse anche trascendente quello specifico del singolo contraente pubblico in quanto collegato al valore imperativo della concorrenza e, quindi, anche all'interesse particolare delle imprese che sono tutelate dalle prescrizioni volte alla tutela ed alla stimolazione della dinamica competitiva»[42].

Nel nuovo contesto di principio, pertanto, assume preminenza la posizione del singolo aspirante contraente e, dunque, la tutela dell'interesse a non essere discriminato e a gareggiare in condizioni di concorrenzialità.

In particolare, come afferma la Corte di Giustizia, lo sviluppo della concorrenza effettiva mira ad eliminare le restrizioni all'esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi in materie di appalti pubblici[43], sicché l'essenza ultima del concetto di concorrenza si coglie proprio nella garanzia ai potenziali offerenti operanti all'interno dell'Unione Europea di accedere al mercato delle commesse pubbliche in condizioni di parità.

---

[41] Così, M.S. GIANNINI, *I contratti ad evidenza pubblica*, in *Dir. Amm.*, 1998, pp. 393 ss.

[42] Consiglio di Stato, V, 5 maggio 2003, n. 2332.

[43] Corte di Giustizia CE, 18 gennaio 2007, C-220/05, in *www.curia.eu.int*, punto 52 «Come risulta dal secondo e dal decimo 'considerando', la direttiva mira a eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori, al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva. Come precisato nel decimo 'considerando', lo sviluppo di tale concorrenza richiede una pubblicità a livello comunitario dei bandi di gara che contenga sufficienti informazioni per permettere agli imprenditori della Comunità europea di valutare se gli appalti proposti presentino per loro interesse. Al riguardo, la soglia prevista dall'art. 6 della direttiva serve a garantire che gli appalti pubblici che hanno un valore sufficientemente elevato da giustificare una partecipazione intracomunitaria siano portati a conoscenza dei potenziali offerenti. 53 Dato che l'obiettivo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva è proprio di garantire ai potenziali offerenti stabiliti nella Comunità europea l'accesso agli appalti pubblici che presentano per loro interesse, ne consegue che è a partire dal loro punto di vista che deve essere calcolato se il valore di un appalto raggiunga la soglia fissata all'art. 6 della direttiva».

Il processo di integrazione europea, quindi, ha comportato significativi mutamenti nel catalogo di interessi che l'amministrazione è tenuta a contemperare in sede di effettuazione delle scelte contrattuali, connessi all'istituzione e all'implementazione del mercato comune.

Il cambiamento principale, come si è visto, riguarda la rilevanza assegnata al valore della concorrenza e, di conseguenza, alla posizione degli operatori economici, per i quali l'affidamento dei contratti pubblici non solo è uno strumento per il conseguimento di vantaggi economici, ma anche per il perseguimento di valori non meramente patrimoniali, come il diritto al lavoro, la tutela del risparmio, la tutela degli interessi dei consumatori, il miglioramento degli standard dei servizi pubblici.

Il mutamento di prospettiva, che ha interessato anzitutto l'assetto dei valori da perseguire, si coglie tanto nel codice dei contratti pubblici del 2006[44] quanto nel codice del 2016[45], che costituiscono il recepimento da parte del legislatore nazionale delle direttive comunitarie in materia, rispettivamente quelle 2004/17/CE e 2004/18/ CE e quelle 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Il catalogo degli interessi da tutelare e il modo stesso in cui questi si rapportano tra di loro è stato, poi, oggetto di ulteriori ripensamenti ad opera del nostro legislatore, che di recente ha provveduto all'integrale riscrittura della disciplina dei contratti pubblici con il d.lgs. 36/2023, improntando la stessa su principi del tutto inediti e innovativi, soprattutto per il loro rapporto con il valore della concorrenza.

Prima di soffermarsi su quest'ulteriore evoluzione, occorre però chiedersi se il valore della concorrenza, che ha ispirato in modo totalizzante l'impostazione delle suindicate direttive, sia estraneo all'assetto costituzionale ovvero se trovi ancoraggio anche nella Carta fondamentale; interrogativo che, peraltro, ha un preminente rilievo nell'ottica della ricostruzione dell'oggettività giuridica tutelata dalle fattispecie penale poste a presidio delle gare pubbliche.

[44] D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.
[45] D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

2.1. L'emersione del bene concorrenza nel quadro dei valori costituzionali: concorrenza in senso oggettivo e concorrenza in senso soggettivo

In Costituzione non si rinviene una disposizione che tuteli espressamente la concorrenza: è assente, cioè, qualsiasi riferimento esplicito alla tutela del mercato e alle sue forme di organizzazione[46].

Le ragioni di tale assenza sono individuabili calandosi nel contesto sociale ed economico nel quale la Costituzione Repubblicana è stata scritta. Invero, non deve stupire che l'Assemblea Costituente non si sia espressa a favore dell'assetto concorrenziale del mercato, in quanto un sistema economico di questo tipo si è affermato, almeno nella storia italiana, molti anni dopo il secondo dopoguerra.

Solo in sede di revisione della Carta fondamentale, per come realizzata dalla legge costituzionale n. 3/2001 – adottata in un contesto economico decisamente mutato rispetto a quello di entrata in vigore della Costituzione –, la concorrenza è stata espressamente menzionata nella trama della Carta e, in particolare, nell'art. 117, secondo comma, lett. *e)* in sede di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

Cionondimeno, oggi, secondo l'opinione prevalente non è nel testo dell'art. 117 Cost. che si rinviene l'ancoraggio della rilevanza costituzionale della concorrenza[47]. Il suo autentico fondamento costituzionale va, piuttosto, rinvenuto nell'art. 41, comma 1,

---

[46] Sul punto, v. G. CASSANO, *La concorrenza*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, I, 2005, pp. 38-39, in cui si osserva che l'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente rivela quattro principali correnti ideologiche presenti all'epoca: liberalismo, democrazia, socialismo e cristianesimo sociale, ciascuna delle quali corrisponde a grandi temi quali la libertà, l'uguaglianza sociale ed economica, la sovranità popolare e lo Stato assistenziale. Pertanto, il Costituente, nelle disposizioni riguardanti l'economia, non eleva la concorrenza a principio cardine dell'ordinamento economico, come oggi generalmente riconosciuto, né affronta la materia con una disciplina organica. Al contrario, si avvale dei principi generali già consolidati, propri degli istituti giuridici con rilevanza economica, come l'iniziativa economica, la proprietà e la proprietà terriera. Sul compromesso politico alla base dell'art. 41 Cost., ampiamente, v. altresì M. GIAMPIERETTI, I*l principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e Società*, 2003, 4, pp. 439 ss.

[47] In termini contrari, muovendo dalla considerazione che l'art. 117 Cost. elenca tra le materie di competenza esclusiva dello Stato la "tutela della concorrenza", si sono espressi R.NIRO, *art. 41 Cost.*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 851 e M. GIAMPIERETTI, *art. 41 Cost.*, in BARTOLE, BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 424. Cfr. altresì in chiave critica L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2003, pp. 345 ss.

Cost.[48] (che, testualmente, si limita a riconoscere a ciascuno la libertà di iniziativa economica privata[49]) per come è stato più di recente interpretato.

Invero, secondo un'iniziale lettura riduttiva, la norma costituzionale tutelerebbe tale libertà esclusivamente in una dimensione "verticale", ossia nel rapporto tra lo Stato e il singolo[50]. In altri termini, la disposizione, nel sancire una libertà individuale, si limiterebbe a porre in capo allo Stato un dovere di astensione, mentre sarebbe completamente estraneo al contenuto precettivo della norma la prospettiva "orizzontale", ovvero le relazioni con gli altri imprenditori titolari della medesima libertà. In questo senso, l'eguale titolarità della libertà di iniziativa economica in capo a tutti gli operatori non potrebbe tradursi in un'indicazione da parte del Costituente a favore dell'assetto concorrenziale del mercato[51].

Successivamente, la dottrina prevalente ha evidenziato che il testo della disposizione costituzionale possa essere oggetto di una lettura più ampia. Invero, il riconoscimento in capo ai privati tutti della libertà di iniziativa economica è il presupposto della libertà di concorrenza: proprio perché la libertà in parola è riconosciuta *erga omnes*, ciascuno ha una eguale possibilità di intraprendere un'attività economica in un medesimo settore di mercato e, conseguentemente, «di confrontarsi vicendevolmente, sottoponendo al giudizio del mercato la valutazione, e il conseguente successo delle

---

[48] Sul punto, si veda N. MAZZACUVA, *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 1979, pp. 258 ss., il quale ha rinvenuto l'affermazione costituzionale del principio di libertà di concorrenza nell'art. 41 Cost. In senso conforme, v. F. GALGANO, *art. 41 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 198211; G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e Costituzione Economica*, Padova, 1976, pp. 79-94; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., pp. 439 ss, M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, pp. 469-477, M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2.

[49] Su quest'evoluzione interpretativa cfr. E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018, pp. 460 ss.

[50] Così, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, p. 16, secondo cui «le libertà costituzionali corrispondono a doveri di astensione dello Stato, ma nulla dicono circa le relazioni, di coesistenza o di conflitto, con gli altri titolari della medesima libertà». Nello stesso senso, v. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 990, e G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, 7 ss. Nella letteratura penalistica, condividono questa lettura, A.F. TRIPODI, *Diritto penale e disciplina antitrust*: *le indicazioni provenienti dall'analisi economica del diritto e la prospettiva aperta dall'art. 2638 c.c.*, in AA.VV., *Studi di diritto penale dell'economia*, in P. SIRACUSANO (a cura di), Torino, 2007, p. 128 e A. CORDA, *Legislazione* antitrust *e diritto penale: spunti problematici in ambito europeo*, in *Criminalia*, 2009, p. 495.

[51] In questo senso, N. IRTI, *op. cit.*, p. 149, secondo cui «concorrenza e mercato, cioè i rapporti vicendevoli tra imprenditori ed i rapporti tra imprenditori e consumatori, rimangono estranei alla Carta costituzionale, che conosce soltanto il profilo protettivo della libertà».

reciproche iniziative, necessariamente sempre nuove e diverse, in una competizione senza fine»[52].

In questa prospettiva, la copertura costituzionale non è limitata al segmento verticale della libertà di impresa, ma implicitamente si estende alle relazioni tra operatori economici[53].

A ben vedere, quanto sinora affermato attiene alla c.d. concorrenza in senso soggettivo, come diritto del singolo operatore ad accedere al mercato e a confrontarsi su esso ad armi pari con altri. La concorrenza, però, non presenta soltanto un'accezione soggettiva o individuale, ma denota altresì un determinato regime di mercato, caratterizzato dalla presenza di una pluralità operatori economici, nessuno titolare posizioni di monopolio o comunque in grado di influenzare da solo la dinamica degli scambi economici, c.d. concorrenza in senso oggettivo, quale interesse di interesse di carattere superindividuale e collettivo.

In tale ultima accezione, l'oggetto di tutela non è tanto il singolo concorrente, ma il mercato in quanto tale, svolgendo la funzione di evitare che il concreto esplicarsi della libertà economica e della competizione tra imprese si traduca in atti e comportamenti che pregiudichino in modo rilevante e durevole l'assetto concorrenziale del mercato[54].

Ferma questa distinzione, le due dimensioni della concorrenza non sono tra loro alternative e soprattutto antinomiche. Piuttosto, la dimensione soggettiva si pone come necessario presupposto di quella oggettiva. Se, infatti, tutti i privati godono della libertà di iniziativa economica, allora, in un dato settore di mercato saranno presenti più operatori e, anzi, in linea di principio, vi sarà una pluralità illimitata di

---

[52] Così, A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?,* in *Giur. cost*., 2004, pp. 262-263.

[53] A. ALESSANDRI, *Parte Generale*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 18; E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, cit., pp. 460 ss. D'altra parte, è stato evidenziato che, anche qualora si ritenga che la tutela della concorrenza non sia implicitamente prevista dall'art. 41, comma 1, della Costituzione, essa non risulta comunque incompatibile con tale disposizione né con l'intero assetto costituzionale. In tal senso, G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana*, Milano, 1995, pp. 39-40. Altri, invece, ritengono che dall'art. 41, comma 1, Cost. derivi un vero e proprio diritto soggettivo alla libertà di concorrenza. Tra questi, cfr. F. GALGANO, *art. 41 Cost.*, cit., 11; G. GHIDINI, *Slealtà nella concorrenza*, cit., pp. 87-89; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale della libertà di concorrenza*, cit., p. 511; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza*, cit., pp. 1429 ss.

[54] Sul punto, si veda diffusamente G. FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, vol VIII, Milano, 1961, p. 532.

imprenditori, creando così un mercato concorrenziale[55]. Di conseguenza, la tutela che l'art. 41, comma 1, Cost. accorda all'iniziativa economica privata non può essere intesa come mero riconoscimento di un diritto dei singoli ad accedere e gareggiare sul mercato in posizione di parità; essa è senz'altro una garanzia individuale, ma al contempo è anche una garanzia di portata strutturale a favore di un mercato concorrenziale[56].

La conferma di ciò va individuata nel secondo comma dell'art. 41 Cost., che, nell'enunciare i limiti cui è sottoposto la libertà individuale di iniziativa economica, menziona non solo valori sociali estranei alla costituzione economica, ma anche interessi economici di carattere generale e di sistema. In particolare, il limite dell'"utilità sociale" ricomprende anche interessi quali l'efficienza, la produttività, la competitività di impresa, l'aumento quantitativo e qualitativo dei prodotti, il contenimento dei prezzi, che sono massimamente garantiti dall'assetto concorrenziale del mercato[57].

Peraltro, è stato sottolineato che il riferimento al diritto europeo che oggi si rinviene nell'art. 11 Cost. consente di innestare nel «perimetro tracciato dalla norma-principio»[58] di cui all'art. 41, comma 1, Cost. anche «interessi implicitamente rilevanti, ovvero nuove ed ulteriori declinazione degli stessi»[59]. In altri termini, la rilevanza che la concorrenza ha nei Trattati europei, insieme con l'obbligo costituzionale di adeguamento dell'ordinamento interno ai principi euro-unitari, derivante dagli artt. 11 e 117 Cost., deve far propendere per un'interpretazione delle disposizioni della costituzione economica aperta alla tutela dell'assetto concorrenziale del mercato. Mediante tale procedimento ermeneutico, quindi, «il metodo competitivo si eleva a decisione di sistema, guadagna la funzione di principio generale dell'ordinamento»[60].

---

[55] Così, F. GALGANO, *op. cit.*, p. 11.

[56] *Ibidem*. Sul punto, v. altresì M. GIAMPIERETTI, *op. cit.*, p. 511; M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., pp. 328-329.

[57] A tal riguardo, diffusamente cfr. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 13 ss.

[58] E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, cit., p. 463.

[59] *Ibidem.*

[60] *Ibidem.* Nello stesso senso, G. AMMARCO, *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità degli ordinamenti giuridici e sistema delle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 483; G.M. FLICK,

In definitiva, la portata precettiva della disposizione costituzionale in parola è plurivalente. La norma, innanzitutto, tutela la concorrenza nel suo profilo soggettivo, che, in un'ottica micro-economica, presidia la situazione individuale di libertà del singolo imprenditore: essa è suscettibile di esprimersi sia in senso verticale, nei confronti dei pubblici poteri, sia in senso orizzontale, nei confronti degli altri *competitors*. Al contempo, nel dettato costituzionale, si rinviene un'implicita tutela anche della dimensione oggettiva della concorrenza, che invece rimonta al piano macro-economico, in quanto conformativa di una certa struttura del mercato.
Le considerazioni sin qui svolte consentono, allora, di affermare che la concorrenza è un bene dotato di «indiscutibile rilievo costituzionale»[61] e, quindi, per quanto qui più interessa ai fini del presente lavoro, suscettibile di tutela penale.

2.2. La relativizzazione del valore della concorrenza: la nuova dimensione strumentale rispetto al principio del risultato

Chiarita la rilevanza sia eurounitaria che costituzionale della concorrenza, occorre prendere atto che l'ultima riforma legislativa in materia di contratti pubblici si caratterizza per un fenomeno di relativizzazione[62] di questo valore, un tempo assunto dalla disciplina delle gare pubbliche come prioritario.
Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), infatti, cambia paradigma rispetto al passato. Se a partire dalla legge Merloni del 1994, sia il codice

Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 591, e A. CORDA, *Legislazione antitrust*, cit., p. 495, in cui si osserva che la normativa antitrust del 1990 «recepisce la "decisione di sistema" volta a conformare l'economia ai principi del libero mercato e della concorrenza tra imprese derivanti dai trattati europei». In ordine alle influenze del diritto comunitario nell'interpretazione dell'art. 41 Cost., tra gli altri, L. MEZZETTI, *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia*, in AA.VV., *Costituzione economica e libertà di concorrenza. Modelli europei a confronto*, a cura di L. MEZZETTI, Torino, 1994, pp. 221 ss.; G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir., XXVI*, 1976, pp. 789 e 783. In argomento si veda altresì F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di "Costituzione economica*, in *Dir. econ.*, 1992, pp. 90 ss., il quale sostiene che la norma fondamentale della "Costituzione economica italiana" debba essere individuata nell'art. 11, che ha consentito l'ingresso nel nostro ordinamento dei principi e dei valori dell'ordinamento comunitario.

[61] Così, G.M. FLICK, *A proposito di tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia del diritto penale?*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2010, p. 10.

[62] D'altra parte, ancor prima dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, già nella prospettiva sovranazionale si era osservato come la concorrenza fosse un valore sì fondativo dell'ordinamento euro-unitario, ma pur sempre suscettibile di bilanciamento nell'ottica di soddisfacimento di interessi fondamentali degli Stati membri.

del 2006 che quello del 2016 avevano un'impostazione chiaramente pro-concorrenziale, quello attuale attribuisce plastica centralità al principio del risultato, enunciato sin dall'art. 1[63].

La concorrenza non è più fine, ma mezzo per perseguire l'interesse pubblico attraverso la stipulazione di contratti che assicurino prestazioni con il miglior rapporto qualità-prezzo-tempo; non è un valore assoluto, ma un interesse da contemperare, o meglio, uno strumento per il perseguimento di obiettivi efficienti in termini di amministrazione di risultato, in funzione dell'interesse della collettività[64].

In questa prospettiva, la concorrenza non costituisce più finalità e valore in sé, ma strumento al servizio del risultato, come reso evidente dal comma 2 dell'art. 1, a mente del quale «la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti». Ancor prima, l'art. 1 collega il principio del risultato al buon andamento e, quindi, ai canoni di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Particolarmente significativa è anche la disposizione contenuta nel comma 4, dove si prevede che il risultato è «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto». La formula «criterio prioritario» denota chiaramente una gerarchia degli interessi sottesi alla disciplina in esame, al cui vertice è posto, per l'appunto, il principio del risultato. A sua volta, il riferimento alla discrezionalità consente di superare l'approccio precedente che vedeva le amministrazioni vincolate

[63] In particolare, tale disposizione normativa, rubricata "Principio del risultato", prevede che «1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

[64] Segnala efficacemente questo mutamento di prospettiva F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo. Parte generale e parte speciale,* 2023, Napoli, p. 1313, il quale osserva come «il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto comunitario della concorrenza (c.d. concorrenza imposta agli agenti pubblici, *naturaliter* refrattari alle logiche della competizione e alla pressione del mercato), ma un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale».

alla stretta osservanza di procedure nettamente formalizzate, in grado di condurre ad un'aggiudicazione, in certa misura, automatica. Oggi, invece, l'obiettivo è quello del risultato finale: spetta, quindi, alle stazioni appaltanti individuare, caso per caso, le modalità procedimentali migliori, il che non necessariamente coincide con lo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica.

Nell'impostazione del nuovo codice, superata l'epoca dell'*iper* regolamentazione, il principio di risultato rappresenta la principale direttiva regolatrice e parametro di legittimità dell'azione amministrativa in questo settore. Come osservato in dottrina, ciò segna «il passaggio dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata»[65]: pur nel rispetto dei vincoli di legge, compete alla sfera di discrezionalità della stazione appaltante individuare il dosaggio della competizione che risulti funzionale alle esigenze da soddisfare nel caso concreto.

Il principio del risultato, infatti, si collega ad un altro innovativo principio, quello della fiducia verso le stazioni appaltanti, sancito immediatamente in successione all'art. 2. Del resto, solo concedendo maggiori margini di autonomia decisionale alle stesse, è possibile assicurare l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni conformi alla logica del risultato, il quale, ai sensi del comma 3 dell'art. 1, «costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio di buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità».

Dal quadro così brevemente delineato, appare quindi evidente come il legislatore, intervenendo ancora una volta sulle procedure ad evidenza pubblica, abbia inteso attribuire alla concorrenza una valenza strumentale rispetto all'interesse finale al buon andamento dell'azione amministrativa.

Giunti a questo punto, la riflessione va, chiaramente, riportata nei binari penalistici. In quest'ottica, occorre considerare che, se è senz'altro vero che la dimensione valoriale della disciplina amministrativa e la portata offensiva dei delitti di turbativa non debba necessariamente coincidere[66], l'individuazione del bene giuridico tutelato

---

[65] *Ibidem.*

[66] In realtà, in dottrina non è mancato chi ha ricondotto la fattispecie di cui all'art. 353 c.p. al diritto penale sanzionatorio – cioè quell'area in cui il diritto penale non esercita funzioni di promozione culturale – rimarcando come sia la disciplina extra-penale di riferimento a definire l'oggetto della tutela, lasciando al diritto penale il mero compito di predisporre l'apparato punitivo. In tal senso, O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto

dalle fattispecie di cui agli artt. 353, 353 bis e 354 c.p. deve oggi quantomeno confrontarsi con il mutato assetto di valori sotteso alla disciplina extra-penale di riferimento. Quest'ultima, infatti, costituisce il principale parametro per vagliare le diverse posizioni, sostenute in dottrina e giurisprudenza, circa la specifica oggettività giuridica delle fattispecie di turbativa.

3. Il bene giuridico tutelato: le persistenti incertezze interpretative

Ancora oggi, l'individuazione del bene giuridico presidiato dai delitti in esame è oggetto di un dibattito tutt'altro che sopito e si è ancora lontani dal registrare soluzioni univoche in relazione ai problemi interpretativi posti dall'oramai risalente formulazione della disposizione incriminatrice[67] e dall'utilizzo nella descrizione degli elementi costitutivi di termini dal contenuto semantico alquanto sfuggente.

Per tale ragione, e nella consapevolezza che un corretto inquadramento del bene giuridico tutelato consentirebbe all'interprete di usufruire di «un efficace strumento euristico nell'attività di esplorazione di un paradigma normativo»[68], appare opportuno ripercorrere i diversi orientamenti sull'oggetto di tutela delle fattispecie di turbativa.

---

da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 2008, p. 795, la quale, al contempo, evidenzia che la natura fluida della disciplina amministrativa di riferimento diminuisce le aspettative di tassatività normalmente connesse al diritto penale sanzionatorio. L'A., in particolare, osserva, che «la disciplina extra-penale in questione è prevalentemente amministrativa, e – come noto – tra le diverse banche del diritto è forse la più magmatica: reattiva, nella posizione come nell'applicazione, alle cangianti varianti congiunturali, irriducibile ad una dimensione statica e pronta, per contro, a modificare il proprio tiro a seconda del variare, anche veloce, delle opzioni di politica legislativa. Tutto ciò, in aperto contrasto con le esigenze di stabilizzazione del diritto penale, egregiamente interpretate dalle funzioni del bene giuridico, tendenzialmente immutabile a fronte della mutevolezza delle *rationes* di tutela. Soprattutto [...] la decisa prevalenza nella disciplina amministrativa nel gioco degli assetti di tutela priva la fattispecie in commento (e le successive) del solo vantaggio che in linea di massima consegue alla posizione di una norma penale a "chiusura" di un sistema di disciplina etero-normato: il pregio della tassatività-determinatezza, solitamente riscontrabile nell'ambito del diritto penale sanzionatorio ed in questo caso negato appunto dal carattere *fluido* del diritto amministrativo».

[67] *Ibidem,* ove l'A. osserva come sull'individuazione del bene giuridico non si sia ancora registrata quella convergenza di vedute che sola consentirebbe di risolvere alcuni problemi interpretativi posti da «una fattispecie che, nel confronto con l'evoluzione delle prassi amministrative, ha assunto portata e fisionomia un tempo insospettabili, rivelando una spiccata vocazione ancillare rispetto a diversi profili della disciplina amministrativa».

[68] Così, N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., p. 17, secondo cui «il corretto inquadramento dell'obiettività sottesa alla fattispecie astratta consente di attribuire contorni ben definiti ai requisiti strutturali del tipo legale con la conseguenza che l'interpretazione del precetto in commento e la ricostruzione del suo spazio applicativo si potranno avvantaggiare delle acquisizioni esegetiche che si raggiungeranno mediante tale indagine».

3.1. L'orientamento più risalente che individua il bene giuridico tutelato nel regolare svolgimento delle gare

Procedendo con ordine, il primo e più risalente orientamento individuava il bene tutelato dal delitto di turbativa d'asta nell'interesse della pubblica amministrazione a che la gara, che deve precedere la stipulazione di un contratto dal quale deriva un'entrata oppure una spesa, si svolga regolarmente.

La regolarità formale delle gare, infatti, costituirebbe un interesse in grado di sintetizzare entrambi i beni di categoria, in quanto il solo corretto svolgimento della procedura amministrativa consentirebbe di inverare tanto la parità di trattamento dei singoli concorrenti quanto il buon andamento della pubblica amministrazione[69].

L'altro argomento tradizionalmente addotto a sostegno di questa lettura si rinviene nella collocazione sistematica della fattispecie, che – inserita appunto nei delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione – non potrebbe che prendere in cura l'esclusivo interesse della pubblica amministrazione alla regolarità delle procedure indette dalla stessa[70].

L'impostazione tradizionale, così sinteticamente descritta, si espone a talune criticità, ben evidenziate dalla dottrina più recente. Invero, sebbene l'inquadramento sistematico offra all'interprete indicazioni rilevanti per individuare correttamente il bene giuridico tutelato, occorre nondimeno considerare come tale criterio non risulti sempre dirimente, specie quando per tale via si esponga la fattispecie incriminatrice ad applicazioni connotate da «rigido formalismo»[71]. Infatti, è facilmente intuibile che tale prospettiva tenda ad attribuire un ruolo di primo piano all'interesse al rispetto

---

[69] Aderiscono a questo primo orientamento N. LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1935, 474 e V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1950, pp. 574 ss. Nello stesso senso si pongono anche S. RICCIO, voce *Incanti e licitazioni (frode negli)*, in *Noviss. dig. it*., VIII, Torino, 1968, p. 492 e A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, p. 527, i quali, però, individuano, come bene protetto in via mediata, la libertà di concorrenza.

[70] Tra i sostenitori della regolarità della gara quale interesse protetto dal reato di turbativa, non manca chi attribuisce all'interesse al buon andamento note spiccatamente economico-patrimonialistiche. In tal senso v. P. VENTURATI, voce *Incanti (frode negli)*, in *Dig. disc pen..*, VI, Torino, 1992, p. 307, il quale osserva che «non c'è tanto un interesse fine a sé stesso della pubblica amministrazione a garantire la regolarità e la trasparenza delle gare, quanto un interesse prevalentemente patrimoniale a evitare manovre e speculazioni fraudolente, a salvaguardare la genuina dialettica economica, il libero gioco di interessi».

[71] In questi termini, N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., p. 19.

delle regole che scandiscono la sequenza procedimentale, con il rischio – si è persuasivamente argomentato – di incriminare condotte che risultino prive di una reale portata lesiva degli interessi sostanziali perseguiti dalla P.A. con l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica[72].

In particolare, una qualunque inosservanza delle regole procedimentali potrebbe risultare sufficiente a far ritenere integrato il reato di turbativa d'asta, quand'anche non fosse stata effettivamente intaccata l'aspettativa della pubblica amministrazione di affidare la commessa pubblica al soggetto che abbia presentato l'offerta più conveniente in termini di rapporto tra qualità e prezzo[73].

Di converso, nonostante la riscontrata presenza di condotte sussumibili nell'alveo di tipicità della norma, si dovrebbe escludere la sussistenza del reato ogni qual volta la realizzazione delle stesse non si sia tradotta nella violazione delle regole che disciplinano la procedura di gara[74].

In sostanza, siffatta impostazione ermeneutica, incline ad accogliere una lettura in chiave formale del bene giuridico tutelato, rischia di condurre a soluzioni interpretative poco razionali, se non addirittura paradossali, e certamente inaccettabili in un diritto penale costituzionalmente orientato al principio di offensività.

D'altro canto, è stato condivisibilmente osservato che, pur volendo attribuire rilievo primario al dato sistematico – su cui si fonda la teorica in esame – bisognerebbe altrettanto tener conto dell'inquadramento della fattispecie tra i delitti commessi dai privati. E ciò costituirebbe un ulteriore ostacolo all'identificazione del bene giuridico tutelato nella mera regolarità formale delle procedure di gara, posto che del perseguimento di quest'ultima non si possono certo ritenere onerati i singoli privati partecipanti alla competizione[75].

---

[72] *Ibidem*.

[73] *Ibidem*. Aderisce a tali considerazioni critiche E. PENCO, *I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e dinamismo giurisprudenziale*, in A. PECCIOLI – E. PENCO – G. PONTEPRINO (a cura di), *I reati contro la pubblica amministrazione: una nuova stagione di riforme. Fondamento e limiti dell'intervento penale*, Torino, 2024, p. 71.

[74] N. MADIA, *op. cit.*, p. 20.

[75] V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, pp. 90 ss. L'A., peraltro, mette ben in rilievo come, valorizzando il bene giuridico della mera regolarità formale della gara, si pone il rischio di sovrapposizione tra le condotte previste dall'art. 353 c.p. e le fattispecie, contemplate dal capo I, titolo II, che descrivono gli illeciti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Si afferma, infatti, che «[l]a generale tutela della imparzialità, correttezza, buon andamento […] a cui si potrebbe, con qualche

Infine, si è ulteriormente argomentato che, se l'oggettività giuridica protetta fosse la legalità formale della gara, sarebbe difficile comprendere le ragioni in forza delle quali il legislatore abbia scelto di non riservare analoga tutela penale all'interesse dello Stato alla correttezza di altre procedure amministrative[76]. Il riferimento, in particolare, è alle procedure concorsuali indette dalla P.A. per il reclutamento di personale nei ranghi della pubblica amministrazione. Queste ultime, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo[77], risultano prive di uno specifico apparato repressivo, analogo a quello riservato dal legislatore ai pubblici incanti. Peraltro, dopo la recente abrogazione del delitto di abuso d'ufficio, rischiano addirittura di rimanere sfornite di un qualsivoglia presidio penalistico, laddove vengano in rilievo, nel caso concreto, condotte che, per quanto in grado di "turbare" i concorsi pubblici, non risultino sussumibili in più gravi ipotesi di reato, come ad esempio la corruzione. In altri termini, alle precedenti obiezioni avanzate, che già sembrano cogliere pienamente nel segno, si affiancano ragioni di coerenza sistematica che suggeriscono di abbandonare una simile impostazione esegetica.

3.2. L'orientamento che identifica l'oggettività giuridica tutelata nella libertà di partecipazione alle gare

Il secondo orientamento capovolge la prospettiva di osservazione e individua l'oggettività tutelata nella libertà di partecipazione dei cittadini ai pubblici incanti e alle licitazioni private[78].

Tale impostazione, dunque, sposta il fuoco di tutela della fattispecie verso gli interessi di natura prettamente privatistica che fanno capo agli operatori economici, i quali aspirano a concorrere in condizioni di parità con altri offerenti e ad influenzare l'esito della procedura secondo il gioco della maggiorazione delle offerte.

Anche tale impostazione, tuttavia, è stata oggetto di riserve, non apparendo coerente né con la rubrica dell'articolo né con la collocazione sistematica della fattispecie.

---

forzatura, ricondurre la stessa regolarità amministrativa della gara, rappresenta, in definitiva, un interesse giuridico tutelato da tutte le disposizioni contenute nel titolo dei pubblici ufficiali contro la P.A».

[76] O. CAMPO, *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen.*, 1966, II, p. 280.

[77] Si v. *infra* cap. 3, par. 2.3.

[78] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale.*, Vol. I, Bologna, 2012, p. 331, i quali, tuttavia, riconoscono che la norma tutela, seppur in via mediata, anche la libertà di concorrenza.

In particolare, si è evidenziato come, rubricando l'art. 353 «*Turbata libertà degli incanti*», il legislatore avrebbe reso evidente l'intenzione di tutelare non già la libertà di concorrenza dei singoli, ma l'esigenza pubblicistica a che la gara si svolga libera da condizionamenti, quale imprescindibile presupposto per la realizzazione del normale gioco della concorrenza tra operatori economici, a sua volta necessario affinché si realizzi l'interesse proprio della pubblica amministrazione al buon andamento della stessa[79].

Ciò sarebbe confermato dalla collocazione sistematica della disposizione che evidentemente pone l'accento su un interesse della pubblica amministrazione piuttosto che su quello dei privati a prendere parte alla procedura [80].

Sebbene non esposta alle suddette riserve, non convince pienamente neppure la variante interpretativa di siffatto orientamento, che identifica il fuoco di tutela della turbativa d'asta nella libertà di partecipazione alle gare non come tale, ma come indispensabile presupposto per consentire alla pubblica amministrazione di valutare la più ampia offerta di prestazioni che meglio potrebbero soddisfare le ragioni di pubblico interesse poste a fondamento dell'indizione della gara pubblica[81].

Si è giustamente osservato, infatti, che anche la suddetta impostazione correttiva si presta a letture formalistiche. Essa, infatti, consentirebbe di ravvisare gli estremi del reato anche laddove si allontanino potenziali offerenti che, per le più svariate ragioni, non sarebbero stati in grado di aggiudicarsi la commessa pubblica. In tali casi, infatti, la pubblica amministrazione verrebbe sì astrattamente privata della possibilità di valutare un'offerta, ma si andrebbero ad incriminare condotte cui non consegua alcuna situazione di pericolo per l'interesse dello Stato a conseguire una contrattazione in grado di soddisfare le ragioni di pubblico interesse[82].

---

[79] Così, N.MADIA, *op. cit*., p. 21.

[80] *Ibidem.*

[81] Così, A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in A. BONDI- A. DI MARTINO- G. FORNASARI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, p. 436, il quale afferma che «la norma sia posta a tutela della libertà di partecipare alle gare, non come tale ma come presupposto necessario perché la PA sia posta in condizione di valutare congruamente le prestazioni che meglio potrebbero soddisfare le ragioni di pubblico interesse».

[82] Tali considerazioni critiche sono compiutamente svolte da N. MADIA, *op. cit*., p. 23, il quale afferma che «solo allorché si vìoli la libertà di partecipazione di chi sia dotato delle capacità necessarie a concorrere si compromette l'auspicio dell'autorità amministrativa di poter usufruire, all'esito dell'asta, della prestazione più conveniente».

In effetti, l'interesse dell'autorità amministrativa ad ottenere, tramite la gara, la prestazione più vantaggiosa può ritenersi realmente offeso solo quando ad essere pregiudicato nella libertà di partecipazione alla stessa sia un soggetto che possieda i requisiti necessari a concorrere.

Le criticità evidenziate trovano, poi, conferma nella posizione di quanti, identificando la persona offesa dal reato – quale titolare del bene giuridico tutelato – nella sola pubblica amministrazione, riconosce ai singoli offerenti, se in concreto danneggiati dallo svolgimento della gara secondo logiche abusive ed anticoncorrenziali, la "mera" legittimazione a costituirsi parte civile nel processo[83].

In sostanza, per quanto non possa dubitarsi della concreta incidenza delle condotte di turbativa sugli interessi dei singoli partecipanti, non sembra gli stessi possano rappresentare la ragione fondante su cui viene costruita la figura di reato in analisi.

3.3. L'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico tutelato nella libertà di concorrenza

Un'altra posizione individua il bene giuridico tutelato dai delitti di turbativa nella libera concorrenza, declinata con riguardo sia alle aspettative dei partecipanti, che nutrono un affidamento circa la regolarità del procedimento, sia all'interesse dell'amministrazione ad ottenere l'offerta migliore[84]. Ci si riferisce, dunque, alla concorrenza, considerata sia nell'accezione oggettiva che in quella soggettiva, quale oggetto di tutela delle fattispecie.

---

[83] In questo senso, S. RICCIO, voce *Incanti*, cit., p. 492; R. ROSSI, *Considerazioni sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen*., 1982, p. 437; V. MUSACCHIO, *La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 539; A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., p. 436.

[84] In dottrina v. G. MAGGIORE, *Diritto Penale*, *vol. II, Pt. spec*., Tomo I, p. 233; O. CAMPO, *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, cit., p. 280; A. SANTORO, *Manuale di diritto penale, vol. II, Pt. spec., Delitti contro lo Stato,* Torino, 1962, p. 387; R. ROSSI, *Considerazioni sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Giust. pen*., 1982, II, c. 436. In giurisprudenza, hanno collocato in primo piano l'interesse alla tutela della libertà di concorrenza a garanzia della pubblica amministrazione, Cass. pen., Sez. VI, 30 novembre 1967, Bartoli Avveduti, in *Cass. pen.*, 1969, p. 1095; Cass. pen., Sez. VI, 22 maggio 1991, Di Francesco, *ivi*, 1992, p. 3054; Cass. pen., Sez. 24 ottobre 1997, Todini, *ivi*, 1998, p. 2019.; Cass. pen., Sez. VI, 30 settembre 1998, De Simone, *ivi*, 1999, p. 2854; Cass. pen., Sez. VI, 2 ottobre 2000, Simonazzi, in *Giur. it.*, 2003, p. 347; Cass. pen., Sez. VI, 13 gennaio 2005, Cadeddu e altri, in *Cass. pen.*, 2006, p. 963; Cass. pen., Sez. I, 11 novembre 2005, n. 46546; Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 2000, Virgili, in *Cass. pen.*, 2003, p. 151; Cass., Sez. VI, 3 novembre 1997, n. 11483 (dep. 15 dicembre 1997).

In tale prospettiva, in effetti, si giustificherebbe la fisionomia della fattispecie incriminatrice, in grado di abbracciare non solo condotte impeditive della gara, ma anche quelle perturbative della regolarità della stessa, rispettivamente lesive delle aspettative dalla pubblica amministrazione e dei singoli partecipanti alla gara.

Il riferimento testuale di questa interpretazione risiede nel richiamo alla «*libertà*» contenuto nella rubrica dell'art. 353 c.p., che, riletto in chiave costituzionalmente orientata[85], rimanderebbe alla libertà di iniziativa economica e, per essa, alla libertà di competere in condizioni di parità con gli altri attori del mercato.

La posizione in esame, quindi, consente di prendere in considerazione, nell'individuazione dell'oggettività giuridica, sia gli interessi della pubblica amministrazione che gli interessi degli operatori economici. Invero, quanto alla prima, costituisce un'acquisizione oramai consolidata che «l'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione»[86]. Interessi che si compendiano nell'esigenza di ottenere la prestazione economicamente meno dispendiosa, ma qualitativamente ottimale, come reso evidente dal criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa[87].

Rispetto ai secondi, è pacifico che la disciplina extra-penale di riferimento attribuisca altrettanta rilevanza alla libertà di concorrenza dei privati, quale precondizione fondamentale perché, anche nel settore degli appalti pubblici, si inverino la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi su cui è costruito il mercato unico europeo.

---

[85] Sul punto, si veda N. MAZZACUVA, *La tutela penale del segreto industriale*, cit., pp. 258 ss., il quale ha rinvenuto l'affermazione costituzionale del principio di libertà di concorrenza nell'art. 41 Cost.

[86] C. cost., 23 novembre 2007, n. 401.

[87] In materia di aggiudicazione dei contratti pubblici**,** l'ordinamento italiano (in conformità con la normativa europea, in particolare le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE) privilegia generalmente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**.** In base a questo criterio, la scelta dell'aggiudicatario non avviene solo in base al prezzo più basso offerto, ma tenie conto di una serie di elementi che valutano anche la qualità della prestazione. Diversamente, il criterio del prezzo più basso si basa esclusivamente sul parametro economico: quando una gara d'appalto viene assegnata secondo quest'ultimo criterio, l'offerta vincente è quella che propone il prezzo più basso per la prestazione richiesta, senza tenere conto di altri elementi, come la qualità del prodotto o del servizio offerto, la sostenibilità ambientale, l'innovazione o le caratteristiche tecniche rilevanti.

Per tal via, si è osservato, il delitto di turbativa d'asta verrebbe posto a presidio di un interesse realmente meritevole di protezione, venendo identificato non più nel mero ossequio formale della disciplina che regola la procedura pubblica, ma nella logica di fondo che ispira le procedure di evidenza pubblica, impostate sul principio di libera concorrenza quale strumento imprescindibile per garantire la soddisfazione di interessi riferibili tanto alla pubblica amministrazione quanto ai partecipanti alla gara[88].

In questa prospettiva, un'eventuale irregolarità formale della gara che non si sia tradotta in una limitazione della libera concorrenza, potrebbe dar luogo all'applicazione di rimedi tipicamente amministrativi, ma non rientrerebbe – in quanto priva di una reale attitudine offensiva – nell'alveo della fattispecie contemplata dall'art. 353 c.p. Al contempo, sul piano processuale, tutti i concorrenti, traditi nell'aspettativa a che il contratto sia aggiudicato a colui il quale proponga un'offerta maggiormente in linea con le esigenze specifiche della pubblica amministrazione, assumerebbero le vesti di persone offese dal reato.

3.4. L'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico nella libertà di concorrenza come mezzo per perseguire il fine del buon andamento

Muovendo da un'attenta valutazione dello specifico contesto codicistico in cui si trovano situati i delitti di turbativa[89] e dell'oggettività di categoria del Titolo II del codice penale, un altro indirizzo dottrinale effettua talune puntualizzazioni all'orientamento che individua il bene giuridico tutelato nella libertà di concorrenza.

A differenza di quel che accade in altri ordinamenti in cui è possibile rinvenire disposizioni analoghe a quelle degli artt. 353 e 354 c.p., poste direttamente a tutela della concorrenza come bene giuridico autonomo[90], nel nostro ordinamento

---

[88] N. MADIA, *op. cit.*, p. 28.

[89] In argomento, cfr. A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale, Parte generale e Parte speciale*, Padova, 2007, p. 631 ove si è sottolineato che, rispetto ai delitti contro la pubblica amministrazione, il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione devono rappresentare i dati euristici di partenza per ricostruire le finalità sottese a ciascuna disposizione. Nel medesimo senso, con specifico riguardo all'art. 353 c.p., si v. G. BERSANI, *Sub art. 353 c.p.*, in AA.VV., *Commentario al codice penale*, vol. II, diretto da G. MARINI - M. LA MONICA - L. MAZZA, Torino, 2002, p. 1671.

[90] In particolare, nella sezione della parte speciale dello *StGB*, intitolata «Reati contro la concorrenza», il § 298 punisce gli «accordi restrittivi della concorrenza nelle gare d'appalto» e, segnatamente, chi «formula

quest'ultima sarebbe oggetto di protezione non come tale, ma in quanto funzionale alla realizzazione del massimo grado dell'interesse pubblico[91].

Il fuoco di tutela delle fattispecie, dunque, sarebbe interamente incentrato sugli interessi della pubblica amministrazione e, pertanto, la libertà di concorrenza andrebbe intesa non in funzione di tutela del diritto di ogni operatore economico di accedere al mercato delle commesse pubbliche, ma come migliore strumento per soddisfare l'aspettativa della pubblica amministrazione di addivenire a una contrattazione giusta e conveniente[92].

Questa posizione, in particolare, muove dalla distinzione teorica tra oggetto giuridico del reato, ovvero il bene preesistente alla norma incriminatrice, e lo scopo della norma, che invece coincide con le finalità perseguite dal legislatore mediante la previsione incriminatrice[93]. Con riferimento specifico agli artt. 353, 353 *bis* e 354, il

---

un'offerta basata su un'intesa antigiuridica, diretta ad indurre l'organizzatore a scegliere un'offerta predeterminata, in una gara d'appalto o in una licitazione privata».

[91] In questo senso, N. MADIA, *op. cit.*, 31 ss. e A. SANTANGELO, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, Bologna, 2023, pp. 18 ss. In argomento, si veda altresì A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 829, il quale evidenzia come la libertà di concorrenza venga spesso concepita come bene strumentale alla salvaguardia di interessi ulteriori. In dottrina, hanno affermato che la libertà dei pubblici incanti e delle licitazioni private viene tutelata in quanto funzionale a garantire la concorrenza nell'interesse della pubblica amministrazione anche C. SALTELLI – E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico e pratico del codice penale*, vol. III, artt. 241-498, in ENRICO ROMANO DI FALCO (a cura di), Roma, 1956, p. 309. Sebbene si sia espresso in termini differenti in ordine al bene giuridico sotteso all'art. 353 c.p., sottolinea come l'art. 353 c.p. miri a salvaguardare l'aspettativa della pubblica amministrazione di concludere un contratto a condizioni vantaggiose anche V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, pp. 95 ss.

[92] Sul punto, v. diffusamente N MADIA, *op. cit*., pp. 31 ss. L'A., tra le altre argomentazioni a sostegno di tale impostazione, afferma che l'assunto secondo cui il bene sotteso al delitto di turbativa d'asta si identifica in un bene strumentale al perseguimento di un interesse finale di matrice prettamente pubblicistica non sarebbe contraddetto, ma anzi risulterebbe avvalorato dalla previsione dell'ultimo comma dell'art. 353 c.p., che circoscrive l'area di tutela alle licitazioni private per conto dei privati alle sole ipotesi in cui le stesse siano dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata. La presenza di tali soggetti, infatti, attribuirebbe alle stesse connotati pubblicistici, che giustificherebbero, per l'appunto, la predisposizione di un apposito assetto di tutela che ricalca quello ideato per i pubblici incanti. Quest'ultimo, tuttavia, sarebbe differenziato in punto di trattamento sanzionatorio proprio in virtù della valenza pubblicistica del bene tutelato dell'art. 353 c.p., che varrebbe a giustificare l'attenuazione di pena allorquando la competizione si colloca al fuori della pubblica amministrazione. Tale concetto, precisa l'Autore, «si desume altresì dai lavori preparatori al codice penale attualmente in vigore. In particolare nei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Pt. II. Relazione sui libri II e III del Progetto*, Roma, 1929, p. 157 si è osservato come la presenza di un pubblico ufficiale o di persona legalmente autorizzata in tali gare conferisca alle medesime un carattere di pubblicità, determinando l'interesse della pubblica amministrazione alla regolarità degli incanti».

[93] Sulla distinzione tra oggetto giuridico del reato e *ratio* della norma incriminatrice si veda, tra tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, p. 196.

primo sarebbe rappresentato dalla libertà di concorrenza e il secondo dal buon andamento della P.A. Così ragionando, «si individuano un bene strumentale e una finalità particolare: la tutela della libertà di concorrenza si giustifica in vista dello scopo di perseguire il buon andamento della pubblica amministrazione, inteso, quest'ultimo, nel contesto in analisi, come legittima aspirazione dei pubblici poteri a siglare contratti a condizioni vantaggiose e convenienti in rapporto alle loro specifiche necessità»[94].

La conseguenza che se ne trae è che, ai fini della configurazione del delitto di turbativa d'asta, sarebbe sufficiente un'offesa al bene strumentale direttamente salvaguardato, mentre non sarebbe necessario riscontrare un pregiudizio effettivo al buon andamento della P.A., in quanto interesse finale che resta sullo sfondo e la cui lesione, in termini di danno o pericolo, è indifferente per l'integrazione del reato[95].

3.5. La ricostruzione dei delitti di turbativa in chiave di plurioffensività

Secondo un'ulteriore prospettiva ermeneutica, i reati di turbativa avrebbero natura plurioffensiva: il bene protetto non sarebbe soltanto l'interesse pubblicistico al regolare svolgimento delle gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private, ma anche il diritto dei singoli di partecipare alla stessa a condizioni di eguaglianza competitiva[96].

Nell'oggetto di tutela della fattispecie, dunque, andrebbe ricompresa anche la libertà di chi partecipa alla gara di influenzarne l'esito secondo il principio della libera concorrenza e il gioco della maggiorazione delle offerte, con la conseguenza, sul

---

[94] N. MADIA, *op. cit*, pp. 35-36

[95] Sulla distinzione tra beni strumentali e beni finali, a seconda delle ragioni poste dal legislatore a fondamento della rispettiva tutela, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, p. 285.

[96] Così, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati: Le qualifiche soggettive*, Milano, 2008, p. 195; G. RUGGIERO, voce *Incanti (Turbativa)*, in *Enc. dir*., vol. XX, Milano, 1970, p. 908. Più di recente, hanno aderito all'orientamento che individua il bene tutelato sia nella «regolarità della gara» sia nella «libertà di partecipazione alla stessa» S. SEMINARA, *Sub art. 353 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, in A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCCALÀ (a cura di), Padova, 2008, p. 854; F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale, Reati contro la pubblica amministrazione*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Milano, 2015, p. 666, il quale riconosce come «la dimensione plurioffensiva del reato [sia] evidente, posto che la tutela delle libertà economiche e degli interessi patrimoniali dei partecipanti attuali e potenziali della gara si affianca all'interesse pubblico all'efficienza e buon andamento della PA».

piano processuale, che anche a questi ultimi andrebbe riconosciuta la qualifica di persone offese dai delitti di turbativa.

Tale impostazione, peraltro tradizionalmente maggioritaria in giurisprudenza[97], è stato oggetto di alcuni rilievi critici da altra parte della dottrina.

Si è affermato, infatti, che l'autonomo rilievo dell'interesse privatistico nell'economia di tali fattispecie sarebbe sconfessato dallo stesso impianto normativo dell'art. 353 c.p. che, nel secondo capoverso, circoscrive la tutela penale delle licitazioni private ad opera dei privati al solo caso in cui il preposto alla gara sia un soggetto pubblico. Se tra gli interessi tutelati dalla fattispecie in analisi potessero effettivamente annoverarsi anche quelli dei privati alla regolarità della competizione, non si comprenderebbe la ragione per la quale il legislatore ha scelto di circoscrivere la tutela penale delle licitazioni private ad opera dei privati al solo caso in cui preposto alla gara sia un soggetto pubblico[98].

Lungo questa direttrice critica si è, quindi, sostenuto che l'interesse alla regolarità della gara vantato dai singoli partecipanti rappresenterebbe solo «una diversa angolazione dei beni della imparzialità della pubblica Amministrazione e del suo buon andamento, dai quali dunque non differirebbe se non per la prospettiva di chi l'osserva»[99].

In secondo luogo, è stato osservato che una ricostruzione in chiave plurioffensiva della fattispecie, pur avendo il pregio di valorizzare l'intricato fascio di interessi sotteso all'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, rischia di esporre la stessa ad un'inaccettabile dilatazione in sede applicativa, specie tenuto conto della tendenza,

---

[97] *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. VI, 2 dicembre 1967, n. 1806; Cass.pen., Sez. VI, 08 maggio 1998, n. 8443; Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 19607; Cass. pen., Sez. II, 26 gennaio 2006, n. 4925; Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 12266; Cass. pen., Sez. VI, 27 marzo 2007, n. 20621, ove si afferma che «Il delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 cod. pen.) ha natura plurioffensiva, in quanto oggetto della tutela penale non è solo la libertà di partecipare alle gare nei pubblici incanti, ma anche la libertà di chi vi partecipa di influenzarne l'esito, secondo la libera concorrenza ed il gioco della maggiorazione delle offerte. Pertanto coloro che hanno partecipato alla gara e denunciano l'attività illecita e fraudolenta svolta dai denunciati che ha portato all'irregolare aggiudicazione della gara assumono la posizione giuridica processuale di parte offesa ed hanno quindi diritto, avendone proposto istanza, a ricevere l'avviso della richiesta di archiviazione del P.M.». In senso contrario, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 11031; Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2017, n. 28266, ove si ritiene che l'unico soggetto passivo del reato di turbata libertà degli incanti sia la p.a., conseguentemente negando che il privato sia legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione.

[98] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 799.

[99] *Ibidem.*

nella prassi giurisprudenziale, ad utilizzare la categoria della plurioffensività «per dilatare *ad libitum* (a seconda delle variabili convenienze) la portata applicativa della fattispecie»[100].

In effetti, l'esigenza di evitare una ricostruzione in termini di plurioffensività è stata avvertita come generale rispetto ai reati contro la pubblica amministrazione[101], proprio perché l'individuazione di più di un bene giuridico presidiato dalla specifica norma incriminatrice avalla estensioni applicative della stessa, contrariamente alla necessità di specificazione dell'oggettività giuridica di categoria, che, invece, è funzionale di incrementarne la valenza selettiva[102].

Questa esigenza si avverte particolarmente in relazione alla fattispecie in esame in ragione dell'insufficiente determinatezza del tipo criminoso, ossia dello scarso grado di tipizzazione del precetto normativo[103]. Infatti, se già la descrizione testuale degli elementi costitutivi risulta elastica, la proliferazione degli interessi tutelati rischia di favorire un capovolgimento dello stesso procedimento giudiziale di sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta. Invero, le funzioni politico-criminali assegnate alla tipicità e all'offensività vorrebbero che sia il caso concreto, perché possa ritenersi penalmente rilevante, ad adattarsi al tipo criminoso e al suo disvalore astratto. Viceversa, quando la tipicità risulta elastica e l'offensività si amplia, la fattispecie astratta si presta ad essere applicata alle configurazioni concrete più svariate.

---

[100] *Ibidem.*

[101] Per una posizione critica nei confronti di quegli orientamenti giurisprudenziali che tendono ad affermare la natura plurioffensiva dei reati contro la pubblica amministrazione v. A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, in A. BONDI, – A. DI MARTINO – G. FORNASARI (a cura di), Torino, 2008, pp. 38 ss. In argomento, si v. S. FIORE, *Introduzione*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, S. FIORE – G. AMARELLI (a cura di), Milano, 2018, p. 10, ove si sottolinea la necessità di evitare «il deleterio ricorso ad una incontrollata plurioffensività, che qui come altrove viene utilizzata per 'tappare i buchi' lasciati da approcci di tipo formalistico, senza tuttavia offrire parametri offensivi univoci, ma solo un menù più o meno ampio dal quale scegliere a seconda dei casi, con inevitabili effetti espansivi dell'area tipica».

[102] È evidente che tali considerazioni si riferiscono ai casi in cui la plurioffensività sia intesa come eventuale. Qui, in effetti, la possibilità che il *test* dell'offensività in concreto possa assumere a parametro, di volta in volta, a seconda delle peculiarità del caso concreto, diverse oggettività giuridiche, rischia di obliterare la funzione critico-garantista del bene giuridico. Altrettanto non accade nel caso in cui la plurioffensività sia intesa come necessaria, nel senso che la fattispecie concreta deve risultare lesiva di tutti i beni assunti come oggetto di tutela. In tale eventualità, infatti, il ricorso a siffatta categoria ha piuttosto una funzione restrittiva del penalmente rilevante.

[103] Sul punto, cfr. A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 17, la quale osserva che «a fronte dello scarso grado di tipizzazione dei precetti di cui si discute, ricondurre le turbative a un novero particolarmente articolato di interessi potrebbe agevolare letture eccessivamente ampie, legittimando la tendenza ad attrarre i più svariati comportamenti nell'area del penalmente rilevante».

Tuttavia, oggi, l'interprete deve necessariamente confrontarsi con la circostanza che la natura plurioffensiva del delitto di turbata libertà degli incanti sia stata sostenuta anche dal massimo organo nomofilattico. Invero, le Sezioni Unite della Suprema Corte, pur pronunciandosi su una questione differente – ossia sul rapporto, in termini di concorso apparente o concorso formale di reati, tra il delitto di cui all'art. 353 c.p. e quello di estorsione di cui all'art. 629 c.p. – hanno incidentalmente affrontato anche il tema dell'oggettività giuridica tutelata dalle stesse. In particolare, ad avviso della Suprema Corte, va riconosciuta la plurioffensività della fattispecie di turbativa «poiché nella relativa sfera di tutela deve ritenersi attratto non solo l'interesse della pubblica amministrazione al regolare svolgimento della gara secondo regole concorrenziali, ma anche l'interesse del privato a parteciparvi liberamente e ad influenzarne l'esito secondo il principio della libera concorrenza e attraverso il gioco della maggiorazione delle offerte»[104].

4. Considerazioni finali

Volendo tirare le fila del discorso, è possibile affermare che l'attuale panorama dottrinale e giurisprudenziale rifugga da ricostruzioni formalistiche o nettamente privatistico-individuali dell'oggetto di tutela delle fattispecie di turbativa. Infatti, le posizioni più recenti, nonché prevalenti, concordano sulla circostanza che la riflessione intorno all'oggettività giuridica debba vertere sulle diverse declinazioni dell'interesse, di carattere sostanziale e di sicuro rilievo costituzionale, al rispetto della libertà di concorrenza.

Questo approdo della riflessione è particolarmente apprezzabile in termini sistematici. Come si è visto, grazie al principio del risultato, che oggi assume valore fondativo dell'intera disciplina amministrativa dei contratti pubblici, la concorrenza viene intesa come strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione. E ciò, sul piano penalistico, si traduce nella possibilità di individuare una soluzione a quell'esigenza di concretizzazione dell'oggettività giuridica di categoria da più parti segnalata rispetto ai reati contro la pubblica amministrazione. Considerare la concorrenza come

[104] Cass., Sez.Un., 22 luglio 2024, n. 30016.

bene strumentale tutelato in vista del soddisfacimento dell'interesse finale costituito dal buon andamento, infatti, riduce quella genericità del bene di categoria, fornendo un valido parametro per la verifica, caso per caso, di offensività in concreto delle condotte in astratto riconducibili al tipo criminoso.

L'attuale dibattito verte, piuttosto, sulla necessità di considerare a fini penali solo la dimensione pubblicistica della concorrenza ovvero di tenere in considerazione, nell'apprezzamento del disvalore oggettivo delle fattispecie in esame, anche gli interessi privatistici degli operatori economici alla corretta esplicazione del meccanismo competitivo.

In effetti, l'interesse della pubblica amministrazione a garantire il corretto funzionamento delle procedure concorsuali, quale riflesso dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della Costituzione, sembra rappresentare il fulcro della tutela offerta dall'art. 353 c.p.

In realtà, però, se l'altro bene considerato come potenzialmente offendibile dai fatti di turbativa è ravvisato nell'interesse dei privati a partecipare liberamente alla gara e ad influenzarne l'esito secondo il principio della libera concorrenza, l'alternativa ricostruttiva della plurioffensività non appare irragionevole. In tal modo, infatti, si assicura un presidio penalistico a un interesse che, oltre ad essere di sicuro rilievo costituzionale[105], è inscindibilmente connesso a quello proprio della pubblica amministrazione.

Invero, da un lato, non può essere sottovalutata la dimensione soggettiva della libertà di concorrenza degli operatori economici, che non costituisce un mero riflesso dell'interesse pubblico alla regolarità della gara, ma rappresenta un valore autonomo e fondamentale nel quadro di un'economia di mercato aperta e competitiva.

Dall'altro, proprio lo stretto legame tra la dimensione individuale e quella pubblicistica della concorrenza giustifica un approccio ricostruttivo che tuteli contemporaneamente entrambi questi aspetti. In effetti, l'assetto concorrenziale della gara, considerato come valore oggettivo che si pone nell'interesse della pubblica amministrazione, intanto si realizza in quanto vi sia la libertà di tutti gli operatori

[105] Sul punto v. diffusamente *supra* par. 2.1.

economici di partecipare su basi paritarie alla competizione per l'aggiudicazione di una commessa pubblica. Solamente una procedura che si svolga garantendo la più ampia partecipazione di potenziali offerenti, tutti posti in condizioni di parità, può risultare effettivamente idonea a raggiungere gli obiettivi ultimi che la pubblica amministrazione si prefigge al momento della sua indizione: ottenere la prestazione economicamente conveniente, ma allo stesso tempo qualitativamente ottimale, contribuendo così a realizzare il buon andamento dell'azione amministrativa.

CAPITOLO II

IL MICROCOSMO DEI DELITTI DI TURBATIVA: UNO SCRUTINIO DI TIPICITÀ

SEZIONE I

IL DELITTO DI TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI

SOMMARIO: 1. La struttura del reato: un inquadramento preliminare. 2. L'ambito applicativo della disposizione incriminatrice: le gare pubbliche contemplate nello schema qualificativo dell'art. 353 c.p. 2.1. Pubblico incanto, licitazione privata e procedure alternative di scelta del contraente prima del d.lgs. 163/2006. 2.2. L'entrata in vigore del Codice dei contratti: vecchi quesiti per una nuova disciplina. 2.3. L'incidenza di eventuali vizi della procedura sulla configurabilità del reato. 3. Le condotte costitutive del delitto di turbativa d'asta. 3.1. Le condotte intimidatorie: violenza e minaccia. 3.2. Le condotte blanditive: doni e promesse. 3.3. Le collusioni. 3.4. Gli altri mezzi fraudolenti. 4. Gli eventi alternativi previsti dalla fattispecie incriminatrice. 4.1. L'impedimento. 4.2. Il turbamento. 4.3 L'allontanamento degli offerenti. 4.4. L'evento in senso giuridico: reato di danno o di pericolo? 5. La natura giuridica dei capoversi dell'art. 353 c.p. 6. Consumazione e tentativo. 7. Rapporti con altri reati. 7.1(*Segue*) I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quello di estorsione.

1. La struttura del delitto: un inquadramento preliminare

L'art. 353 c.p. rappresenta un tipico esempio di norma a più fattispecie (o norma mista alternativa), poiché, all'interno di un'unica formulazione normativa, contempla diverse modalità di violazione del medesimo precetto[106].

[106] Sul tema delle c.d. «norme penali miste» v. G. VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della «legge Merlin»*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. III, Milano, 1965, pp. 347 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto* cit., Pt. gen., pp. 470 ss.; ID., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, pp. 178 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Pt. gen., Torino, 2011, pp. 545 ss.; D. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, Torino, 2000, pp. 37 ss.; F. BRICOLA, *Il rapporto di alternatività tra le fattispecie di falso in copie autentiche previste dall'art. 478 c.p*., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, pp. 561 ss.; R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937, pp. 242 ss.; T. DELOGU, *Le «norme penali congiunte»*, in *Ann. dir. proc. pen*., 1936, p. 528; A. SANTORO, *Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze*, in *Sc. pos*., 1938, II, pp. 341 ss.

Le norme a più fattispecie, com'è noto, descrivono una pluralità di condotte fungibili, con le quali può essere integrata in via alternativa un'unica norma incriminatrice: il reato astrattamente previsto è uno solo, ma in concreto lo stesso può venire realizzato indifferentemente da una o più delle condotte tipizzate dalla norma, senza che la modalità di esecuzione – naturalisticamente unitaria o plurima – incida sul carattere, invariabilmente unitario, del reato posto in essere. Ne consegue che, se l'agente realizza nel medesimo contesto spazio-temporale più condotte violative della disposizione incriminatrice, la norma in parola trova applicazione una sola volta[107].

Riportando questa categoria dogmatica alla fattispecie di cui all'art. 353 c.p., ove lo stesso soggetto ponga in essere più condotte perturbatrici tra quelle descritte dalla norma nell'ambito della medesima procedura di gara, non si configura un concorso reale omogeneo, ma si rimane nell'ambito dell'unicità di reato[108]. Nondimeno, come si è attentamente rilevato, l'eventuale commissione di plurimi fatti di turbativa in un'unica procedura di gara, può influire sul momento consumativo, spostandolo in avanti allorché, realizzandosi nuovamente la condotta e l'evento del delitto, si determini un maggiore approfondimento dell'offesa[109].

Si tratta, inoltre, di un reato comune. Invero, quanto al soggetto attivo, il reato può essere realizzato da "chiunque", sebbene l'eventuale commissione da parte di un soggetto qualificato, il preposto agli incanti, renda applicabile l'aggravante speciale ed indipendente prevista dal comma 2 del medesimo art. 353 c.p.

Soffermandosi ulteriormente sul profilo del soggetto attivo, la giurisprudenza unanime afferma la natura monosoggettiva della fattispecie, escludendo che si tratti di un reato a concorso necessario.

---

[107] Così, G. VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie,* cit., p. 353; V. MANZINI, *Trattato,* cit., vol. V, p. 580; S. RICCIO, *voce Incanti,* cit., p. 493; S. RANIERI, *Manuale,* cit., Pt. spec., vol. II, p. 318; A. SANTORO, *Manuale* cit., vol. II, p. 388; G. PECCHIAI, *voce Turbata,* cit., p. 744; G. RUGGIERO, *voce Incanti,* cit., p. 906; R. ROSSI, *Considerazioni,* cit., pp. 437 e 439; V. MUSACCHIO, *La qualificazione,* cit., p. 539; A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi,* cit., Pt. spec., I, p. 535; A. DI MARTINO, *I delitti,* cit., p. 436; S. VINCIGUERRA, *I delitti,* cit., p. 409; F. GIANNITI, *La fattispecie legale a condotta fungibile,* in *Sc. pos*., 1961, p. 663.

[108] In questi termini N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza,* cit., p. 54; G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353, 353 bis 354 c.p.),* in F.PALAZZO - M. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale,* V, 2011, p. 288; G. AMATO, *op. cit.*, p. 582.

[109] A. DI MARTINO, *I delitti*, cit., p. 442; G. MARCONI, *op. cit.*, pp. 436-427; A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., Pt. spec., I, p. 535 ove si è notato che la pluralità dei fatti di turbativa, se non esclude l'unicità del reato, può incidere sul suo momento consumativo, spostandolo in avanti; E. ZUFFADA, *sub art. 353,* in E. DOLCINI- G. GATTA (a cura di), in *Codice penale commentato,* Tomo II, Milano, 2021, p. 1401.

Tale qualificazione è condivisa in dottrina, che ha acutamente sottolineato come talune forme di compartecipazione siano punite con una fattispecie autonoma, qual è quella descritta all'art. 354 c.p.[110] Quest'ultima, infatti, costituisce un'ipotesi singolare di concorso mediante fatti omissivi nel delitto di turbata libertà degli incanti, che il legislatore ha scelto di punire con una previsione incriminatrice apposita, in deroga alla generale funzione incriminatrice – o estensiva della tipicità – dell'art. 110 c.p.[111]

L'affermata natura monosoggettiva non esclude la possibilità di configurare un concorso eventuale nel delitto di turbata libertà degli incanti, laddove in concreto vi sia la compartecipazione di più soggetti alla turbativa, come, in effetti, accade quando la modalità realizzativa consista, nel caso di specie, nelle "collusioni". In tale eventualità, dunque, coloro che partecipano al *pactum sceleris* rispondono *ex* artt. 110 e 353 c.p.[112].

Del resto, l'ipotesi di chiusura degli "altri mezzi fraudolenti" può senz'altro essere realizzata, già sul piano naturalistico, in via monosoggettiva. Altrettanto vale, sul diverso piano della considerazione giuridica, per le condotte di violenza o minaccia: in tale eventualità, infatti, sebbene la modalità realizzativa descritta implichi il coinvolgimento di più soggetti, alla qualificazione come reato plurisoggettivo osta la circostanza che il destinatario della violenza o della minaccia sia, in realtà, il soggetto passivo. Ne consegue che, rispetto a tale modalità di condotta, il reato può al più qualificarsi come a cooperazione artificiosa; qualificazione che non esclude la natura di reato monosoggettivo.

2. L'ambito applicativo della disposizione incriminatrice: le gare pubbliche contemplate nello schema qualificativo dell'art. 353 c.p.

La complessità strutturale della disposizione incriminatrice può cogliersi – oltre che nella già segnalata forma vincolata della fattispecie, con presenza di condotte ed eventi alternativi – nella specificazione del relativo ambito di applicazione, operata

[110] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 845.
[111] Così già Cass. pen., Sez. VI, 3 dicembre 1997, n. 911.
[112] Sull'art. 354 e sul rapporto tra questo e la fattispecie di turbata libertà degli incanti – specie rispetto alla modalità realizzativa delle "collusioni" – si tornerà diffusamente *infra* Sez. III par. 4.

dal legislatore ricorrendo a forme semantiche che rimandano ad elementi normativi extra-penali.

Invero, la condotta lesiva, caratterizzata dall'uso di mezzi intimidatori (violenza o minaccia) ovvero di doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, può sostanziarsi nell'impedimento o turbamento ovvero nell'allontanamento degli offerenti nell'ambito di una licitazione privata per conto di pubbliche amministrazioni ovvero di una gara nei pubblici incanti.

D'altro canto, l'ultimo comma dell'art. 353 c.p. estende la punibilità dei medesimi fatti qualora compiuti nel contesto di licitazioni private per conto dei privati, purché dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata.

Si ritiene opportuno, pertanto, anteporre all'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie oggettiva una indagine sul significato da conferire agli elementi extra-penali che definiscono l'ambito applicativo del precetto, specie in considerazione delle molteplici voci critiche in dottrina che non hanno mancato di sottolineare la sua inadeguatezza nella decisiva opera di selezione della base empirica di riferimento.

A più riprese, invero, si è denunciata l'obsolescenza della disposizione incriminatrice[113], rilevando come il legislatore non abbia saputo adeguarla tempestivamente alle nuove modalità cui ricorre la P.A. nella selezione dei concorrenti e nella conclusione dei contratti ad evidenza pubblica, in particolare dopo l'emanazione del cd. Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006, poi sostituito dal d.lgs 50/16 e, da ultimo, dal d.lgs. 36/2023).

In effetti, le locuzioni impiegate nella posizione di elementi normativi extra-penali del fatto – pubblico incanto e licitazione privata – appaiono anacronistiche e, di certo, non più sovrapponibili all'attuale assetto della disciplina amministrativa di riferimento.

Prima di indagare se tale conclamata frattura lessicale coinvolga esclusivamente il testo della disposizione – risolvendosi in un mero problema di *nomen iuris* utilizzato – ovvero si ripercuota sul contenuto dell'elemento richiamato, che risulterebbe annichilito per sopravvenuta innovazione della disciplina extra-penale, appare

[113] Si v., per tutti, O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 794 e A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 39.

opportuno chiedersi quale sia il ruolo giocato dagli elementi normativi in esame nel tessuto della fattispecie.

Sotto questo profilo, una parte della dottrina sostiene che la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private sia l'oggetto materiale della condotta[114]; altri, invece, degradano l'elemento in questione a mero presupposto della condotta[115].

Si tratta di un'alternativa di non poco momento e, anzi, di un vero e proprio *a priori* del discorso. Invero, qualificando la gara come elemento materiale della condotta, essa verrebbe coinvolta negli elementi essenziali della tipicità che devono essere coperti dall'elemento soggettivo, con la conseguenza che il giudice dovrebbe indagare la conoscibilità – da parte del privato – dell'elemento terminale dell'operazione di rinvio operata dalla fattispecie e la sussumibilità dello stesso nel perimetro del precetto. Orbene, muovendosi lungo siffatta direttrice ermeneutica, il reo dovrebbe certamente andare al di là del semplice *nomen iuris* delle procedure, ma limitandosi a confrontare la compatibilità della regolamentazione delle stesse. In questo senso, le nozioni di pubblico incanto e licitazione privata risulterebbero sostanzialmente sovrapponibili a quelle di procedure aperte e ristrette, tanto da escludersi qualsivoglia profilo di attrito con il principio di legalità, *sub specie* divieto di analogia e retroattività *in malam partem*, nonché in punto di accessibilità del precetto e prevedibilità (oggettiva e soggettiva) della sanzione[116]. Di contro, la medesima operazione interpretativa non avrebbe buon esito con riferimento alle procedure negoziate ed al dialogo competitivo, rispetto alle quali non è intervenuta una mera modifica del *nomen iuris*, ma si è al cospetto di una modifica strutturale che le rende incompatibili con i tipi di gara annoverati nel precetto. In questo caso, infatti, si porrebbero seri problemi di accessibilità del precetto, essendo possibile ricondurre tali procedure all'interno della fattispecie solo attraverso la sua indebita estensione analogica.

---

[114] N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., p. 216; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 280; S. VINCIGUERRA, *I delitti*, cit., pp. 418 ss.

[115] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 811; G. RUGGIERO, voce *Incanti* cit., p. 903.

[116] La questione è stata di recente posta da M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 2, p. 3.

Aderendo, invece, all'impostazione – di certo dominante in giurisprudenza[117] – che colloca la gara tra i presupposti della condotta e, dunque, fuori dalla classe degli elementi costitutivi del reato, la prospettata tensione con i principi fondamentali sembra scomparire: a prescindere dallo schema operativo adottato nella selezione del contraente, sarà solo necessario l'espletamento di una procedura di gara per poter attivare la tutela predisposta dall'art. 353 c.p.[118]

Il profilo appena esplorato, tuttavia, non sembra incontrare particolare interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza, maggiormente impegnate a stabilire in un'ottica generale se la modifica della disciplina extra-penale di riferimento abbia comportato o meno una sopravvenuta *abolitio criminis*[119].

Per sviluppare l'analisi in questa direzione, occorre cimentarsi prima nella ricostruzione definitoria delle procedure indicate nel testo della disposizione e nella verifica del tasso di compatibilità con schemi operativi alternativi già esistenti in passato, per poi interrogarsi sulla relativa omogeneità con le nuove dinamiche operative delineate dal Codice dei contratti.

La disposizione codicistica, come più volte accennato, delimita il proprio ambito di operatività facendo riferimento alle gare nei «pubblici incanti» e nelle «licitazioni private», senza conferire rilievo all'oggetto delle stesse[120].

Per pubblico incanto deve intendersi il complesso procedimento per asta pubblica (la cui disciplina generale si rinviene nella legge di contabilità generale dello Stato, n. 2440/1923, e nel relativo regolamento di attuazione, r.d. 827/1924), aperto a qualsiasi possibile offerente che possegga i requisiti richiesti dal bando. In particolare, l'incanto si articola in diverse fasi: inizia con la pubblicazione dell'avviso d'asta, che in concreto si svolge con diversi metodi (c.d. di estinzione della candela vergine, offerte segrete, da confrontarsi o con il prezzo massimo o minimo prestabilito in una scheda segreta, oppure con un prezzo base specificato dall'avviso d'asta, pubblico banditore),

---

[117] Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237.

[118] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 835.

[119] *Ivi*, p. 801.

[120] In argomento, nella dottrina pubblicistica, M. CAFAGNO, *Gare pubbliche*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2653; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, pp. 532 ss.; R. DE NICTOLIS, in SANDULLI M. – R.DE NICTOLIS – R.GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2008, pp. 1742 ss.

per poi concludersi con il provvedimento di aggiudicazione. A questa segue, infine, la effettiva stipulazione del contratto.

La licitazione privata, invece, è una procedura di gara ristretta, che si svolge tra i soli concorrenti che la pubblica amministrazione abbia inviato a partecipare in considerazione della loro ritenuta idoneità. In considerazione della maggiore discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel pre-selezionare le possibili imprese interessate, il ricorso a tale forma gara è ammesso nei soli casi previsti dal regolamento sulla contabilità generale dello Stato (art. 89 r.d. 827/1924). Una volta scelto questo sistema, i percorsi procedimentali possono essere differenti: la P.A. può invitare a comparire i partecipanti nel giorno e nel luogo indicati affinché presentino le loro offerte, a voce o per iscritto, a seconda che si tratti di licitazione verbale o ad offerte segrete; oppure, la P.A. può inviare uno schema di atto in cui sono descritti l'oggetto del contratto e le sue condizioni, con l'invito a restituire lo schema con l'offerta del prezzo o con l'indicazione del miglioramento sul prezzo base[121].

2.1. Pubblico incanto, licitazione privata e procedure alternative di scelta del contraente prima del d.lgs. 163/2006

Una volta cristallizzati gli elementi essenziali delle tipologie di gara prescelte nella descrizione del fatto tipico ed i relativi referenti normativi, è possibile procedere alla valutazione di compatibilità tra queste ed altri moduli di selezione dei contraenti autorizzati a concludere negozi con la pubblica amministrazione già esistenti prima della riforma operata con il Codice dei contratti pubblici.

La pubblica amministrazione, infatti, al fine di individuare i propri contraenti, poteva altresì ricorrere ai sistemi della trattativa privata e dell'appalto-concorso, pure contemplati dalla legge di contabilità generale dello Stato.

In realtà, nel corso del tempo, il ricorso a quest'ultime procedure è stato sempre più frequente a fronte dell'avvertita necessità di soddisfare le esigenze della P.A. attraverso procedure più snelle ed agili, che non richiedessero i tempi lunghi delle c.d.

[121] Effettuano una compiuta disamina di tali procedure O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, Vol. II, I delitti contro la pubblica amministrazione, Milano, 2008, pp. 798 ss., pp. 811 ss e N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., pp. 392 ss.

"gare formali".

Proprio per tale ragione, sul versante penalistico, non volendosi rassegnare ad ammettere un evidente scollamento tra la prassi amministrativa di estesa de-formalizzazione delle modalità di scelta del contraente e le fattispecie poste a presidio degli incanti, ci si è a lungo interrogati sulla possibilità di far rientrare anche queste procedure, per quanto non espressamente menzionate, nel raggio di tutela offerto dagli artt. 353 e 354 c.p. per i pubblici incanti e le licitazioni private[122].

In chiave introduttiva e generale, è possibile affermare che il panorama interpretativo è sempre stato molto variegato, presentando un nucleo 'duro' di indirizzi ermeneutici, che si sono ulteriormente arricchiti in ragione dei numerosi distinguo segnalati dalla dottrina.

Il primo orientamento da considerare è certamente quello di matrice rigorosamente formalista, legato ad una nozione rigida della legalità penale, a mente del quale l'applicazione della fattispecie doveva essere limitata alle sole gare tassativamente individuate dalla disposizione incriminatrice[123]. Invero, come è stato affermato, «applicando criteri di stretta interpretazione, consegue che - al di fuori di un pubblico incanto, ovvero di una licitazione privata - non emerge la specifica dimensione di tipicità scolpita dalla norma» [124].

Gli argomenti addotti a sostegno di tale lettura sono di tipo letterale e politico-criminale.

Quanto al primo aspetto, appare fin troppo evidente che il pregio principale che vi si può riconoscere è la fedeltà al testo della legge penale, e con essa alla funzione di garanzia del principio di legalità, con contestuale esaltazione delle ragioni della libertà a scapito di quelle della repressione.

Dal punto di vista politico-criminale, si è sostenuto che la limitazione alle gare *de quibus* sarebbe frutto di una precisa opzione volta ad intervenire con la minaccia di pena solo in quei contesti negoziali in cui l'amministrazione agisce in veste di autorità,

---

[122] In questi termini N. MADIA, *Le tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., p. 322.

[123] A.DI MARTINO, *op. cit.*, p. 430; S.BONINI, *Una decisione sul delitto di turbata libertà degli incanti come spunto per alcune rimeditazioni sul rapporto tra analogia ed interpretazione stensiva*, in *Arch. pen.*, 1994, pp. 349 ss.

[124] L. DELLA RAGIONE, *Non c'è turbativa senza gara*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1497.

rinunciando al ricorso al diritto penale qualora l'amministrazione assuma, invece, le vesti di un qualsiasi operatore privato (come ad esempio nelle procedure negoziate).
Tra i sostenitori di questo indirizzo, però, non manca chi dubita della sua reale sostenibilità pratica, invitando a riflettere sulla concreta possibilità di distinguere tra loro le procedure di scelta del contraente[125]. Una simile perplessità può essere agevolmente traslata nel contesto attuale della disciplina extra-penale e sembra in ogni caso mettere a nudo le difficoltà di ipostatizzare nella trama del precetto le sole gare meritevoli di tutela.
Sotto questo aspetto, però, il contributo della tesi in discorso appare ancor più utile, svelando come il vero limite della disposizione in esame sia quello della tecnica normativa adottata. Invero, ove il legislatore avesse voluto presidiare l'intero novero delle procedure di gara esistenti nella legge amministrativa, avrebbe dovuto procedere alla loro puntuale elencazione, ovvero al rinvio recettizio in favore di quella normativa extra-penale, piuttosto che ad una classificazione di genere. D'altro canto, lasciare inalterato il dettato normativo finisce per delegare alla giurisprudenza il compito di definire i confini dell'intervento penale, in contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost.
Un secondo orientamento, meno formalista, ha suggerito di conferire ruolo decisivo alla presenza di una procedura di gara, a prescindere da quale forma avesse assunto[126]. Secondo questi Autori, infatti, sarebbe necessario garantire la sopravvivenza del precetto innanzi alla rapida evoluzione della realtà dell'attività negoziale della pubblica amministrazione. In questa direzione si è ritenuto sufficiente concentrarsi sull'elemento caratteristico dell'intervento penale: la gara. Di conseguenza, la fattispecie non avrebbe potuto trovare applicazione nelle sole ipotesi in cui l'amministrazione, al pari di qualsiasi privato, restasse libera di scegliere il contraente cui affidarsi.
Il limite di questo approccio è facilmente individuabile: si suggerisce un ampliamento del perimetro della fattispecie in via interpretativa, lì dove, invece, un simile effetto

[125] Così P. VENTURATI, voce *Incanti (Frode negli)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p. 304.
[126] A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., *Pt. spec.*, I, 2003, p.451; V. MUSACCHIO, *La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 538.

potrebbe realizzarsi solo attraverso un intervento del legislatore, volto ad espungere dalla disposizione codicistica il riferimento agli incanti e alle licitazioni private; il che dimostra indirettamente come tale opzione ermeneutica si esponga alla critica di scontrarsi con il divieto di analogia in materia penale.

Dal canto suo, la giurisprudenza non ha mai avuto dubbi sulla possibilità di applicare la fattispecie in analisi a tutte le procedure in cui la P.A. selezionasse il contraente attraverso il ricorso ad una gara, sia pure informale.

Volendo analizzare più nel dettaglio la casistica di istituti che, già prima dell'avvento del Codice dei contratti, risultavano di dubbia riconducibilità all'art. 353 c.p., vengono in rilievo, come si è anticipato, la trattativa privata e l'appalto concorso.

Quest'ultima procedura, dal punto di vista normativo, trovava disciplina autonoma da quella del pubblico incanto e della licitazione privata (art. 4 l. 2440/1923). Cionondimeno, sul versante contenutistico, presentava il tratto caratteristico della licitazione privata, quale il concorso di una pluralità di offerte provenienti da candidati preventivamente selezionati, e si distingueva da questa non in termini di disciplina procedurale, quanto piuttosto in punto di oggetto della contrattazione[127]. Tale inquadramento portava taluni interpreti a concludere che l'appalto-concorso fosse una ipotesi speciale del *genus* delle licitazioni private e che, dunque, meritasse la tutela penale apprestata dall'art. 353 c.p.

Ad analoga conclusione perveniva chi sosteneva che l'appalto-concorso fosse un procedimento autonomo e distinto dalla licitazione, ma che il riferimento a quest'ultima in seno alla disposizione in esame andasse inteso in senso atecnico, specie in considerazione della disciplina dell'ultimo comma dell'art. 353 c.p., riferita alla licitazione privata per conto di privati.

Contraria a ricomprendere l'appalto-concorso in seno alla fattispecie in esame, come detto, era quella parte della dottrina secondo cui ogni estensione dell'area di applicazione sarebbe indebita, atteso che il dato testuale della disposizione prevede la turbativa delle gare (e di quelle soltanto) dei pubblici incanti e delle licitazioni

[127] S. RICCIO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1955, p. 493; G. RUGGIERO, voce *Incanti (Turbativa*), in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 902; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive*, Milano, 2015, p. 191.

private[128].

Ancor più problematica appariva l'applicabilità dell'art. 353 c.p. alla trattativa privata: in tal caso, infatti, la pubblica amministrazione si riserva il diritto di negoziare con un solo operatore economico senza far precedere la conclusione del contratto da una gara. L'individuazione del contraente, dunque, non richiede alcuna procedura di selezione competitiva, poiché i privati collaborano con la pubblica amministrazione nella definizione dello schema negoziale e la pubblica amministrazione, senza essere vincolata a regole predeterminate, ha la libertà di selezionare i soggetti con cui avviare e concludere le trattative.

Tuttavia, per quanto il modello generale della trattativa privata non preveda una competizione tra diversi operatori economici, la legge consente di derogare a tale schema. Infatti, la pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 92 del r.d. 827 del 1924, può, qualora lo ritenga conveniente, consultare più persone o imprese prima di avviare le negoziazioni. In questa fase – sì facoltativa, ma spesso seguita nella prassi – emergono logiche competitive tra i potenziali contraenti, rendendo la trattativa privata, almeno nelle sue fasi preliminari, assimilabile a una procedura di gara.

Da quanto premesso, può agevolmente ricavarsi il motivo per il quale si è iniziato, sin dagli anni '70, a discutere sulla possibile sussumibilità di tale metodo di scelta dei contraenti nell'alveo delle fattispecie poste a tutela degli incanti e delle licitazioni private. Il quesito sorge perché, come accennato, nella fase di consultazione delle imprese interessate si sono spesso inseriti quei meccanismi di competizione, variamente definiti come gare ufficiose, informali, esplorative, di sondaggio, private o di consultazione. Questi meccanismi – pur caratterizzati dalla totale o, comunque, quasi totale assenza di regole e termini prestabiliti per l'individuazione del soggetto con cui negoziare l'affidamento del lavoro – vedono pur sempre gli operatori economici competere tra loro, nella consapevolezza dell'esistenza di offerte concorrenti.

Sul punto, in realtà, la giurisprudenza non ha mai dubitato della possibilità di estendere la disposizione incriminatrice in parola alla trattativa privata, così come

[128] V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, pp. 24 ss.

all'appalto concorso, ogniqualvolta sia possibile individuare in esse una qualche forma di competizione tra i vari offerenti.

In particolare, si è affermato che deve ritenersi la sussistenza della gara in quelle procedure amministrative cosiddette "informali" o di "consultazione" nelle quali la pubblica amministrazione fa dipendere l'aggiudicazione di opere, forniture o servizi dall'esito dei contatti avuti con persone fisiche o rappresentanti di quelle giuridiche le quali, consapevoli delle offerte di terzi, propongono le proprie condizioni. In tal caso, non vi è trattativa privata perché la consapevolezza, per l'offerente, di non essere il solo, innesca quell'elemento di contesa che è essenziale in ogni gara.

In altre parole, secondo l'orientamento tradizionalmente seguito in giurisprudenza, tutte le procedure "di consultazione", le c.d. "gare informali"[129] o, ancora, quelle "esplorative" [130], purché sia ravvisabile in certa misura una competizione tra più interessati, rientrano nell'ambito di incriminazione dell'art. 353 c.p.

In sintesi, nella prassi giudiziaria ciò che rileva ai fini della sussistenza del reato in esame, non è il *nomen iuris* della procedura espletata, ma la circostanza il contraente venga individuato sulla base di una valutazione comparativa e, quindi, di una gara, seppur de-formalizzata[131].

Proprio muovendo dalla necessità di tale elemento, si è di contro esclusa l'applicabilità dell'art. 353 c.p. alle ipotesi in cui la pubblica amministrazione segua il modello generale in cui si articola la trattativa privata, senza farla precedere da una qualche forma gara, e, quindi, senza innestare quelle logiche competitive tra gli

[129] Sul punto cfr. Cass.pen., Sez. VI, 03 novembre 1997, n. 11483, ove si afferma che «Il reato di turbata libertà degli incanti (art. 353 cod. pen.) è configurabile anche nell'ipotesi di gare informali, in cui la pubblica amministrazione, pur non essendovi tenuta, procede alla consultazione di ditte private tra loro in concorrenza, decidendo così di porre un limite alla propria attività, legislativamente non previsto, ma che essa deve comunque rispettare. Ai fini penali, la turbativa di una gara in tal modo disposta si pone sullo stesso piano di quella di una gara che si svolga con l'osservanza delle norme di legge, in quanto risulta comunque leso il bene giuridico tutelato dalla norma penale, consistente nel rispetto delle regole della libera concorrenza, sia nell'interesse dei partecipanti, nei quali si è creato l'affidamento della regolarità del procedimento, sia nell'interesse dell'amministrazione».

[130] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 28 gennaio 2008, n. 13124, in cui si ribadisce che «Il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione nella quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il "*nomen iuris*" conferito alla procedura ed anche in assenza di formalità».

[131]Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 24 maggio 2011, n. 29581, in cui si riprende ancora una volta il principio secondo cui «Il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione nella quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il "*nomen iuris*" conferito alla procedura ed anche in assenza di formalità».

aspiranti che la rendono assimilabile a una procedura di gara[132].

Tale soluzione interpretativa, pressoché pacifica in giurisprudenza, non ha incontrato eguali unanimità di vedute in dottrina.

Alcuni Autori si sono espressi in senso favorevole all'operazione di ridefinizione interpretativa della portata della fattispecie, a condizione che la procedura espletata presenti gli estremi di una vera e propria gara, effettivamente aperta alla concorrenza tra gli offerenti[133]. In questo senso si è escluso che si possa trattare di un'applicazione analogica del precetto: si verte, piuttosto, in un caso di interpretazione estensiva basata sull*'eadem ratio*, suggerita dall'esigenza di garantire la regolarità anche delle gare informali o di consultazione che, per come celebrate, si risolvono in vere e proprie licitazioni private, nella misura in cui i partecipanti sono a conoscenza della sussistenza di una sostanziale competizione[134].

In linea generale, però, l'interpretazione estensiva può dirsi tale solo a condizione che l'operazione ermeneutica definisca l'ambito semantico degli elementi della fattispecie astratta entro il tenore letterale delle parole utilizzate per la descrizione del tipo. Questa, in altre parole, consiste pur sempre in una attribuzione di senso compatibile con la classe di significati che le parole usate dal legislatore possono assumere secondo la lingua italiana[135]. Valorizzando la *eadem ratio*, al contrario, ci si colloca

---

[132] In tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 30 settembre 1998, n. 12238, ove si è chiarito che «Il reato di turbata libertà degli incanti previsto dall'art. 353 c.p., siccome previsto con esclusivo riferimento ai "pubblici incanti" o alle "licitazioni private", non è, in linea di principio, configurabile nell'ipotesi di contratti conclusi dalla p.a. a mezzo di trattativa privata, sempre che, però, quest'ultima sia svincolata da ogni schema concorsuale. A diversa conclusione devesi invece pervenire quando la trattativa privata - in linea, del resto, con un orientamento che ha trovato espressione in diversi provvedimenti normativi quali, in particolare, gli art. 9 e 29 - 32 d.lg. 19 dicembre 1991 n. 406 e gli art. 8 e 23 - 27 d.lg. 17 marzo 1995 n. 157 - sia di fatto connotata dallo svolgimento di una gara, sia pure informale, talora variamente definita come "ufficiosa", "di sondaggio", "esplorativa" ecc., che valga a renderla assimilabile alla licitazione privata, mediante la previsione di un meccanismo selettivo delle offerte provenienti dalle imprese interpellate».

[133] A. PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 457 ss; O. FORLENZA, *Chi altera la regolarità di una gara può essere accusato anche di truffa*, in *Riv. Pen.*, 1999, p. 863.

[134] G. AMATO, *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 544.

[135] Sugli incerti e labili confini tra interpretazione estensiva ed applicazione analogica si vedano O. DI GIOVINE, *«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, p. 55; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2016, 3, pp. 13 ss.; F. GIUNTA- G. CARCATERRA- O. DI GIOVINE – N. MAZZACUVA -V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenz*a, in *Criminalia*, 2010, pp. 347 ss; A. MANNA, *"L'interpretazione analogica" nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in A. CASTALDO - V. DE FRANCESCO - MV. DEL TUFO - S. MANACORDA - L. MONACO (a cura di),

in una prospettiva che trascende il significato delle parole e che fa leva, piuttosto, sulle valutazioni politico-criminali connesse alla scelta originaria in favore della punibilità della condotta tipizzata, mirando appunto a coinvolgere nella fattispecie condotte analoghe sebbene non espressamente previste[136].

Ad avviso di altri Autori, invece, non è possibile estendere l'applicazione della disposizione *de qua* alle turbative che si realizzano nelle forme di gara diverse quelle menzionate espressamente dall'art. 353 c.p.[137], dal momento che il tipo di gara che può rinvenirsi nella trattativa privata, in quanto del tutto eventuale e di natura istruttoria-conoscitiva, non può essere assimilata alla gara ufficiale propria delle procedure dei pubblici incanti e della licitazione privata[138].

Conclusioni parzialmente difformi possono essere raggiunte muovendo da un diverso approccio al problema. Alcuni Autori, infatti, individuano il fuoco del problema nella disciplina extra-penale che regola le diverse procedure. Si è così rilevato che se nella loro fisionomia originaria l'appalto-concorso e la trattativa privata non possedevano talune connotazioni tipiche dell'appalto o della licitazione, difettando in particolare l'automatismo tipico della fase finale di aggiudicazione[139], nel successivo sviluppo applicativo anche queste procedure si erano omologate ai meccanismi previsti per quelle 'tipiche'[140], consentendo di ricondurle sostanzialmente ad esse. In definitiva, questa dottrina rileva come la transizione – avvenuta nella prassi – delle procedure negoziate verso quelle caratterizzate da criteri guida nell'aggiudicazione (quali

---

*Scritti in onore di Alfonso M. Stil*e, Napoli, 2013, pp. 219 ss; N. MAZZACUVA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, pp. 367 ss.; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2018, pp. 114 ss.; G. MARINUCCI, *op. cit*, pp. 1254 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2022, 3, p. 975; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, 1, pp. 29 ss.; P. SCEVI *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, 2020, 1; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.

[136] In termini convergenti v. N. MADIA, *I "nebulosi" confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private" enucleata nell'art. 353 c.p.: tra eccessi "espansionistici" e tendenze "restrittive"*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1367.

[137] G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, p. 427; A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa in gara*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, p. 430; N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., pp. 334 ss.; ID, *I "nebulosi" confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private"* cit., p. 1367.

[138] V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, pp. 13 ss.

[139] *Ivi*, p. 28.

[140] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 833.

appunto appalto e licitazione), abbia garantito il superamento del vincolo testuale della disposizione di cui all'art. 353 c.p., nel rispetto dei principi fondamentali del diritto penale, consentendo alla fattispecie di abbracciare anche queste nuove forme procedimentali. In quest'ottica, la fattispecie resterebbe inutilizzabile nelle sole procedure in cui l'Amministrazione resti libera da vincoli nella scelta della controparte negoziale.

Concludendo sul punto, sembra opportuno ribadire che la giurisprudenza, invece, non ha mai dubitato della possibilità di espandere i confini del precetto anche a procedure di gara di nuova emersione, tanto che – anche riferendosi ai criteri convenzionali della accessibilità del precetto e della prevedibilità della sanzione di cui all'art. 7 Cedu[141] – non possono più nutrirsi dubbi circa l'estensione della fattispecie almeno fino alla riforma operata con il Codice dei contratti nel 2006.

2.2. L'entrata in vigore del Codice dei contratti: vecchi quesiti per una nuova disciplina

La rimodulazione della portata della fattispecie, avvenuta grazie alla ricostruzione del significato da conferire agli elementi normativi da parte della giurisprudenza e della

[141]Sul tema della prevedibilità, si vedano, ampiamente, S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 2017, 4, pp. 129 ss.; S. MANACORDA, *Dalla giustizia "bendata" a quella "veggente": rilievi di sintesi sulla garanzia della prevedibilità nel fatto illecito*, in F. CENTONZE - S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021, pp. 281 ss.; A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, pp. 118 ss.; F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, pp. 941 ss.; A. SANTANGELO, *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 332 ss.; P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino, 2022; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016. In argomento, con riferimento alla coesistenza nel nostro ordinamento di "due legalità", quella interna e costituzionale cui si affianca quella europea o convenzionale, F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs "legalità convenzionale"?,* in S. TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, Bologna, 2017, pp. 9 ss.; G. GRASSO - F. GIUFFRIDA, *Gli effetti della giurisprudenza della Corte EDU sull'ordinamento italiano: prospettive di diritto penale sostanziale*, in G. GRASSO - A.M. MAUGERI - R. SICURELLA (a cura di), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti europee sull'ordinamento penale italiano*, Pisa, 2020, pp. 261 ss.; R. SICURELLA, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e diritto penale. Sviluppi e questioni aperte nel "dialogo" tra le Corti*, *ivi*, pp. 3 ss.; M. SCOLETTA, *L'impatto sostanziale della CEDU sui principi fondamentali della materia penale nell'ordinamento interno: resistenze, desistenze, prospettive*, *ivi*, pp. 203 ss.; V. MAIELLO, Intervento nella Tavola rotonda *"Le due legalità: Quale convivenza nel diritto penale?"*, in *Criminalia*, 2013, pp. 227 ss.

prevalente dottrina, è stata nuovamente messa in dubbio con l'emanazione del d.lgs. 163/2006 recante la rinnovata disciplina dei contratti pubblici (compendiata in un testo legislativo unitario definito, appunto, "Codice").

Se in passato, infatti, la disposizione in esame si era dovuta confrontare con procedure di nuovo conio che si erano affiancate a quelle in essa menzionate, a partire dal 2006 la normativa amministrativa abbandonava del tutto le forme del pubblico incanto e della licitazione privata, a favore di moduli operativi innovativi, denominati rispettivamente **(**artt. 54-55) – in ossequio alla terminologia invalsa in sede europea – procedure aperte, procedure ristrette, procedure di dialogo competitivo, procedure negoziate e concorsi di progettazione[142].

Lo spirito di fondo che anima la fase di conclusione dei contratti pubblici, tuttavia, non è affatto mutato, essendo presente in ciascun tipo di procedura l'esperimento di una gara per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la P.A.[143].

Sul punto, è sufficiente sottolineare che, secondo la definizione legislativa:

a) le "procedure aperte" sono le procedure economiche in cui ogni operatore interessato può presentare un'offerta (art. 3, comma 37, d.lgs. 163/2006);

b) le "procedure ristrette" sono le procedure cui ogni operatore economico può richiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti (art. 3, comma 38, d.lgs. 163/2006);

c) il "dialogo competitivo" è una procedura in cui la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i canditati ammessi a tale procedura, al fine di individuare uno o più soluzioni meglio confacenti alle sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno poi invitati a presentare delle offerte (art. 3, comma 39, d.lgs. 163/06);

d) le "procedure negoziate" sono quelle in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (art. 40, comma 3, d.lgs. 163/2006);

e) i "concorsi di progettazione" sono le procedure intese a fornire alla stazione appaltante, soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica,

[142]S. RIONDATO-R. BORSARI, *Diritto penale degli appalti pubblici*, Padova, 2012.
[143] G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche* cit., p. 307.

dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base ad una gara (art. 3, comma 41, d.lgs. 163/2006).

La normativa sopravvenuta, quindi, ha decretato la scomparsa dei "pubblici incanti" e delle "licitazioni private" richiamati nella disposizione incriminatrice. Ciò non poteva che riproporre il tema delle ripercussioni sulla fattispecie in esame, adombrando il sospetto di una parziale e implicita *abolitio criminis*[144].

Naturalmente, la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto tesoro del dibattito sviluppatosi in passato, mantenendo ferme le coordinate ermeneutiche principali.

Superando il mero dato nominalistico, infatti, si è subito colto che già la normativa previgente (cfr. d.lgs. 406/91, d.lgs. 358/92, d.lgs. 157/95) qualificava l'appalto e la licitazione come procedure "aperte" o "ristrette". Nel merito, poi, sono prontamente emersi profili di compatibilità contenutistica tra i nuovi modelli procedurali (come puntualmente definiti all'art. 3 del Codice, nei commi 37, 38, 39, 40 e 41) e quelli già conosciuti nella prassi. Anzi, proprio la presenza di disposizioni definitorie nella normativa extra-penale rendeva più agevole il compito conoscitivo degli operatori economici, che potevano immediatamente ricondurre la nuova procedura agli schemi già sperimentati in passato e ai quali continua a fare rinvio la disposizione incriminatrice.

In tale prospettiva, quindi, si è riconosciuto che le locuzioni "procedure aperte" e "procedure ristrette" rappresentano solo una diversa ed aggiornata denominazione dei pubblici incanti e delle licitazioni private, con conseguente esclusione di un'implicita abrogazione dell'art. 353 c.p.

Certo, si può discutere sulla opportunità – specie in un sistema penale che vuole orientarsi teleologicamente agli scopi della pena e, in particolare, alla prevenzione generale integratrice[145] – di lasciare agli interpreti e agli stessi destinatari del precetto

[144] Discute di questa possibilità O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 835 ss.

[145] In dottrina, nella amplissima letteratura sulla giustificazione della sanzione criminale nell'attuale assetto costituzionale cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 131 ss.; ID., *Intorno a scopi e funzioni nel diritto penale*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, pp. 117 ss.; V. MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni del Dipartimento di scienze penalistiche – Università di Napoli Federico II*, 1, 2005; G. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di*

il compito di dominare gli effetti del mancato coordinamento tra la disposizione incriminatrice e quelle extra-penali che ne definiscono gli elementi normativi; e si può altresì censurare l'operato di un legislatore che si sottragga ad una tale incombenza[146].
É altrettanto vero, però, che, nei limiti consentiti dal rispetto dei principi fondamentali del diritto penale, si devono prima promuovere itinerari interpretativi funzionali a garantire effettività alle disposizioni vigenti e, solo in caso di fallimento, concludere nel senso di abrogazioni o abolizioni parziali tacite.
In definitiva, il mutamento di denominazione assunta dalle due procedure nell'ambito dei contratti pubblici regolati dal d.lgs. 163/2006 non è sembrato costituire un elemento decisivo per escludere le procedure aperte e ristrette dall'ambito di applicabilità dell'art. 353 c.p.[147]
A conclusioni diverse si è giunti con riferimento alle altre procedure annoverate dal Codice dei contratti pubblici, segnatamente le procedure negoziate e il dialogo competitivo, distinte sia a livello definitorio che strutturale dalle procedure indicate nel precetto della disposizione *de quo*.
Invero, come è stato giustamente osservato, esse potrebbero considerarsi ricomprese nell'alveo della disposizione incriminatrice soltanto accogliendo l'orientamento interpretativo che, per la sua applicazione, ritiene sufficiente l'esperimento di una gara c.d. informale[148].
Queste considerazioni restano valide anche in seguito alla nuova disciplina dei contratti pubblici introdotta dal d.lgs. 50/16 e successivamente sostituita dal d.lgs.

Alfonso M. Stile, cit., pp. 29 ss.; A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012; P. STELLA, *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Milano, 2008; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, pp. 61 ss., pp. 109 ss. Nonché, più di recente, P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, 2023, pp.29 ss., pp. 43 ss.

146 M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen*., 2020, 5, parla suggestivamente di un diritto penale che cambia senza che muti la legge penale.

147 In questi termini, N. MADIA, *I "nebulosi" confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private" enucleata nell'art. 353 c.p.: tra eccessi "espansionistici" e tendenze "restrittive",* cit., pp. 1362 ss., il quale rileva che «Infatti, a fronte di dette novità normative, si tratta sempre delle stesse forme di selezione descritte nel paradigma in parola, seppure le stesse, all'interno del Codice dei contratti pubblici, abbiano ricevuto diversa denominazione e siano state strutturate in misura parzialmente difforme rispetto alle gare di "antica memoria"».

148 E. ZUFFADA, *Art. 353*, in *Codice penale commentato*, II, diretto da E. DOLCINI - G.L. GATTA, Milano, 2021, p. 1406.

36/2023, in cui il catalogo delle procedure di gara è stato ampliato con moduli selettivi più flessibili e dinamici. In particolare, alle procedure tradizionali (aperta, ristretta, negoziata con o senza bendo) il d.gs. 50/16 ha affiancato gli innovativi strumenti della "procedura competitiva con negoziazione" di cui all'art. 59, comma 2, e del "partenariato per l'innovazione" di cui all'art. 65, nell'ottica di favorire il dialogo tra pubblica amministrazione e privati per lo sviluppo di prodotti innovativi. Con il d.lgs. 36/2023, il catalogo delle procedure di gara è rimasto sostanzialmente inalterato[149], così confermando la scelta legislativa di offrire alle stazioni appaltanti strumenti contrattuali caratterizzati da una considerevole flessibilità.

Il nodo da sciogliere resta, dunque, il medesimo: siamo al cospetto di una 'pura' interpretazione estensivo-evolutiva o si è varcata la soglia dell'analogia in *malam partem*?[150]

La dottrina più incline a preservare le ragioni della tenuta della fattispecie, pur nel rinnovato assetto extra-penale nel quale dovrebbe insediarsi, fa leva sul ruolo ermeneutico del bene giuridico. In particolare, evidenzia come negare l'impiego del delitto di turbata libertà degli incanti al cospetto delle nuove forme di 'gara' lascerebbe la Pubblica Amministrazione alla mercé di condotte abusivo-predatorie, prive di sanzione, benché offensive dei medesimi interessi riconducibili allo spettro di tutela dell'art. 353 c.p. Lungo questa direttrice, si afferma che «la procedimentalizzazione *a tappeto* di *tutte* le procedure (compiuta a livello legislativo) le assimila indistintamente ai fini della copertura sanzionatoria penale»[151].

Altra parte della dottrina, invece, insiste nel considerare analogica questa operazione, rilevando che il bene giuridico venga qui utilizzato come «"Cavallo di Troia" per incunearsi tra le barriere erette dal principio di legalità e dai suoi corollari»[152], nonché per eludere la connotazione necessariamente frammentaria del sistema penale.

---

[149] Sul punto cfr. A. CANCRINI- F. VAGNUCCI, *Le procedure di scelta del contraente e la selezione delle offerte*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, p. 325 ss.; M. TRAINA DUCCIO, *Art. 70*, in G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, pp.378 ss.; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2024, pp. 175 ss.

[150] Il tema verrà trattato più approfonditamente nel terzo capitolo del presente lavoro, cui si rinvia anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici.

[151] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 838.

[152] N. MADIA, *I "nebulosi" confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private"*, cit., p. 1372.

Del resto, la transizione operata già nel 2006 verso nuovi schemi procedurali non dovrebbe essere sottovalutata. Infatti, nel sistema previgente l'argomento evolutivo poteva avere una certa consistenza in ragione della necessità di governare procedure che erano radicalmente innovative nel panorama della contrattazione pubblica, che in un certo senso si sperimentavano sul campo e che dovevano la loro genesi ad un rinnovamento ideologico che interessava la stessa Amministrazione. Con le riforme del 2006, del 2016 e del 2023, invece, il trapasso verso il nuovo assetto amministrativo è stato interamente governato dal legislatore, sicché non si dovrebbe nemmeno prospettare la necessità di far evolvere il precetto per includervi, in via interpretativa, gli schemi negoziali di nuova creazione. Insomma, è proprio il legislatore «contemporaneo»[153] che ha dato vita al nuovo *corpus* di procedure di selezione del contraente. Pertanto, questi, ove avesse voluto, avrebbe dovuto regolare anche i rapporti con la disposizione dell'art. 353 c.p.

2.3. L'incidenza di eventuali vizi della procedura di gara sulla configurabilità del reato

La strettissima connessione tra il precetto e la disciplina amministrativa induce a chiedersi che sorte debba avere la repressione penale in presenza di vizi della procedura di gara.

In ragione del carattere autonomo della sfera penalistica, la dottrina è unanime nel ritenere i vizi di annullabilità e nullità riguardanti la procedura di gara generalmente non incidono sulla configurabilità del reato[154], a meno che non sfocino in anomalie così gravi da compromettere l'esistenza giuridica del pubblico incanto o della

[153] *Ivi*, p. 1378. Nelle pagine seguenti l'Autore offre una interessante ricostruzione dell'originaria *voluntas legis* al fine di escludere qualsiasi possibile interpretazione evolutiva del precetto.

[154] V. MANZINI, *op. cit.*, p. 586; G. MAGGIORE, *Diritto,* cit., vol. II, Pt. spec., Tomo I, p. 235; R.M. LOMBARDI, voce *Incanti*, cit., p. 323; R. ROSSI, *Considerazioni*, cit., c. 440; G. RUGGIERO, voce *Incanti*, cit. p. 903; S. VENTURATI, *op. cit*., p. 304; O. DI GIOVINE, *op. cit*., pp. 838-839 la quale suggerisce esemplificativamente l'ipotesi della mancanza di pubblicità del bando; N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza,* cit., p. 123; ID, *L'incidenza della mancata pubblicazione del bando di gara sulla configurabilità del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen*., 2010, pp. 1387-1388, il quale segnala anche come talvolta la dottrina penalistica si riferisca a queste ipotesi di inesistenza utilizzando in senso atecnico l'espressione nullità assoluta.

licitazione privata. In una simile evenienza, infatti, verrebbe meno un elemento (o un presupposto) essenziale del fatto tipico.

Tra le gravi irregolarità in grado di compromettere il concetto stesso di «gara» si fa spesso l'esempio della mancata pubblicità del bando prevista dalla legge, che, in effetti, compromette le condizioni minime per una competizione aperta, costituendo un'anomalia tale da invalidare completamente l'aggiudicazione. In tali casi, sul piano amministrativo è come se la procedura di gara non fosse mai iniziata e, di conseguenza, sul piano penale risulta non integrato un elemento costitutivo del reato. Sul punto, tuttavia, una parte della dottrina invita, opportunamente, a tenere maggiore cautela nel giudizio da riservare ai vizi della procedura, rimarcando come anche il vizio più grave, tale da determinarne "l'inesistenza", potrebbe a sua volta essere l'effetto di una collusione illecita, come nel caso di chi induca il preposto ad incorrere in una nullità esiziale allo scopo di 'rimandare' la celebrazione della gara per dotarsi di un requisito di cui difettava alla scadenza del bando originario[155].

In effetti, se il processo patologico che compromette la nozione di «gara» deriva da comportamenti descritti nell'art. 353 c.p., la dissoluzione della procedura – il suo impedimento – diventa l'effetto della condotta illecita. Di conseguenza, la vanificazione dell'*iter* amministrativo, piuttosto che determinare l'inconfigurabilità del reato, dovrebbe portare a ricondurre il fatto nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 353 c.p.

In altri termini, seguendo questa impostazione, è importante distinguere tra la mancata pubblicazione del bando di concorso dovuta a un disguido burocratico e quella risultante da un'intesa illecita finalizzata a dare all'offerente il tempo necessario per acquisire i requisiti richiesti per l'iscrizione al pubblico incanto o alla licitazione privata. In quest'ultima evenienza, è evidente che l'effetto dannoso sul meccanismo burocratico previsto dalla legge, finalizzato a consentire alla pubblica autorità di

[155] Così, N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza,* cit., p. 215. Nei medesimi termini si era già espresso F. CARFORA, voce *Incanti,* cit., p. 351. Anche G. BRICCHETTI, *op. cit.*., p. 10 ha evidenziato che, nel caso in cui l'invalidità di un atto derivi direttamente dall'attività criminosa, la stessa non incide sull'esistenza del reato.

identificare le sue controparti contrattuali, merita una reazione da parte dell'ordinamento[156].

La questione circa l'eventuale rilevanza dei vizi di gara sulla configurabilità della fattispecie in analisi, lungi dal rimanere confinata nell'ambito del dibattito puramente teorico, si è posta in giurisprudenza a margine di una gara aggiudicata in forza di criteri incompatibili con il diritto comunitario. Concordemente all'opinione unanime espressa in dottrina, la Suprema Corte ha concluso per la irrilevanza del vizio, affermando che «Il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile anche quando la procedura di aggiudicazione è basata su un criterio di scelta del contraente incompatibile con il diritto comunitario, poiché tale circostanza incide sulla sola regolarità amministrativa della gara, da far valere eventualmente davanti al giudice amministrativo»[157].

3. Le condotte costitutive del delitto di turbativa d'asta: considerazioni preliminari sulla perimetrazione temporale del fatto di reato

Come anticipato[158], la fattispecie delineata nell'art. 353 c.p. si presenta come norma a più fattispecie (o norma mista alternativa), reprimendo modalità alternative di alterazione di un pubblico incanto o di una licitazione privata.

Prima di esaminare queste ultime e i diversi aspetti problematici che ciascuna ha posto nella prassi applicativa, sembra opportuno soffermarsi su alcune questioni interpretative comuni ai diversi comportamenti incriminati.

In primo luogo, si rende necessario appurare il momento in cui tali condotte illecite debbano intervenire. Ci si chiede, infatti, se esse debbano necessariamente concretizzarsi nel momento in cui si confrontano le offerte (la c.d. asta in senso stretto)

[156] *Ivi*, p. 216, ove si precisa che «in caso di mancato incardinamento del processo di ricerca del contraente, si dovrebbe parlare, più che di inidoneità degli atti, di assenza assoluta e *ab origine* dell'oggetto del reato; assenza rilevante ai sensi dell'art. 49, comma, 2, c.p.». Ciò in quanto «le procedure di gara menzionate nell'art. 353 c.p. rappresentano quel quid su cui deve cadere l'attività «fisica» del colpevole; sono gli oggetti del mondo esterno su cui si deve riversare la condotta materiale, rientrando così nella nozione di «oggetto materiale della condotta».

[157] Cass. pen., Sez. VI, 11 marzo 2013, n. 12821.

[158] V. *supra* par. 1

oppure se possano venire in rilievo, ai fini dell'integrazione della fattispecie, anche in un segmento temporale diverso in cui si snoda il complesso procedimento.

A tal riguardo, deve senz'altro considerarsi quanto affermato dalla dottrina amministrativistica, concorde nel ritenere che il significato concettuale della gara abbracci tutto l'*iter* attraverso cui la pubblica amministrazione giunge all'individuazione della propria controparte contrattuale: questo ha inizio con la pubblicazione del bando[159] e si conclude con l'aggiudicazione definitiva, ovvero con la proclamazione del vincitore della stessa[160]. Pertanto, si è giustamente affermato che la formula «gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private» presente nel testo dell'art. 353 c.p. rappresenta «un'espressione tecnica […] dal valore sintetico, equivalente all'intera procedura amministrativa attraverso cui si distendono le "gare informali"»[161]. Ne discende, quindi, che è suscettibile di integrare un fatto di turbativa d'asta ogni comportamento realizzato nell'arco temporale che va dalla pubblicazione del bando fino alla scelta del contraente con il provvedimento di aggiudicazione.

Diversa, invece, la questione della possibile rilevanza penale di condotte realizzate prima dell'inizio o dopo la conclusione del procedimento selettivo.

A ben vedere, oggi è pacifica l'irrilevanza, ai fini della sussistenza del reato in esame, delle condotte successive all'espletamento della gara, potendo considerare tipiche solamente quelle che mirano ad ottenere una irregolare aggiudicazione della gara[162]. Infatti, gli abusi che si realizzino in un momento successivo all'aggiudicazione – e, quindi, alla conclusione della gara – non investono un segmento della procedura, ma

---

[159] Cons. di Stato, Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2521.

[160] Sul punto, si rinvia a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 384; G. PERICU - M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, in L. MAZZAROLLI- G. PERICU- A. ROMANO – F. A. ROVERSI MONACO – F. G. SCOCA (a cura di), Bologna, 2005 p. 331; O. SEPE, *voce Contratti*, cit., pp. 992 ss. e pp. 999 ss.; A. CIANFALONE - G. GIOVANNINI, *L'appalto*, cit., p. 476; D. BORTOLOTTI, voce *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 46 e p. 49; A. BUSCEMA - S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova. 2008, pp. 414 ss.; G. PITTALIS, voce *Asta pubblica*, in *Dig. disc. pubbl*., Vol. I, Torino, 1987, p. 512. In ambito penale, si rinvia a V. MUSACCHIO, *La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti*, Pt. I, in *Riv. pen*., 1993, p. 387.

[161] N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., p. 93.

[162] Sul punto cfr. Cass., Sez. I, 11 novembre 2005, n. 46546, ove si afferma che «Il delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 cod. pen.) è integrato da una condotta finalizzata a ottenere una irregolare aggiudicazione della gara, mediante l'allontanamento di altri concorrenti e in ogni caso con ogni comportamento diretto a influenzare la libera concorrenza della gara. Ne consegue che, non rilevano ai fini della configurazione del reato condotte successive a tale momento, quali ad esempio pressioni per convincere un concorrente escluso a rinunciare ad un ricorso».

un momento diverso e successivo, non compreso nell'ambito di tipicità della fattispecie. In tal senso, si è giustamente affermato che, per quanto il concetto di gara sia in grado di ricomprendere l'intero *iter* procedurale volto all'individuazione del soggetto abilitato a contrarre con la P.A., esso non può dilatarsi fino ad inglobare le condotte successive alla chiusura della stessa[163].

Maggiormente controverso l'interrogativo della rilevanza, ai sensi dell'art. 353 c.p., delle condotte perturbatrici tenute prima dell'inizio della gara, ossia prima della pubblicazione del bando. Invero, sul punto, possono distinguersi due orientamenti.

Il primo, per vero minoritario in dottrina e in giurisprudenza, muove dall'inquadramento della gara come presupposto della fattispecie tipica, che, di conseguenza, dovrebbe necessariamente pre-esistere alla commissione di una delle condotte descritte. L'avvio della procedura competitiva, dunque, segnerebbe il momento temporale a partire dal quale il reato di cui all'art. 353 c.p. potrebbe configurarsi e prima del quale, invece, qualsivoglia condotta perturbatrice esulerebbe dall'ambito applicativo della fattispecie in esame[164]. La pubblicazione del bando, quindi, avrebbe la funzione di perimetrare temporalmente le condotte sussumibili in tale previsione incriminatrice. In definitiva, sarebbero rilevanti *ex* art. 353 c.p. solo quegli abusi commessi in un momento successivo all'avvio della gara.

L'orientamento maggioritario, invece, pur condividendo l'assunto per cui l'inizio di una procedura di gara sia presupposto giuridico di configurabilità dell'art. 353 c.p., ritiene che il tenore letterale della fattispecie non autorizzi l'interprete ad una simile perimetrazione temporale. Invero, non v'è dubbio che, ove una gara non venga indetta, la fattispecie non possa configurarsi, nemmeno a titolo di tentativo, perché ne difetterebbe l'imprescindibile presupposto[165]. Tuttavia, ove la procedura sia invece avviata con la pubblicazione del bando, le condotte realizzate antecedentemente a tale momento ben possono integrare la figura criminosa in esame, nella misura in cui siano idonee ad alterarne il regolare svolgimento. In questo senso, la giurisprudenza di

---

[163] In questi termini N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 97.

[164] S. SEMINARA, *sub Art. 353*, in G. FORTI-S. SEMINARA-G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Milano, 2017, pp. 1153. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 13 giugno 2016, n. 24477.

[165] Sul punto cfr. L. DELLA RAGIONE, *op. cit.*, pp. 1497 ss.

legittimità e la dottrina prevalenti hanno sottolineato come la condotta volta a turbare la competizione non debba necessariamente avvenire durante l'arco temporale di svolgimento del procedimento, ma anche all'infuori e prima di esso. Dirimente è, infatti, che i suoi effetti si riverberino all'interno della procedura, a prescindere dal segmento temporale in cui sia stata posta in essere[166].

In altri termini, l'indirizzo maggioritario ritiene che la condotta illecita possa consumarsi anche al di fuori della gara, purché si accerti l'idoneità del fatto ad alterarne il risultato finale, in modo da realizzare quella lesione alla libera concorrenza che la figura di reato in parola mira a tutelare[167].

Una volta chiarite le problematiche comuni ai diversi comportamenti incriminati, è possibile passare alla ricostruzione delle singole modalità della condotta. Sul punto, va sin da ora precisato che la fattispecie si presenta *prima facie* a forma vincolata, atteso che il reato può essere realizzato solo attraverso la commissione di determinate modalità di condotta tassativamente indicate nel corpo della disposizione[168]. A ben vedere, però, sembra opportuno anticipare che alcune delle modalità d'azione previste sono tipizzate in modo così lato da rendere tale figura criminosa, di fatto, assimilabile ad un reato causalmente orientato[169]. In particolare, l'ultimo inciso modale, nel rimandare genericamente ad «altri mezzi fraudolenti» non altrimenti selezionati, depotenzia il ruolo dell'iniziale chiusura del precetto ai soli fatti commessi con minaccia, violenza, doni, promesse e collusioni.

---

[166] N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., pp. 95-96. Nello stesso senso, V. MANZINI, *Trattato*, cit., vol. V, p. 580; A. SANTORO, *Manuale*, cit., vol. II, p. 389; A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Princip*i, cit., Pt. spec., I, p. 531; A. DI MARTINO, *I delitti*, cit., p. 439; L. DE MATTEIS, *Sub art. 353 c.p*., in AA.VV., *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2007, p. 2279; M. ROMANO, *I delitti dei privati*, cit., p. 206.

[167] Sul punto cfr. Cass. pen., Sez. VI, 05 aprile 2012, n. 18161, in cui si afferma che « In materia di turbata libertà degli incanti, la turbativa può realizzarsi non solo nel momento preciso in cui la gara si svolge, ma anche nel complesso procedimento che porta alla gara, del quale sono protagonisti gli stessi concorrenti, o fuori della gara medesima, assumendo rilievo la sola lesione della libera concorrenza che la norma penale intende tutelare a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione». In senso conforme, v. Cass. pen., Sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 6259 e Cass. pen., Sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 653; Cass. pen., Sez. VI, 12 dicembre 2005, n. 11628.

[168] Parla di fattispecie «a modalità di condotta» O. DI GIOVINE, *op. cit*., p. 802.

[169] Così M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. BARTOLI – M. PELISSERO – S. SEMINARA (a cura di), *Diritto Penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2020, p. 605; Parla di reato a forma libera G. MARCONI, *op. cit*., p. 310; Considerazioni analoghe sono svolte da G. AMATO, *op. cit.*, p. 576.

3.1. Le condotte intimidatorie: violenza e minaccia

Tra le condotte tipizzate dall'art. 353 c.p. vengono, anzitutto, in rilievo la violenza e la minaccia.

Con riguardo alla prima, parte della dottrina, adottando una nozione restrittiva del concetto di violenza, invita a riconoscere che, anche nella fattispecie in parola, essa «ha il suo nucleo duro nel tradizionale uso della *vis*, e cioè della forza fisica» [170].

Altra parte, invece, opta per una interpretazione ampia del concetto di violenza: per essa deve essere intesa qualsiasi costrizione del volere «ottenuta esercitando qualsiasi forma di pressione sulla vittima in termini di attualità e contestualità rispetto all'atto prevaricatorio»[171], purché produca l'effetto finale di imporre ad un determinato soggetto di tenere un determinato comportamento[172].

Ad avviso di questi Autori, in tale direzione depongono sia il bene giuridico tutelato dalla norma sia il costrutto linguistico della disposizione in parola.

Da un lato, occorre considerare che la norma, proponendosi di tutelare la libertà di concorrenza, sottende la necessità di garantire agli offerenti la libertà di autodeterminazione in relazione alle scelte da effettuarsi durante un pubblico incanto o una licitazione privata, essenziale per consentire alla pubblica amministrazione di valutare le proposte più competitive e vantaggiose. Sicché, nel precetto in parola, la violenza non può che essere intesa come un mezzo per influenzare la volontà degli altri partecipanti. Si è affermato, quindi, che «acquisiscono rilevanza, non tanto o non soltanto i connotati fisici dell'aggressione, quanto, piuttosto, i suoi effetti sull'altrui libertà di autodeterminazione»[173]. In altri termini, secondo questa ricostruzione, è sufficiente che la condotta dell'agente porti a una significativa revisione delle scelte degli altri contendenti, spingendoli a modificare il loro atteggiamento o a ritirarsi dalla gara, poiché, in tal modo, si genera un concreto pericolo che l'Autorità pubblica non possa effettuare una valutazione adeguata delle offerte.

---

[170] O. DI GIOVINE, *op. cit*., p. 803. In argomento, cfr. V. MANZINI, *op. cit*., vol. IV, Torino, 1950, pp. 556 ss. il quale ha sostenuto che quando il legislatore contempla sia la minaccia che la violenza, a quest'ultima va ascritta una connotazione prettamente fisica.

[171] G. MARCONI, *op. cit.*, p. 286.

[172] Così, N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche,* cit., pp. 101-102. Nello stesso senso si era già espresso V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 32.

[173] *Ibidem*.

Dall'altro lato, si afferma che è la stessa formulazione linguistica della norma ad indicare la volontà del legislatore di non limitare il concetto di violenza a una mera aggressione fisica: l'evento di turbamento della procedura di gara, infatti, può essere causato da qualsiasi azione volta a condizionare la volontà altrui, non solo da atti di forza fisica. Secondo questa prospettiva, dunque, anche la pressione morale o psicologica può rientrare nella definizione di violenza[174].

Tuttavia, come è stato attentamente rilevato, il dibattito in ordine al significato da attribuire al concetto di violenza – intesa in senso ampio o più restrittivo – sfuma di rilevanza in ragione della previsione di una modalità realizzativa alternativa, qual è la minaccia, capace di assorbire ogni forma di coartazione priva di impiego di forza fisica[175].

Cionondimeno, potendo incidere diversamente sulla dosimetria sanzionatoria ai sensi dell'art. 133, comma 1, n. 1 c.p., si ritiene utile mantenere una linea di confine tra le due ipotesi. In tal senso, volendo aderire a quella corrente di pensiero che identifica il concetto di violenza con quello di coazione morale, una soluzione interessante è fornita da quanti distinguono i due concetti in base al momento in cui si realizza il male ingiusto rispetto alla condotta dell'agente. In tale prospettiva, si ritiene che il comportamento è definibile in termini di violenza ogniqualvolta il danno all'altrui persona sia simultaneo all'azione esecutiva del soggetto agente, mentre assume i connotati della minaccia laddove il pregiudizio venga prefigurato dal soggetto attivo come un evento futuro[176]. In breve, «mentre la violenza genera un nocumento immediato, la minaccia determina semplicemente uno stato di timore»[177].

Infine, sempre con riguardo al concetto di violenza, si è osservato che, non avendo il legislatore limitato la portata applicativa di tale nozione – come invece ha fatto in altre

---

[174] *Ibidem*. L'A., a titolo esemplificativo, fa il caso di un individuo che intraprende uno sciopero della fame per influenzare la decisione dei commissari sulla scelta dell'affidatario dei lavori oggetto della gara o di chi perseguita un concorrente tramite molestie al fine di farlo desistere dal partecipare alla gara.

[175] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 803.

[176] In questi termini, F. DASSANO, voce *Minaccia*, in *Enc. dir*., vol. XXVI, Milano, 1976, p. 345; G. DE SIMONE, voce *Violenza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 903; E. MEZZETTI, voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen*., vol. XV, Torino, 2002, p. 270; M. ROMANO, *I delitti* cit., *I delitti dei privati* cit., p. 7. Analogamente, con particolare riferimento al reato in esame, V. MORMANDO, *La tutela* cit., pp. 40 ss.

[177] N. MADIA, *op. ult. cit.*, p 104, il quale riprende sul punto R. BAJNO, *Appunti* cit., pp. 672 ss.; Analogamente V. MORMANDO, *op. cit*., pp. 40 ss.

ipotesi di reato[178] – , essa comprende sia la violenza su persone che quella su cose o su persona diversa da quella interessata alla gara. Tale conclusione, invero, sembra pienamente condivisibile, considerato che anche tali ipotesi possono rilevare come forma di costrizione psicologica: l'uso della forza, per quanto non coinvolga la vittima *in corpore*, serve pur sempre a condizionarne le decisioni.

Non sembrano, invece, porsi particolari problematiche interpretative rispetto alla nozione di minaccia, altra modalità realizzativa tipizzata dalla norma in analisi.

Questa, secondo l'interpretazione sedimentata in dottrina e giurisprudenza, si traduce nella prospettazione di un male futuro, che si palesa come dipendente dalla condotta dell'agente e che il suo destinatario può evitare soltanto tenendo il comportamento imposto[179]. In altri termini, il soggetto che la subisce si trova nella situazione di dover tenere un comportamento non voluto oppure di dover sopportare le conseguenze negative di un male ingiusto.

Naturalmente, occorre precisare che tanto la violenza quanto la minaccia possono integrare la tipicità della fattispecie in esame solamente quando siano effettivamente idonee ad incidere sulla libertà di autodeterminazione di un soggetto con media capacità di reazione agli stimoli esterni. Invero, è stato condivisibilmente osservato che «una violenza minima, del tutto insignificante alla stregua degli ordinari canoni di valutazione sociali»[180] non raggiunge la soglia di rilevanza penale, quand'anche il soggetto passivo sia stato in concreto condizionato da essa, perché «preda di timori abnormi rispetto a sollecitazioni ambientali assolutamente marginali»[181].

In altri termini, deve considerarsi violenza o minaccia ai sensi dell'art. 353 c.p. – così come per tutte le fattispecie di parte speciale che prevedono tali modalità realizzative – solo quella condotta che, ad una valutazione *ex ante*, presenti effettiva idoneità intimidatrice.

---

[178] V. MANZINI, *op. cit.*, p. 557 ha sottolineato come, quando la legge ha inteso limitare la sua considerazione della violenza, nei casi in cui possa essere configurata anche come violenza reale, abbia utilizzato l'espressione «violenza alla persona» (per esempio art. 336 c.p.), in contrapposizione all'espressione «violenza sulle cose» (per esempio art. 392 c.p.). In termini analoghi si sono espressi G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 892 e, con specifico riguardo al delitto in analisi, A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 436. In senso contrario, v. G. RUGGIERO, *voce Incanti*, cit., p. 905.

[179] G. MARCONI, *op. cit.*, p. 311.

[180] N. MADIA, *op. ult. cit.*, p. 107.

[181] *Ibidem*. In questi stessi termini, A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., Pt. spec., I, pp. 412 ss.

3.2. Le condotte blanditive: doni e promesse

Sicuramente più generiche sono le modalità di condotta che seguono la violenza e la minaccia, ovvero i doni e le promesse.

Tali nozioni, invero, sono state oggetto di diverse letture interpretative.

In particolare, il concetto di «doni» è stato interpretato da alcuni Autori in senso restrittivo, ravvisando gli stessi nella sola offerta o dazione di beni mobili[182] o, secondo altri, anche di beni immobili,[183] restando invece esclusi quei vantaggi non incorporati in una *res* tangibile, come, ad esempio, le prestazioni lavorative o sessuali oppure l'offerta di un posto di lavoro.

Altri ancora, invece, ritengono che i doni debbano essere assimilati al più ampio concetto di utilità, tipico delle fattispecie corruttive. Tali sarebbero, cioè, tutti quei vantaggi suscettibili di indirizzare il comportamento del destinatario verso una direzione diversa da quella che egli avrebbe altrimenti assunto.

All'interno di tale impostazione esegetica, tuttavia, sono emerse differenze non secondarie. Secondo alcuni, infatti, l'elargizione del dono (o la promessa) si associa all'idea di controprestazione e, pertanto, si ritiene necessaria, ai fini della rilevanza penale della condotta – proprio come affermato rispetto ai delitti di corruzione – la proporzione o comunque l'adeguatezza tra il valore del dono e il risultato della condotta di cui si intende provocare la realizzazione[184]. Ne consegue che non potranno rilevare, ai fini della configurabilità del reato in esame, i doni o le promesse di oggetti di valore assai modesto, i piccoli omaggi per ragioni di cortesia o di propaganda commerciale e, finanche, la dazione di una piccola somma di denaro[185].

Tale impostazione esegetica, tuttavia, è stata oggetto di critiche da parte di altra dottrina. In particolare, si è rilevato che non sia possibile traslare al reato di turbativa le acquisizioni sviluppate in tema di corruzione, ove il «denaro e l'altra utilità o la

[182] G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*. *Parte speciale*, I, 2012, p. 326.
[183] A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, p. 532.
[184] Così, V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 44 ss. e pp. 64 ss. Su questa posizione si era già attestato G. RUGGIERO, voce *Incanti* cit., p. 906. Anche A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., Pt. spec., I, p. 532 hanno individuato un legame di scambio tra la promessa e l'alterazione della gara, così avvicinando questo concetto a quello di «retribuzione».
[185] V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 44 ss.

relativa promessa» assumono effettivamente il carattere di corrispettivo per il compimento dell'atto o per il mercimonio della funzione pubblica oggetto del *pactum sceleris*[186]. Secondo tale indirizzo, infatti, il dono, anche dal punto di vista strettamente lessicale, denota – contrariamente al denaro e agli altri tipi di utilità – un atto di liberalità, e, dunque, una prestazione effettuata spontaneamente e senza una logica di tornaconto personale. Di conseguenza, ad avviso di questi Autori, la relazione tra dono e turbamento non può essere riportata al paradigma del sinallagma, ma si fonda, piuttosto, sulla connessione causale della condotta rispetto alla manipolazione della gara. In questa prospettiva, si ritiene allora necessario verificare, ai fini dell'integrazione del reato, non un rapporto di proporzionalità rispetto alla contropartita, ma l'adeguatezza del *munus* a svolgere una funzione persuasiva su colui al quale viene rivolto. In altri termini, la donazione – ma il discorso va esteso anche alla promessa – per definirsi tipica «deve presentare, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, una congenita attitudine a influenzare le altrui scelte rispetto ai comportamenti da serbare in relazione alla gara»[187]. Pertanto, nell'indagine della capacità condizionante del dono si deve prescindere dalla proporzione tra il valore del dono medesimo e l'obiettivo avuto di mira dall'agente, sebbene la prima – si precisa – possa essere comunque utile ai fini della prova del nesso causale[188].

Analoghe differenze di vedute si registrano in ordine alle promesse, che consistono nell'assunzione di un'obbligazione o comunque in manifestazioni di impegno, anche se solamente morale, a fare o dare qualcosa come corrispettivo della condotta voluta dall'agente[189]. Secondo alcuni, infatti, la promessa deve essere di valore tale da rappresentare una controprestazione dell'agente rispetto alla condotta richiesta al destinatario[190]. Ad avviso di altri, invece, non rileva il valore delle promesse, ma occorre che queste abbiano una intrinseca attitudine di condizionamento[191]. Secondo

[186] N. MADIA, *op. ult. cit*., pp. 116 ss. In senso conforme O. DI GIOVINE, *op. cit*., p. 803; M. ROMANO, *op. cit*., 195; S. VINCIGUERRA, *op. cit*., p. 411.
[187] *Ivi*, p. 123.
[188] S. VINCIGUERRA, *op. cit*., p. 411 secondo il quale «non occorre la proporzione tra i dono e il valore di ciò che si intende conseguire: basta che abbia avuto l'efficienza causale richiesta», fermo restando che «tale proporzione, nondimeno, può essere utile per provare il nesso causale».
[189] G. RUGGIERO, voce *Incanti,* cit., p. 906.
[190] V. MORMANDO, *op. cit.,* pp. 44 ss.
[191] Così, N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 125. Nei medesimi termini si è espresso M. ROMANO, *op. cit.,* p. 195.

quest'ultima impostazione, le promesse, più che essere, devono apparire serie: affinchè siano giudicate idonee a influire sulla psiche altrui, è, cioè, sufficiente che esse presentino una parvenza di serietà ed effettività[192].

Così ragionando, diventa irrilevante l'eventuale riserva mentale del promittente in ordine al mantenimento della promessa. Infatti, anche la promessa simulata può rilevare ai fini della sussistenza del reato, purché in ragione di questa si verifichino gli eventi di turbamento della gara o di allontanamento di altri offerenti[193].

Infine, nel tentativo di attribuire contorni più definiti alla nozione di «promesse» rilevanti ai sensi dell'art. 353 c.p., parte della dottrina ha messo a fuoco una interessante distinzione tra la promessa e la mera proposta[194]. In quest'ultimo caso, infatti, il soggetto non si vincola ad un apporto unilaterale di una futura utilità, ma presenta ad altri l'offerta di stipulare di un accordo che prevede un riconoscimento reciproco di vantaggi. Pertanto, mentre nella promessa l'agente si impegna unilateralmente e immediatamente a realizzare una prestazione futura, nella proposta egli intende vincolarsi solo attraverso la futura ed eventuale conclusione di un negozio, ove la sua offerta trovi riscontro nell'accettazione del destinatario.

La mera proposta, dunque, difetta dei connotati distintivi della promessa e, quindi, non integra la tipicità del reato; d'altra parte, quando questa trovi accoglimento si configura una diversa condotta tipica, la collusione, testualmente distinta dalle promesse[195].

Tale distinzione, invero, è ripresa anche dalla giurisprudenza, che, però, giunge a conclusioni parzialmente difformi a quelle cui perviene l'opinione dottrinale in esame. Ad avviso dell'orientamento giurisprudenziale prevalente, infatti, la mera proposta va sì tenuta distinta dalla promessa e dalle collusioni, ma – come si vedrà[196] – non esclude la punibilità del soggetto proponente, integrando un'ipotesi di tentativo di turbativa d'asta *ex* artt. 56 e 353 c.p.

---

[192] *Ibidem*.

[193] In questi termini, A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 437. Sulla rilevanza della ai fini dell'integrazione del reato anche della promessa simulata si v. altresì G. MARCONI, *op. cit.*, p. 427 e G. AMATO, *op. cit.*, p. 581.

[194] *Ibidem.*

[195] N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 128.

[196] V. *infra* par. 6.

3.3. Le collusioni

Tra le diverse modalità realizzative del reato, la turbativa per collusione rappresenta indubbiamente una delle più problematiche.

Occorre premettere che il nostro ordinamento regolamenta il fenomeno della collusione sotto un triplice ordine di livelli di protezione: quello amministrativo, quello derivante dal diritto della concorrenza e, da ultimo, quello penale.

Il primo livello – amministrativo – esplica una funzione essenzialmente cautelare e preventiva, individuando alcuni degli elementi sintomatici del fenomeno collusivo nelle gare pubbliche.

Il secondo livello – del diritto della concorrenza – è quello sancito dall'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 con il quale il Legislatore vieta «le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante».

Il terzo livello – quello penalistico – prende in considerazione l'accordo clandestino tra i partecipanti alla gara finalizzato a influenzarne l'esito finale, ovvero la collusione quale modalità realizzativa del delitto di turbativa d'asta.

In particolare, nell'alveo di tale disposizione incriminatrice, la collusione si identifica in un accordo occulto tra privati ovvero tra un pubblico agente preposto alla gara e un privato offerente, che, operando su un piano di parità, convengono di assumere un certo comportamento per raggiungere, nell'interesse reciproco, un fine comune.

La situazione, però, è ben più complessa di quanto possa apparire, atteso che, come puntualmente sottolineato, in determinati contesti commerciali nei quali è necessario possedere *know how* qualificati e talvolta differenziati, la formazione di aggregazioni tra imprese è l'unico strumento idoneo a garantire la presentazione di offerte[197]. In altre parole, specie nelle forniture caratterizzate da elevata specializzazione del prodotto o del servizio, si correrebbe il rischio che la gara vada deserta per l'impossibilità di un singolo operatore economico di possedere tutti i requisiti richiesti dal bando.

[197] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 805.

Per tale ragione, nella prassi è frequente che più imprese decidano di cooperare allo scopo di poter competere – o di competere meglio – in occasione di gare indette per l'esecuzione di opere di particolare valore o difficoltà. A tal fine, è possibile costituire consorzi, raggruppamenti temporanei di imprese (c.d. R.T.I.)[198], oppure, ancora, un gruppo europeo di interesse economico (c.d. G.E.I.E.): si tratta, invero, di istituti predisposti dal legislatore proprio nell'ottica di dare attuazione al generale principio, di matrice euro-unitaria, del *favor partecipationis* che ispira l'intera disciplina dei contratti pubblici.

In effetti, è facilmente intuibile che, proprio in quanto normativamente previste ed anzi favorite dal legislatore in vista del maggior ampliamento possibile della platea dei potenziali concorrenti, tali forme di collaborazione non si traducono, in quanto tali, in intese collusive rilevanti a titolo di turbativa.

La questione che si pone, allora, è individuare il confine tra intese lecite, ammesse e disciplinate dalla legge, e intese illecite, potenzialmente rilevanti ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 353 c.p.

Nel complesso tentativo di individuare le condizioni in base alle quali distinguerle, in dottrina sono state avanzate diverse ricostruzioni interpretative.

Secondo un primo orientamento, risulta decisivo stabilire il momento in cui sorgono gli accordi. In tale ottica, acquistano rilievo penale solo i patti conclusi a seguito della presentazione delle offerte[199], e non anche gli accordi anteriori o contestuali a tale momento, per quanto successivi alla pubblicazione del bando di gara.

Altri Autori, invece, propongono di individuare il criterio discretivo nell'intenzione che ha mosso gli operatori[200]. Secondo tale prospettiva, quindi, il criterio temporale non è decisivo, dovendosi, piuttosto, guardare alla componente soggettiva, ovvero al

---

[198] A seconda delle concrete configurazioni, il raggruppamento temporaneo di imprese può essere di due tipi: i) «orizzontale», quando più imprese, di capacità tecniche omogenee, si accordano per eseguire un lavoro pubblico di dimensioni superiori alle capacità economiche, finanziarie e organizzative della singola impresa riunita; ii) «verticale», quando un'impresa principale, detta capogruppo o impresa- pilota, si assume il maggior carico dell'esecuzione del lavoro, svolge compiti di coordinamento delle imprese di dimensioni minori, che realizzano parti specifiche e specializzate dell'opera, collocandosi in posizione di prevalenza nell'unità organizzativa.

[199] In questi termini si sono espressi V. MORMANDO, *op. cit*., pp. 55 ss.; A. DI MARTINO, *op. cit*., p. 429; O. DI GIOVINE, *op. cit*., p. 805, che però segnala in chiave critica come simile interpretazione non abbia alcun appiglio testuale.

[200] G. RUGGIERO, *op. cit*., p. 906.

fine che muove la condotta degli operatori nella direzione di turbare, impedire o allontanare gli altri partecipanti alla competizione[201]. L'approccio soggettivista, in particolare, sembra far breccia nella giurisprudenza[202], che, in ragione del carattere segreto di tali accordi collusivi, si è talvolta accontentata di mere componenti indiziarie per ritenere integrato il reato [203].

In effetti, tale criterio non pare convincente, sia per le note difficoltà di accertamento di tale 'previo accordo doloso', sia perché si risolverebbe in una stigmatizzazione penale di un abuso del diritto: gli operatori verrebbero puniti perché utilizzerebbero una pratica commerciale consentita per finalità difformi dallo scopo tipico stessa.

Analoghe complessità emergono con riguardo ai patti limitativi della concorrenza stigmatizzati dal citato art. 2 della l. n. 287/1990. Tale disposizione normativa, in particolare, vieta le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. Vengono poi indicati, a mero titolo esemplificativo, cinque ipotesi integranti comportamenti non consentiti: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun

[201] In dottrina, peraltro, si è chiarito che per la configurabilità del reato non è necessario che all'accordo fraudolento aderiscano tutti i partecipanti alla gara e nemmeno che vi partecipi un numero apprezzabile di concorrenti posto che il reato si realizza anche quando si disturba la regolarità della gara influenzandone il risultato. Sul punto v., approfonditamente, G. LATTANZI- E. LUPO, *Codice penale, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, 2012, pp. 560 ss.

[202] Cfr. Cass., Sez. VI, 13 giugno 2018, n. 3264, ove si afferma che «Il collegamento, formale o sostanziale, tra società partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico non è di per sè sufficiente a configurare il delitto di turbata libertà degli incanti, occorrendo la prova che, dietro la costituzione di imprese apparentemente distinte, si celi un unico centro decisionale di offerte coordinate o che le imprese, utilizzando il rapporto di collegamento, abbiano presentato offerte concordate». In precedenza, in senso conforme, v. Cass., Sez. VI, 22 settembre 2016, n. 42965.

[203] Sul punto v. le attente considerazioni critiche di A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 97 e O. DI GIOVINE, *op. cit.,* p. 804.

rapporto con l'oggetto dei contratti stessi[204].

A tal riguardo, sembra anzitutto utile precisare che eventuali accordi tra partecipanti alla gara, anche se si pongono in contrasto con la legislazione *antitrust*, nonché con la disciplina civilistica che vieta i patti limitativi della concorrenza, non solo per questo rilevano ai fini penalistici[205]. Si pone, dunque, il problema di individuare il *discrimen* tra intese limitative della concorrenza 'meramente' violative della disciplina *antitrust* e quelle che invece integrano una collusione penalmente rilevante.

Anche sul punto, si ripropongono i due criteri discretivi – l'uno di ordine temporale e l'altro di ordine soggettivo – già analizzati con riferimento agli istituti di matrice pro-concorrenziale previsti dalla disciplina sui contratti pubblici. Infatti, una prima soluzione ermeneutica limita il concetto di collusione di cui all'art. 353 c.p. ai soli accordi di cartello intervenuti dopo la presentazione delle offerte. Altra posizione, invece, ritiene inconferente l'aspetto temporale del momento di conclusione dell'accordo e attribuisce rilevanza, piuttosto, all'intenzione degli operatori economici.

Dalla casista appena evidenziata emergono con evidenza le difficoltà interpretative derivanti dall'utilizzo, nella descrizione della condotta tipica, di un sintagma dal contenuto semantico alquanto oscuro, in astratto idoneo a ricomprendere tutta la vasta gamma di accordi funzionali a incidere negativamente sul regolare svolgimento della gara[206]. Così intesa, però, la nozione di collusione si rivela di tale ampiezza da risultare quasi inafferrabile e si presta a ricomprendere una casistica molto varia e disparata. Del resto, riprendendo le considerazioni della dottrina più attenta, l'elevato tasso di indeterminatezza del dato normativo rende possibile un accentuato ampliamento dei confini applicativi della norma, lasciando la determinazione delle condotte penalmente rilevanti alle contingenze del singolo processo penale, secondo un approccio «c*ase-by-case*»[207].

---

[204] In generale, sui patti limitativi della concorrenza prima dell'entrata in vigore della l. n. 287 del 1990, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, pp. 81 ss.

[205] Così, V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 53 ss.

[206] *Ibidem.* Nello stesso senso si sono espressi anche O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 804; A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 438; N. MADIA, *op. cit.*, p. 129; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 252; F. CONSULICH, *op. cit.*, p. 672; G. MARCONI, *op.cit.*, p. 367; A. SANTANGELO, *op. cit.*, pp. 96 ss.

[207] A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 102.

In effetti, la giurisprudenza ha affermato che il mezzo della collusione riguarda, in primo luogo, gli accordi preventivi intervenuti tra i partecipanti alla gara sui contenuti specifici delle rispettive offerte, diretti ad alterare il principio della libera concorrenza tra gli operatori economici che prendono parte alla gara[208]. Al contempo, nella ricostruzione giurisprudenziale, la collusione conferisce rilevanza penale anche alla condotta del preposto alla gara che fornisca a uno dei concorrenti suggerimenti e consigli, resi sulla base della propria competenza professionale ed eventualmente avvalendosi di notizie riservate, in modo da consentire al concorrente di individuare il miglior contenuto dell'offerta per aggiudicarsi la gara[209] .

D'altro canto, muovendo dalla consapevolezza che una sovra-estensione del tipo legale rischia di comprimere eccessivamente la libertà di iniziativa economica dei partecipanti alla gara, autorevole dottrina propone di utilizzare nell'interpretazione della fattispecie il principio di proporzionalità quale canone ermeneutico e, per tale via, escludere dal concetto di collusione penalmente rilevante «un rapporto tra imprese *quodam modo* pubblicizzato»[210], così come i «meri rapporti di collegamento sostanziale o formale tra imprese (come ad es. la precedente partecipazione ad una A.T.I. per la presentazione di un comune *project financing*, etc.)»[211]. Questa soluzione, invero, risulta maggiormente conforme al principio di sussidiarietà, in considerazione della circostanza che simili intese non raggiungono neanche la soglia della illiceità amministrativa.

3.4. Gli altri mezzi fraudolenti

Il reato *de quo*, come anticipato, è a forma vincolata. Tuttavia, questa conclusione è resa meno certa in ragione della presenza di una modalità generale e residuale della condotta, gli «altri mezzi fraudolenti», che presenta all'evidenza minore capacità

[208] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 4 maggio 2016, n. 24477, in cui si afferma che «la condotta di collusione consiste nell'accordo clandestino diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte, concretamente idoneo a conseguire l'evento del reato, che si configura non soltanto in un danno immediato ed effettivo, ma anche in un danno mediato e potenziale, attesa la natura di reato di pericolo della fattispecie».
[209] Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2019, n. 4113.
[210] V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica*", in *Cass. pen*., 2018, 6, pp. 2222 ss.
[211] *Ibidem.*

selettiva. In effetti, in dottrina non sono mancate voci critiche secondo cui, dietro un'apparente descrizione tassativa delle condotte incriminate, si cela, in realtà, un reato a forma libera[212].

Secondo alcuni Autori, con tale clausola generale, in grado di ricomprendere qualsiasi attività orientata a carpire la buona fede altrui mediante l'inganno, il legislatore avrebbe inteso prevenire possibili lacune repressive[213]. Così, all'indicazione – più o meno puntuale – delle altre delle altre modalità realizzative della condotta si affianca un'ipotesi residuale dai contorni assai ampi.

In dottrina, invero, non sono mancati sforzi volti a conferire effettivo contenuto a questa clausola di chiusura "ad analogia esplicita", così da individuare, con maggiore chiarezza, le attività stigmatizzate dalla sanzione penale. Al contempo, però, si è dovuto prendere atto che proprio la latitudine dell'espressione impiegata dal legislatore – ben più ampia del concetto di «artifizi o raggiri» con cui viene descritta la condotta truffaldina rilevante ai sensi dell'art. 640 c.p. – sia significativa della volontà legislativa di ricomprendere nel cono di tipicità dell'art. 353 c.p. anche comportamenti che, pur non presentando la medesima intensità decettiva che caratterizza il reato di truffa, risultino comunque caratterizzati da un'effettiva capacità fraudolenta. Si è, quindi, affermato che, ai fini dell'integrazione della fattispecie *de qua*, vanno considerate «solo e soltanto quella pur vasta schiera di comportamenti dotati di forza ingannatoria e tendenti al raggiro, che mirano a manomettere il genuino andamento della gara»[214]. Così intesa, integrano la nozione in esame «le bugie, gli artifici, le simulazioni di fatti esistenti e le dissimulazioni di fatti inesistenti in quanto azioni intrinsecamente adeguate ad agire sull'altrui psiche in modo tale da viziarne le scelte»[215].

Dal canto suo, la giurisprudenza – che, significativamente, definisce gli altri mezzi fraudolenti come categoria «alternativa alle altre condotte tipiche descritte dalla norma»[216] – ha operato un notevole ampliamento di tale locuzione, concludendo che

---

[212] Così, G. AMATO, *op. cit.*, p. 72 ove si è affermato che dietro un'apparente descrizione tassativa delle condotte incriminate si cela, in realtà, un reato a forma libera.
[213] P. VENTURATI, *op. cit.*, p. 305.
[214] N. MADIA, *op. ult. cit*., pp. 159-160.
[215] *Ibidem.*
[216] Cass. pen., Sez. VI, 29 aprile 1999, n. 9062.

essa ricomprende qualunque forma di artificio, raggiro, inganno, simulazione o mendacio ed altri inganni tali da conseguire l'effetto dell'impedimento o del turbamento della gara o da alterare il regolare funzionamento e la libera partecipazione alla gara[217].

Così ragionando, le fattispecie sussunte nell'alveo di tipicità della norma in esame spaziano all'interno di un'ampia e variegata casistica: possono costituire «altri mezzi fraudolenti» il discredito della cosa che forma oggetto della gara o dell'ente che l'ha indetta, la soppressione dei mezzi di pubblicità della gara[218], oppure la presentazione di documenti e certificazioni false[219]; oppure, ancora, la formulazione di un'offerta al ribasso rivelatasi assolutamente anomala e diretta solo a far determinare a livello minimo la cosiddetta offerta media[220].

Dunque, è possibile affermare che la capacità onnivora degli «altri mezzi fraudolenti» consente di abbracciare qualsiasi forma di anomalia che interessi la selezione competitiva.

Peraltro, se si considera che anche l'evento di turbamento non appare sufficientemente determinato, si rischia di pervenire ad un epilogo interpretativo circolare, a forte rischio di tautologia: la gara presenta una anomalia e, quindi, è automaticamente turbata; la gara è turbata per il solo fatto dell'esistenza di un'anomalia. È evidente, però, che simile cortocircuito annichilisce definitivamente gli elementi di fattispecie, sottraendo il tipo a qualsiasi vaglio di offensività (*sub specie* idoneità dell'azione).

Pertanto, non può che convenirsi con chi sostiene che la latitudine della locuzione in analisi «determini una forte caduta dell'apparente tassatività dell'elencazione

[217] Da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2015, n. 8020, ha operato un definitivo ampliamento del concetto, concludendo che «"il "mezzo fraudolento" consiste in una attività ingannatoria idonea ad alterare il regolare funzionamento e pregiudicare la libera partecipazione alla gara».

[218] Cass. pen., Sez. VI, 11 giugno 1993, n. 118.

[219] Cass. pen., Sez. VI, 21 dicembre 2007, n. 5725.

[220] Cass., Sez. VI, 25 maggio 2012, n. 2011. In senso conforme v. Cass. pen., Sez. VI, 05 aprile 2002, n. 18175; Cass. pen., Sez. VI, 29 aprile 1999, n. 9062, in cui si afferma che «l'offerta in ribasso assolutamente anomala ed economicamente del tutto ingiustificata, effettuata nella consapevolezza che essa concorre in modo del tutto prevalente a determinare a livello minimo la c.d. offerta media, idonea ad indentificare l'aggiudicatario della gara, può integrare l'artificio sufficiente ad impedire o turbare il regolare gioco della concorrenza».

legislativa»[221], contribuendo ad avvolgere i contorni della fattispecie in «una spessa coltre di indeterminatezza»[222].

4. Gli eventi alternativi previsti dalla fattispecie incriminatrice

Il «turbamento», l'«impedimento» e l'«allontanamento» costituiscono, secondo l'opinione preferibile, nonché prevalente[223], tre distinti ed alterativi eventi del reato. Pertanto, nell'accertamento del fatto tipico, non può prescindersi dalla prova del nesso causale tra una delle già analizzate condotte tipiche e una delle forme di alterazione della procedura selezionate dal legislatore.

Invero, non appare condivisibile la tesi avanzata da una parte minoritaria della dottrina che propende per l'inquadramento di tali elementi tra le condotte tipiche, delle quali violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, altro non sarebbero che mezzi esecutivi[224].

In senso contrario, sembra chiaramente deporre il testo della norma che, dopo aver tassativamente individuato – quantomeno *prima facie* – le modalità realizzative del reato, dispone su un piano di sequenza causale la verificazione di un impedimento o un turbamento della gara ovvero di un allontanamento degli offerenti, quali, per l'appunto, eventi naturalistici[225].

Chiarito tale aspetto, è possibile procedere all'accertamento del significato da attribuire ai concetti impiegati nel costrutto normativo per qualificare le singole fenomenologie di eventi tipici.

---

[221] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 807.
[222] *Ibidem.*
[223] Così, V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 71; O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 808; A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 440; N. MADIA, *op. ult. cit.*, p. 183; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 250; F. CONSULICH, *op. cit.*, p. 674; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 370; A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 102. Dal canto suo, la giurisprudenza non ha mai dubitato del ruolo di evento svolto dagli elementi in discorso. Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, 24 aprile 2013, n. 28970.
[224] P. VENTURATI, *op. cit.*, p. 305.
[225] In questo senso, S. SEMINARA, *sub Art. 353*, cit., p. 1150, il quale precisa che «se è evidente l'estraneità alla fattispecie di qualsiasi profitto legato all'esito della gara, l'impedimento, il turbamento e l'allontanamento degli offerenti – seppure finalisticamente proiettati su un ulteriore risultato – sono tipizzati come conseguenze della condotta e pertanto costituiscono l'evento del reato».

4.1. L'impedimento

In primo luogo, viene in rilievo l'evento di «impedimento» della gara, che appare certamente connotato da una ben definita oggettività naturalistica, realizzandosi quando la gara non può effettuarsi perché è andata deserta[226].

In realtà, non sono mancati Autori che hanno ritenuto configurabile tale evento anche in presenza di una sospensione temporanea della procedura di gara[227]. Tale impostazione, tuttavia, non appare condivisibile, atteso che il termine impedimento presenta un preciso significato, che di certo non comprende una situazione di stasi momentanea, riferendosi, piuttosto, a situazioni in cui si realizzi una paralisi definitiva dell'*iter* amministrativo.

In questa prospettiva, come è stato attentamente osservato[228], un eventuale arresto del procedimento che non sfoci poi in una paralisi definitiva dello stesso può, al più, integrare il differente evento di «turbamento» della gara, del resto così generico da ricomprendere una moltitudine eterogenea di situazioni.

4.2. Il turbamento

Se l'impedimento si sostanzia in un accadimento di agevole individuazione sul piano naturalistico, maggiori difficoltà si pongono in relazione al «turbamento», evento indubbiamente meno afferrabile, che «ammette una serie infinta di sfumature che ne dissolvono i contorni»[229].

---

[226] Cass. pen., Sez. VI, 16 aprile 1991, n. 9845; Cass. pen., Sez. VI, 8 maggio 1998, n. 8843*;* Cass. pen., 12 febbraio 1999, Catalano ed altro, in *Guida dir.*, 1999, n.30, p. 114.

[227] Così, esplicitamente, S. RICCIO, voce *Incanti*, cit., p. 492; G. RUGGIERO, voce *Incanti*, cit., p. 907 ha ritenuto che l'interruzione debba persistere per un apprezzabile lasso di tempo; R. ROSSI, *Considerazioni*, cit., p. 439. Analogamente, V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 77 il quale ha ravvisato un'ipotesi di impedimento nella temporanea sospensione di una gara, finalizzata a organizzare la rinunzia di alcuni concorrenti; A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., Pt. spec., I, p. 530; S. SEMINARA, *Sub Art. 353 c.p.*, cit., p. 855; A. DI MARTINO, *I delitti*, cit., p. 440; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto*, cit., *Pt. spec*., vol. I, p. 325. Nella medesima direzione sembrano implicitamente porsi V. MANZINI, *Trattato*, cit., vol. V, p. 584; O. CAMPO, *Sul delitto*, cit., p. 281, laddove hanno affermato che per impedimento si intende qualsiasi restrizione, anche temporanea, della libera concorrenza.

[228] N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 201.

[229] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 808.

Già a prima vista, il concetto di turbamento assume una consistenza alquanto vaga e generica[230]. Invero, si tratta di un termine il cui nucleo semantico risulta tanto indeterminato da rendere ascrivibili al suo interno una vasta e indeterminata tipologia di avvenimenti[231]. Infatti, com'è stato affermato, nel suo perimetro ben potrebbe essere esservi ricompreso «qualsiasi evento che, in generale, abbia disturbato la procedura di gara»[232].

In effetti, in dottrina e giurisprudenza si è concordi nel ritenere che locuzione in esame, in linea generale, sia in grado di comprendere qualsiasi forma di alterazione del normale svolgimento della gara.

Tuttavia, si è fatto giustamente rilevare che tale esito interpretativo si riduce a una mera parafrasi del concetto semantico di riferimento, generando così un ragionamento intrinsecamente tautologico. Turbare e alterare, invero, sono concetti che si equivalgono e, come tali, l'utilizzo dell'uno nella spiegazione dell'altro nulla aggiunge in termini di maggiore chiarezza[233].

Tale corrente esegetica, pertanto, propone di trascendere dall'analisi del mero dato linguistico, valorizzando, piuttosto, la funzione interpretativa del bene giuridico[234] per

---

[230] Sul problema dei termini indeterminati o elastici, v. G. GRASSO, *Il principio del «nullum crimen sine lege» nella Costituzione italiana*, Milano, 1971, pp. 154 ss.; A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 694 ss. In generale, sul problema della vaghezza delle espressioni linguistiche impiegate in ambito giuridico, v. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 3 ss.

[231] In argomento, v. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo di legge*, Milano, 2006, p. 75, ove si osserva come un termine risulti vago dal punto di vista semantico allorché nel linguaggio comune possieda più di un significato.

[232] Così N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., p. 3. Sul punto v. anche O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., p.808; N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., pp. 189 ss.; G. DONATI, *La turbata libertà degli incanti*, cit., p. 216; A. SANTANGELO, *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, cit., p. 265.

[233] N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., p. 192.

[234] Numerosi autori hanno sottolineato la funzione dogmatico-interpretativa del bene giuridico. Senza pretese di esaustività, si v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Pt. gen.*, cit., pp. 196 ss.; L. STORTONI, *Introduzione alla parte speciale*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, in G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI (a cura di), Torino, 2006, pp. 439 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, pp. 398 ss., il quale ha evidenziato l'importanza di un'interpretazione teleologica per definire termini con contenuti eccessivamente ampi, segnalando un «circolo ermeneutico» tra interpretazione testuale e teleologica. Anche E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici, teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, p. 168 e pp. 181 ss., ha ribadito l'importanza della dimensione teleologica nell'interpretazione giuridica, specialmente per chiarire il significato di termini vaghi o ambigui.

tracciare con maggiore precisione il significato da attribuire al termine turbamento nel tessuto dell'art. 353 c.p.[235]

In tale prospettiva, si afferma che il turbamento si configura unicamente in presenza di un atto che, alterando le condizioni che si sarebbero verificate in assenza di interferenze sulla libertà di concorrenza, ponga in pericolo l'aspettativa della pubblica amministrazione di pervenire a una contrattazione equa e vantaggiosa[236]. In altri termini, non è sufficiente compromettere il regolare svolgimento della gara, ma è necessario che da tale comportamento derivi un'aggressione alle regole della concorrenza.

Tuttavia, gli apprezzabili sforzi profusi in dottrina – nel tentativo di attribuire contorni maggiormente definiti ad un concetto così elastico e indeterminato – non sembrano riuscire a superare le difficoltà di perimetrazione dello stesso; il che nella prassi si traduce, non di rado, in un ampliamento della portata applicativa della fattispecie in analisi. Infatti, come si è attentamente rilevato[237], la giurisprudenza ha potuto operare con una certa libertà nella valutazione dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 353 c.p., considerando sufficiente, ai fini della configurazione del reato, non la concreta alterazione dell'esito della gara, ma la mera influenza sulla regolarità della procedura selettiva, che ben può manifestarsi in un generico «sviamento del regolare svolgimento della gara tale da determinarne uno sviluppo anomalo»[238].

4.3. L'allontanamento degli offerenti

L'ultimo degli eventi tipizzati dell'art. 353 c.p. consiste nell'allontanamento degli offerenti.

In dottrina, non è mancato chi ha ritenuto che, in realtà, l'«allontanamento» non sia altro che una specificazione degli altri due eventi[239]. In particolare, si è affermato che,

---

[235] In questa prospettiva interpretativa v. G. MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., vol. II, Pt. spec., Tomo I, p. 234; C. SALTELLI - E. ROMANO - DI FALCO, *Commento*, cit., vol. III, p. 310; S. RICCIO, *voce Incanti*, cit., p. 492; O. CAMPO, *Sul delitto*, cit., p. 281; A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., Pt. spec., I, p. 530; S. VINCIGUERRA, *I delitti*, cit., pp. 413 ss.; S. SEMINARA, *Sub Art. 353 c.p.*, cit., p. 855. G. RUGGIERO, voce *Incanti*, cit., p. 907; V. MANZINI, *Trattato*, cit., vol. V, p. 584.

[236] N. MADIA, *op. ult. cit.*, p. 193.

[237] E. PENCO, *op. cit.*, p. 76.

[238] Cass. pen., Sez. II, 23 giugno 2016, n. 43408.

[239] S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 413.

nel caso in cui vi sia un unico offerente, il suo allontanamento costituirebbe una forma di «impedimento» della gara, lasciandola deserta; se, invece, il numero degli offerti risulti semplicemente ridotto, si configurerebbe una specifica ipotesi di «turbamento». Tale osservazione non è condivisa dall'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza. Invero, si muove dalla costatazione per cui il legislatore ha espressamente contemplato questo terzo evento nella costruzione della fattispecie tipica e, quindi, gli abbia voluto conferire un rilievo autonomo, sicché l'allontanamento dovrebbe ritenersi integrato anche quando non abbia prodotto effetti sullo svolgimento dell'*iter* procedurale[240].

Prima di esaminare le questioni interpretative che si sono poste in relazione a tale sintagma normativo, sembra opportuno effettuare un preliminare chiarimento: il concetto di allontanamento, nell'ambito della disposizione normativa in analisi, non designa unicamente l'azione di chi induce altri ad abbandonare il luogo ove si tiene la gara oppure a non recarsi nello stesso, ma abbraccia altresì tutte le situazioni in cui, attraverso le modalità di condotta analizzate, si distolgano gli altri concorrenti dal partecipare alla gara. La dottrina, infatti, ha giustamente fatto rilevare che il concetto di allontanamento, in quanto correlato alla espressione «gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private», prescinde da qualsiasi profilo di ordine spazio-temporale[241]. Esso, piuttosto, si riferisce a tutte le situazioni in cui si realizzi un'illegittima induzione degli interessati a non partecipare a una gara oppure a non proseguire nelle attività che la gara richiede[242].

Se con riguardo al significato del termine allontanamento v'è unanimità di vedute, non altrettanto può dirsi con riferimento alla nozione di offerenti.

Nonostante il d.lgs. 36/2023, c.d. codice dei contratti pubblici, specifichi espressamente che per «offerente» debba intendersi «l'operatore economico che ha presentato un'offerta»[243], la dottrina non è concorde sul significato da attribuirvi nel

[240] A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., Pt. spec., I, p. 531.
[241] N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 204.
[242] Così, V. MANZINI, *Trattato*, cit., vol. V, p. 584; S. RICCIO, *Delitti*, cit., p. 626; ID., voce *Incanti*, cit., p. 492; R. ROSSI, *Considerazioni*, cit., p. 440; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto*, cit., Pt. spec., I, p. 325; P. VENTURATI, voce *Incanti*, cit., p. 306.
[243] Art. 3, comma 1, lett. *cc)*, ma già prima tale definizione era presente nell'art. 3, comma 23, del d.lgs. 163/2006.

contesto della disposizione dell'art. 353 c.p. Ai fini penali, v'è soltanto un profilo di certezza: nonostante il legislatore si esprima al plurale, anche l'estromissione di un solo offerente integra l'evento della fattispecie[244].

In particolare, c'è chi definisce gli offerenti in senso dinamico, guardando al ruolo che essi svolgeranno nella gara: tali sono coloro che hanno fatto o stiano per fare un'offerta di partecipazione alla gara[245]. Altri Autori, invece, ritengono che gli offerenti siano anche coloro che hanno la seria intenzione e la possibilità di partecipare alla gara[246]. Altri ancora, in maniera più rigorosa e coerente alla nozione fornita dalla disciplina extra-penale di riferimento, fanno rientrare nella categoria degli offerenti solo coloro che abbiano già presentato la loro offerta[247]. Nella prassi, però, è ipotizzabile il distoglimento di soggetti che ancora non hanno maturato l'intenzione di partecipare alla gara, e non pare ragionevole escludere dal perimetro della tipicità simili condotte. D'altro canto, anche coloro che accedono a una nozione più ristretta di tale lemma, facendolo coincidere con chi abbia già depositato l'offerta, sottolineano che l'illegittimo allontanamento di offerenti soltanto potenziali possa comunque essere rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 353 c.p., attraverso l'ampio concetto di «turbamento» o, a seconda delle circostanze, di «impedimento»[248].

Altro profilo dibattuto in dottrina attiene, poi, all'applicabilità della disposizione in oggetto nei casi in cui la condotta illecita sia stata perpetrata nei confronti di un soggetto privo dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando per la partecipazione alla gara[249]. Alcuni Autori la escludono, ritenendo che in tali casi difetterebbe l'offensività in concreto. Se, infatti, la previsione incriminatrice è posta a presidio dell'interesse pubblico al regolare svolgimento della gara, tale interesse non viene leso dall'allontanamento di un soggetto che non sia legittimato a parteciparvi[250].

---

[244] Hanno chiarito come anche l'estromissione di un solo offerente integri l'evento di allontanamento di altri offerenti V. MANZINI, *Trattato,* cit., vol. V, p. 584; R.M. LOMBARDI, voce *Incanti*, cit., p. 323; S. RICCIO, voce *Incanti*, cit., p. 492; V. MORMANDO, *La tutela,* cit., pp. 79 ss.

[245] G. FIANDACA- E. MUSCO, *op. cit.*, p. 315; G. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 906.

[246] S. RICCIO, *Delitti*, cit., p. 626; A. PAGLIARO- M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, p. 531; V. MANZINI, *Trattato,* cit., vol. V, p. 584.

[247] N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 207. Nello stesso senso si era già espresso V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 78 ss.

[248] *Ivi*, p. 208.

[249] Ci si riferisce, in particolare, ai requisiti di idoneità tecnica, professionale ed economica richiesti dal d.lgs. 36/2023.

[250] M. ROMANO, *op. cit.*, p. 194; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 413.

Altri, invece, ritengono che debbano essere inclusi nel novero degli offerenti anche i soggetti incapaci o giuridicamente inidonei, almeno finché non sia intervenuto un provvedimento di esclusione, poiché ciò che rileva, ai fini della sussumibilità del fatto di allontanamento nell'ipotesi di reato di cui all'art. 353 c.p., è l'ammissione alla partecipazione alla gara[251].

A questa posizione sembra aderire anche la giurisprudenza, che è unanime nell'attribuire un significato ampio al termine offerenti, ritenendo che possano qualificarsi come tali tutti coloro che abbiano partecipato alla gara o che si apprestino a farlo, nonché chi abbia la possibilità e l'intenzione di parteciparvi, pur non essendo in possesso dei requisiti a tal fine richiesti[252].

4.4. L'evento in senso giuridico: reato di danno o di pericolo?

Una volta ricostruiti i significati che dottrina e giurisprudenza attribuiscono agli eventi naturalistici descritti dalla norma incriminatrice, è possibile comprendere la qualificazione della fattispecie in termini di reato di pericolo concreto.

Come chiarito a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità[253], ai fini della configurazione del reato non è necessario che l'azione tipica determini un'aggiudicazione illegittima. Piuttosto, «è sufficiente anche solo che essa produca un "danno mediato e potenziale", costituito dalla semplice "idoneità" degli atti ad influenzare l'andamento della gara, senza che sia necessario quindi dimostrare un'effettiva alterazione dei suoi risultati»[254].

Tuttavia, occorre considerare che i tre eventi alternativamente scolpiti dal legislatore – impedimento, allontanamento e turbativa – presentano significative differenze strutturali, tali da suggerire anche la possibilità di una loro differente qualificazione in termini di offensività. D'altro canto, la ricostruzione in termini di reato di pericolo

[251] A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, p. 528.
[252] Da ultimo, sebbene in un *obiter dictum*, anche Cass., Sez. Un., 28 marzo 2024, n.30016.
[253] *Ibidem*.
[254] Cass. pen., Sez. VI, 23 gennaio 2019, n. 10272. In precedenza, in senso conforme, Cass. pen., Sez. VI, 23 giugno 2016, n. 43408; Cass. pen., Sez. VI, 11 marzo 2013, n. 12821. Da ultimo, la qualificazione in termini di reato pericolo concreto è stata avallata anche da Cass., Sez. Un., 28 marzo 2024, n. 30016.

o di danno, come è noto, dipende dal bene giuridico che si ritiene tutelato dal delitto di turbativa.

Invero, ove si aderisse ad una ricostruzione dell'oggettività giuridica maggiormente spostata sul crinale soggettivo della concorrenza[255], sia l'evento di allontanamento che quello di impedimento si apprezzerebbero in termini di danno al bene protetto, mentre il turbamento si arresterebbe alla soglia del pericolo (concreto).

A diverse conclusioni addiviene, invece, l'orientamento che individua nella concorrenza un bene di natura strumentale, oggetto di tutela immediata, rispetto al buon andamento della P.A., degradato a finalità ultima della previsione incriminatrice e, in quanto tale, estraneo al perimetro di offesa della fattispecie. In questa prospettiva, ciascuno dei tre eventi tipici rappresenterebbe un danno al bene giuridico della libertà di concorrenza, mentre la verificazione di un pregiudizio al buon andamento della P.A. esulerebbe dall'accertamento giudiziale dell'offensività in concreto della condotta[256].

5. La natura giuridica dei capoversi dell'art. 353 c.p.

In dottrina non vi è unanimità di vedute in ordine alla natura giuridica del primo capoverso dell'art. 353 c.p., che, nel disciplinare il caso in cui il reato di turbativa d'asta sia commesso da una «persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette», prevede un compasso sanzionatorio diverso da quello enunciato nel comma precedente.

Alcuni Autori sostengono la natura di fattispecie autonoma di reato[257], mentre l'opinione maggioritaria e preferibile afferma si tratti di una circostanza aggravante speciale della figura-base delineata nel primo comma[258].

---

[255] Individuano l'oggettività giuridica tutelata dall'art. 353 c.p. nella libertà di partecipazione alla gara G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*., vol. I, Bologna, 2012, p. 331, i quali, tuttavia, riconoscono che la norma tutela, seppur in via mediata, anche la libertà di concorrenza. *Funditus* su questa posizione *supra* cap. I par. 3.2.

[256] Così N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., p. 43.

[257] S. RICCIO, *op. cit.*, p. 494; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 417.

[258] Così, N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 218; V. MORMANDO, *op.cit*., p. 86; V. MANZINI, *op. cit.*, p. 587; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 255; A. PAGLIARO- M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, p. 534; O. DI GIOVINE, *op. cit*., p. 839. In senso conforme in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 18 luglio 2019, n. 51126; Cass. pen., Sez. VI, 24 aprile 2007, n. 18310, ove si è chiarito che «L'aggravante prevista dall'art. 353, comma secondo, cod. pen. ha natura di circostanza speciale che, rientrando tra quelle concernenti le qualità

Invero, com'è noto, può parlarsi di circostanza aggravante solo in presenza di un rapporto di specialità con la figura del reato semplice[259]. Nel caso in esame, questa condizione esiste, poiché la disposizione in oggetto introduce un inasprimento di pena quando tra gli agenti figura il preposto alle gare, considerato *species* di un genere più ampio definito nel primo comma come «chiunque». Tuttavia, il rapporto di genere a specie, sebbene necessario, non è sufficiente per stabilirne la natura di circostanza aggravante, poiché esso ben può esistere anche tra figure autonome di reato. Pertanto, la risoluzione del problema interpretativo richiede l'applicazione di indici esegetici ulteriori, qualificati anche come «ausiliari»[260], i quali, pur non possedendo valore univoco se considerati singolarmente, possono fornire, ove valutati nel loro complesso, un'utile guida nella ricostruzione della *voluntas legis*[261].

Il primo criterio, di natura topografica, tende a inferire l'esistenza di un elemento circostanziale dalla collocazione della disposizione sotto la stessa rubrica dell'ipotesi base e non, invece, in un articolo autonomo.

Il secondo criterio, di matrice strutturale e valorizzato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella nota sentenza «Fedi»[262], valorizza le modalità di redazione del precetto primario. Quando una fattispecie è delineata tramite rinvio a un fatto-reato tipizzato in altra disposizione, senza una descrizione compiuta dei suoi elementi costitutivi, si è propensi a considerarla come una circostanza.

---

personali del colpevole e non tra quelle inerenti alla persona del colpevole, non è soggetta al regime di cui all'art. 118 cod. pen., bensì a quello ordinario previsto dall'art. 59, comma secondo, stesso codice, sicché essa si comunica al correo, se da costui conosciuta o ignorata per colpa».

[259] Sul punto, R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato,* Roma, 1936, pp. 184 ss.; A. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato,* in *Enc. dir*., vol. VII, Milano, 1960, p. 67; L. CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Arch. pen*., 1974, I, pp. 345 ss.; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato,* Milano, 1988, pp. 26 ss.; ID., *Le circostanze del reato,* in AA.VV., *Introduzione* cit., vol. II, p. 280; A. CADOPPI -P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 381; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, p. 526; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale.* Torino, 2008, p. 422; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2008, pp. 405 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008, pp. 246 ss.; ID., voce *Circostanze del reato,* in *Dig. disc. pen*., Vol. II, Torino, 2002, p. 192.

[260] G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*., Bologna, 2009, p. 422.

[261] Sui diversi criteri utilizzabili per stabilire se ci si trovi in presenza di un reato circostanziato ovvero di una figura autonoma di reato cfr. G. MARINUCCI- E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, pp. 663 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale Parte generale,* Padova, 2011, p. 405; A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO**,** *Principi,* cit*, Pt. gen.,* p. 464; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 248 ss.

[262] Cass., Sez. Un., 26 giugno 2002, Fedi, in *Cass. pen*., 2002, con nota di A. ARIOLLI, *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche è una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p.*

Dalla combinazione di questi due criteri, unitamente al già accertato rapporto di specialità tra il primo e il secondo comma dell'art. 353 c.p., si può concludere che il legislatore ha inteso definire un'ipotesi circostanziale, specificamente una circostanza aggravante[263].

Da un lato, infatti, la disposizione in esame è inserita sotto la medesima rubrica della figura base; dall'altro, il fatto-reato punito nel secondo comma dell'art. 353 c.p. è stato costruito *per relationem*, attraverso un mero rinvio alla fattispecie base.

Meno problematica, invece, si presenta la natura della fattispecie prevista dal secondo capoverso dell'art. 353 c.p., che è pacificamente ritenuta essere una figura autonoma e attenuata di reato. Come si è detto, infatti, precondizione essenziale per configurare una circostanza è la sussistenza di un rapporto di specialità tra i fatti descritti nei diversi paradigmi normativi.

Il terzo comma dell'art. 353 c.p., però, si riferisce specificamente alle turbative che si verificano nelle licitazioni private indette da soggetti privati, distinguendosi pertanto dalle procedure organizzate dalla pubblica amministrazione menzionate nel primo comma. In entrambe le disposizioni, il legislatore fa riferimento a una tipologia specifica di soggetti interessati, e nessuna delle due classi si include nell'altra. Di conseguenza, mentre condividono un nucleo comune rappresentato dal fatto di turbativa, ciascuna norma presenta un elemento sostitutivo dell'altro.

L'art. 353, comma terzo, c.p., dunque, identifica un illecito distinto da quello delineato nel primo comma, costituendo un titolo autonomo di reato e non una circostanza attenuante[264].

6. Consumazione e tentativo

Il delitto di turbata libertà degli incanti si consuma nel momento e nel luogo in cui si verificano l'impedimento, il turbamento della gara o l'allontanamento di uno o più

[263] N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 221.

[264] In questi termini, N. MADIA, *op. ult. cit*., pp. 226 ss.; V. MANZINI, *op. cit.*, p. 588; G. PECCHIAI, voce *Turbata libertà degli incanti*, in *Enc. for*., vol. VII, Milano, 1959, p. 744; A. SANTORO, *Manuale*, cit., vol. II, p. 390; S. RICCIO, *Delitti*, cit., p. 631; ID., voce *Incanti*, cit., p. 494; S. RANIERI, *Manuale*, cit., vol. II, Pt. spec., p. 319; G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, p. 327; A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 442; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 417. *Contra*, R.M. LOMBARDI, voce *Incanti*, cit., p. 324; F. GRISPIGNI, *I delitti*, cit., p. 335.; A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, p. 534.

offerenti.

Nondimeno, come già visto, in quanto norma a più fattispecie (o norma mista alternativa), l'eventuale commissione di plurimi fatti di turbativa in un'unica procedura di gara può spostare in avanti il momento consumativo allorché si determini un maggiore approfondimento dell'offesa[265].

Trattandosi di delitto di evento, il tentativo è astrattamente configurabile. Tuttavia, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, è necessario che la procedura di gara abbia avuto effettivamente inizio. Di contro, nell'ipotesi in cui alla commissione di una delle condotte tipizzate dalla norma non faccia seguito la pubblicazione di un bando di gara e, quindi, l'avvio della stessa procedura selettiva, non è ipotizzabile la configurabilità del reato di cui all'art. 353 c.p., nemmeno nella forma del tentativo, risultando carente il presupposto oggettivo per la realizzazione delle condotte previste dalla norma incriminatrice[266].

In particolare, la giurisprudenza ha ritenuto integrato un tentativo punibile *ex* artt. 56 e 353 c.p. nel caso in cui venga effettuata un'offerta di denaro al fine non equivoco di indurre altri a non partecipare ad un'asta, allorché l'offerta venga respinta o comunque non si verifichi l'astensione dall'asta[267].

In termini del tutto analoghi si è espressa la dottrina, che ritiene configurabile il tentativo sia nel caso in cui venga fatta un'offerta al fine non equivoco di indurre gli altri a non partecipare alla gara e la stessa venga respinta[268]; sia nell'ipotesi di chi offre denaro o utilità, o li promette, ma non riesce ad ottenere l'astensione dalla gara perché l'altro rifiuta il compenso o, pur ricevendo il denaro o l'utilità (oppure accettando la promessa), in concreto non si astiene[269].

Inoltre, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, configura un tentativo di turbativa d'asta anche la mera proposta di stipulazione di un accordo collusivo. Ad

---

[265] A. DI MARTINO, *I delitti*, cit., p. 442; G. MARCONI, *op. cit*., pp. 436-427; A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., *Pt. spec*., I, p. 535 ove si è notato che la pluralità dei fatti di turbativa, se non esclude l'unicità del reato, può incidere sul suo momento consumativo, spostandolo in avanti; E. ZUFFADA, *sub Art. 353*, in E. DOLCINI- G. GATTA (a cura di), *in Codice penale commentato*, Tomo II, Milano, 2021, p. 1401.

[266] Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2009, n. 11005. Più di recente, il principio di diritto è stato ribadito da Cass. pen., Sez. V, 11 maggio 2016, n. 25091.

[267] Cass. pen., Sez. VI, 16 giugno 2018, n. 34948; Cass., Sez. VI, 03 dicembre 2010, n. 44497.

[268] G.FIANDACA- E.MUSCO, *op. cit.*, p. 317.

[269] A. PAGLIARO, *op. cit*., p. 463; M.ROMANO, *op. cit.*, pp.197 e 204.

avviso della Suprema Corte, infatti, «Integra il tentativo del reato di turbativa d'asta, ai sensi degli artt. 56 e 353 cod. pen., la condotta di colui che proponga ad un concorrente, senza che questi accetti, di formulare un'offerta di comodo, offrendo in cambio di fare altrettanto in un'altra gara di imminente indizione alla quale il concorrente è interessato, in modo da garantire ad entrambi di risultare aggiudicatari in ciascuna delle due gare»[270].

Allo stesso modo, la giurisprudenza si è espressa nel senso dell'ammissibilità del tentativo anche per l'ipotesi in cui la collusione intervenga – come nel caso di presentazione, in occasione di una gara d'appalto, di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale da parte di imprese formalmente o sostanzialmente collegate tra loro –, ma gli interessati siano esclusi dalla competizione[271].

7. Rapporti con altri reati

Le plurime e strutturalmente differenti modalità di realizzazione della condotta tipica – che vanno dall'uso di forza fisica e morale alla frode e alla blandizia – rendono frequente la sovrapposizione della fattispecie in esame con altre figure di reato.

In linea generale, si possono paventare interferenze sia con altri delitti contro la pubblica amministrazione (ad esempio la corruzione), con delitti contro l'industria e il commercio (si pensi all'illecita concorrenza con minaccia o violenza), sia con delitti contro la persona (lesioni, percosse, violenza privata), sia, infine, con delitti contro il patrimonio (estorsione e truffa).

L'ampiezza della casistica rende particolarmente insidiosa la trattazione, che già sconta le croniche incertezze che accompagnano la materia del concorso apparente di norme, fortemente debitrice dei criteri che si intendono utilizzare per la sua affermazione in luogo del concorso di reati[272].

Ai fini del presente lavoro, pertanto, si reputa opportuno muovere dalla posizione

[270] Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno, n. 34948. In senso contrario, come anticipato, si esprime la dottrina, che sostiene l'irrilevanza penale della mera proposta (v. *supra* par. 3.2).

[271] Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2015, n. 8021, in cui si è affermata la configurabilità del delitto tentata turbativa d'asta «in quanto l'esclusione impedisce che la condotta collusiva influenzi positivamente l'esito finale della gara e causi la verificazione dell'evento tipico del reato».

[272] In argomento, si v. tra tutti, F. PALAZZO, *Corso* cit., Pt. gen., pp. 556 ss. e A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in AA.VV., *Introduzione* cit., vol. II, p. 388.

della giurisprudenza, segnalando di volta in volta eventuali profili di criticità nelle conclusioni prese.

In particolare, la giurisprudenza ha ritenuto configurabile – in spregio alle indicazioni nomofilattiche che impongono di espungere criteri valutativi dall'indagine sul concorso di norme[273] – il concorso formale tra il delitto di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p. e quello di turbata libertà degli incanti[274], affermando che «il primo protegge l'interesse dell'Amministrazione alla fedeltà e alla onestà dei funzionari e, dunque, i principi di corretto funzionamento, buon andamento e imparzialità nell'amministrazione della cosa pubblica; il secondo protegge la libertà di partecipazione alla gara e la regolarità formale e sostanziale del suo svolgimento»[275].

Oltre a speculare sulle differenze tra i beni oggetto di protezione da parte delle due incriminazioni, si è affermato che a sostegno del concorso deporrebbe anche un argomento sistematico proveniente dal testo dell'art. 319-*bis* c.p. Tale ultima disposizione prevede una aggravante speciale per il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio se il fatto «ha per oggetto [...] la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene [...]». Ebbene, nel ragionamento della Suprema Corte, l'ipotesi del concorso apparente di norme in favore del delitto di cui all'art. 353 c.p. tradirebbe la coerenza del sistema. Infatti, da un lato, il legislatore avrebbe previsto una pena più severa per la specifica ipotesi di corruzione avente ad oggetto la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione a cui il pubblico ufficiale appartiene; dall'altro, però, avrebbe ritagliato una sottofattispecie sottoposta alla più lieve disciplina sanzionatoria di cui all'art. 353 c.p. per l'ipotesi in cui l'illecita dazione costituisca il compenso del pubblico agente per interferire o aver interferito nella procedura relativa a quelli che

[273] È noto, infatti, che mentre in dottrina si ritengono utilizzabili per la soluzione del concorso apparente di norme anche i criteri, di natura valoriale, della sussidiarietà e dell'assorbimento, l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità ritiene che l'unico criterio utilizzabile sia quello di specialità, normativamente previsto all'art. 15 c.p. e, quindi, conforme al principio di legalità (cfr. sul punto Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164).

[274] Anche parte della dottrina afferma la configurabilità del concorso di reati ogniqualvolta il fatto sia commesso con doni o promesse – di denaro o altra utilità – per convincere il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, preposto alla gara, a condizionarne l'esito. Per questa posizione, si v. O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 843, nonché G. MARCONI, *op. cit.*, p. 318.

[275] Cass. pen., Sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 17586.

tra questi contratti sono preceduti da una gara pubblica, e che, generalmente, sono di maggior importanza economica.

La soluzione del concorso di reati è sì condivisibile, ma andrebbe impostata precisando due ulteriori aspetti.

In primo luogo, dovrebbe accordarsi valenza decisiva non già al criterio meramente valutativo connesso al bene giuridico protetto, quanto piuttosto alla differenza strutturale tra le fattispecie. Infatti, la corruzione si presenta come reato a concorso necessario, mentre nella turbativa il legislatore descrive un fatto monosoggettivo nel quale il destinatario della condotta tipica potrebbe assumere il ruolo di vittima (se la condotta prescelta fosse di violenza, minaccia o prevedesse il ricorso alla frode in suo danno). Inoltre, la corruzione *ex* art. 319 c.p. è un reato di mera condotta, mentre quello *ex* art. 353 c.p. prevede tra gli elementi costitutivi più eventi naturalistici alternativi. Infine, la fattispecie corruttiva tipizza una condotta specifica – la conclusione di un accordo sinallagmatico avente ad oggetto lo scambio tra il compimento di un atto contrario ai doveri dell'ufficio e la dazione di denaro o altra utilità – rispetto alle molteplici modalità realizzative previste, invece, dall'art. 353 c.p. In questo senso, le due fattispecie si pongono in rapporto di specialità reciproca: la corruzione è speciale per specificazione rispetto alla condotta tipica, mentre la turbata libertà degli incanti è ipotesi speciale per aggiunta con riferimento agli eventi di turbamento, impedimento e allontanamento.

In secondo luogo, anche per valorizzare la previsione della circostanza aggravante di cui all'art. 319-*bis* c.p., sarebbe preferibile ritenere che non ogni accordo sinallagmatico volto a condizionare l'esito della gara dia luogo ad un concorso tra i due reati. Invero, affinché si possa configurare tale concorso, è necessario che la fattispecie concreta presenti gli elementi costitutivi di entrambe le previsioni incriminatrici. Ciò avviene solo nei casi in cui attraverso il *pactum sceleris* il privato ottenga che il preposto turbi lo svolgimento della gara, la impedisca o ne allontani gli offerenti. Si faccia il caso, per esemplificare rispetto all'evento di turbamento, dell'accordo corruttivo che abbia ad oggetto l'indebita sostituzione di una offerta già presentata ovvero la riapertura dei termini per presentarla. La soluzione dovrebbe, invece, essere diversa se il privato corrompesse il preposto affinché questi preferisca

in ogni caso la sua offerta, in spregio ai criteri che governano l'aggiudicazione. In questa ipotesi, non si verifica alcuno degli eventi previsti dall'art. 353 c.p. e, in particolare, non sussiste un turbamento della gara, atteso che questo va inteso non come condizionamento degli esiti della selezione competitiva, quanto piuttosto come causazione di un anomalo svolgimento dell'*iter* procedurale. Pertanto, dovrebbe ritenersi configurato solo il delitto di corruzione, a cui andrebbe applicato l'aggravamento di pena previsto dall'art. 319-*bis* c.p.

Quanto, invece, ai rapporti con i delitti contro la persona, non si pongono particolari problematiche rispetto alle fattispecie contro l'integrità fisica. È, infatti, ragionevole affermare la sussistenza del concorso di reati, qualora la violenza esercitata determini l'insorgenza di una malattia; del pari, può sicuramente ipotizzarsi l'assorbimento della fattispecie di percosse in quella di cui all'art. 353 c.p., in forza della previsione del comma 2 dell'art. 581 c.p.

Più complessi i rapporti con il delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. Infatti, nonostante *prima facie* il delitto di turbativa appaia prevalente per specialità unilaterale – data dalla particolarità del *facere* a cui mira la condotta violenta e dal contesto in cui essa si realizza –, autorevole dottrina ravvisa un rapporto di specialità reciproca tra le due fattispecie, concludendo per la configurabilità di un concorso di reati[276]. Invero, in questa prospettiva, anche la violenza privata sarebbe speciale per aggiunta, in ragione dell'elemento costitutivo della costrizione, testualmente assente nella formulazione dell'art. 353 c.p.[277].

Con riguardo, poi, ai delitti contro l'industria e il commercio, la giurisprudenza ha riconosciuto il concorso formale con il delitto di cui all'art. 513-*bis* c.p. nel caso dell'imprenditore che costringa, con violenza e minaccia, altri operatori economici a non partecipare a gare pubbliche[278]. Cionondimeno, la dottrina, pur riconoscendo l'eterogeneità strutturale tra le due fattispecie, ritiene che possa operare il criterio della sussidiarietà, atteso che il delitto *ex* art. 513-*bis* c.p. tutela in modo più intenso il medesimo bene giuridico – la libertà di concorrenza – presidiato dalla turbata libertà

[276] V. MUSACCHIO, *op. cit.*, p. 547; R. ROSSI, *op. cit.*, p. 567.
[277] N. MADIA, *op. ult. cit.*, p. 276.
[278] Cass. pen., Sez. II, 26 marzo 2015, n. 15781. Sull'estensione della nozione di "atti di concorrenza" nell'art. 513-*bis* c.p., cfr. Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n.13178.

degli incanti, sebbene quest'ultima consideri tale oggettività giuridica nella peculiare prospettiva pubblicistica[279].

Venendo al rapporto tra la fattispecie in esame e altri delitti contro il patrimonio, è stato ammesso il concorso formale con il reato di truffa *ex* art. 640 c.p., anche nella forma aggravata di cui all'art. 640-*bis* c.p., facendo leva sia sulle distinte oggettività giuridiche protette - l'uno essendo rivolto alla difesa del regolare svolgimento delle gare e l'altro alla tutela della integrità patrimoniale del soggetto passivo – sia sulla diversità degli elementi costitutivi[280].

Maggiormente controversi, invece, i rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e il delitto di estorsione di cui all'art. 629 c.p., tanto da richiedere l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, proprio di recente, si sono espresse nel senso della configurabilità del concorso formale tra i delitti in parola.

7.1. (Segue) I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quello di estorsione

L'interessante questione rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, unitamente alle importanti precisazioni fornite dall'organo supremo di nomofilachia in ordine al delitto di turbativa d'asta, suggerisce di dedicare maggiore spazio all'analisi dei rapporti tra il delitto in esame e quello di estorsione previsto dall'art. 629 c.p.

In via preliminare, deve precisarsi che il dubbio in ordine alla sussistenza di un concorso apparente o reale di reati riguarda il caso specifico del soggetto che, con violenza o minaccia, allontani taluno degli offerenti da una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private. In tale eventualità, infatti, sia le modalità realizzative della condotta sia l'evento di allontanamento determinano un'interferenza tra gli elementi costitutivi della turbativa d'asta e quelli del delitto di estorsione. Invero, delle molteplici condotte alternative previste dall'art. 353 c.p. solo "violenza e minaccia" sono in comune con gli elementi di tipicità del delitto di cui all'art. 629

[279] N. MADIA, *op. ult. cit.*, p. 297.

[280] Cass. pen, Sez. II, 04 novembre 2004, n. 46884; Cass. pen., Sez. VI, 08 maggio 1998, n. 8443. Con specifico riguardo all'art. 640-*bis* c.p., cfr. Cass. pen, Sez. II, 11 giugno 2014, n. 30050.

c.p. Di conseguenza, ove l'allontanamento dalla gara sia l'effetto di condotte diverse da quelle citate, ma parimenti tipizzate dall'art. 353 c.p. – doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti – un problema di rapporti con il delitto di estorsione non avrebbe ragione di porsi. Al contempo, l'evento di allontanamento costituisce un fatto senz'altro pregiudizievole per l'operatore economico, che, in conseguenza dell'altrui condotta intimidatoria, rinuncia ad esercitare il proprio interesse legittimo pretensivo ad aggiudicarsi la commessa pubblica e, quindi, perde l'occasione di conseguire consistenti vantaggi economici.

Cionondimeno, il primo interrogativo postosi in seno alla giurisprudenza di legittimità verte sulla sussumibilità di tale evento pregiudizievole nel concetto di danno penalmente rilevante ai sensi dell'art. 629 c.p. Invero, tra le due questioni rimesse, quella ritenuta di carattere pregiudiziale chiede all'organo nomofilattico «se nella nozione di danno patrimoniale di cui all'art. 629 cod. pen. rientri anche la perdita dell'aspettativa di conseguire un vantaggio economico»[281]. Solo in via consequenziale si pone, invece, la seconda questione, così formulata «se sia configurabile, oltre al reato di cui all'art. 353 cod. pen., anche quello di estorsione nella condotta di chi, con violenza o minaccia, allontani gli offerenti da una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private».

Nell'esaminare i quesiti rimessi, il Supremo consesso muove da un inquadramento sistematico del concetto di danno rilevante ai fini della configurabilità della fattispecie di estorsione, che si distingue sia dall'accezione prettamente civilistica di danno risarcibile, di cui all'art. 185 c.p., che dal significato che assume nella definizione del perimetro di tipicità di altre figure di reato. Con particolare riguardo a questo aspetto, il raffronto operato dalle SS. UU. attiene al delitto di rapina di cui all'art. 628 c.p., che circoscrive l'evento tipico mediante l'individuazione dell'oggetto materiale nelle sole "cose mobili". Di contro, nel delitto di estorsione, la locuzione "qualche cosa", utilizzata per individuare l'oggetto della costrizione, consente di ritenere attratti in tale concetto non solo danni di carattere materiale,

[281] Cass. pen., Sez. VI, ord. 11 luglio 2023, n. 41379.

ma ogni pregiudizio che si concretizzi nella perdita di occasioni di profitto, tra cui anche la frustrazione delle "mere" aspettative di diritto.

Ulteriore argomento a favore della riconducibilità nel concetto di danno delle aspettative di diritto, tra cui rientra la *chance*, si rinviene nel significato oggi attribuito dalla giurisprudenza prevalente al bene giuridico patrimonio.

Sul punto, nella pronuncia si sottolinea come la nozione penalistica di patrimonio sia costantemente definita quale «Insieme, non solo di beni materiali, ma di rapporti giuridici attivi e passivi aventi contenuto economico, unificati dalla legge in considerazione della appartenenza al medesimo soggetto, così da ricomprendere nel concetto di danno di cui all'art. 629 c.p. qualunque situazione idonea a incidere negativamente sull'assetto economico di un individuo compresa la delusione di aspettative e *chances* future di arricchimento o di consolidamento dei propri interessi»[282].

Esaurita la premessa in ordine al concetto di danno di cui all'art. 629 c.p. e alla concezione penalistica di patrimonio, le Sezioni Unite sintetizzano le principali tappe della giurisprudenza civile e amministrativa sul tema della risarcibilità del danno da perdita di *chance*[283]. Invero, nella prospettiva dell'organo nomofilattico, il confronto con gli approdi della riflessione extra-penale risultano fondamentali per perimetrare l'evento di danno patrimoniale che connota l'estorsione. Ciò non solo per esigenze di coerenza ordinamentale, ma altresì per limitare l'ambito di applicazione del delitto in parola in conformità con i principi di tassatività e prevedibilità.

---

[282]Cass. pen, Sez. II, 12 luglio 2013, n. 438769.

[283] Il concetto fu elaborato in materia giuslavoristica negli anni 80', per poi essere estesa, fino a trovarvi terreno d'elezione, in materia professionale-sanitaria, negli anni 2000'. Nella prima elaborazione giurisprudenziale, l'*ubi consistam* del danno da perdita di *chance* si sostanzia nella risarcibilità della perdita "della possibilità di conseguire, un risultato vantaggioso ovvero di evitarne uno sfavorevole". Successivamente, la materia ha trovato ulteriori declinazioni, distinguendosi a seconda che la *chance* ricorra nel caso di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, ovvero se involga profili patrimoniali o non. In particolare, la *chance* patrimoniale «postula la preesistenza di un quid su cui abbia inciso sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante impedendone la possibile evoluzione migliorativa, mentre la chance non patrimoniale, pur essendo anche essa rappresentata sul piano funzionale dalla possibilità di conseguire un risultato migliorativo della situazione preesistente (segnatamente nel sistema della responsabilità sanitaria), è morfologicamente diversa dalla prima, in quanto si innesta su una precedente situazione sfavorevole (cioè patologica) rispetto alla quale non può in alcun modo rinvenirsi un quid inteso come preesistenza positiva» (Cass. Civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641).

Dall'evoluzione della giurisprudenza civile e amministrativa, le Sezioni Unite ritraggono il dato per cui la *chance* risarcibile è quella «situazione di fatto teleologicamente orientata verso il conseguimento di un'utilità»[284] che si caratterizzi per la consistente possibilità di successo. Di conseguenza, non ogni perdita di *chance* è risarcibile, ma solo quella che determini la perdita di serie e consistenti possibilità di conseguire un risultato vantaggioso.

La perdita di *chance* che si connoti per le «scarse se non addirittura nulle, possibilità»[285], dunque, non può rientrare neanche nel concetto di danno rilevante in materia di estorsione, dovendo a tal fine connotarsi per serietà, consistenza e apprezzabilità[286].

In definitiva, le Sezioni Unite, in relazione al primo quesito, affermano il seguente principio di diritto: «Nella nozione di danno patrimoniale rilevante ai fini della configurabilità del delitto di estorsione rientra anche la perdita della seria e consistente possibilità di conseguire un bene o un risultato economicamente valutabile, la cui sussistenza deve essere provata sulla base della nozione di causalità propria del diritto penale»[287].

Per quel che concerne il secondo quesito, vale a dire la possibilità di ammettere un concorso formale tra i delitti di cui agli artt. 353 e 629 c.p., le Sezioni Unite ribadiscono, ancora una volta, come i rapporti tra norme incriminatrici vadano risolti alla luce del solo criterio di specialità unilaterale *ex* art 15 c.p., dal quale si fa conseguire l'ammissibilità di un concorso formale tra i reati di estorsione e turbata libertà degli incanti.

Invero, il raffronto strutturale tra le fattispecie ne evidenzia la profonda diversità e, segnatamente, connota il rapporto tra le due figure di reato in termini di specialità bilaterale, inidoneo a configurare un concorso apparente di norme.

---

[284] Cass. civ., Sez III, 07 agosto 2023, n. 24050.

[285] Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2024, n. 30016.

[286] Tuttavia, i principi enucleati dalla giurisprudenza civile e amministrativa in materia di risarcimento del danno da perdita di *chance* subiscono una peculiare modulazione nell'ambito penalistico con riferimento allo specifico aspetto del nesso di causalità. Invero, il rapporto eziologico tra la condotta estorsiva e la perdita della *chance* di aggiudicarsi la gara non può essere verificato sulla base del criterio civilistico del "più probabile che non", quanto piuttosto secondo il diverso e più rigoso criterio penalistico "dell'oltre ogni ragionevole dubbio".

[287] *Ibidem*.

La turbativa d'asta, infatti, può essere realizzata con una pluralità di condotte, mentre il delitto di estorsione solo attraverso violenza o minaccia, con la conseguenza che, per questo aspetto, il secondo risulta speciale per specificazione rispetto al primo. D'altra parte, il delitto di turbativa d'asta presenta a sua volta elementi specializzanti, dal momento che le relative condotte devono essere commesse necessariamente nell'ambito o in funzione di una procedura di gara; elemento che è estraneo al delitto di estorsione, che non presenta alcuna "delimitazione di contesto".

Per ciò che maggiormente rileva ai fini del presente lavoro, il raffronto strutturale tra le fattispecie costituisce l'occasione perché le Sezioni Unite si soffermino sul significato di taluni elementi costitutivi che in precedenza sono stati segnalati come particolarmente ambigui. Infatti, la pronuncia si sofferma sui concetti di "gara" e di "offerente" al fine di perimetrare correttamente l'ambito di applicazione del delitto di cui all'art. 353 c.p. Quanto al primo aspetto, si chiarisce che la condotta turbativa rileva indipendentemente dal momento in cui è posta in essere rispetto all'avvio della selezione competitiva, essendo piuttosto determinante che i suoi effetti si riverberino all'interno della procedura di gara. La soluzione del quesito sul significato della locuzione "offerente" diviene allora consequenziale: vi rientra non solo chi abbia già presentato un'offerta, ma altresì chi si prepari seriamente a farlo.

Ritornando al tema dei rapporti con l'estorsione, le Sezioni Unite, pur avendo manifestato adesione al criterio strutturale, si soffermano anche sull'inquadramento dei due delitti in termini di offensività. In primo luogo, ribadita la natura plurioffensiva del delitto di estorsione – posto a tutela sia del patrimonio che della autodeterminazione[288] – affermano la plurioffensività anche del delitto di turbata libertà degli incanti. Questo, infatti, è posto a tutela non solo del buon andamento della P.A., ma anche dell'interesse del privato a partecipare liberamente alle gare pubbliche. Anche la diversità dei beni giuridici tutelati, nella struttura argomentativa della pronuncia, osta alla configurabilità di un concorso apparente di norme.

Peraltro, in questa prospettiva, l'organo nomofilattico sottolinea altresì come l'art. 629 c.p. descriva un reato di danno, mentre l'art. 353 c.p. preveda una fattispecie di

[288] Cass. pen., Sez. III, 11 maggio 2007, n. 27257.

pericolo concreto. Sulla base di questi argomenti, la pronuncia afferma la configurabilità di un concorso formale tra turbativa d'asta ed estorsione, enunciando il seguente principio di diritto: «la condotta di chi, con violenza o minaccia, allontani l'offerente da una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private, oltre ad integrare il reato di cui all'art.353 cod. pen., può integrare altresì quello di cui all'art. 629 cod. pen., ove abbia causato un danno patrimoniale derivante dalla perdita di una seria e consistente possibilità di ottenere un risultato utile per effetto della partecipazione alla predetta gara»[289].

La pronuncia non si arresta a tali rilievi, ma effettua ulteriori precisazioni. In particolare, si evidenzia come non ogni condotta violenta o minacciosa che determini l'allontanamento di un soggetto da una gara sia altresì sussumibile nel delitto di estorsione, ma soltanto quella che cagioni una perdita di *chance* con le caratteristiche di serietà, apprezzabilità e consistenza. Invero, la possibilità di partecipare ad una gara pubblica non rappresenta di per sé un elemento attivo del patrimonio. Quindi, se l'allontanamento con violenza o minaccia dalla procedura ad evidenza pubblica integra senz'altro il delitto di cui all'art. 353 c.p., non altrettanto accade rispetto alla fattispecie di estorsione. In tal senso, si precisa che «solo nell'ipotesi in cui alla condotta di allontanamento coattivo sia casualmente riconducibile, nei termini dianzi indicati, un pregiudizio economicamente valutabile per effetto della perdita, ai danni dell'offerente, di una seria e consistente possibilità di ottenere un risultato utile legato alla aspettativa di partecipazione ad una gara, può dirsi integrato anche il concorrente reato di estorsione»[290].

Pertanto, quando nel caso concreto l'allontanamento dalla gara non ha comportato un danno patrimoniale, perché l'offerente non aveva una possibilità di successo connotata dagli elementi qualificativi della serietà e dell'apprezzabilità, si configura il solo reato di turbativa e non v'è concorso con l'estorsione: «nel ricorrere di tale evenienza, infatti, viene a mancare uno degli elementi costitutivi del modello "tipico" del delitto di estorsione, residuando il solo disvalore di evento legato alla realizzazione di una condotta di turbativa, con le correlate lesioni dell'interesse pubblicistico alla

[289] *Ibidem.*
[290] *Ibidem.*

regolarità della gara e della libertà di partecipazione del soggetto interessato alla competizione»[291].

Esemplificando, dovrebbe ritenersi applicabile il solo reato di cui all'art. 353 c.p. nell'ipotesi in cui si dimostri che la persona allontanata mediante la condotta intimidatoria non avrebbe potuto conseguire un risultato economicamente apprezzabile, ovvero che l'aggiudicatario sarebbe comunque prevalso con la sua offerta, giacché il concorrente allontanato, anche nell'eventualità in cui avesse preso parte alla gara, non avrebbe avuto alcuna possibilità di incrementare il proprio patrimonio e compromettere le possibilità di successo dell'effettivo vincitore.

In definitiva, ai fini della configurabilità del delitto di estorsione, in concorso formale con quello di cui all'art. 353 c.p., diviene determinante tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, al fine di verificare se effettivamente l'allontanamento coattivo dell'offerente – sia esso colui che ha già presentato un'offerta ovvero stia per presentarla sulla base di un intenzione obiettivamente riconoscibile – abbia prodotto una perdita di *chance* tale da rientrare nel concetto di danno di cui all'art. 629 c.p.

SEZIONE II

IL DELITTO DI TURBATA LIBERTÀ DEL PROCEDIMENTO DI SCELTA DEL CONTRAENTE

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari. 2. Profili strutturali del "nuovo" delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p. 3. Il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente. 4. Consumazione e tentativo. 5. I rapporti con il delitto di turbativa d'asta. 6. Questioni di diritto intertemporale.

1. Notazioni preliminari

Nell'ambito di un più ampio intervento di riforma definito «Piano straordinario contro le mafie»[292], volto a contrastare l'allarmante tendenza delle associazioni di stampo

[291] *Ibidem.*

[292] Dalla relazione governativa presentata alla Camera dei Deputati in occasione del Disegno di legge che ha poi portato alla riforma (Relazione al disegno di legge C. 3290, 2) emerge chiaramente la volontà

mafioso a contaminare sistematicamente il tessuto economico del Paese[293], il legislatore ha arricchito il novero delle fattispecie poste a tutela delle gare pubbliche, introducendo il delitto di «turbata libertà del procedimento di scelta del contraente» all'art 353-*bis* c.p.[294].

Tale disposizione, in particolare, recita: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032».

Inizialmente assente nel testo originario del Disegno di legge che ha poi dato vita alla riforma, questa norma è stata introdotta nel corso dei lavori parlamentari, durante i quali è stata evidenziata la necessità di affrontare «il problema della fedeltà dei funzionari della pubblica amministrazione, nelle attività preparatorie della gara, nel corso delle quali è possibile preconfezionare il vantaggio competitivo di un futuro concorrente rispetto a tutti gli altri»[295].

Pertanto, come chiaramente desumibile dai lavori preparatori, la nuova fattispecie, posta a cuscinetto tra la turbata libertà degli incanti (art 353 c.p.) e quella di astensione degli incanti (art. 354 c.p.), mira a contrastare il fenomeno dei c.d. "bandi-fotografia", ovvero quei bandi di gara che «contengono requisiti talmente stringenti da determinare *ex ante* la platea dei potenziali concorrenti»[296], colmando così un vuoto di tutela rispetto a quei condizionamenti che vadano a minare gli appalti pubblici ai loro albori. Ciò comporta, come è intuibile, l'introduzione di una significativa anticipazione della tutela penale[297] rispetto a fatti che non incidono sulla gara, ma sulla

legislativa di rendere monitorabili anche le fasi delle procedure di appalto vulnerabili a infiltrazioni mafiose, introducendo «disposizioni per forgiare strumenti più incisivi di controllo degli appalti pubblici, di tracciabilità dei connessi flussi finanziari, di aggressione di patrimoni mafiosi».

[293] In questi termini, A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 48.

[294] V. art. 10, l. 13.08.2010, n. 136.

[295] Resoconto II Commissione permanente (Giustizia), seduta di giovedì 13.05.2010, n. 7, intervento dell'On. Contento.

[296] G.B. VIRGA, *La nuova tutela penale del procedimento di scelta del contraente*, in *Lexitalia-blog*, 25.08.2010.

[297] Come osservato da F. PALAZZO, *Il tentativo: un problema ancora aperto? (tipicità ed efficacia tra passato e futuro*, in *Riv. ir. dir. proc. pen.*, 2011, p. 49, la fattispecie in esame rappresenta un esempio

fase precedente del procedimento amministrativo «nella quale vengono stabiliti i requisiti oggettivi e soggettivi che formeranno il bando di gara»[298]. Anticipazione ancor più accentuata dalla costruzione della fattispecie in termini di reato di pericolo: prefiggendosi di presidiare una fase anteriore alla procedura di gara vera e propria, il nuovo reato punisce comportamenti che provocano il turbamento della procedura culminante nella stesura del bando di gara, senza tuttavia richiedere, ai fini dell'integrazione dell'illecito in oggetto, la manipolazione effettiva del documento che avvia il processo selettivo (bando o altro atto equipollente).

All'indomani della riforma, in dottrina non sono mancate critiche, anche severe, all'operato del Parlamento.

Alcuni Autori dubitavano della sua reale portata innovativa, facendosi osservare che, in realtà, la giurisprudenza, con un indirizzo consolidato, aveva già operato una sostanziale estensione della fattispecie di cui all'art. 353 c.p. verso fasi della procedura antecedenti alla gara vera e propria[299]. Altra parte della dottrina, invece, segnalava come la nuova incriminazione avesse sostanzialmente vanificato le buone intenzioni da cui era mossa, affermando che «la nuova previsione legislativa è tra gli interventi di parte speciale più infelici degli ultimi anni, poiché *non rinforza* il complessivo controllo penale dei pubblici incanti; *non migliora* il coordinamento tra gli artt. 353 e 353 *bis* e la fattispecie di cui all'art. 354; *rende più complessi* i rapporti di interferenza tra tali disposizioni ed i delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione e, soprattutto, *è gravemente deficitaria* sul terreno del rispetto dei principi di determinatezza e precisione»[300].

Altri ancora descrivevano la nuova figura criminosa come «un'"arma spuntata"»[301], stante il carattere sussidiario della disposizione e la circostanza che «le condotte che reprime sono sistematicamente riconducibili ad altre e più gravi fattispecie»[302].

---

emblematico della tendenza legislativa a delineare ipotesi di reato volte a sanzionare in modo autonomo atti preparatori o prodromici all'offesa ai beni tutelati.

[298] V. MORMANDO, *Appunti sulla nuova fattispecie di turbativa del procedimento amministrativo*, in *Dir. pen. proc*., 2011, p. 398.

[299] G. GIORDANENGO- S.VALENTINI, *Le fattispecie di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento alla luce della L. 163/2010*, in *Urb. app.*, 2011, p. 150.

[300] V. MORMANDO, *op. ult. cit*., p. 398.

[301] A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 51.

[302] F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., p.689.

Per quanto alcune di queste critiche paiono indubbiamente cogliere nel segno, altre sembrano forse eccessive.

Non si può dimenticare, infatti, che la stessa giurisprudenza era giunta ad escludere l'applicabilità dell'art. 353 c.p., anche nella forma del tentativo, qualora la commissione di una delle condotte previste non fosse stata seguita dalla pubblicazione del bando di gara e, quindi, dall'avvio della procedura selettiva[303]. Inoltre, se è vero che attraverso un'ermeneutica fin troppo disinvolta la giurisprudenza aveva affidato alla fattispecie di cui all'art. 353 c.p. il compito e la capacità di punire anche le alterazioni del contenuto del bando, è altrettanto vero che un intervento legislativo finalizzato a conferire definitiva copertura legale a questa prassi vada considerato comunque apprezzabile, almeno come manifestazione di ritorno alla legalità della legge[304].

A ciò si aggiunga che la scelta in favore di modalità di condotta e di una cornice edittale identiche a quelle di cui al precedente art. 353 c.p. testimoniano la volontà di posizionare la fattispecie di fianco e non alle spalle della turbata libertà degli incanti. Tali elementi sconfesserebbero l'impostazione che, muovendo dalla clausola di sussidiarietà espressa posta in esordio della disposizione, ne afferma la natura residuale: essa, piuttosto, si colloca su un terreno certamente prodromico, ma alternativo rispetto ai fatti di turbamento della gara. Il condizionamento della fase di

---

[303] Cass. pen., Sez. VI, 12 marzo 2009, n. 11005, in *dir. pen. e proc*., 2009, con nota L. DELLA RAGIONE, *Non c'è turbativa senza gara*.

[304] In argomento cfr. A. SANTANGELO, *op. cit*., pp. 49-50, la quale osserva che «a ben guardare, il Parlamento altro non ha fatto se non positivizzare l'indirizzo estensivo proposto dalla Corte di legittimità, confermando l'utilità della sanzione punitiva quale principale strumento alle contaminazioni del mercato interno». L'A., svolgendo considerazioni critiche su un operato di tal fatta che, mette ben in luce che «si tratta, invero, di una pratica sempre più frequente: alle istanze che emergono nella società risponde, in prima battuta, non già una strategia politica discussa innanzi all'opinione pubblica bensì il formante giurisprudenziale, attraverso sforzi interpretativi che si spingono al limite dell'analogia vietata, creando *ex novo* ora una fattispecie ora una sottofattispecie penalmente rilevante». Sui molteplici esempi di creazionismo giudiziario in *malam partem* che sono stati seguiti da interventi legislativi di ratifica delle soluzioni giurisprudenziali, cfr. G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *AIC - Osservatorio costituzionale*, giugno 2015, per il quale non è affatto raro trovare casi in cui «si arriva a registrare un'autentica inversione dei ruoli tra i due poteri, con il legislatore – originario detentore del monopolio esclusivo dell'attività di delezione normativa dei fatti penalmente rilevanti – che diviene, invece, mero esecutore delle decisione di politica criminale compiute dalla giurisprudenza per sopperire all'assenza di adeguati strumenti di repressione di forme di criminalità particolarmente dannose»; ID., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018, pp. 1406 ss.; In argomento, fondamentale, G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità" svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007, pp. 1254 ss.

formazione del bando, infatti, potrebbe rendere la gara formalmente ineccepibile ma sostanzialmente priva della sua funzione di libera scelta del contraente migliore per l'amministrazione procedente.

Infine, va sicuramente salutata con favore la scelta di modernizzazione lessicale dell'intervento penale nell'ambito dei contratti pubblici. Dall'art. 353-*bis* c.p., infatti, scompaiono quegli incerti e problematici riferimenti al tipo di procedura tutelata che condizionano l'interpretazione dell'art. 353 c.p. Ciò, ad avviso di una parte della dottrina, confermerebbe la necessità di un'interpretazione restrittiva delle previgenti fattispecie di turbativa ed astensione: il riferimento al «bando o altro atto equipollente» costituirebbe il «segno evidente che quando il legislatore ha inteso ampliare l'area di tutela a sistemi diversi da quelli citati nell'ordito degli artt. 353 c.p. e 354 c.p. ha esplicitato la sua volontà, impiegando formule lessicali omnicomprensive e insuscettibili di letture asfittiche»[305].

2. Profili strutturali del "nuovo" delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p.

La condotta incriminata dell'art. 353-*bis* c.p. consiste nel turbare il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o altro atto equipollente mediante violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.

Il delitto in analisi, quindi, ricalca la condotta tipizzata – «e le conseguenti debolezze congenite»[306] – dalla previgente fattispecie di turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p., rispetto alla quale, però, variano l'oggetto materiale e il finalismo che orienta l'azione. Da un lato, infatti, la condotta tipica deve risolversi in un «turbamento» non della gara, ma delle fasi preliminari che portano all'emanazione del «bando o di altro atto equipollente»; dall'altro, è essenziale che l'agente agisca al precipuo fine di condizionare le modalità di scelta del contraente attraverso l'emanazione di un bando preconfezionato. Poiché il condizionamento del contenuto del bando è il fine dell'azione, è evidente – al pari degli altri casi in cui il legislatore prevede l'elemento

[305] N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza,* cit., p. 354.
[306] A.SANTANGELO, *op. cit.,* p. 52.

soggettivo del dolo specifico – che il reato si consuma indipendentemente dalla sua realizzazione.

Per integrare il delitto, dunque, non è necessario che il contenuto del bando venga effettivamente modificato in modo tale da influenzare la scelta del contraente, né, 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. Il fine specifico, piuttosto, potrebbe orientare la ricostruzione del fatto, richiedendo l'apprezzamento della idoneità degli atti al raggiungimento dello scopo tipizzato. Infatti, accogliendo la teoria della oggettivizzazione del dolo specifico[307], il giudizio sull'idoneità dell'azione dovrebbe coinvolgere anche lo scopo perseguito, così da risultare penalmente rilevanti solo i fatti che siano non solo conformi alla fattispecie astratta, ma anche in concreto provvisti di capacità di perseguire l'obiettivo che l'agente si è proposto.

In tale prospettiva, quindi, il dolo specifico viene a svolgere un significativo ruolo di definizione dell'ambito applicativo del precetto, rendendo punibili solo le turbative del procedimento che presentino caratteristiche tali da compromettere – pur senza riuscirci – l'individuazione della controparte contrattuale dell'amministrazione.

Come anticipato, la condotta incriminata ripete le specificazioni modali già utilizzate nella tipizzazione del delitto di turbata libertà degli incanti, ivi compreso il riferimento conclusivo agli altri mezzi fraudolenti. Rinviando alle considerazioni già svolte con riguardo all'art. 353 c.p., sembra qui opportuno limitarsi ad un'analisi riassuntiva.

In particolare, la «violenza» deve essere intesa come costrizione del volere finalizzata a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente in modo da condizionare le modalità di scelta del contraente.

La «minaccia», invece, consiste nella prospettazione di un male ingiusto rappresentato in via alternativa al mancato adeguamento della vittima alla costrizione perpetrata dall'agente.

[307] In argomento, tra tutti, v. Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, cit., pp. 572 ss.

Per «doni» si intendono le offerte a titolo gratuito di beni di qualsiasi natura, mentre le «promesse» sono le manifestazioni di volontà consistenti in manifestazioni di impegno, anche solo morale, di fare o dare qualcosa a fronte della condotta voluta dall'agente.

Le «collusioni» si sostanziano in accordi clandestini aventi la finalità di stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente, in modo da condizionare il normale svolgimento della procedura amministrativa e da influenzare le modalità di scelta del contraente[308].

Valorizzando le diverse modalità esecutive elencate dalla norma, una parte della dottrina ritiene che il delitto in esame, per quanto delineato come un reato comune a struttura monosoggettiva, postuli l'esistenza di una plurisoggettività necessaria rispetto ad alcune modalità di condotta. Di certo, non è il caso della violenza e della minaccia o dei mezzi fraudolenti rispetto alle quali il destinatario è senz'altro una vittima. Ci si riferisce, piuttosto, alle condotte che consistono in «doni o promesse» o in «collusioni», in presenza delle quali – si afferma – «riesce invero difficile immaginare che manchi una coautoria»[309].

Tuttavia, ad una lettura più attenta, non può che concludersi nel senso della monosoggettività del reato. Doni e promesse, infatti, sono penalmente rilevanti ex art. 353-*bis* c.p. a prescindere dalla adesione del destinatario.

Si potrebbe, al più, porre un tema di plurisoggettività eventuale, nel caso in cui tali condotte siano accolte da chi ha il compito di governare il (o partecipare al) procedimento amministrativo di redazione del bando. Cionondimeno, tale evenienza sembra esulare dall'ambito operativo della fattispecie in esame, perché presenterebbe tutti i tratti di tipicità della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio di cui

[308] Quanto alla prova dell'accordo collusivo, Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2019, n. 15849 reputa che questa possa «essere dedotta sulla base di una valutazione complessiva che tenga conto di elementi indiziari quali i rapporti pregressi tra le parti, la falsa prospettazione dei presupposti per l'adozione di una procedura in deroga, l'affidamento diretto dell'incarico senza previo interpello di altri operatori economici potenzialmente idonei ovvero la proroga del contratto oltre i limiti di legge».

[309] G. MARCONI, *op. cit.*, p. 321, il quale, tuttavia, precisa che qualora tale collaborazione sia posta in essere da soggetti che rivestono una qualifica pubblicistica per l'attività espletata o per il rapporto funzionale che li lega all'ente «muta la dimensione lesiva del fatto, che inevitabilmente si polarizza sul mercimonio delle funzioni e sul compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio, promananti dalla prestazione dell'utilità e della relativa promessa».

all'art. 319 c.p., figura che rende inoperante l'art. 353-*bis* c.p., in ragione della clausola di sussidiarietà espressa posta in esordio della disposizione[310].

In definitiva, la natura necessariamente pubblicistica della funzione svolta dal destinatario delle condotte blanditive (doni o promesse) avvalora la qualificazione della fattispecie come monosoggettiva e, unitamente alla clausola di sussidiarietà espressa con cui essa esordisce, conferma che la conclusione di un *pactum sceleris* tra il privato ed il funzionario debba trovare tutela penale nelle sole figure di corruzione. Quanto alle collusioni, invece, esse implicano necessariamente un accordo tra l'operatore economico e il funzionario preposto alla predisposizione del bando. Tuttavia, ritenere che in tale ipotesi operi sempre la clausola di sussidiarietà – e, quindi, l'operatività dell'art. 353-*bis* c.p. sia in ogni caso paralizzata dalle fattispecie di corruzione – comporta il rischio di addivenire in via interpretativa ad una tacita abrogazione della modalità realizzativa delle "collusioni", che però è stata espressamente prevista dal legislatore nel testo della previsione incriminatrice. Tale criticità si può, probabilmente, superare ritenendo che la collusione rilevante *ex* art. 353-*bis* c.p. non equivalga necessariamente ad un accordo corruttivo. In particolare, potrebbero farsi rientrare nell'ambito applicativo della fattispecie in esame quelle intese con le quali il funzionario si sia sì vincolato a confezionare il bando nell'interesse dell'operatore, senza però pretendere un corrispettivo per tale operato illecito. Laddove, invece, il *pactum sceleris* si caratterizzi per la previsione di una contropartita in favore dell'agente pubblico, ricorrerebbe il *quid pluris* tipico delle fattispecie corruttive, rispetto alle quali il delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p. resta, per espressa scelta del legislatore, subvalente.

Infine, con riguardo all'evento del reato, è opportuno sottolineare che esso consiste – a differenza di quanto previsto dall'art. 353 c.p. – unicamente nel turbamento del procedimento amministrativo, ovvero nell'alterazione e nello sviamento del normale *iter* di svolgimento del procedimento finalizzato alla formazione del contenuto del bando o altro atto ad esso equivalente, di modo che si realizzi una strumentalizzazione delle regole di partecipazione alla procedura di scelta del contraente. In particolare,

[310] *Ivi*, p. 298. L'Autore lascia residuare l'evenienza, alquanto inverosimile, in cui la predisposizione del bando esulasse dai doveri di ufficio del soggetto pubblico avvicinato dall'agente.

secondo quanto affermato in dottrina «per turbamento deve intendersi qualsiasi forma di alterazione ovvero di inosservanza della regolare esecuzione del procedimento, al di là e al di fuori di qualsiasi collegamento e/o verifica ulteriore in ordine alla compromissione del risultato finale»[311].

3. Il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente

Come già anticipato, nella fattispecie in esame il legislatore ha evitato qualsiasi riferimento al tipo di procedura rilevante, individuando il recinto della tipicità nel procedimento amministrativo prodromico alla definizione del bando di gara, o di atto ad esso equiparabile.

L'area di operatività della disposizione incriminatrice, infatti, «a dispetto di quel che farebbe supporre la rubrica del disposto normativo, che evoca il "procedimento di scelta del contraente", si arresta al segmento dell'*iter* procedimentale che si conclude con l'approvazione del bando di gara. Oltre tale momento, lo spettro di tutela della regolarità di selezione del contraente nei contratti con la P.A. dev'essere ricercato nelle comminatorie contenute nell'art. 353 c.p.»[312].

In altri termini, il *discrimen* tra la disposizione in esame e quella contemplata dall'art. 353 c.p. insiste sulla pubblicazione del bando di gara, la cui importanza è stata più volte sottolineata dal Consiglio di Stato, che per giurisprudenza costante lo qualifica come *lex specialis* della gara: le sue previsioni integrano e completano la disciplina della procedura.

Accanto al bando, come già anticipato, la norma pone una clausola ad analogia implicita «altro atto equipollente», con cui si intende ricomprendere nel raggio operativo dell'art. 353-*bis* c.p. anche altri atti che hanno il medesimo effetto di avviare la procedura di scelta del contraente [313]. Rientrano certamente in questa categoria, anche in ragione dell'espressa disciplina contenuta nel Codice dei contratti, l'avviso

[311] V. MORMANDO, *op. cit*., pp. 78 ss. L'Autore, tuttavia, sottolinea come la fattispecie si presenti carente in termini di determinatezza e come nemmeno il dolo contribuisca positivamente alla prova processuale dell'evento.
[312] G. MARCONI, *op. cit.*, p. 321.
[313] Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431.

di gara semplificata nelle procedure ristrette (art. 72 d.lgs.36/2023) e la lettera di invito nelle procedure negoziate (art. 50 d.lgs. 36/2023).

Maggiormente discussa, invece, è la possibilità di ricomprendere in tale locuzione anche la determina a contrarre, atto amministrativo che fissa gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte (art. 17 d.lgs. 36/2023).

Secondo l'impostazione largamente condivisa in giurisprudenza, la delibera a contrarre potrebbe essere collocata tra gli "atti equipollenti", atteso che essa potrebbe indirizzare l'amministrazione verso un affidamento diretto in luogo della gara vera e propria: in questi termini, la condotta di turbativa potrebbe essere finalizzata proprio ad evitare la competizione nella scelta del contraente[314].

In particolare, secondo l'orientamento in parola, per "altro atto equipollente" deve intendersi «ogni atto che – così come recita la rubrica della norma – abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, venendo così in considerazione, sulla scorta di un'interpretazione di segno ampio, pienamente conforme alla *ratio legis*, anche la deliberazione a contrarre qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, bensì l'affidamento diretto ad un determinato soggetto economico»[315].

Solamente di recente – ma il tema sarà approfondito nel prosieguo[316] – la giurisprudenza di legittimità ha fornito una risposta differente al quesito, affermando, condivisibilmente, che «la condotta perturbatrice non finalizzata ad inquinare il contenuto del bando – o di un atto ad essa equipollente –, ma volta ad impedire la gara attraverso l'affidamento dei lavori»[317] integra una situazione «estranea al perimetro testuale della norma»[318]. In altri termini, secondo l'impostazione giurisprudenziale più

[314] Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431, in cui si afferma che rientrano «nella nozione di "atto equipollente" del bando di gara anche la deliberazione a contrarre, qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, ma l'affidamento diretto ad un determinato soggetto». In giurisprudenza, inoltre, si è ritenuto atto equipollente anche una delibera di proroga di contratto di appalto di servizi già in corso (Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1.

[315] Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431, che richiama Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 2012, n. 43800.

[316] V. *infra* cap. III par. 2.1.

[317] Cass. pen., Sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, in *Giur. it*., 2022, con nota di V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, pp. 2488 ss.

[318] *Ibidem.*

recente, nell'alveo di tipicità della norma rientra la sola ipotesi dell'inquinamento del procedimento finalizzato a condizionare la gara, non anche quello volto ad evitare la stessa. Di conseguenza, non può integrare la fattispecie di cui all'art. 353-*bis* c.p. l'ipotesi in cui, all'esito della condotta di turbativa, la deliberazione a contrarre opti per un affidamento diretto in luogo dell'espletamento di una gara.

4. Consumazione e tentativo

Secondo la dottrina, il delitto in esame è istantaneo e si consuma nel momento e nel luogo in cui, attraverso le modalità realizzative descritte dalla norma, si realizza il turbamento del procedimento amministrativo.

Inoltre, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, il delitto in esame si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine di condizionare le modalità di scelta del contraente, perfezionandosi quando sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara. In altri termini, ai fini della sua configurazione non è necessario che il contenuto dell'atto di indizione del concorso venga effettivamente modificato in modo tale da interferire sull'individuazione dell'aggiudicatario[319].

Secondo una parte della dottrina, il tentativo è da ritenere almeno astrattamente configurabile quando «l'iniziativa criminosa dell'agente, per cause indipendenti dalla sua volontà, non risulta essere entrata in contatto con l'*iter* procedimentale della gara e avere prodotto concretamente l'effetto della turbativa»[320]: si potrebbe paventare il caso, invero scolastico, del dono inviato e mai pervenuto a chi avrebbe deciso il contenuto del bando. Inoltre, ad avviso di alcuni Autori, il tentativo sarebbe altresì ipotizzabile nel caso in cui la mancata turbativa sia l'effetto della resistenza opposta dall'interlocutore pubblico[321].

Tale impostazione, tuttavia, è stata oggetto di critiche ad opera di un'altra parte della

[319] Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2013, n. 44896.

[320] M. CASSANO, *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, in Comm. Lattanzi-Lupo, VII, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione,* II, *artt. 314-360,* in E. APRILE- M. CASSANO- M. GAMBARDELLA - G. MONGILLO (a cura di), Milano, 2010, p.813.

[321] G.MARCONI, *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente* (art 353-*bis* c.p.), in CATENACCI (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'Amministrazione della Giustizia*, Torino, 2011, p. 298.

dottrina per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché sanzionare l'iniziativa criminosa di un soggetto che non ha avuto contatti con il procedimento di formazione del bando di gara rischia di tradursi, in sostanza, nella punibilità della sola intenzione dell'agente. In secondo luogo, poiché la condotta di turbativa, se non accolta dal pubblico ufficiale preposto al bando, potrebbe più appropriatamente configurare il delitto di istigazione alla corruzione, senza necessità di applicare il tentativo di un reato di pericolo, come quello in questione[322].

Invero, muovendo dall'analisi delle singole modalità realizzative del reato, è possibile affermare che talune di queste non consentono affatto la configurabilità del tentativo, poiché – ove poste in essere – darebbero luogo proprio a quel turbamento che, in funzione anticipatoria, il legislatore individua come evento di pericolo della fattispecie. Pertanto, il tentativo sarebbe sicuramente da escludere rispetto alla violenza, alla minaccia e alle promesse, trattandosi di contegni "recettizi" che per essere tali devono raggiungere il destinatario. Altrettanto potrebbe dirsi per la collusione, atteso che la proposta, pur se non accolta, una volta conosciuta dal destinatario manifesta il pericolo tipico.

Il tentativo, viceversa, potrebbe essere prospettato per il caso in cui un dono non sia consegnato in tempo e, dunque, giunga a destinazione (per causa indipendente dalla volontà dell'agente) solo dopo che il bando si stato redatto e pubblicato. Altrettanto potrebbe dirsi rispetto al mezzo fraudolento che non intercetti i soggetti del procedimento amministrativo per mera casualità. Tuttavia, trattandosi di reato di pericolo concreto, sarebbe preferibile escludere in ogni caso la configurabilità del tentativo, onde evitare un eccessivo arretramento della soglia di punibilità.

5. I rapporti con il delitto di turbativa d'asta

In ragione della clausola di sussidiarietà espressa posta nell'*incipit* della norma in esame, la fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente trova applicazione ogniqualvolta la condotta del reo non integri un'ipotesi di reato più grave.

[322] C. GIULI, *La nuova fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, in *Riv. pen.*, 2012, VI, p. 581.

Il delitto in esame, dunque, non è configurabile in presenza di violenze, minacce o collusioni inquadrabili in altre fattispecie come la corruzione *ex* art. 319 c.p., l'induzione indebita *ex* art. 319-*quater* c.p., la concussione *ex* art. 317 c.p. o l'estorsione *ex* art. 629 c.p., le quali, essendo punite più severamente, diventano norme assorbenti.

Diversamente, i rapporti con la figura di reato delineata dall'art. 353 c.p. non possono essere risolti attraverso la citata clausola di riserva, atteso che l'art. 353-*bis* c.p. prevede un trattamento sanzionatorio identico a quello previsto dal comma 1 della norma che lo precede.

Come già visto, nell'ambito del delitto di più recente introduzione, il condizionamento del contenuto del bando è il fine dell'azione criminosa, ma il reato può dirsi consumato indipendentemente dalla sua realizzazione. In tal caso, *nulla quaestio*: trova applicazione esclusivamente l'art. 353-*bis* c.p.

Il problema, piuttosto, si pone ogniqualvolta alla turbativa del procedimento di redazione del bando consegua altresì la pubblicazione di tale documento effettivamente alterato. Invero, tali ipotesi sarebbero sussumibili tanto nell'art. 353-*bis* c.p. quanto nell'art. 353 c.p., poiché l'emanazione di un bando manipolato provoca il turbamento del successivo procedimento di gara.

Infatti, secondo alcuni Autori, le due figure di reato possono concorrere, quantomeno nell'ipotesi in cui il soggetto agente non sia un preposto alla gara, data l'assoluta identità delle cornici edittali previste nel primo comma dell'art. 353 c.p. e nell'art. 353-*bis* c.p., che rende impossibile distinguere quale sia la fattispecie più grave[323].

Al contrario, la clausola di sussidiarietà posta in apertura dell'art. 353-*bis* c.p. fa sì che, quando a realizzare la condotta di turbativa sia l'agente pubblico preposto alla gara, trovi applicazione il solo delitto di turbata libertà degli incanti, aggravato ai sensi del comma 2, proprio perché tale circostanza determina l'operatività di una cornice edittale più severa rispetto a quella prevista dalla fattispecie di più recente introduzione[324].

[323] N. MADIA, *La tutela penale della concorrenza*, cit., p. 307.
[324] *Ibidem.*

Ad avviso di altri Autori, invece, qualora le condotte di turbativa si realizzino in un *unicum* di sequenza procedimentale, dovrebbe trovare applicazione soltanto il delitto di cui all'art. 353 c.p., in aderenza al principio di c.d. progressione criminosa[325].
Invero, atteso che la manipolazione del bando rappresenta una delle forme più comuni di turbamento della procedura di gara, l'illecito delineato nell'art. 353-*bis* c.p. potrebbe configurarsi come un antefatto non punibile del delitto previsto dall'art. 353 c.p.

6. Questioni di diritto intertemporale

I rapporti tra le fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p. possono essere esaminati non solo in chiave sincronica, ma altresì in prospettiva diacronica[326], dal momento che la seconda previsione incriminatrice è sopravvenuta alla prima, che si è prestata – fino all'entrata in vigore della L. 13.08.2010, n. 136 – a conferire tipicità anche a condotte di turbativa non immediatamente riconducibili al tenore testuale della disposizione, nel contesto di quell'approccio giurisprudenziale di tipo estensivo segnalato a più riprese[327].
Per poter compiutamente esaminare gli effetti intertemporali dell'introduzione della fattispecie di «turbata libertà del procedimento di scelta del contraente» occorre distinguere tre differenti ipotesi di turbativa che possono interessare l'*iter* amministrativo diretto al confezionamento di un bando di gara[328].
In primo luogo, viene in rilievo l'ipotesi in cui la condotta abusiva si innesti sul procedimento di predisposizione del bando, ma la gara, per le più disparate ragioni, non venga indetta dalla P.A. Prima dell'entrata in vigore della L. 13.08.2010, n. 136, tali condotte di turbativa erano prive di rilevanza penale. Infatti, la natura della gara

[325] G. MARCONI, *op. cit.*, p. 322.
[326] Per le questioni legate al rapporto tra le due fattispecie, anche nella prospettiva della successione di leggi nel tempo, v. per tutti N. MADIA, *Considerazioni sulla "nuova" fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente e sulla linea di confine che la separa dal delitto di turbativa d'asta: questioni di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1555 ss.; F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO, M. PELISSERO, Milano, 2015, pp. 678 ss.; G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche*, cit., pp. 376 ss.
[327] V. *supra* par. 1
[328] In argomento, approfonditamente, N. MADIA, *op. ult. cit.*, pp. 1555 ss.; ID., *La tutela penale della concorrenza*, cit., p. 308.

quale presupposto della fattispecie di cui all'art. 353 c.p., impediva – come impedisce tutt'ora – di ravvisare in tale eventualità una responsabilità per il delitto di turbata libertà degli incanti, tanto meno a titolo di tentativo[329]. Dopo la novella, invece, tali condotte sono sussumibili nella figura di reato di cui all'art. 353-*bis*, che, pertanto, costituisce *in parte qua* nuova incriminazione, non applicabile retroattivamente *ex* art. 2, comma 1, c.p.

Diverso il regime intertemporale per l'ipotesi in cui la turbativa abbia avuto quale obiettivo "immediato" il procedimento di redazione del bando e ne sia seguita l'indizione della gara, la cui regolarità, però, non risulti messa in pericolo dall'abuso antecedente. Ebbene, in tale ipotesi, prima dell'introduzione dell'art. 353-*bis* c.p., ben poteva configurarsi – sussistendo gli ordinari requisiti della idoneità ed univocità degli atti – un tentativo di turbata libertà degli incanti. La condotta, cioè, era già penalmente rilevante ai sensi del combinato disposto degli artt. 353 e 56 c.p. Con la legge del 2010 è stata, però, introdotta una fattispecie *ad hoc* per queste ipotesi, che di conseguenza si applica in via esclusiva alle condotte commesse a far data dall'entrata in vigore. Invece, per le condotte antecedenti ancora *sub iudice* deve individuarsi, secondo l'ordinaria valutazione globale e in concreto, la norma più favorevole ex art. 2, comma 4, c.p.[330].

Da ultimo, vi sono quelle ipotesi nelle quali la condotta abusiva riesca non solo a manomettere le modalità di confezionamento del bando, ma altresì a turbare il procedimento comparativo delle offerte. Il regime intertemporale, in tal caso, dipende dalla soluzione che si ritiene di accogliere in ordine ai rapporti (sincronici) tra le due fattispecie. In particolare, quanti oggi ravvisano un concorso di reati ritengono che l'introduzione dell'art. 353-*bis* c.p. abbia comportato «una successione di leggi penali *sui generis*, che si comporta, di fatto, come un'ipotesi di nuova incriminazione»[331].

---

[329] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2009, n. 11005. Più di recente, la giurisprudenza di legittimità ha precisato ulteriormente tale soluzione interpretativa, sottolineando come la fattispecie incriminatrice di più recente introduzione abbia la chiara funzione di anticipare la tutela penale in quelle situazioni nelle quali il turbamento, manifestatosi attraverso l'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto dell'atto, non comporti alcuna lesione alla gara stessa e rimanga al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 353 c.p.: «il che si verifica qualora la gara non sia, per qualsiasi causa, indetta o il bando non si presenti in concreto influenzato dai comportamenti volti a produrre la turbativa della gara» (Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2021, n. 38062).

[330] In questi termini N. MADIA, *La tutela penale della concorrenza*, cit., p. 308.

[331] *Ivi*, p. 310.

Invero, tali fatti, prima della novella del 2010, erano senz'altro già penalmente rilevanti, ma venivano puniti solo nell'ambito della cornice edittale prevista dall'art. 353 c.p., mentre oggi – sempre muovendo dalla premessa della configurabilità di un concorso tra le fattispecie in esame – sono puniti più gravemente, perché opera il cumulo delle pene previste dalle due disposizioni incriminatrici. Pertanto, l'introduzione dell'art. 353-*bis* c.p. ha comportato, in questa prospettiva, un sopravvenuto trattamento sanzionatorio sfavorevole, che non può applicarsi retroattivamente *ex* art. 2, comma 1, c.p.

Aderendo, invece, alla tesi che qualifica l'art. 353-*bis* c.p. quale ante-fatto non punibile, nemmeno si pone un problema di diritto intertemporale, atteso che a tali condotte era ed è applicabile solo la fattispecie di cui all'art. 353 c.p., sia prima della L. 13.08.2010, n. 136 che dopo la sua entrata in vigore.

SEZIONE III

IL DELITTO DI ASTENSIONE DAGLI INCANTI

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari. 2. L'astensione dagli incanti. 3. Consumazione e tentativo. 4. I 'nebulosi' confini con l'art. 353 c.p.

1. Notazioni preliminari

L'ultima ipotesi delittuosa posta a tutela delle gare pubbliche è contemplata dall'art. 354 c.p., che, sotto la rubrica «astensione dagli incanti», incrimina «Chiunque, per danaro, dato o promesso a lui o ad altri, o per altra utilità a lui o ad altri data o promessa, si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa fino a cinquecentosedici euro».

Secondo una parte della dottrina, che valorizza il dato testuale del mancato richiamo allo svolgimento di una gara, essa mirerebbe a implementare il sistema di tutela apprestato dall'art. 353 c.p., attraverso l'anticipazione della corrispondente soglia di

punibilità ad accordi collusivi che non sarebbero altrimenti presi in considerazione, in quanto conclusi prima dell'inizio di una procedura formale o al di fuori di essa[332].

Tale impostazione, tuttavia, richiede di delimitare "forzatamente" l'ambito applicativo dell'art. 353 c.p. solo a quelle condotte collusive realizzate successivamente all'avvio della gara, conducendo – come precisa lo stesso Autore – a incongruenze sul piano sanzionatorio, atteso che le condotte certamente più gravi risulterebbero punite più lievemente ai sensi dell'art. 354 c.p.

Maggiormente condivisibile è l'opinione accolta dalla dottrina maggioritaria, che riconosce nella disposizione incriminatrice in esame un'evidente funzione di complementarietà rispetto a quella che punisce la turbata libertà degli incanti, con la quale condivide il bene giuridico e l'individuazione delle tipologie di gara rilevanti[333].

Più precisamente, l'oggettività giuridica tutelata è ritenuta, dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, identica a quella presidiata dall'art. 353 c.p., con la differenza, però, che la disposizione in esame non tutela la sfera di interessi dei privati, nemmeno indirettamente[334].

In tale prospettiva, quindi, si è sottolineato che il fatto descritto nell'art. 354 c.p. non sia altro che una partecipazione, mediante comportamenti omissivi, al delitto di turbata libertà degli incanti[335].

Concordemente a tale impostazione dottrinale, la giurisprudenza è pacifica nell'affermare che la fattispecie di astensione dagli incanti costituisce un'ipotesi singolare di concorso mediante fatti omissivi nel delitto di turbata libertà degli incanti, che il legislatore, in deroga alle norme stabilite negli artt. 110 ss. c.p., ha configurato come ipotesi speciale ed autonoma di reato, per non lasciar dubbi in ordine alla punibilità di una condotta meramente negativa, invece che di collaborazione collusiva con il soggetto attivo, ed al bisogno di punirla con una pena minore di quella comminata per il delitto attivo[336].

---

[332] V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, cit., pp.140 ss.
[333] M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 606.
[334] A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., p. 464; G. MARCONI, *op. cit*., p. 323.
[335] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 2008, p. 449.
[336] In tal senso si era già pronunciata Cass. pen., Sez. VI, 13 novembre 1997, n. 911.

2. L'astensione dagli incanti

La norma in analisi incrimina, secondo l'opinione dominante sia in dottrina che in giurisprudenza, una condotta meramente omissiva, che consiste nell'astenersi dal concorrere agli incanti o alle licitazioni, in virtù dell'altrui promessa o dazione di denaro o utilità, in proprio favore ovvero di un terzo. Secondo tale impostazione, quindi, si tratta di un reato di mera condotta e a carattere omissivo[337].

In dottrina, tuttavia, non manca chi ha qualificato l'astensione come evento del reato[338], ritenendo che la condotta incriminata debba essere individuata non in un mero contegno omissivo, ma nella conclusione di un patto a prestazioni corrispettive, cui sia causalmente ricollegabile l'astensione degli incanti[339].

In realtà, l'astensione non è ovviamente punita di per sé, in quanto la libertà di partecipare alle gare pubbliche include sicuramente anche quella di non parteciparvi. Pertanto, anche coloro che hanno qualificato il non concorrere alle gare come condotta costitutiva del reato, affermano l'esigenza di procedere ad un accertamento di un nesso di derivazione causale tra la dazione di denaro o altra utilità e la condotta di astensione[340]. In altri termini, perché sia integrata la fattispecie criminosa, è necessario che l'astensione sia determinata dalla promessa o dazione di denaro o altra utilità, destinata a sé o ad altri; ragion per cui, ove essa fosse altrimenti dovuta a motivi differenti, quali ad esempio la violenza o minaccia, il reato *de quo* non

---

[337] In questi termini, G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, Parte Speciale*, Bologna, 2017, p.337; M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. BARTOLI – M. PELISSERO – S. SEMINARA (a cura di), *Diritto Penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2020, p. 606; D. BRUNELLI, *Il diritto,* cit., p. 52, secondo il quale tale delitto rientra tra quelli di mera condotta.

[338] In questi termini si sono espressi N. MADIA, *op.ult. cit*., p. 312; S. RICCIO, *Delitti,* cit., p. 633; S. VINCIGUERRA, *I delitti*, cit., p. 408.

[339] In particolare, ad avviso di N. MADIA, *op. ult. cit.*, p. 311, l'art. 353-*bis* c.p. «sanziona un'ipotesi di corruzione tra privati, all'interno della quale il denaro o l'altra utilità si convertono in autentico *pretium sceleris* percepito a titolo di compenso per una ben precisa prestazione». In tal senso, si afferma che «É la scelta dei termini e la loro connessione sintattica a evidenziare che il legislatore ha inteso descrivere un patto a prestazioni corrispettive avente ad oggetto l'astensione dagli incanti di taluno. Infatti, i compilatori, da un lato, anziché riferirsi ai «doni», hanno impiegato un vocabolo dal contenuto semantico estremamente pregnante: il «denaro» rappresenta uno strumento a chiara vocazione compensativa per un servizio ricevuto; dall'altro, come nelle fattispecie di corruzione, hanno costruito la proposizione normativa in guisa da sottendere un rapporto di mezzo a fine tra prestazione e controprestazione [...]». Di conseguenza, secondo l'A. dovrebbe ritenersi «che l'art. 354 c.p. abbia isolato dal vasto genere delle collusioni di cui all'art. 353 c.p. una specifica tipologia di esse che, per ciò che concerne la posizione del percettore della ricompensa illecita, si presenta connotata dal minore disvalore penale».

[340] M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 2002, 203; M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 606.

sussisterebbe[341].

Quanto alle modalità di realizzazione della condotta, sia la dottrina che la giurisprudenza ritengono che l'astensione si realizzi non solo attraverso la mancata partecipazione alla gara, ma anche quando si omettano tutti o alcuni degli atti che sono richiesti perché l'offerta possa essere presa in considerazione[342]. Alcuni Autori, poi, ammettendo la natura non esclusivamente ed ineludibilmente omissiva della condotta integrante il reato in parola, ritengono che anche la rinuncia – espressa mediante un atto formale – alla gara già intrapresa possa rientrare nell'ambito operativo dell'art. 354 c.p.[343]

Alla luce delle considerazioni svolte, appare indubbiamente condivisibile l'orientamento dottrinale che qualifica la fattispecie in esame come un reato proprio[344]. In effetti, per quanto la norma utilizzi il vocabolo «chiunque» per indicare il soggetto attivo, è necessario, per la sua configurabilità, che la condotta sia posta in essere da colui che presenti la qualità di «offerente». Tuttavia, considerando le divergenze interpretative che accompagnano tale qualifica[345], non può che prendersi atto di come «il "confine esegetico" della fattispecie sia indubbiamente influenzabile dall'accezione più o meno ampia che si voglia assegnare al termine»[346].

3. Consumazione e tentativo

Secondo quanto affermato in dottrina, il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui si verifica l'astensione dell'offerente motivata dalla dazione o promessa di danaro od altra utilità, a nulla rilevando gli effetti che la condotta è in grado di produrre sull'esito della gara[347].

In particolare, il delitto si perfeziona quando l'agente ha lasciato spirare il termine stabilito per il compimento degli atti necessari per concorrere alla gara oppure nel

[341] G. LATTANZI –E. LUPO, *Codice penale, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2012, p. 578.
[342] F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, p.s.*, II, Milano, 2008, 390; G.FIANDACA- E.MUSCO, *Diritto, p.s.*, I, Bologna, 2012, pp. 317 ss.; G.MARCONI, *op. cit.*, p. 324; V.MORMANDO, *op. cit*., pp. 132 ss.
[343] M. ROMANO, *I delitti dei privati*, cit., p. 212; S. VINCIGUERRA, *I delitti*, cit., p. 414.
[344] O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 845; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 323; N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 318.
[345] V. *infra* Sez. II, par. 4.3.
[346] G. MARCONI, *op. ult. cit.*, p. 323.
[347]Tra tutti, cfr. P.VENTURATI, *op. cit*., p. 308.

momento in cui si è astenuto dal presentare l'offerta, pur essendosi presentato alla gara; oppure, ancora, nel momento e nel luogo in cui, dopo aver fatto una o più offerte, si disinteressi del prosieguo o abbia formalmente rinunciato alla gara già intrapresa.
Al fine dell'individuazione del *tempus* e del *locus commissi delicti* risulta irrilevante la collocazione spazio-temporale della conclusione dell'accordo, ovvero il tempo e il luogo in cui l'astenuto ha ricevuto il denaro o altra utilità o ne ha ricevuto la promessa. Tali condotte, infatti, in difetto dell'astensione dalla gara quale diretta conseguenza dell'accordo, non sarebbero *ex se* punibili alla stregua del reato in esame.
Stante la natura di reato omissivo proprio della fattispecie in parola, in dottrina si discute della ammissibilità o meno del tentativo.
Secondo un primo orientamento, il tentativo sarebbe configurabile nel momento in cui siano stati posti in essere gli atti diretti in modo non equivoco a portare a compimento la volontà di abbandono della gara, non concretizzatasi per cause indipendenti dalla volontà del soggetto[348].
Diversamente, la dottrina maggioritaria, così come la prevalente giurisprudenza, negano in radice l'ipotizzabilità del tentativo in relazione a tale fattispecie, essendo tale conclusione necessitata dalla qualificazione in termini di reato omissivo. Sul punto, invero, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato chiaramente che «Il reato di astensione dagli incanti, previsto dall'art. 354 cod. pen., in quanto strutturato come reato omissivo proprio, non consente la configurabilità del tentativo»[349].

4. I 'nebulosi' confini con l'art. 353 c.p.

Come anticipato[350], il delitto di astensione dagli incanti incrimina una condotta meramente omissiva del potenziale offerente. Tuttavia, la circostanza che il legislatore abbia assegnato autonomo rilievo all'astensione dal concorrere alla gara, determinata da motivi di lucro, non preclude, di per sé, che il soggetto sia chiamato a rispondere a

[348] A.PAGLIARO, *op. cit.*, p. 465.
[349]Cass. pen., Sez. II, 06 febbraio 2007, n. 9551, confermando un risalente orientamento che, in termini generali, aveva fatto discendere la negata configurabilità del tentativo dalla natura del reato quale reato omissivo: «"in linea di massima" non è ipotizzabile il tentativo nel reato omissivo, poiché sino all'ultimo è incerto se il comportamento si verifichi o meno», così Cass., Sez. VI, 08 maggio 1985, n. 6199.
[350] V. *supra* par. 2.

titolo di compartecipazione nel delitto di cui all'art. 353 c.p.

Risulta dirimente, pertanto, individuare con esattezza il confine che separa l'ambito applicativo della più grave turbata libertà d'incanti, incriminata dall'art. 353 c.p., dalla sfera applicativa della mera astensione, perseguibile ai sensi del successivo art. 354 c.p.

Sul punto, in dottrina e in giurisprudenza[351] si è concordi nel ritenere che il criterio per operare il distinguo fra l'ipotesi concorsuale in relazione al reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p. e l'astensione dagli incanti punibile a norma dell'art. 354 c.p. non sia da ricercare nella provenienza dell'iniziativa dell'illecito accordo, essendo quest'ultimo un elemento del tutto privo di rilievo nel costrutto della norma[352]. Pertanto, la dazione o promessa di denaro o altra utilità ben può essere sollecitata da chi poi si impegnerà ad astenersi, non essendo rilevante, ai fini dell'applicazione dell'art. 354 c.p., la priorità di chi ha assunto l'iniziativa del *pactum de non contrahendo*[353].

Il criterio discretivo si incentra, piuttosto, sulla condotta tenuta dal soggetto: affinché si realizzi la fattispecie di reato in esame, l'astenuto non deve avere avuto un ruolo attivo nella realizzazione dell'evento criminoso dell'impedimento o del turbamento della gara.

In tale prospettiva, quindi, ricorre l'ipotesi di concorso nel delitto di turbata libertà degli incanti *ex* art. 353 c.p., allorché il destinatario della promessa o dell'offerta non si sia limitato ad astenersi dal concorrere agli incanti o alle licitazioni, ma abbia

---

[351] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125, in cui si ribadisce che «Sussiste il delitto di turbativa d'asta e non quello di astensione dagli incanti qualora il destinatario della promessa o dell'offerta non si limiti ad astenersi dal concorrere alla gara in cambio dell'utilità oggetto di dette promessa od offerta, ma partecipi all'accordo illecito finalizzato ad impedire od alterare la gara ovvero ad allontanare o far desistere gli offerenti». Ma già prima la Suprema Corte aveva individuato il *discrimen* tra le suddette fattispecie valorizzando il ruolo svolto dal soggetto potenziale offerente nell'economia dell'accordo illecito. In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 1934, ove si afferma che «Integra il delitto di turbata libertà degli incanti e non quello meno grave di astensione dagli incanti la condotta di chi non si limita ad astenersi dal concorrere agli incanti o alle licitazioni private in cambio della dazione o della promessa di danaro o altra utilità, ma partecipa altresì in maniera attiva all'intesa illecita finalizzata ad impedire o turbare la gara ovvero allontanarne gli offerenti» e Cass. pen., Sez. III, 22 novembre 2013, n. 3907, in cui si ribadisce che «La rinuncia a partecipare alla gara integra il reato di turbativa d'asta e non quello di astensione dagli incanti quando si inserisce nell'ambito di un ampio e concordato accordo collusivo finalizzato ad alterare l'esito della gara, ed assume perciò la veste di comportamento "attivo" in vista della buona riuscita dell'operazione illecita».

[352] Cass. pen., Sez. VI, 3 dicembre 1999, n. 705.

[353] M. ROMANO, *op. cit.*, p. 270.

collaborato con l'autore della turbativa, colludendo con esso[354]. Si versa, invece, nell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 354 c.p., qualora il soggetto si limiti a tenere il comportamento omissivo descritto dalla norma con coscienza e volontà e nella consapevolezza del favore reso all'agente e del corrispettivo pattuito.

Invero, come già anticipato, si tratta di una disposizione incriminatrice che assolve una funzione di complementarietà rispetto al delitto della turbata libertà di incanti, mediante la quale il legislatore ha inteso sottrarre all'area dell'impunità, in mancanza di un obbligo di *facere* violato, un contegno di natura omissiva ritenuto penalmente rilevante e al contempo meritevole di una risposta sanzionatoria più mite di quella riservata alla condotta attiva. La *ratio* dell'incriminazione, infatti, si riscontra nell'aggravio di offesa che il bene protetto subisce per effetto dell'astensione del concorrente, il quale, aderendo al *pactum de non contrahendo*, antepone il proprio tornaconto personale all'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara.

Diversamente, laddove lo stesso non si limiti a tenere un contegno meramente omissivo, ma partecipi attivamente nella causazione di uno degli eventi di turbativa, non v'è ragione di escludere la sua punibilità ai sensi della più grave fattispecie di cui all'art. 353 c.p.

Pertanto, come si è giustamente osservato, «è solo il vaglio in concreto della condotta tenuta dal soggetto a dover orientare l'interprete nell'una o nell'altra direzione accusatoria»[355].

Tuttavia, se è solamente l'esame concreto della vicenda pendente *sub iudice* a dover determinare la sussumibilità nell'una o nell'altra ipotesi di reato, non può di certo essere taciuto il rischio, acutamente evidenziato in dottrina, che fatti sostanzialmente analoghi possano determinare direzioni accusatorie diverse «a seconda della cornice edittale "di volta in volta" preferita»[356].

In effetti, in giurisprudenza si è ritenuto che il «mero mercanteggiare sul prezzo dell'astensione»[357] non valga ad integrare la condotta di cui all'art. 353 c.p., poiché in

---

[354] Hanno osservato come l'astensione dovuta a collusioni rientri nello schema applicativo dell'art. 353 c.p G. MARCONI, *op. cit.*, p. 324; N. MADIA, *op. ult. cit.*, p. 314; G. AMATO, *op. cit.*, p. 549; A. SANTORO, *Manuale*, cit., vol. II, p. 390; O. VANNINI, *Manuale,* cit., Pt. spec., p. 89.

[355] G. MARCONI, *op. cit.*, p. 324.

[356] A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 103.

[357] Cass. pen., Sez. VI, 13 novembre 1997, n. 911.

tal caso manca «l'intesa clandestina tra due o più persone per il perseguimento di un fine illecito, mediante il tradimento della fiducia o l'elusione dell'attività legittima di terzi»[358]. Tuttavia, come si è giustamente osservato, «è piuttosto arduo […] immaginare casi di astensione determinata da ragioni di profitto illecito che non si risolvano, per l'appunto, in tale "tradimento della fiducia o [nel]l'elusione dell'attività legittima di terzi»[359].

[358] *Ibidem.*
[359] A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 104.

CAPITOLO III

I DELITTI DI TURBATIVA TRA CREAZIONISMO ERMENEUTICO E VINCOLI DELLA TESTUALITÀ NORMATIVA

SOMMARIO: 1. Premessa: i delitti di turbativa tra testo legislativo e contesto giurisprudenziale 1.1. Le 'torsioni interpretative' delle fattispecie di turbativa. 2. Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale e la portata attuativa del nuovo filone giurisprudenziale della Sesta Sezione della Suprema Corte. 2.1. L'inconfigurabilità dell'art. 353-*bis* c.p. in caso di affidamento diretto senza procedura selettiva. 2.2. L'irrilevanza del mendacio preliminare e antecedente allo svolgimento della gara. 2.3. L'inconfigurabilità del delitto di turbativa d'asta nell'ambito dei concorsi per l'accesso al pubblico impiego e nei concorsi universitari. 3. Persistenti criticità: il rischio di un ritorno al passato. 3.1. (*Segue*) La riaffermata validità del criterio della c.d. "gara informale". 4. Conclusioni: riflessioni *de iure condito.* 4.1…e prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa: i delitti di turbativa tra testo legislativo e contesto giurisprudenziale

Si è già segnalato che, a fronte della costante evoluzione della disciplina amministrativa delle procedure ad evidenza pubblica, le fattispecie incriminatrici poste a loro presidio sono rimaste sostanzialmente invariate. Infatti, se da un lato la materia dei contratti pubblici ha subito un significativo mutamento, dall'altro il legislatore non si è preoccupato di aggiornare anche la sua 'appendice' sanzionatoria. Ciò ha determinato – come evidenziato a più riprese in dottrina – un evidente «fenomeno di obsolescenza del precetto criminale»[360], che continua a richiamare testualmente procedure di gara scomparse dalla disciplina extra-penale già a partire dalla prima riforma in materia di contratti pubblici attuata con il d.lgs. 163/2006.
Di qui, la ragione del denunciato «immobilismo del legislatore»[361], che, di fatto, ha legittimato l'opera di supplenza ermeneutica intrapresa dalla giurisprudenza nell'evidente intento di superare l'«anacronismo definitorio»[362] del precetto penale.

[360] E. PENCO, *op. cit.*, p. 68. Si sono espresse in termini analoghi anche A. SANTANGELO, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., pp. 56 ss. e pp.109 ss. e G. DONATI, *La turbata libertà degli incanti*, cit., p. 210.
[361] *Ibidem*.
[362] G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche*, cit., p. 358.

I delitti di turbativa, in effetti, ben si inseriscono in quel fenomeno, alquanto diffuso nella prassi, di "riscrittura" giurisprudenziale delle fattispecie incriminatrici, che si inquadra in un più ampio e profondo mutamento della legalità penale[363], caratterizzato dal «protagonismo giurisdizionale»[364] rispetto al diritto scritto di origine legislativa.
Tra i molteplici fattori che autorevole dottrina ha identificato a fondamento del mutamento delle classiche relazioni tra legge e interpretazione[365], l'indeterminatezza delle fattispecie criminosa è senza dubbio tra le cause principali: sovente, infatti, il testo normativo è viziato da tale genericità e indeterminatezza da rimettere alla prassi

[363] A tal riguardo, invero, è stato autorevolmente affermato che «da una concezione legalistica, volta a valorizzare il testo della legge e a comprimere, fino forse ad annullare, il ruolo dell'interpretazione (giudice bocca della legge), si è passati a una "nuova" concezione che potremmo definire interpretativa, che invece riconosce margini, a volte anche molto ampi, all'attività ermeneutica del giudice», così R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole,* in *Sist. pen*., 28 giugno 2022, p. 1. Sul tema della c.d. "nuova" legalità penale, si vedano i lavori del gruppo di ricerca costituito presso il Dipartimento di Scienze giuridiche di Firenze e coordinato dal prof. Francesco Palazzo, in *Sist. pen*., 5 marzo 2020: R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*; A. BASSI, *La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte Suprema di cassazione*; A. CAPUTO-G. FIDELBO, *Appunti per una discussione sul ruolo della Corte di cassazione e "nuova" legalità*; V. MAIELLO, *La legalità della legge e il dritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*; F. PETRELLI, *L'interpretazione della legge è uguale per tutti?*; M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*. Inoltre, cfr. D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, Torino, 2019; A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020.

[364] Sui rapporti tra legge e giudice nella materia penale e in senso critico sul ruolo del formante giurisprudenziale nella descrizione dei tipi criminosi cfr. G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, II, pp. 2351 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminali*a, 2013, p. 40; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, pp. 29 ss.; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica",* in *Dir. Pen. Cont*., 17 gennaio 2018, pp. 21 ss. Di recente, sul tema cfr. V. MAIELLO, *La legalità della legge al tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020 e F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, pp. 1249 ss.

[365] Sulle cause che hanno concorso a determinare lo sbilanciamento dell'asse dal diritto penale legislativo a quello giurisprudenziale, in un'amplissima letteratura si vedano, per tutti e senza pretese di esaustività, G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *AIC - Osservatorio costituzionale*, giugno 2015, pp. 1 ss. C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali di controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 181 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss.; ID., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior*., Milano, 2007; ID., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, pp. 299 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo* cit., pp.13 ss.; ID., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 406 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, cap. IV; ID., *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. Pen.*, 2002, pp. 1165 ss.; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, pp. 14 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, p. 1248; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, 1, pp. 29 ss.

giurisprudenziale l'individuazione dei confini del tipo criminoso legale. Invero, non può dubitarsi che la conseguenza di una normativa non rispettosa dei canoni di chiarezza, determinatezza e precisione è quella di consegnare un testo che inevitabilmente non può essere solo interpretato. Più precisamente, quanto più il testo normativo presenta elementi elastici, vaghi o generici, tanto maggiori sono gli spazi entro cui può muoversi l'attività interpretativa, pronta a 'stabilizzare' disposizioni carenti in punto di tipicità e a supplire all'eventuale inerzia del legislatore nell'adeguarle ad una base empirica in continua evoluzione.

Ebbene, con riferimento ai delitti di turbativa, il fenomeno di supplenza giurisprudenziale si è sviluppato proprio in queste due direzioni, incanalandosi nei percorsi interpretativi dischiusi da fattispecie caratterizzate, da un lato, da un'«insostenibile vaghezza del precetto»[366] e, dall'altro, da un palese anacronismo del lessico penalistico utilizzato.

1.1. Le 'torsioni interpretative' delle fattispecie di turbativa

Sotto il primo profilo, viene in rilievo la congenita indeterminatezza delle fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p., caratterizzate da «una tipicità precaria e "umbratile"»[367], in ragione sia della descrizione normativa di alcune modalità realizzative della condotta – "collusioni" o "altri mezzi fraudolenti" – sia del generico evento di "turbamento", sia, infine, della clausola ad analogia esplicita che contrassegna l'oggetto materiale del reato di cui all'art. 353-*bis* c.p. "altro atto equipollente".

Come si è visto[368], risulta alquanto problematico individuare i confini della condotta di "collusione" [369] e ancor più difficile appare l'identificazione dei contegni scorretti

[366] N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., p. 2.

[367] V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018, p. 1143. In argomento, cfr. altresì A. SANTAGELO, *op. cit*., p. 189, la quale discorre di «un quadro [normativo] dalle tinte fosche in punto di legalità e tipicità delle disposizioni incriminatrici».

[368] V. *supra* cap. II par. 3.3 e 3.4.

[369] D'altra parte, come acutamente osservato da A. SANTANGELO, *op. cit*., p. 97, il problema definitorio di cosa siano le "collusioni" penalmente rilevanti *ex* artt. 353 e 353-*bis* c.p. è stato risolto dalla giurisprudenza sul piano probatorio: a fronte della evidente difficoltà di dimostrare un accordo destinato per sua stessa natura a rimanere segreto, si è ritenuto integrato il reato anche «in presenza di mere componenti indiziarie». L'A., a titolo esemplificativo, richiama il caso deciso da Cass. pen., Sez. VI, 25 ottobre 2004, n. 44618 in cui «la stazione appaltante trasmetteva le lettere d'invito a cinque operatori economici, tra cui si contavano

sussumibili nella clausola di chiusura "altri mezzi fraudolenti". Invero, come è stato affermato da autorevole dottrina, «si tratta, in entrambi i casi, di "formule elastiche" o più esattamente "vaghe", che solo la proverbiale indulgenza della Corte costituzionale – per vero non più scontata – consente di considerare al riparo da censure di illegittimità»[370].

In effetti, se per collusione deve intendersi «ogni accordo clandestino diretto a influire sul normale svolgimento delle offerte e alla elusione dello schema incondizionatamente concorrenziale della gara»[371], possono venire in rilievo casi tipologici estremamente diversi tra loro: può trattarsi di un «collegamento sostanziale» tra le imprese offerenti[372] oppure di suggerimenti del soggetto preposto alla gara, basati sulla propria esperienza professionale o su notizie riservate, ad uno dei concorrenti al fine di aiutarlo ad individuare il miglior contenuto dell'offerta per aggiudicarsi la commessa pubblica[373].

Altrettanto può dirsi rispetto alla clausola ad analogia espressa[374] «altri mezzi fraudolenti», rispetto alla quale l'elencazione delle altre modalità realizzative del reato – violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni – non fornisce un parametro utile per identificarne il contenuto: si tratta, infatti, di condotte assai eterogenee tra loro e di certo non assimilabili a contegni fraudolenti, con la conseguenza che la delimitazione del campo operativo di tale clausola ad analogia espressa finisce per essere rimesso alla discrezionalità interpretativa[375]. Sul punto, come già visto, la giurisprudenza ha adottato una definizione onnicomprensiva, volta a ricomprendere «qualsiasi artificio, inganno o menziona concretamente idoneo a conseguire l'evento

due imprese non interessate all'affidamento in ragione di una diversa dislocazione dell'attività e, invece, tre altre società che avevano spedito le buste il medesimo giorno, dallo stesso ufficio postale e una di seguito all'altra. La scelta degli operatori da coinvolgere, insieme al "tempismo" nella presentazione delle offerte, sono stati considerati di per sé idonei a dimostrare il previo accordo illecito pericoloso per la libera partecipazione alla gara».

[370] V. MANES, *op. ult. cit*., p. 1144.

[371] Cass. pen., Sez. VI, 2 ottobre 2000, n. 8887.

[372] Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2013, n. 7376; Cass. pen., Sez. VI, 26 giugno 2015, n. 27079.

[373] Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2019, n. 4113.

[374] Sul tema delle fattispecie ad analogia espressa, cfr. G.MARINUCCI – E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 181 ss.

[375] Così N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta,* cit., p. 5.

del reato»[376], facendo così confluire nell'alveo delle fattispecie incriminatrici in esame, fra gli altri, la presentazione di documenti e certificazioni false[377] o la formulazione di offerte assolutamente anomale[378].

L'indeterminatezza delle fattispecie in parola, tuttavia, non si arresta alle modalità realizzative della condotta penalmente rilevante, ma coinvolge anche uno degli eventi alternativi tipizzati dal legislatore: il «turbamento».

Si tratta – come segnalato in precedenza[379] – di un concetto tanto vago e generico da includere al suo interno una serie variegata e difficilmente definibile di eventi, delegando così «all'interprete l'opera di concretizzazione del suo contenuto»[380]. Tale opera, tuttavia, si è risolta nell'affermazione della sussumibilità all'interno delle norme incriminatrici in parola di un qualsiasi evento che, in qualche modo, abbia disturbato la procedura di gara. Ne è conseguita, come rilevato da numerosi autori, la dilatazione dello spazio applicativo delle norme incriminatrici in esame, che risultano strutturalmente esposte ad un rischio di c.d. «*overbreadth*»[381].

Se già la costruzione normativa delle modalità di condotta e dell'evento dei reati di turbativa espone questi ultimi ad interpretazioni volte a dilatarne l'ambito operativo, il principale fattore di sovra-estensione applicativa – con particolare riguardo all'art.

---

[376] Così, Cass. pen., Sez. VI, 21 dicembre 2017, n. 5725. In senso conforme cfr. Cass. pen, Sez. VI, 12 novembre 2012, n. 43800; Cass. pen., Sez. V, 10 maggio 2016, n. 19466; Cass. pen., Sez. VI, 6 settembre 2022, n. 32826.

[377] Cass. pen., Sez. VI, 18 novembre 2010, n. 40831.

[378] Cass., pen., Sez. VI, 29 aprile 1999, n. 9062; Cass. pen., Sez. II, 05 aprile 2002, n. 18175; Cass. pen., Sez. VI, 25 maggio 2012, n. 20211.

[379] V. *supra,* Cap. II, par. 4.2.

[380] N. MADIA, *op. ult. cit.*, p. 4. Analoghe considerazioni sono svolte anche da A. SANTANGELO, *op. cit*., p. 102, la quale ha rilevato come «l'elevato tasso di incertezza che contraddistingue il dato normativo, implica, […] la determinazione *ex post* delle condotte penalmente rilevanti, lasciando che siano le contingenze del processo penale a definire *case-by-case* gli elementi costitutivi del tipo criminoso».

[381] Così V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., 1143 ss., che dimostra come gli strumenti repressivi del fenomeno *lato sensu* corruttivo siano stati forgiati in maniera tale da consentirne una sovraesposizione applicativa, frutto di interpretazioni arbitrarie da parte del giudice. Analizzano approfonditamente le matrici di c.d. *overbreath* delle fattispecie incriminaci in parola E. PENCO, *op. cit*., pp. 69 ss. e N. MADIA, *op. ult. cit.,* p. 4, il quale evidenzia come «La vaghezza, o sarebbe meglio dire la genericità, del dato linguistico rende dunque di per sé difficoltosa la ricerca dell'ambito denotativo delle disposizioni, confermando come, sotto quest'aspetto, la tecnica di redazione normativa utilizzata consenta al giudice, in un più che sospetto contrasto coi principi di precisione e/o determinatezza della fattispecie e di prevedibilità, in senso convenzionale, della legge penale, di ampliarne a dismisura e in modo incontrollabile lo spazio applicativo: la vaghezza del termine "turbamento" si traduce, insomma, nella vaghezza dell'enunciato prescrittivo che, a sua volta, come già notato in dottrina, apre la strada a un fenomeno di sovra-estensione del tipo legale (c.d. overbreath)». In argomento v. altresì A. SBARRO, *I principi di tipicità e offensività quali strumenti di gestione del rischio di* overbreath*: un esempio pratico*, in *Cass. pen*., 5, pp. 1648 ss.

353 c.p. – viene identificato nella descrizione dell'oggetto materiale della condotta «gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private»[382].

In questo caso, tuttavia, non viene in rilievo un *deficit* di determinatezza del precetto normativo[383], quanto piuttosto la sua già segnalata obsolescenza. In effetti, qui il fenomeno di supplenza giurisprudenziale si è sviluppato attraverso un'interpretazione 'ortopedica' della norma incriminatrice, evidentemente inadeguata rispetto alla mutata realtà normativa di riferimento[384].

Come già anticipato[385], nell'ottica di superare il persistente *gap* tra la regolamentazione delle procedure ad evidenza pubblica e il relativo presidio penalistico, in giurisprudenza è stato enfatizzato il riferimento alla «gara», attribuendo a questa nozione una portata più ampia di quella che le è propria, tenuto conto che, nel testo della norma, essa si riferisce esclusivamente a quella esplicata «nei pubblici incanti o nelle licitazioni private». In questa prospettiva, si è andato consolidando un *test* applicativo[386], volto a riconoscere nella situazione concreta i tratti della gara sulla base della sussistenza di due requisiti essenziali: la presenza di una qualche forma di competizione, che veda i diversi operatori economici consapevoli di concorrere con altri per l'aggiudicazione della commessa pubblico, e la predeterminazione da parte della pubblica amministrazione dei criteri attraverso cui selezionare l'offerente vincitore[387].

Attraverso l'utilizzo di questo *test* interpretativo si è potuto affermare, per un verso, che «ai fini della integrazione del reato, deve aversi riguardo ad ogni istituto competitivo, pregiudiziale alla perfezione di un contratto con la pubblica amministrazione, purché il suo funzionamento sia sottoposto – per volontà della stazione appaltante o per previsione legislativa – a regole, seppure meno stringenti e

[382] Così E. PENCO, *op. cit*., p. 77.

[383] Sul punto, cfr. N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 7, il quale rileva che «In questo caso, il legislatore "non ha colpe", avendo impiegato una terminologia puntuale e precisa, pienamente rispettosa del principio di determinatezza nel descrivere l'oggetto materiale del reato».

[384] A. DI MARTINO, *op. cit*., pp. 434-435.

[385] V. *supra* Cap. II, par. 2.1. e 2.2.

[386] A tal riguardo A. SANTANGELO, *op. cit*., p. 67 parla di «*test* giurisprudenziale a carattere estensivo».

[387] Da ultimo, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 16 giugno 2023, n. 26225, afferma la necessità di una predeterminazione, da parte della P.A., dei «criteri di selezione e presentazione delle offerte, ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto ed i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte». Nei medesimi termini cfr. altresì Cass. pen., Sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603; Cass. pen., Sez. VI, 22 giugno 2021, n. 24469.

penetranti rispetto a quelle congenite ai pubblici incanti e alle licitazioni private, ma comunque predeterminate, alle quali i privati devono attenersi e i pubblici poteri devono adeguarsi»[388]; per l'altro, che si sottraggono alla fattispecie le situazioni in cui «la ricerca del contraente sia sganciata da ogni giudizio comparativo, anche di tipo informale»[389] ed in cui, quindi, «l'amministrazione resti comunque libera di scegliere la propria controparte secondo criteri di convenienza e opportunità propri della contrattazione tra privati»[390].

Così, la tutela approntata dall'art. 353 c.p. è stata estesa a ogni procedura, «anche informale e atipica, quale che sia il *nomen iuris* adottato e anche in assenza di formalità»[391], potendo rilevare anche "sondaggi", "gare esplorative", "gare di consultazione", "competizioni informali". Ne è conseguita, com'è stato affermato, «una sostanziale riformulazione del delitto, ove il sintagma ''gara nei pubblici incanti e nelle licitazioni private'' cede il posto alla locuzione ''gara pubblica anche se informale o ufficiosa''»[392] .

In questi casi, tuttavia, la giurisprudenza si è puntualmente premurata di «ammanta[re] sotto le candide vesti della *ratio legis*»[393] gli esiti di tale operazione interpretativa, di modo da coprirli «"pudicamente" sotto la maschera dell'interpretazione estensiva»[394]. Così, è stato affermato che il criterio della c.d. "gara

---

[388] Così già Cass. pen., Sez. VI, 30 settembre 1998, n. 12238.

[389] Cass. pen., Sez. VI, 6 dicembre 2018, n. 57000; Cass. pen., Sez. VI, 13 luglio 2021, n. 44700.

[390] In questi termini, *ex multis*, Cass. pen., 26 ottobre 2022, n. 45709. D'altro canto, come giustamente osservato da N. MADIA, *op. ult. cit*., p.1368 «mai si è disquisito – perché mai si è dubitato – sull'estraneità all'egida della tutela penale di metodi di assegnazione di compendi pubblici avulsi da dinamiche concorrenziali, essendosi, piuttosto, discusso se si mantenesse entro gli argini di un'interpretazione estensiva del precetto, ovvero se tracimasse in una interpretazione analogica dello stesso, l'incanalamento al suo interno di contegni tenuti nel corso di gare "atipiche"».

[391] Così, *ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, 6 luglio 2018, n. 30730; Cass. pen., Sez. VI, 18 luglio, 2019, n. 31956.

[392] Così V. MAIELLO, *Turbata libertà degli incanti, concorsi pubblici e divieto di analogia in* malam partem, in *Giur. it.*, 2024, pp. 695 ss., il quale rileva come «Il riflesso dommatico st[i]a nel traghettamento della fattispecie dal modello di tipo legale tassativo a *typus* ermeneutico, aperto ad un'attività di denotazione giudiziale sostanzialmente creativa».

[393] V. MANES, *Corruzione senza tipicità,* cit., pp.1242 ss. Nei medesimi termini si è espresso altresì V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, pp. 2487 ss., il quale discorre di «un'operazione interpretativa che – ammantata delle vesti di una legittima pratica di estensione semantica del lemma ''gara'' – non è riuscita a dissimulare il suo vero volto di impresa ermeneutica che aggira i confini del tipo criminoso legale». Sottolinea come spesso l'interpretazione estensiva è solo una «maschera sotto la quale si nasconde pudicamente l'analogia», G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità" svincolata dalla conformità alla fattispecie penale''*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1268.

[394] *Ibidem.*

informale" «non [dà] luogo a una applicazione analogica della fattispecie criminosa di cui all'art. 353 c.p., bensì ne concreti una interpretazione estensiva sul criterio dell'*eadem ratio*: garantire il regolare svolgimento sia dei pubblici incanti sia delle gare informali o di consultazione»[395]. In altri termini, la circostanza che il bene giuridico tutelato dalla norma sia esposto alle medesime insidie anche laddove le condotte perturbatrici siano tenute nel contesto gare non tipizzate, dovrebbe portare ad un'interpretazione adeguatrice del testo normativo, tale da non restringere il raggio di protezione dell'art. 353 c.p. ai pubblici incanti e alle licitazioni private[396].

Tuttavia, è proprio il riferimento al canone della *eadem ratio* a disvelare la natura analogica dell'operazione interpretativa in esame[397], la quale – è stato affermato – finisce per «compo[rre] una fattispecie inespressa attraverso la sua estrazione (per similitudine di *ratio*) dalla figura di disciplina espressa»[398].

D'altro canto, se il *discrimen* tra interpretazione estensiva e analogia sta nel fatto che la prima «è il risultato della scoperta, fatto dall'interprete, che sotto l'espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio, che per quanto non chiaramente enunciato vi è appunto incluso»[399], mentre la seconda «è invece l'operazione che si compie risalendo da una norma espressa ad un principio in

---

[395] Cass. pen., Sez. V, 26 ottobre 2022, n. 45709. Nei medesimi termini, *ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, 18 novembre 2004, n.44829; Cass. pen., Sez. VI, 24 maggio 2011, n. 2958; Cass. pen., Sez. VI, 13 marzo 2014, 32237; Cass. pen., Sez. VI, 10 agosto 2018, n. 38507.

[396] In questi termini, N. MADIA, *I "nebulosi confini" della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private"*, cit., pp. 1362 ss.

[397] E. PENCO, *op. cit*., p. 84, rileva attentamente come le argomentazioni addotte in giurisprudenza «si prestano evidentemente ad essere lette come una *excusatio non petita* che disvela una *accusatio manifesta*».

[398] L. DELLA RAGIONE, *op. cit.*, p. 1504.

[399] Così, G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen*., I, Torino, 1987, p. 159. Sugli incerti e labili confini tra interpretazione estensiva ed applicazione analogica si vedano O. DI GIOVINE, *«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale),* in *Quest. giust*., 2018, 4, p. 55; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim*., 2016, 3, pp. 13 ss.; F. GIUNTA- G. CARCATERRA- O. DI GIOVINE – N. MAZZACUVA -V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenz*a, in *Criminalia*, 2010, pp. 347 ss; A. MANNA, *"L'interpretazione analogica" nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in A. CASTALDO - V. DE FRANCESCO - MV. DEL TUFO - S. MANACORDA - L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stil*e, Napoli, 2013, pp. 219 ss; N. MAZZACUVA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, p. 367 ss.; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2018, 114 ss.; G. MARINUCCI, *op. cit*, pp. 1254 ss., 1268; F. PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2022, 3, p. 975; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, 1, pp. 29 ss.; P. SCEVI *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, 2020, 1; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.

esso contenuto e dal quale è dato ridiscendere alla formulazione di una norma inespressa, quella che appunto contiene la regola del caso ‘‘analogo’’ a quello espressamente disciplinato»[400], non dovrebbe dubitarsi che l’indirizzo giurisprudenziale considerato integri un’interpretazione analogica in *malam partem*.

L’esistenza di un ragionamento analogico, già annunciato nella misura in cui si ricorre all’argomento dell’*eadem ratio,* trova conferma in una serie di indici già sottolineati dalla più attenta dottrina[401].

In particolare, sul piano storico, è fondamentale considerare che il legislatore, lungi dall’effettuare un generico richiamo alla nozione di gara, ha esplicitamente circoscritto l’ambito di applicazione delle disposizioni ai pubblici incanti e alle licitazioni private.

Tale aspetto è particolarmente significativo poiché, come è stato evidenziato, il legislatore del 1930 era consapevole dell'esistenza di altre procedure, come l'appalto-concorso e la trattativa privata, che – già secondo la normativa allora vigente – avrebbero potuto includere forme di preselezione competitiva degli operatori economici. Invero, le normative di settore, risalenti al r.d. n. 2440 del 1923 e al regolamento di attuazione di cui al r.d. n. 827 del 1924, fornivano un contesto normativo ben definito. Pertanto, la decisione dei compilatori del codice penale di limitare la tutela penale approntata dagli artt. 353 e 354 c.p. esclusivamente ai pubblici incanti e alle licitazioni private lascia supporre una precisa e consapevole esclusione delle altre procedure dallo schema generale delle norme.

In tal senso, secondo l’opinione dottrinale in parola, il silenzio del legislatore in merito a tali procedure è significativo, nel senso che riflette una precisa scelta strategica di presidiare penalmente solo alcune competizioni formali, caratterizzate da una procedimentalizzazione rigida, scandita dall’esistenza di regole e termini specifici, oltre che dall’assenza di discrezionalità per la stazione appaltante[402].

---

[400] *Ibidem*.

[401] N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 1369; ID, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa* cit., p. 9 ss.; ID, *La tutela penale della concorrenza* cit., pp. 336 ss. Nell’evidenziare che «la dilatazione del tipo è passata per l’impiego di letture analogiche», le medesime argomentazioni sono spese da F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, pp. 649 ss.

[402] N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d’asta,* cit., p. 12 ss., il quale riconosce che la legge deve essere interpretata non secondo le volontà storicamente espresse dai suoi redattori, ma secondo la sua volontà oggettiva, così come si manifesta nel precetto normativo. Tuttavia, si precisa che, «questo discorso

In altri termini, si ritiene vi sia una lacuna soggettiva volontaria, non dovuta, cioè, a sviste del legislatore, ma a precise scelte di politica criminale[403].

Da questo punto di vista, si ritiene che «la *mens legislatoris* coincide con la *mens legis*, nel senso che quella che era l'intenzione del legislatore si è perfettamente incarnata nel dettato legislativo»[404]. Pertanto, all'argomento storico si affianca quello letterale: il concetto di «gara» è associato alla locuzione «nei pubblici incanti o nelle licitazioni private» e tali nozioni «hanno solo un contenuto tecnico, per giunta preciso e limitato, resistente, quindi, a riformulazioni finalizzate ad evocare altre procedure, a loro volta definite con una terminologia puntuale che non si presta a essere confusa in un magma concettuale indistinto»[405]. In altri termini, la terminologia usata dal legislatore è chiara e univoca, non presentando un contenuto più ampio di quello che appare e, pertanto, si è dinanzi a una lacuna espressa, che preclude qualsiasi tipo di esegesi fondata sull'*argumentum a simili.*

Infine, sul piano sistematico, si rileva come il testo dell'art. 353-*bis* c.p., introdotto con la legge n. 136 del 2010, distinguendosi significativamente da quello degli artt. 353 e 354 c.p., consenta di applicare tale disposizione agli abusi verificatisi nella redazione di bandi o di atti equipollenti che precedono qualsiasi tipo di meccanismo selettivo per i contraenti con la Pubblica Amministrazione.

Invero, la norma fa riferimento al «procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente», senza quindi restringere l'ambito applicativo ai soli illeciti commessi nelle fasi che precedono la gara in un pubblico

---

cede o vede attenuata la sua efficacia persuasiva laddove, all'epoca di emanazione della norma incriminatrice, un certo fenomeno o una certa materia – come avvenuto nel caso di specie – potevano essere perfettamente noti al legislatore, di talché il non averli presi in considerazione
nel contesto di fattispecie espressamente ed esclusivamente deputate a regolare situazioni in qualche modo assimilabili, ma diverse, è indice di una possibile volontà dei compilatori che non può essere trascurata».

[403] Sulla distinzione tra lacune oggettive, non riconducibili alla volontà legislativa, e lacune soggettive, le quali possono a loro volta distinguersi in volontarie – laddove attribuibili a precise scelte di politica-criminale – e involontarie – imputabili a sviste del legislatore – si v. N. BOBBIO, *Teorica generale del diritto*, Torino, 1993, p. 260.

[404] N. MADIA, *La tutela penale della concorrenza*, cit., p. 343.

[405] *Ibidem.* Sulla scorta del medesimo argomento anche V. VELLUZZI, *Analogia giuridica ed interpretazione estensiva: usi ed abusi in diritto penale*, Siena, 1996, pp. 11 ss. ha indicato l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 353 c.p. come un chiaro esempio di ricorso all'argomento analogico. L'A., infatti, osserva che le nozioni di pubblico incanto e licitazione privata sono tecnicamente e normativamente definite dalla legge sulla contabilità di Stato. Pertanto, l'estensione della fattispecie di cui all'art. 353 c.p. ad altre procedure che comportano comunque la presenza di una gara deve necessariamente avvenire in via analogica e non estensiva.

incanto o una licitazione privata. Tale scelta terminologica – si è affermato – indica chiaramente che, nel momento in cui il legislatore ha inteso estendere la protezione penalistica a sistemi diversi dai pubblici incanti e dalle licitazioni private, l'opzione politico-criminale estensiva si è tradotta, sul piano della tecnica di redazione della fattispecie, nell'impiego di un linguaggio ampio e inclusivo[406].

In altri termini, proprio la formulazione legislativa della norma di più recente introduzione conferma *a posteriori* la necessità di una lettura restrittiva di quelle preesistenti.

Alla luce di siffatte argomentazioni, appare difficilmente negabile la "creatività" del consolidato approccio giurisprudenziale in materia, che, attraverso considerazioni di natura teleologica, finisce per ampliare i confini del *Tatbestand*[407], includendovi anche fatti che sfuggono al corredo genetico della portata precettiva dell'art. 353 c.p.

D'altro canto, ad analoghi esiti interpretativi si è giunti anche con riguardo alla fattispecie di più recente introduzione, ove la previsione di una clausola ad analogia esplicita nella descrizione normativa dell'oggetto materiale della condotta ha consentito l'espansione applicativa del delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p.

Nel sintagma «altro atto equipollente», infatti, vi è stata fatta confluire anche la delibera a contrarre da cui derivi, proprio all'esito della condotta di turbativa, un affidamento diretto in luogo dell'espletamento di una gara[408]. Anche qui però, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, si tratterebbe pur sempre di «un'interpretazione di segno ampio, pienamente conforme alla *ratio legis*»[409] della locuzione «altro atto equipollente».

---

[406] N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta,* cit., p. 13.

[407] Sul punto v., diffusamente, A. GARGANI, *Dal* Corpus Delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.

[408] *Ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 2012, n. 43800; Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 18508; Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 10016. In dottrina, invero, si è giustamente fatto notare che «Tale approdo interpretativo, attraendo nel fuoco dei delitti di turbativa situazioni in cui la p.a. ha senza alcun dubbio agito *iure privatorum*, contribuisce con tutta evidenza a implementare ulteriormente l'estensione delle fattispecie in parola, le quali giungono a lambire – oltre ai casi in cui l'amministrazione abbia proceduto "come se" vi fosse una gara (ancorché atipica, informale, esplorativa) – anche gli accordi contrattuali conclusi "in luogo", o "senza", una procedura concorrenziale di selezione, ritenuta *ex post* doverosa», così E. PENCO, *op. cit.*, p. 82.

[409] Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431, che richiama Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 2012, n. 43800. In senso adesivo, cfr. altresì Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 1016.

In definitiva, tanto l'art. 353 c.p. quanto l'art. 353-*bis* c.p. sono stati oggetto, nel corso del tempo, di letture amplificatrici del loro raggio operativo, tutte basate su una vistosa enfatizzazione della loro *ratio legis*. Solamente negli ultimi anni, come è stato evidenziato in dottrina, è possibile registrare «un virtuoso passaggio del formante giurisprudenziale da ruolo generativo del fenomeno di *overbreath* ampiamente descritto, a una funzione contenitiva dello stesso, costituzionalmente orientata verso il canone della riserva di legge»[410].

2. Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale e la portata attuativa del nuovo filone giurisprudenziale della Sesta Sezione della Suprema Corte

La più recente giurisprudenza di legittimità – confrontandosi apertamente e criticamente con alcune sue acquisizioni fondate su considerazioni di natura teleologica funzionali ad estendere i confini applicativi dei delitti di cui all'art. 353 e 353-*bis* c.p. – realizza una vera e propria inversione di tendenza rispetto al passato[411]. Le radici di tale mutamento di approccio sono senz'altro da rinvenirsi, come segnalato da numerosi autori[412], nel nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in tema di legalità penale, ri-valorizzata nell'antica sua dimensione, per così dire, testualista, che ha sostituito una stagione di favore verso la portata normativa e stabilizzante del formante giurisprudenziale[413].

Com'è noto, dapprima, con la decisione resa a conclusione della c.d. "saga Taricco", successivamente con pronunce costituzionali nn. 24 e 25 del 2019 e, da ultimo, con la sentenza n. 98/2021 in tema di analogia *in malam partem* [414], la Consulta, ha compiuto

[410] E. PENCO, *op. cit.*, p. 93.
[411] A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 115 parla di un «cambio di rotta» della giurisprudenza.
[412] F. PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc*., 2022, pp. 987 ss.; V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, pp. 2487 ss.; E. LO MONTE, *op. cit*., pp. 548 ss.; E. PENCO, *op. cit.*, p. 86.
[413] F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 989 parla di «una vera e propria svolta degli orientamenti della Corte che, va riconosciuto francamente, per molti lustri aveva tenuto un atteggiamento tutt'altro che ostile al creazionismo giudiziale». Analoghe considerazioni sono svolte da V. MAIELLO, *op. ult. cit*., p. 2491; ID, *Legalità nella legge e nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020, il quale ravvisa in questa serrata sequenza di arresti costituzionali «un vero e proprio *diritto vivente costituzionale* in tema di legalità penale, che segna il ritorno a quella dimensione antica del *nullum crimen* (nei significati di *lex scripta et stricta*, oltre che *parlamentaria* e *praevia*) che ne fa principio identitario dello Stato di diritto disegnato dalla Carta repubblicana».
[414] Sul punto cfr. V. MANES, *op. ult. cit.*, 2021, 1246, il quale evidenzia la preminenza assiologica del divieto di analogia riconosciuta dalla Consulta, che "Quasi prendendo atto che i diversi criteri interpretativi disegnano ormai un Pantheon dove nessun dio domina sull'altro (…) ribadisce la primazia del criterio

una decisa riaffermazione dell'impianto esclusivamente legalistico del nostro diritto penale[415], fondato sulla centralità dell'enunciato normativo, qualificato dai caratteri della determinatezza e precisione del materiale linguistico utilizzato e dal conseguente restringimento degli spazi di manovra del potere giudiziario, di cui viene ribadita la funzione istituzionalmente dichiarativa delle scelte di politica-criminale spettanti esclusivamente al legislatore, unico soggetto che – nella garanzia procedimentale della dialettica parlamentare e per il tramite della legge scritta – è legittimato a compierle.

In particolare, nella nota pronuncia n. 115/2018[416], la Consulta ha affermato chiaramente che le scelte di diritto penale sostanziale, che permettono all'individuo

---

letterale tanto rispetto al criterio teleologico quanto rispetto al criterio sistematico, e rimarca inoltre che ogni "torsione ermeneutica" trova – sempre e comunque – un limite nella littera legis anche al cospetto di "pur comprensibili" istanze di tutela – e di pressanti esigenze general-preventive, verrebbe da dire – che possano affiorare nel caso concreto".

[415] In questi termini, da ultimo, V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, pp. 2487 ss., il quale ravvisa nella sentenza commentata (Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2022 n. 5536 in materia di turbata libertà nel procedimento di scelta del contraente) l'eco diretta della pronuncia costituzionale n. 98/2021. Dello stesso avviso, F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 812. In argomento, si vedano altresì R. BARTOLI, *op. cit*., p. 9, per il quale la svolta costituzionale andrebbe intesa come fattore di potenziamento di «una vera e propria nuova ermeneutica basata sul c.d. tipo legale, forgiato per l'appunto dal legislatore, consentendo così di conciliare i margini interpretativi con la necessità di restare vincolati alle indicazioni legislative» e V. MANES, *op. cit.*, p. 1247, il quale afferma che «il giudice – di legittimità come di merito – è tenuto a considerare impercorribili interpretazioni lasche e ad abbracciare con decisione un approccio rigorosamente antianalogico seguendo una vera e propria "deontologia ermeneutica". Ciò significa che nei casi dubbi il giudice dovrà propendere per considerare analogica – e non semplicemente estensiva – l'opzione ermeneutica prefigurata, ed astenersi dal percorrerla (in dubio pro analogia et abstine); e che di fronte ad ambiguità legislative dovrà optare per una lettura interpretativa "tassativizzante e tipizzante" (…) per controbilanciare con una ermeneutica restrittiva i difetti di tassatività della legge». Sulla compatibilità della svolta *testualista* con la struttura *ermeneutica* dell'interpretazione si veda F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp.975 ss.

[416] Corte cost., 31 maggio 2018 n. 115. In dottrina, osserva come questa sentenza abbia riaffermato «i cardini culturali della nostra tradizione giuridica» ed evitato «l'introduzione, per mano eurogiudiziaria, di una lettura palindroma dell'art. 101, comma 2, Cost., secondo la quale, all'occorrenza, è la legge (compresa quella penale) che andrebbe assoggettata alla volontà del giudice ete(u)rodiretto», F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale*, cit., 1311. L'A., in particolare, riconosce in questa sentenza una svolta «rivoluzionaria» che «sembra segnare una sorta di ripensamento della giurisprudenza costituzionale in relazione al vizio di indeterminatezza», per la quale «eventuali *deficit* del principio di precisione (quale vincolo di tecnica normativa nei confronti del legislatore) sarebbero sanabili attraverso la stabilizzazione delle interpretazioni, ossia ad opera della giurisprudenza, cui verrebbe di fatto trasferito il compito di chiudere la fattispecie nel punto in cui risulta linguisticamente generica». Sulle prospettive aperte da tale decisione, si vedano altresì M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2018 e M. LUCIANI, *La dura realtà e il "caso Taricco",* in *Dir. pen. proc*., 2018, 1284 ss. Anche C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo",* in *Dir. Pen. Cont*., 2018, 6, pp. 227 ss.; ID, *La pareidòlia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e i possibili scenari 'costituzionali' del diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, 1821 ss., e D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. — Riv. trim*., 2016, 1, 228 ss., mettono in luce come l'intento perseguito dalla

di conoscere in anticipo le conseguenze delle proprie azioni devono incarnarsi «perlomeno nei paesi di tradizione continentale e certamente in Italia […] in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati, rispetto a cui 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»[417].

I principi espressi dalla sentenza n. 115/18 hanno, poi, trovato immediata risonanza nella sentenza n. 24/19, relativa al settore della prevenzione *ante delictum*[418].

Invero, mentre con riferimento a tale comparto la Consulta ammette che «non può del tutto escludersi che le esigenze di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione», essa ribadisce che nel campo penale «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale»[419].

La funzione dell'attività interpretativa, istituzionalmente dichiarativa delle scelte di politica-criminale spettanti esclusivamente al legislatore, è stata ribadita nella sentenza gemella n. 25/2019, in cui si afferma che «In un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la

---

Corte costituzionale nella vicenda Taricco sia quello di impedire la trasformazione del giudice comune in un 'giudice di scopo', cui possano rimettersi obiettivi di politica criminale da perseguire.

[417] Corte cost., n. 115/18, in cui si prosegue affermando che «Se è vero che anche la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche, resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone la sicurezza giuridica delle consentite libere scelte d'azione».

[418] In argomento, V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., p. 39, il quale sottolinea come «la sentenza n. 24/2019, se da un canto opera una 'sottrazione' degli ambiti di azione della riserva assoluta di legge, dall'altro, produce un consolidamento della sua nozione forte nei confini del territorio di elezione».

[419] Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24.

legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato. L'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo»[420].

Da ultimo, la Consulta, nell'affrontare una questione di legittimità a carattere processuale e, più precisamente, nel momento in cui ne ha valutato l'ammissibilità, ha svolto considerazioni più ampie relative alla legalità, concentrandosi in particolare sul rispetto del divieto di analogia *in malam partem*[421].

In particolare, nella sentenza 98/2021[422], la Corte – richiamando i principi espressi nelle precedenti pronunce e adottando una prospettiva di decisa valorizzazione del testo della legge – riafferma il significato e la fondamentale funzione garantista del divieto di analogia *in malam partem,* che «non consente 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»[423]. In questo senso, si afferma ancora una volta che «è 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»[424].

---

[420] Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 25.

[421] Nella vicenda in esame, infatti, la Corte costituzionale si è soffermata sul concetto di "convivenza" nella fattispecie di maltrattamenti in famiglia, osservando come il giudice rimettente avesse adottato un'interpretazione estensiva, se non addirittura analogica, attribuendo rilevanza a relazioni basate principalmente su legami affettivi, piuttosto che su relazioni concrete di condivisione di una vita comune.

[422] Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, in *Giur. cost*., 4, 2021, con nota di C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, 1807 ss. In argomento, cfr. altresì V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2021, pp. 1242 ss.; F. PALAZZO, *op. ult. cit*., pp. 1218 ss.; L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16 luglio 2021; M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo (nota a Corte cost n. 98/2021)*, in *AIC – Osservatorio costituzionale*, 5 ottobre 2021.

[423] *Ibidem*.

[424] Corte cost., n. 98/21, in cui la Consulta ribadisce come il vincolo del divieto di analogia *in malam partem* sia posto a garanzia «sia del principio "ordinamentale" della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e

I moniti della Corte Costituzionale in ordine alla necessità di confrontarsi con «il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo»[425] sono stati accolti nei più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità, accomunati da un'interpretazione garantistica delle disposizioni di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p.

In tali pronunce, invero, è possibile scorgere un virtuoso percorso di recupero della legalità – s*ub specie* tassatività – sul terreno della tutela penale delle procedure di gara, inaugurato dalla Sesta Sezione del supremo Collegio con la sentenza n. 5536/22, proseguito con la decisione n. 24772/22 e avvalorato, da ultimo, dalle pronunce nn. 26255/23, 32319/2023 e 38127/23.

2.1. L'inconfigurabilità dell'art. 353-bis c.p. in caso di affidamento diretto senza procedura selettiva

La prima pronuncia in cui si ravvisa il nuovo orientamento interpretativo di stampo «tipizzante e tassativizzante»[426] è la n. 5536/2022 della Sesta sezione della Suprema Corte di Cassazione, relativa ad una vicenda in cui i giudici di merito avevano affermato la configurabilità della turbata libertà del procedimento di scelta del contraente in un caso in cui la condotta di turbativa era finalizzata – non già ad inquinare il contenuto del bando o di un altro atto equipollente –, ma ad impedire la gara attraverso un (illegittimo) affidamento diretto dei lavori[427].

Ebbene, in questa pronuncia, la Suprema Corte prende esplicitamente le distanze dal pregresso orientamento favorevole ad ampliare la portata semantica dell'espressione

irrilevanti […], nonché – evidentemente – tra le diverse figure di reato; sia della garanzia "soggettiva", riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d'azione».

[425] Corte cost., n. 98/2021, par. 2.4. del *Considerato in diritto*. Come osservato da F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., pp.1218 ss., nei citati arresti costituzionali si coglie un inequivoco monito al potere giudiziario a non percorrere interpretazioni sganciate dal tipo legale tassativo e al legislatore a costruire le norme incriminatrici secondo coordinate di determinatezza semantica.

[426] A. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 115. Sulla necessità di addivenire, mediante una valorizzazione dei principi di offensività e proporzionalità, ad un'interpretazione "tassativizzante" e "tipizzante" dei reati di turbativa, V. MANES, *op. ult. cit.*, 1152; ID., *Dalla "fattispecie" al "precedente*, cit., p. 2233.

[427] Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2022, n. 5536, in *Giur. it.*, 2022, con nota di V. MAIELLO, *Legalità della legge divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, pp. 2487 ss. Sul punto, si veda altresì F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 812, il quale ravvisa in questa pronuncia un'eco diretta della pronuncia costituzionale n. 98/2021.

«altro atto equipollente» sino a ricomprendevi anche la delibera a contrarre che preveda l'affidamento diretto in luogo di una gara.

Gli esiti interpretativi cui aveva condotto l'orientamento giurisprudenziale precedente, infatti, ad avviso del Supremo Collegio, «finiscono per estendere l'ambito applicativo della norma incriminatrice e la tipicità della fattispecie con un procedimento analogico *in malam partem* in cui, attraverso considerazioni di natura teleologica, si varcano i paletti fissati dalla lettera della legge»[428], con conseguenti, inaccettabili «torsioni interpretative volte a conformare il dato testuale per attribuirgli un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura»[429].

Come sottolineato dalla Suprema Corte, occorre necessariamente guardare al «dato letterale della norma incriminatrice», che si riferisce ad un'azione di turbativa finalizzata ad inquinare il contenuto di un bando – o altro atto equipollente – e, quindi, ad un atto che preveda i requisiti di partecipazione ad una gara e ne disciplini le modalità di partecipazione. Pertanto, la condotta perturbatrice deve necessariamente riguardare un procedimento amministrativo prodromico rispetto ad una gara e deve volgere ad inquinare il contenuto di un atto non qualsiasi, ma «funzionalmente tipico, cioè esplicativo del modo con cui si devono selezionare i concorrenti per individuarne il migliore». In tale prospettiva, è allora evidente – prosegue la Suprema Corte – come la condotta volta ad impedire la gara attraverso un illegittimo affidamento diretto dei lavori risulti «esterna rispetto al perimetro testuale della norma»[430].

In definitiva, attraverso una marcata valorizzazione del divieto di analogia *in malam partem*, la Suprema Corte sottolinea con chiarezza la tensione dell'operazione interpretativa sostenuta dall'orientamento sino ad allora maggioritario con il principio di legalità, riconoscendo come quest'ultima finisca «per introdurre un nuovo e diverso elemento di struttura (l'inquinamento del procedimento finalizzato ad evitare la gara, rispetto all'inquinamento volto a condizionare la gara) che la lettera della norma incriminatrice obbiettivamente non prevede»[431].

---

[428] Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2022, cit., par. 3.2.
[429] *Ibidem*.
[430] *Ibidem.*
[431] *Ibidem*.

Nell'abbandonare l'indirizzo giurisprudenziale precedente, la Suprema Corte, peraltro, ha chiaramente rimarcato la svolta interpretativa operata, presentando il principio di diritto affermato come «orientamento condiviso della Sezione, emerso nel corso della riunione tenutasi ai sensi dell'art. 47- *quater*, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12»[432], proprio nell'ottica di «superare letture disomogenee sull'art. 353-*bis* c.p.»[433].
Secondo quanto previsto dall'art. 47-*quater* dell'ordinamento giudiziario, infatti, i Presidenti di Sezione della Corte di Cassazione, nel vigilare sull'attività giudiziaria e nel promuovere «anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione»[434], hanno la facoltà di organizzare riunioni non solo dedicate al confronto sugli orientamenti interpretativi all'interno delle singole Sezioni, ma anche orientate a risolvere eventuali contrasti, identificando una soluzione ermeneutica comune. Com'è stato osservato, questa nuova giurisprudenza, che espressamente si richiama agli esiti di tali riunioni, potrebbe considerarsi «come una sorta di "Sezioni Unite" all'interno della singola sezione, orientata a individuare un orientamento unitario»[435].
In effetti, attualmente non sussistono le condizioni per richiedere l'intervento del consesso di legittimità in composizione riunita. Invero, si è al cospetto di un mutamento giurisprudenziale più favorevole, successivamente confermato dalla giurisprudenza. Solo un eventuale *revirement* potrebbe dar luogo a un contrasto interpretativo, aprendo così la possibilità di sollevare la questione davanti alle Sezioni Unite[436].
Come è stato osservato, ci si trova, piuttosto, in una fase preliminare, caratterizzata dalla presenza di "segnali" che indicano la possibilità di un contrasto sulla questione e che, quindi, rendono opportuna l'organizzazione di una riunione, la definizione di un orientamento comune e il richiamo, in sentenza, agli esiti di tali incontri[437].

---

[432] Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2022, cit., par. 3.5.
[433] *Ibidem*.
[434] Art. 47- *quater*, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12.
[435] R. BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 19.
[436] Com'è noto, la funzione nomofilattica spetta, in via privilegiata, alle Sezioni Unite della Cassazione, cui è demandata ai sensi degli artt. 610, comma 2, e 618, comma 1, c.p.p. la decisione delle questioni di «speciale importanza» ovvero quando «occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni» (art. 610, comma 1, c.p.p.) o comunque quando la questione di diritto «ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale» (art. 618, comma 1, c.p.p.).
[437] R. BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 19.

Così presentata la svolta interpretativa operata dai giudici di legittimità, la pronuncia in esame ha assunto le vesti di un vero e proprio «*leading case*»[438] che, in effetti, ha presto influenzato non solo le successive pronunce di legittimità sul punto[439] – tanto da potersi ritenere definitivamente superato il precedente approccio iper-estensivo volto a ricomprendere nell'ambito di applicabilità dell'art. 353-*bis* c.p. anche le ipotesi di (illegittimo) affidamento diretto di lavori concluso mediante trattativa privata – ma anche l'esegesi dell'art. 353 c.p.

2.2. L'irrilevanza del mendacio preliminare e antecedente allo svolgimento della gara

Un nuovo sviluppo di un'ermeneutica *strict* delle fattispecie poste a presidio delle gare pubbliche è stato realizzato con la sentenza n. 24772/2022[440] che ha escluso la configurabilità della fattispecie criminosa di cui all'art. 353 c.p. nel caso di omissioni e mendaci preliminari alla ammissione alla gara e anteriori rispetto al suo svolgimento.

Invero, la giurisprudenza aveva da tempo fatto rientrare nella locuzione «altri mezzi fraudolenti» – posta a di chiusura dell'elenco delle modalità realizzative del reato – le condotte di falso che risultino concretamente idonee a determinare l'evento di turbamento della gara[441]. In particolare, si era ritenuto integrasse una condotta di turbativa non solo il mendacio idoneo ad incidere su una gara già avviata, ma anche quello che avesse avuto oggetto dichiarazioni antecedenti allo svolgimento della procedura selettiva e, anzi, proprio funzionali ad accedere alla stessa. In altri termini, nella vocazione onnicomprensiva del termine «altri mezzi fraudolenti» erano state fatte confluire sia le false attestazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti necessari

[438] Così, V. MAIELLO, *op. ult. cit*., p. 2487, nel rimarcare la «portata *materialmente* nomofilattica della pronuncia».
[439] In linea con l'indirizzo interpretativo inaugurato da Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2022, cit., si pongono, fra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 1 marzo 2022, n. 7264; Cass. pen., Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 17876; Cass. pen., Sez. V, 1 dicembre 2022, n. 45709.
[440] Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 2022, n. 24772, in *Dir. pen. e proc*., 2022, con nota di E. LO MONTE, *Verso la riscoperta del principio di legalità?*, pp. 548 ss.
[441] *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 21 dicembre 2017, n. 5725; Cass. pen., Sez. VI, 18 novembre 2010, n. 40831.

per conseguire l'aggiudicazione, sia quelle relative al possesso dei requisiti di ammissione alla gara[442].

Proprio in relazione a queste ultime, il Supremo Collegio, optando per un'interpretazione restrittiva della nozione di «altri mezzi fraudolenti», riconosce che, in realtà, «le mere falsità (materiali e/o ideologiche) realizzate per accedere alla gara» non sono sussumibili nell'alveo della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 353 c.p., costituendo, piuttosto, «figure di reato distinte, per le modalità per le modalità di esplicazione della condotta e per il bene giuridico tutelato, dall'art. 353 c.p. e autonomamente punibili (…), anche se comunque parimenti inficiano la legittimità amministrativa della procedura»[443].

L'approdo ermeneutico cui giunge la Suprema Corte è supportato da due argomentazioni pienamente condivisibili.

In primo luogo, si valorizza ancora una volta il dato testuale, affermando che la soluzione ermeneutica proposta trova anzitutto fondamento in un'interpretazione del significato letterale dell'art. 353 c.p.»[444]. Si evidenzia, infatti, che la formula utilizzata dal legislatore «impedisce o turba la gara» non può che indicare «una fase susseguente al suo preliminare allestimento»[445].

In chiara adesione alle linee interpretative disegnate dalla più recente giurisprudenza costituzionale, quindi, la Suprema Corte esclude con fermezza letture dell'art. 353 c.p. che vadano oltre il «limite estremo»[446] del possibile significato letterale della disposizione, riconoscendo che la tutela penale rispetto a condotte antecedenti allo svolgimento della gara non possa che essere garantita da altre fattispecie, nella specie quella di falso ideologico.

[442] *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 12 gennaio 2004, n. 561, relativa ad un falso in dichiarazione sostitutiva di atto notorio, in cui si certificava il possesso di una condizione soggettiva – ossia non essere incorso in disdette o rinunce per inadempimenti contrattuali – richiesta come requisito di partecipazione alla gara.
[443] Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 2022, n. 24772, par. 2.1.
[444] *Ibidem*.
[445] *Ibidem*.
[446] Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, par. 2.4.

In secondo luogo, si effettua una corretta «valutazione della sua *ratio*»[447]: utilizzando i canoni ermeneutici dell'offensività[448] e della ragionevolezza, si riconosce che «le condotte anteriori all'allestimento della gara ordinariamente non sono idonee a ledere il bene dell'effettività della libera concorrenza, se non in termini di "mera potenzialità", che è condizione anteriore a quella di "pericolo"»[449].

In altri termini, a precludere letture amplificatrici del tipo criminoso descritto dal legislatore si pongono non solo ragioni di stretta legalità, ma anche la necessità di non anticipare eccessivamente «la soglia della punibilità in contrasto con i canoni dell'offensività e della ragionevolezza ispirati ai principi di sussidiarietà e proporzionalità»[450].

Infatti, muovendo dalla considerazione per cui la fattispecie *ex* art. 353 c.p. costituisce un reato di pericolo, si osserva come ritenere penalmente rilevante anche il mendacio funzionale, non all'aggiudicazione, ma all'ammissione alla gara, significherebbe punire "il pericolo di pericolo", ossia un "non pericolo", in contrasto con la funzione selettiva della dimensione concreta o dogmatico-applicativa del principio di offensività[451].

Come per la svolta interpretativa relativa all'inconfigurabilità dell'art. 353-*bis* c.p. in caso di affidamento diretto senza procedura selettiva, anche siffatta opzione è stata ribadita da una più recente pronuncia di legittimità che riprende le medesime cadenze

---

[447] Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 2022, cit., par. 2.3.

[448] Sul punto, v. per tutti F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 350 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 245 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4, 2013, pp. 38 ss.; D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 2015, pp. 665 ss. Sulla possibile valorizzazione del principio di proporzionalità come canone interpretativo si rinvia a V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 2114 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, pp. 326 ss.

[449] *Ibidem.*

[450] *Ibidem*.

[451] Sulla distinzione tra offensività in astratto e offensività in concreto, oltre ai contributi già richiamati *supra*, nota n. 448, v. anche C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale al principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 91 ss.,; M. PELISSERO, *Fatto tipico e offensività*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 279 ss.; G. RICCARDI, *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *Indice pen*., 1999, pp. 711 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, per la prima elaborazione di siffatta distinzione v. Corte cost. 24 luglio 1995, n. 360, in *Cass. pen*., 1995, 2820 ss.; Corte cost. 11 luglio 2000, n. 263, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 2951 ss.

argomentative qui richiamate[452]. Viene così confermata, anche con specifico riguardo al momento e all'oggetto del falso sussumibile nell'ampia nozione «altri mezzi fraudolenti», la nuova tendenza giurisprudenziale ad abbandonare interpretazioni sganciate dal tipo criminoso legale delineato dall'art. 353 c.p.

2.3. L'inconfigurabilità del delitto di turbativa d'asta nell'ambito dei concorsi pubblici per l'accesso al pubblico impiego e nei concorsi universitari

Un ulteriore passo avanti nel recupero della legalità sul terreno delle procedure di gara è stato compiuto con la sentenza n. 26225/2022[453], immediatamente seguita dalle pronunce nn. 32319/2023[454] e 38127/2023[455], in cui si è posto un freno alla tendenza espansiva del concetto di «gara» che delinea l'ambito applicativo della fattispecie di cui all'art. 353 c.p.

Secondo la Suprema Corte, infatti, il concetto di «gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private», pur nella sua massima estensione, non appare in grado di comprendere – a meno di non incorrere in una violazione del divieto di analogia *in malam partem* – le procedure di valutazione comparativa finalizzate all'assunzione del personale nei ruoli della pubblica amministrazione.

L'*iter* motivazionale posto a fondamento di tale condivisibile soluzione muove, anzitutto, dalla doverosa valorizzazione della *ratio* della previsione incriminatrice, volta ad assicurare il corretto espletamento delle procedure concorsuali finalizzate

---

[452] Cass. pen., Sez. VI, 08 febbraio 2024, n. 5635.

[453] Cass. pen., Sez. VI, 16 giugno 2023, n. 26225, in *Sist. pen.*,19 giugno 2023, con nota di G. GATTA, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta l'abrogazione dell'art. 323 c.p*. Sul punto v. altresì R. BORSARI, *Abuso d'ufficio e turbata libertà degli incanti tra diritto vivente e prospettive di riforma*.

[454] Cass. pen., Sez VI, 25 luglio 2023, n. 32319, in *Sist. pen.*, 26 luglio 2023, con nota di G. GATTA, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al moribondo abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 26 luglio 2022. In argomento, v. altresì F. ROCCHI, *Osservatorio Corte di cassazione – Diritto penale – Non è configurabile il reato di turbativa d'asta nei concorsi pubblici per il reclutamento dei professori universitari*, in *Dir. pen. e proc*., 2023, pp. 1295 ss.

[455]Cass. pen., Sez. VI, 24 maggio 2023, n. 38127, in *Giur. it.*, 2024, p. 695, con nota di V. MAIELLO, *Turbata libertà degli incanti, concorsi pubblici e divieto di analogia in* malam partem, relativa ad un concorso per titoli ed esami per la copertura di un posto di istruttore direttivo nell'amministrazione comunale. Qui, la Suprema Corte ribadisce che «In tema di turbativa d'asta, le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni non possono essere ricondotte alla nozione di "gara" di cui la pubblica amministrazione si avvale per la cessione di beni ovvero per l'affidamento all'esterno dell'esecuzione di un'opera o la gestione di un servizio, ostandovi il dato testuale dell'art. 353 c.p. – facente tassativo riferimento alle gare nei "pubblici incanti e nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni" – e, dunque, il divieto di analogia *in malam partem*».

all'acquisizione di beni e servizi, strutturalmente diverse, sottolineano i supremi giudici, da quelle relative alle assunzioni del personale delle pubbliche amministrazioni. Quest'ultime danno luogo a *iter* procedimentali completamente differenti da quelli tipizzati dalla norma incriminatrice, tanto che, com'è stato osservato, si è sempre pacificamente escluso che i reati di turbativa potessero essere contestati nel settore del pubblico impiego, senza neppure dedicare al tema troppi argomenti attesa la palese estraneità al tipo sanzionato dal legislatore[456].

D'altro canto, dette procedure concorsuali, come riconosciuto nella medesima pronuncia, non possono neppure essere ricondotte al tipo legale delineato dall'art. 353-*bis* c.p., il quale, sebbene non contenga rinvii a procedure specifiche, condivide con le originarie previsioni codicistiche di cui agli artt. 353 e 354 c.p. la medesima *ratio*[457] e, pertanto, non può che riferirsi anch'essa a procedimenti diversi dai concorsi pubblici.

In secondo luogo, ma, precisa la Corte di cassazione, «in termini più generali e in modo decisivo»[458], alla suddetta estensione applicativa osta il principio costituzionale di tassatività e determinatezza della fattispecie penale. Ad avviso dei supremi giudici, invero, l'applicazione dell'art. 353 c.p. sul terreno delle procedure diverse da quelle che concernono l'acquisizione di beni e servizi da parte della P.A. esorbita, all'evidenza, dallo spettro dei significati attribuibili alla locuzione «gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni».

La fattispecie criminosa in esame, invero, delinea in maniera puntuale e precisa l'oggetto materiale del reato attraverso il rinvio a nozioni di carattere tecnico, provviste di un significato niente affatto incerto[459], che viene, così, a rappresentare un limite non superabile rispetto alla gamma delle possibili opzioni ermeneutiche da

---

[456] Così, N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., p. 21.

[457] La *ratio* della norma introdotta dalla L. n. 136 del 2010 è generalmente individuata nell'esigenza di anticipare la tutela penale rispetto al momento dell'indizione formale della gara, mirando a prevenire la preparazione e l'approvazione di bandi personalizzati e calibrati sulle caratteristiche di determinati operatori (c.d. bandi fotografia). Sul punto v. *supra* Cap. II, Sez. II, par. 1.

[458] Cass. pen., Sez. VI, 16 giugno 2023, cit., par. 2.2.

[459] In argomento, N. MADÌA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., p. 9, il quale sottolinea come le «le nozioni di 'pubblici incanti' e di 'licitazioni private' sono dotate soltanto di un significato tecnico, per giunta preciso e limitato, ed insuscettibile, quindi, di riformulazioni finalizzate a comprendere al loro interno altre procedure amministrative, a loro volta definite con una terminologia specialistica puntuale, che non si presta a essere confusa in un magma concettuale indistinto»; ID., *I "nebulosi" confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private"*, cit., pp. 1362 ss.

parte del giudice. Sicché, facendo leva sulla marcata valorizzazione del divieto di analogia a sfavore del reo compiuta dalla recente sentenza Corte cost. n. 98/ 2021, i giudici di legittimità non hanno alcuna esitazione nel qualificare come interpretazione analogica vietata quella che pretende di ricondurre nello spazio applicativo dell'art. 353 c.p. la condotta tenuta dall'imputato nell'ambito di una procedura di mobilità disciplinata dall'art. 30, D.Lgs. n. 165 del 2001.

Attraverso un fermo richiamo alle articolazioni del principio di legalità, vengono quindi stigmatizzate le recenti «sperimentazioni applicative»[460] del reato di turbativa d'asta ipotizzate da alcune Procure della Repubblica in materia di concorsi per il reclutamento di pubblici dipendenti sulla scia del tradizionale orientamento giurisprudenziale che attraverso il criterio della c.d. "gara informale" - mediato dal disinvolto impiego del criterio della *eadem ratio* e dell'interpretazione teleologica orientata alla massima protezione del bene giuridico - calamita nell'economia descrittiva dell'art. 353 c.p. qualsivoglia tipo di gara e di procedura di valutazione comparativa.

Come si è visto, in dottrina è stato segnalato come siffatta impostazione ermeneutica, per quanto mascherata sotto le vesti di una legittima interpretazione estensiva, sconfini nel campo dell'analogia [461]. Con particolare riguardo alle recenti contestazioni del delitto *de quo* nell'ambito di concorsi pubblici, si è anzi argomentato che «il caso neanche evoca una vera cripto-analogia»[462], ma un'interpretazione sbagliata che oltrepassa i confini delineati dal testo normativo e oblitera il significato politico-criminale delle sottostanti scelte di tutela.

Non può dubitarsi, infatti, che la lettera della legge, nel riferirsi alle gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private, delimiti il perimetro operativo della fattispecie alle sole procedure indette per l'affidamento di commesse pubbliche o per la cessione di

---

[460] N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., p. 2. Come sottolineato da A. SANTANGELO, *op. cit*., p. 124, «le nuove prospettazioni accusatorie si propongono di supplire, quale vero e proprio 'giudice di scopo', all'assenza di una specifica norma incriminatrice» diretta a sanzionare l'alterazione dello svolgimento di concorsi per il reclutamento di personale nella Pubblica Amministrazione.

[461] Sul punto, N. MADIA, *op. ult. cit*., p. 9; A. SANTANGELO, *op. cit*., p. 124; F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, pp. 649 ss.; V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., p. 1242; V. MAIELLO, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole,* cit., p. 2490; ID., *Turbata libertà degli incanti*, cit., p. 699; L. DELLA RAGIONE, *op. cit.,* pp. 1503 ss.

[462] M. DONINI, *Reati contro la P.A.e riconoscibilità del precetto*, cit., p. 6.

beni pubblici, rimanendone invece esclusi i concorsi per l'accesso ad impieghi pubblici. Così come non può certo trascurarsi la circostanza che «Il sistema dei reati contro la pubblica amministrazione ha sempre distinto tra la scelta delle persone e la valutazione delle cose: eventuali alterazioni o violazioni da parte di commissioni di concorsi rilevano *ex* art. 323 c.p., salve le ipotesi di corruzione etc.»[463].

In continuità con l'inaugurata interpretazione tassativizzante della fattispecie di turbativa e riprendendo in motivazione i passaggi più significativi delle sentenze costituzionali n. 115/18 e n. 98/21, la Suprema Corte nella successiva sentenza n. 32319/2023 ha nuovamente ribadito – questa volta con riferimento alle procedure di concorso per il reclutamento dei professori universitari – come «la lettera della legge, 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 c.p. 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»[464].

Da ultimo, le medesime cadenze argomentative sono state riprese nella pronuncia n. 38127/2023[465], relativa alle turbative dei concorsi per il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni. In particolare, nel censurare la ricostruzione interpretativa effettuata dal giudice del merito poiché in chiaro contrasto con il dato testuale della norma incriminatrice, la Suprema Corte precisa come essa rechi 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'»[466].

In questa prospettiva, si lasciano chiaramente apprezzare i *decisa* delle menzionate sentenze che, nel fornire una soluzione ermeneutica pienamente aderente alla struttura semantica della disposizione incriminatrice *de qua*, riconducono le condotte illecite erroneamente contestate come turbativa d'asta nell'ambito dell'incriminazione di cui

[463] *Ibidem*.
[464] V. *supra* nota n. 454.
[465] V. *supra* nota n. 455.
[466] *Ibidem*.

all'art. 323 c.p. La Sesta Sezione della Corte regolatrice si è infatti puntualmente preoccupata di precisare come l'esegesi restrittiva dell'art. 353 c.p. non determini alcun vuoto di tutela: ricorrendone i presupposti – ossia, la violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero la mancata astensione in presenza di conflitto di interessi – le condotte poste in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che, nella predisposizione e nello svolgimento di concorsi pubblici[467], abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrecato ad altri un danno ingiusto, possono essere sanzionate *ex* art. 323 c.p.

Tali pronunce, infatti, sono intervenute in un momento antecedente alla recentissima abrogazione del delitto di abuso d'ufficio[468], che, ancora una volta, in considerazione della sua «versatilità normativa»[469], poteva venire in gioco e mostrare la sua utilità in un caso in cui non è possibile una diversa qualificazione giuridica della vicenda.

Com'è noto, a poco più di un anno dall'ultima riforma dell'art. 323 c.p., attuata dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in L. 11 settembre 2020, n. 120, si è iniziato a discutere, in sede parlamentare, di una revisione della fattispecie di abuso d'ufficio[470], sino poi ad arrivarsi alla proposta del Governo di abrogazione secca[471] di questa tormentata fattispecie delittuosa[472].

---

[467] Siano essi concorsi per il reclutamento di personale nelle pubbliche amministrazioni o concorsi per il reclutamento dei professori universitari.

[468] L. 10 agosto 2024, n.114. Per i primi commenti all'intervenuta abolizione del delitto di abuso d'ufficio v., fra tutti, M.N. MASULLO, *L'equivoca correlazione tra abuso d'ufficio e burocrazia difensiva,* in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2024, 2, pp. 687 ss. e A. MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la P.A.: note critiche,* in *Sist. pen*., 06 agosto 2024.

[469] F. COPPOLA, *La persistente ambiguità dell'abuso d'ufficio. Alcune (amare) riflessioni a margine del "Caso Termovalorizzatore*", in *Dir. pen. cont*., 4, 2017, p. 47.

[470] Sul punto, M. GAMBARDELLA, *Tre disegni di legge in materia di abuso d'ufficio e responsabilità per i reati omissivi impropri*, in *Discrimen*, 11 novembre 2021.

[471] In argomento, C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen*., 23 gennaio 2023; M. DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in *Sist. pen*., 23 giugno 2023; M. PELISSERO, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *Dir. pen. proc*., 2023, 5, pp. 613 ss.; Id, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico di influenze illecite,* in *Sist. pen*., 18 settemnre 2023; G. LATTANZI, *Sulla proposta di abolizione del reato di abuso d'ufficio. Note critiche*, in *Sist. pen.*, 20 settembre 2023.

[472] Per una recente analisi dell'evoluzione normativa, in una vasta letteratura, cfr. in particolare L. DELLA RAGIONE, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, in A.R. CASTALDO - M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, pp. 105 ss.; S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE - G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2021, pp. 275 ss.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza*

Ebbene, avendo il Legislatore optato per una scelta così radicale, piuttosto che per un'attenta e da più parti invocata riformulazione della fattispecie, si è venuto a creare quel vuoto di tutela che la Suprema Corte si è preoccupata di scongiurare[473]: le condotte illecite realizzate per avvantaggiare o danneggiare un candidato – inidonee ad integrare gli estremi di più gravi fattispecie di reato, come la corruzione – perdono rilevanza penale. Invero, queste ultime non possono più confluire nell'ambito applicativo della fattispecie residuale di abuso d'ufficio, peraltro già sensibilmente ridotto a seguito della citata novella del 2020, né tantomeno possono essere ricondotte nell'alveo di tipicità del reato di turbativa d'asta, come chiarito dagli ultimi arresti giurisprudenziali in materia, che, accogliendo una doverosa e condivisibile interpretazione «tipizzante e tassativizzante» del reato *de quo*[474], escludono i concorsi pubblici "turbati" dal suo raggio di tutela.

3. Persistenti criticità: il rischio di un ritorno al passato

Come si è visto, la giurisprudenza in materia di delitti di turbativa ha fatto registrare un profondo mutamento di approccio rispetto a tali fattispecie incriminatrici, i cui confini applicativi risultano evidentemente – e condivisibilmente – ristretti rispetto al più recente passato.

Tuttavia, per quanto i citati arresti della giurisprudenza di legittimità mostrino un cambio di rotta oramai avviato e lascino trasparire le basi per una sua progressiva evoluzione, v'è da chiedersi se possa ritenersi del tutto superato il rischio di un ritorno ai precedenti approdi interpretativi che, fondandosi su considerazioni di natura teleologica, avevano portato ad un'indebita estensione delle fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p.

Penale Web, 7-8, 2020, pp. 3 ss.; M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. BARTOLI - M. PELISSERO - S. SEMINARA (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, pp. 511 ss.; E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Trento, 2022, pp. 330 ss.

[473] Sul punto, cfr. G.L. GATTA, *Concorsi pubblici "turbati": per la cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p*., in *Sist. pen.*, 19 giugno 2023.

[474] In questi termini, A. SANTANGELO, *op. cit*., p. 115.

Soprattutto, v'è da chiedersi se siffatti esiti interpretativi, per quanto condivisibili in punto di risoluzione delle *quaestio iuris* sottoposte, consentano di affermare un pieno recupero della legalità in materia di tutela penale delle gare pubbliche.

Il primo interrogativo è suscitato, anzitutto, dalla circostanza che, per quanto numerosi e tra loro in serrata sequenza, i citati arresti giurisprudenziali non godono del meccanismo stabilizzante di cui all'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p., previsto per le sole pronunce delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione[475].

Sebbene, infatti, si sia concordi nel ritenere che tale disposizione processuale non abbia introdotto nel nostro ordinamento il vincolo del precedente, il previsto obbligo[476], per una Sezione semplice che non condivida un principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, di provocare un nuova decisione della massima composizione della Corte, contribuisce a rendere più stabile il principio di diritto ivi affermato e, sicuramente, assicura un'interpretazione uniforme su una determinata *quaestio iuris*.

In questa prospettiva, può sicuramente apprezzarsi la circostanza che la Sesta Sezione del supremo Collegio, nel promuovere la prima interpretazione "tassativizzante" in materia, abbia deciso di presentare la soluzione esegetica fornita quale «orientamento condiviso della Sezione, emerso nel corso della riunione tenutasi ai sensi dell'art. 47-*quater*, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, nell'ottica di superare letture disomogenee sull'art. 353-*bis* c.p.»[477].

---

[475] Com'è noto, il legislatore con la l. 103/2017 (c.d. Riforma Orlando), nell'ottica di porre un freno all'affermarsi nella giurisprudenza di legittimità di linee interpretative contrastanti ed imprevedibili, ha introdotto nell'art. 618 c.p.p. il comma 1 *bis*, in cui si stabilisce che «se una sezione della Corte non ritiene di condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso». Tra i commenti alla riforma si vedano, tra gli altri, G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. Pen. Cont*., 29 gennaio 2018; M.GIALUZ – A. CABIALE – J.DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. Pen. Cont*., fasc. 3/2017, 15 giugno 2016; C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. It*., 2017, pp. 2300 ss.; G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prima riflessioni*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, n. 1/2016, p. 97.

[476] Come chiarito da Cass., Sez. Un., 19 aprile 2018, n. 36072, l'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p. ha introdotto un'ipotesi di rimessione che, a differenza di quella, facoltativa, di cui al comma 1, si caratterizza per essere obbligatoria, come inequivocabilmente discende dalla differenza di locuzioni impiegate nel comma 1 («può con ordinanza rimettere il ricorso») e nel comma 1 *bis* («rimette, a queste ultime, con ordinanza la decisione del ricorso»).

[477] Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2022, cit., par. 3.5

Tuttavia, la forza persuasiva di tale pronuncia, che ha indubbiamente influenzato i successivi arresti giurisprudenziali, non sembra scongiurare il rischio di repentini mutamenti interpretativi. Siffatta preoccupazione nasce a causa della sopravvenuta abrogazione del delitto di abuso d'ufficio, figura criminosa di applicazione residuale che consentiva di scongiurare vuoti di tutela in ordine a fatti che proprio la recente ermeneutica *strict* ha lasciato fuori dall'area di operatività delle fattispecie di turbativa.

In dottrina, è già stato segnalato come l'abolizione di tale figura criminosa paventi il rischio di una «paradossale riespansione di altre fattispecie punite più gravemente (quali il peculato per distrazione e la turbata libertà degli incanti o del procedimento)»[478]. D'altro canto, anche prima del recente intervento abolitivo e con specifico riguardo alla precedente riforma attuata con d.l. n. 76/2020, si è affermato che «non si può pensare di eliminare il penale con semplici eccessi di frammentarietà, perché così facendo esso ritornerà per altre vie, ermeneutiche o legislative. La troppa frammentarietà produce, invece di evitare, le analogie e le ermeneutiche di lotta»[479].

Riportando tali considerazioni alle fattispecie di turbativa di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p., appare non peregrino il rischio di nuove interpretazioni sovra-estensive del tipo legale nell'ottica di assicurare presidio penalistico alle fattispecie che, correttamente, erano state fatte confluire nell'alveo di tipicità del delitto di abuso d'ufficio.

In tal senso, appare emblematico il caso dei concorsi pubblici "turbati": in quell'occasione, i giudici di legittimità hanno sì optato per un'interpretazione tassativa della norma, ma si sono preoccupati di precisare come l'esegesi restrittiva dell'art. 353 c.p. non determini alcun vuoto di tutela, posto che le condotte illecite volte ad alterare il corretto espletamento di tali procedure concorsuali potevano essere ricondotte alla fattispecie di cui all'art. 323 c.p.

---

[478] C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 23 gennaio 2023, il quale, peraltro, sottolinea il rischio di eventuali vizi di costituzionalità «tanto per contrasto con l'art. 117 Cost (per violazione degli obblighi internazionali che impongono una penalizzazione di condotte abusive: art. 19 della Convenzione di Merida, ratificata dal nostro Paese con la legge n. 116 del 2009), quanto perché, lasciando 'scoperte' ipotesi di strumentalizzazione a danno della pubblica amministrazione, creerebbe vere e proprie "zone franche" dell'ordinamento».

[479] M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 20.

D'altro canto, medesime considerazioni possono essere svolte con riguardo alle ipotesi di illegittimo affidamento diretto, e cioè ai casi in cui la decisione di evitare la gara sia l'effetto di condotte perturbatrici e, dunque, derivi da una scelta del pubblico agente animata dal perseguimento di interessi propri o anche di terzi, ma di certo non pubblicistici. Invero, una volta chiarito che tale condotta fuoriesce dall'ambito applicativo dell'art. 353-*bis* c.p., si prospetta un vuoto di tutela, quantomeno nelle ipotesi in cui non vi sia una controprestazione del privato volta a remunerare il pubblico agente, poiché in tal caso troverebbe applicazione la più grave fattispecie di corruzione[480].

Infine, non può non considerarsi che autorevole dottrina, tra le ragioni poste alla base dell'ampio riscontro applicativo delle fattispecie di turbativa, annovera la circostanza che esse assicurano una tutela «ancillare contro le pratiche affaristiche nel settore dei pubblici appalti, e contro la possibile in pratiche corruttive»[481]. A tal riguardo si è rilevato come «da fattispecie a buon titolo definite come "senza storia", gli artt. 353 e 353-*bis* c.p. hanno infatti progressivamente assunto un ruolo di primo piano nella politica di contrasto ai fenomeni *lato sensu* corruttivi»[482], «quasi atteggiandosi – dopo

[480] Sul punto v. F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, pp. 649 ss., il quale, con specifico riguardo alle ipotesi di illegittimo affidamento diretto e alla luce del nuovo *trend* giurisprudenziale "tassativizzante e tipizzante", rileva che «in effetti, aggalla qui la carenza di tutela penale rispetto a fatti di abuso d'ufficio: il reato è prossimo ad uscire di scena e già oggi è privo di presa sia per come allo stato configurato, sia per l'effetto annunciato, relativo alla sua abrogazione, che gli ha tolto ogni impatto preventivo. I reati di turbativa dovrebbero, invece, operare 'in tandem' con l'art. 323, quando vi sia approfittamento doloso del proprio potere discrezionale da parte del pubblico agente, o con una delle varie figure di corruzione, nel caso vi sia una controprestazione del privato che lo remunera. Le variabili della presenza di una gara e di un mercimonio illecito dovrebbero consentire una razionale applicazione delle fattispecie penali, senza qualificazioni giuridiche multiple o comunque incerte».

[481] V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., p. 1143. Con riferimento alla vocazione ancillare delle fattispecie di turbativa, v. altresì N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., pp. 16 ss.; A. MORONE, *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino, 2021, pp. 43 ss.; A. SANTANGELO, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit. pp.39 ss.

[482] E. PENCO, *op. cit*., p. 66, il quale riprende l'immagine descritta da V. MANES, *op. ult. cit*., p. 1143, laddove afferma che «Nella vasta costellazione delle fattispecie criminose volte a sanzionare comportamenti contrari agli interessi della pubblica amministrazione i delitti di turbativa si presentano come ipotesi ancillari, stelle minori la cui luce si riverbera su dinamiche affaristiche nel contesto degli appalti pubblici che solo potenzialmente potrebbero degenerare in vere e proprie pratiche corruttive». Immagine recentemente ripresa anche da G. DONATI, *La turbata libertà degli incanti tra logiche d'autore e principio di offensività*, in *Sist. pen*., 12, 2022, p. 209. Sul progressivo ampliamento del riscontro pratico delle fattispecie di turbativa v. già V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, cit., pp.17 ss.; O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti*, cit., pp. 53 ss.; G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche*, cit., pp. 357 ss.; A. SANTANGELO, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., pp. 55 ss.; F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, pp. 649 ss.

la "miniaturizzazione" dell'abuso d'ufficio – a nuovi "reati spia"» [483] del retrostante mercimonio della funzione pubblica.

Quindi, se già prima dell'abrogazione del delitto di cui all'art. 323 c.p. è stato possibile registrare una frequente contestazione delle fattispecie di turbativa in funzione repressiva di fenomeni *lato sensu* corruttivi, oggi – una volta eliminata tale figura criminosa – ci si potrebbe aspettare un aumento dell'attenzione giudiziaria su questi "delitti spia" e una conseguente torsione applicativa nell'ottica di farvi rientrare ipotesi ricomprese fino al recente passato nell'alveo dell'art. 323 c.p.

Alla luce di siffatte considerazioni, dunque, si paventa il rischio di una riproposizione di interpretazioni manipolative delle fattispecie di turbativa, finalizzate a colmare i vuoti di tutela che sembrano effettivamente emergere a seguito dell'abolizione del delitto di abuso d'ufficio.

Con riguardo a quest'ultima, peraltro, sembra opportuno segnalare che al momento pendono diverse questioni di legittimità costituzionale – alcune delle quali sollevate proprio nell'ambito di procedimenti penali relativi ad illeciti contestati nell'ambito dei concorsi universitari – dell'art. 1, comma 1, lett. b) della l. n. 114/2024 (c.d. legge Nordio), nella parte in cui abroga l'art. 323 c.p. per violazione degli artt. 11, 117, comma 1, e 97 Cost. Più precisamente, tali parametri costituzionali sono invocati nelle prime due ordinanze di rimessione del Tribunale di Firenze[484], mentre nelle ultime, rimesse dal giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Locri[485] de la Tribunale di Busto Arsizio[486], la questione è stata sollevata solo in rapporto

---

[483] V. MANES, *op. ult. cit*., p. 1143.

[484] Cfr. Trib. Firenze, Sez. III, ord. 24.9.2024, in *Sist. Pen*., 25 settembre 2024, con nota di G.L.GATTA, *Abolizione dell'abuso d'ufficio: a Firenze una prima ordinanza di rimessione alla Consulta. Esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione (o* stand-still)? e Trib. Firenze, Sez. GIP-GUP, ord. 3 ottobre 2024, in *Sist. Pen*., 05 ottobre 2024, con nota di G. GATTA, *Abuso d'ufficio (e concorsi universitari): a Firenze una seconda ordinanza di rimessione alla Corte costitzuonale*. In questa occasione, la questione è stata sollevata nell'ambito di un procedimento penale in cui sono stati contestati diversi delitti contro la pubblica amministrazione, tra i quali l'abuso d'ufficio, relativo ad illeciti commessi nell'ambito di concorsi universitari (vicenda nota come "Concorsopoli di Careggi e Meyer").

[485] Trib. Locri, Sez. G.I.P.-G.U.P., ord. 30 settembre 2024, in *Sist. pen*., 14 ottobre 2024, con nota di G. L. GATTA, *Abolizione dell'abuso d'ufficio: dal Tribunale di Locri una terza ordinanza che solleva la questione di legittimità costituzionale.*

[486] Trib. Busto Arsizio, ord. 21.10.2024, in *Sist. pen*., 25 ottobre 2024. Qui, la questione è stata sollevata dalla Procura nel contesto del processo noto come "Piazza Pulita *bis*" e riguarda imputazioni relative a consulenze e incarichi dirigenziali assegnati da funzionari pubblici in violazione dell'obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi.

all'art. 117, comma 1, Cost., per contrasto con gli artt. 7, comma 4, e 65, comma 1, della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione – c.d. Convenzione di Merida – adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 dicembre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, oggetto di ratifica ed esecuzione in Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116.

Tale Convenzione, com'è noto, impegna gli stati contraenti ad adottare *standard* minimi di tutela e a valutare, tra le altre, l'incriminazione dell'abuso (art. 19), che al momento della ratifica della Convenzione era configurato come reato dall'art. 323 c.p. L'obbligo convenzionale, dunque, è solo quello di considerare la configurazione dell'abuso d'ufficio come reato, e non di introdurre lo stesso.

Tuttavia, secondo la tesi proposta nelle diverse ordinanze di rimessione, l'interpretazione sistematica e teleologica della Convenzione di Merida impedirebbe l'abrogazione dell'incriminazione, e cioè la rinuncia al presidio penalistico previsto dall'ordinamento al momento dell'assunzione degli impegni in sede sovranazionale. Così interpretata la normativa sovranazionale, la censura sollevata dai giudici *a quo* rientrerebbe in una di quelle "eccezioni" al principio di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che mirano a produrre effetti *in malam partem*[487].

---

[487] Sottolinea l'espansione del controllo di costituzionalità *in malam partem*, e l'ambizione dell'eccezione «a trasformarsi in regola», V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 183 ss.; ID., *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito pena*le, in V. MANES – V.NAPOLEONI, *Le legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, pp. 408 ss. Sul tema dei potenziali effetti *in malam partem* delle pronunce della Corte Costituzionale, in un'amplissima letteratura si vedano, per tutti e senza pretese di esaustività A. BONOMI, *Sono davvero inammissibili le additive* in malam partem *in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 891 ss.; C. CUPELLI, *Equivoci trionfalistici e letture correttive. Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in* malam partem, in *Criminalia* 2014, p. 531; ID., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 505 ss.; ID., *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 1715 ss. ;F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, in *Dir. pen. proc*., 2004, pp. 1497 ss.; O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 397 del 2006, sui "falsi elettorali",* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 105-106; V.MANES – L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1/2014, p. 221; A.M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari* ex *art. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1134 ss.; P. VENEZIANI, *Norme penali di favore e controllo di* costituzionalità. *Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, p. 235; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, pp. 151 ss.; M. GAMBARDELLA, Lex mitior *e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2013; ID, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del*

Com'è noto, in linea di principio, sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che concernono disposizioni abrogative di una previgente incriminazione e che mirano a ripristinare nell'ordinamento la norma abrogata[488]. Tale inammissibilità è imposta dal principio di riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che attribuisce al solo legislatore le scelte di incriminazione[489].

É altrettanto noto, però, che la Corte Costituzionale, nel corso degli anni, ha individuato alcune eccezioni a tale generale principio, tra cui vi è, per l'appunto, la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost[490]. Si attende, dunque, la decisione della Consulta, che costituirà non solo un ulteriore e fondamentale tassello della tormentata storia delle fattispecie di abuso d'ufficio, ma altresì – per quanto maggiormente interessa ai fini del presente lavoro – offrirà importanti indicazioni

---

"nuovo" sistema penale degli stupefacenti, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1132 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 915 ss. A. PAGLIARO, *Problemi penalistici a proposito del controllo di costituzionalità su un decreto legge ancora non convertito*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 12 ss..; D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, pp. 11 ss.

[488] Cfr., *ex plurimis*, sentenze n. 330 del 1996 e n. 71 del 1983; ordinanze n. 413 del 2008, n. 175 del 2001 e n. 355 del 1997.

[489] Il principio della riserva di legge, come più volte ribadito dalla Corte Costituzione, determina in via generale l'inammissibilità di questioni volte alla creazione di nuove norme penali, all'estensione dell'ambito applicativo delle stesse a casi non previsti (o non più previsti) dal legislatore (*ex multis*, sentenze n. 161 del 2004 e n. 49 del 2002; ordinanze n. 65 del 2008 e n. 164 del 2007), ovvero all'aggravamento delle conseguenze sanzionatorie o la complessiva disciplina del reato (*ex multis*, ordinanze n. 285 del 2012, n. 204 del 2009, n. 66 del 2009 e n. 5 del 2009).

[490] Sul punto, si veda Corte cost., 6 marzo 2019, n. 37, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 649 ss., ove la Consulta, richiamando i suoi precedenti arresti (sentenze n. 236 del 2018 e n.143 del 2018), ha compendiato in quattro macro-aree le "eccezioni" al principio di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che mirano a produrre effetti *in malam partem*: *a)* può venire in considerazione la necessità di evitare la creazione di "zone franche" immuni dal controllo di legittimità costituzionale, laddove il legislatore introduca, in violazione del principio di eguaglianza, norme penali di favore, che sottraggano irragionevolmente un determinato sottoinsieme di condotte alla regola della generale rilevanza penale di una più ampia classe di condotte, stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, ovvero prevedano per detto sottoinsieme – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole; *b)* può venire in rilievo lo scorretto esercizio del potere legislativo, da parte dei Consigli regionali, ai quali non spetta neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore nazionale (sentenza n. 46 del 2014); da parte del Governo, che abbia abrogato mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega (sentenza n. 5 del 2014); ovvero anche da parte dello stesso Parlamento, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge (sentenza n. 32 del 2014); *c)* può trattarsi dell'ipotesi in cui l'effetto peggiorativo della disciplina sanzionatoria si configuri come una mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale, derivante «dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale (sentenza n. 236 del 2018); *d)* può ammettersi, infine, un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti *in malam partem* ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost. (sentenze n. 28 del 2010 e n. 32 del 2014).

sulla meritevolezza di pena, anche nella prospettiva internazionale, delle turbative che interessano i concorsi pubblici, le quali, fino all'abrogazione, confluivano nell'alveo di tipicità dell'art. 323 c.p.

3.1. (Segue) La riaffermata validità del criterio della c.d. "gara informale"

Il secondo interrogativo – quello relativo alla possibilità di affermare un pieno recupero della legalità in materia – nasce dalla considerazione di un profilo che accomuna tutte le sentenze che si inseriscono in questo nuovo filone interpretativo "tipizzante e tassativizzante".

Invero, i giudici di legittimità, pur offrendo soluzioni ermeneutiche pienamente aderenti alla struttura semantica delle disposizioni incriminatrici e apertamente ispirate ad una rigida applicazione del principio di legalità, si premurano di ribadire il tradizionale orientamento che attribuisce rilevanza al criterio della c.d. "gara informale", così confermando l'esigenza di prescindere dal *nomen iuris* della procedura di selezione ai fini dell'individuazione del relativo ambito applicativo[491].

Tale operazione, legittima se riferita all'art. 353-*bis* c.p., ove il legislatore – concentrando il fuoco della tipicità nel procedimento amministrativo prodromico alla definizione del bando di gara o di "altro atto equipollente" – ha evitato qualsiasi riferimento al tipo di procedura rilevante, diviene, però, giustiziabile come violazione del divieto di analogia in relazione all'art. 353 c.p., che è invece costruito mediante il riferimento a precise procedure di scelte del contraente[492].

Ancora una volta, quindi, riaffiora «l'irrisolta problematicità di un testo normativo che ha oramai perduto ogni sua capacità denotativa»[493], continuando a favorire una lettura estensivo-analogica della fattispecie attraverso il persistente richiamo alla sua *ratio legis*, rispetto alla quale – evidentemente – «la *littera legis* non riesce a fungere da argine adeguato»[494].

[491] Ciò tanto nella pronuncia relativa all'inconfigurabilità dell'art. 353-*bis* c.p. in caso di affidamento diretto, quanto nelle sentenze relative alle procedure di selezione del personale nei ranghi della P.A.
[492] Così, V. MAIELLO, *op. ult. cit*., p. 2490.
[493] E. PENCO, *op. cit*., p. 95.
[494] *Ibidem.*

Invero, come si è attentamente osservato, il criterio della c.d. "gara informale" « anche nella nuova stagione "tipizzante", continua a godere di ottima salute, presentandosi come una sorta di *totem* intangibile, baluardo di un'interpretazione tipica del «giudice di scopo», volta a garantire l'operatività delle fattispecie di turbativa in territori che, una volta caduto l'avamposto "sentinella" dell'abuso d'ufficio, rischierebbero di rimanere privi di un presidio penalistico rispetto a fenomeni *lato sensu* corruttivi»[495]. Peraltro, le criticità relative all'utilizzo del criterio della c.d. "gara informale" non si esauriscono alla già segnalata tensione con il principio di legalità, *sub specie* divieto di analogia *in malam partem*.

Infatti, l'utilizzo di questo *test* interpretativo conduce oggi – proprio a seguito dei più recenti arresti di legittimità – ad esiti interpretativi che, se analizzati nel loro complesso, appaiono scarsamente coerenti sotto il profilo sistematico. A tal riguardo, è già stato segnalato come risulti difficile giustificare, secondo il canone della ragionevolezza, un approccio interpretativo che, da un lato, esclude la rilevanza penale *ex* art. 353-*bis* c.p. di un affidamento diretto deliberato in luogo di una gara pubblica cui la P.A. per legge avrebbe dovuto ricorrere, mentre, dall'altro, consente l'applicazione dell'art. 353 c.p. sulla base della ritenuta sussistenza di una gara "informale", qualora l'amministrazione, non obbligata *ex lege* a bandire una procedura di gara, instauri comunque un dialogo con più operatori economici interessati ad aggiudicarsi la commessa pubblica[496]. In altri termini, anche considerazioni di natura sistematica rendono oggi particolarmente critico il persistente utilizzo della teorica della c.d. "gara informale", di cui si auspica un definitivo superamento.

4. Conclusioni: riflessioni *de iure condito*

La circostanza che anche nei più recenti e virtuosi arresti della giurisprudenza di legittimità sia puntualmente riaffermata la validità del *test* interpretativo della "gara informale" sembra rendere difficile – per quanto auspicabile – un *revirement* su un punto che è fermo a partire dagli anni '70.

[495] *Ibidem.*
[496] *Ibidem.*

Pertanto, per quanto si ritenga doveroso un invito ad un ulteriore sviluppo della rilettura tassativizzante dell'art. 353 c.p., v'è da chiedersi, in una prospettiva *de jure condito*, se tale fattispecie non possa essere portata all'attenzione della Consulta, specie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale in materia di legalità penale.

In questo modo, i problemi interpretativi posti da una fattispecie oramai obsoleta sarebbero risolti, non dalla giurisprudenza di legittimità, attraverso soluzioni fondate su criteri meramente ermeneutici, ma dall'organo costituzionale istituzionalmente deputato a stigmatizzare una disposizione legislativa contraria ai fondamentali principi di tassatività e determinatezza della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

Invero, sembra che la (più volte denunciata) obsolescenza della formulazione dell'art. 353 c.p. possa essere stigmatizzata con riguardo ad entrambi i corollari della legalità. Come si è avuto modo di anticipare, il precetto, da un lato, individua tutt'oggi l'oggetto materiale della condotta attraverso il riferimento a procedure non più esistenti – e quindi viene in rilievo la legalità nella sua declinazione di canone di redazione della fattispecie – e, dall'altro, implicitamente legittima le letture amplificatrici della giurisprudenza – incompatibili con il canone ermeneutico della tassatività –.

Quanto al primo profilo, non v'è dubbio che, al momento sua introduzione, la norma appariva pienamente rispettosa del principio di determinatezza, avendo il legislatore impiegato una terminologia precisa e puntuale nella descrizione dell'oggetto materiale del reato[497]. Di contro, oggi – alla luce dei profondi mutamenti della disciplina amministrativa delle procedure ad evidenza pubblica – non può dirsi altrettanto, proprio in quanto l'oggetto del reato continua ad essere testualmente descritto mediante il rinvio a moduli procedurali completamenti scomparsi nel panorama extra-penale di riferimento[498]. In altri termini, quella terminologia precisa

[497] Così N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., p. 7.

[498] Sul punto, cfr. E. PENCO, *op. cit*., p. 77, il quale rispetto a elemento di fattispecie rinviene «i tratti di un vero e proprio fossile giuridico». Anche A. SANTAGELO, *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, Napoli, 2023, p. 266 parla di disposizioni penali «fossilizzate in una formulazione oramai del tutto priva di riscontri nella disciplina delle procedure a evidenza pubblica».

e puntuale è divenuta, nel corso del tempo, assolutamente inadeguata nell'individuazione del perimetro applicativo della norma, presentandosi così in tensione con il principio di determinatezza della fattispecie incriminatrice.

Venendo al secondo profilo, come già evidenziato, l'obsolescenza del precetto normativo è alla base dell'elaborazione del *test* della c.d. gara informale, attraverso il quale la giurisprudenza tende a surrogarsi indebitamente alla *praevia lex scripta*, sfociando nell'ambito della discrezionalità politica riservata al legislatore.

Pertanto, è possibile ipotizzare una ulteriore censura della fattispecie, specie a seguito della sentenza n. 98/2021[499]. Qui, la Consulta ha preso posizione sul merito dell'interpretazione adottata dal giudice *a quo*, osservando come essa integrasse un'operazione esegetica in contrasto con il divieto di analogia in *malam partem*. In questo modo, com'è stato osservato, si è aperto il tema di un possibile riconoscimento di un ruolo della Corte costituzionale nel far rispettare tale vincolo[500].

Invero, un controllo esterno da parte della Corte costituzionale potrebbe essere senz'altro compiuto se attraverso una riforma si introducesse anche nel nostro ordinamento un ricorso diretto alla Corte costituzionale, come avviene ad esempio nell'ordinamento spagnolo mediante il *recurso de amparo*[501].

V'è da chiedersi, però, se, già a sistema vigente, non possa essere già realizzato un controllo sul rispetto della legalità da parte dei giudici attraverso la proposizione di giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: se, infatti, l'attività

---

[499] La disposizione normativa oggetto di censura era l'art. 521 c.p.p., «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio». Nel giudizio *a quo*, infatti, la originaria imputazione del fatto a titolo di atti persecutori (c.d. *stalking*) *ex* art. 612-*bis* c.p. era stata riqualificata nella più grave fattispecie di maltrattamenti *ex* art. 572 c.p., senza che all'imputato fosse concessa la facoltà di accedere, conseguentemente, al rito abbreviato. Di qui, la lamentata violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, ovvero del diritto di difesa e dei principi del giusto processo. La Corte, tuttavia, non entra nel merito del *petitum*, perché, come già visto, dichiara la questione inammissibile «per non essersi l'ordinanza di rimessione adeguatamente confrontata con gli argomenti contrari alla riqualificazione giuridica del fatto contestato nel giudizio *a quo*, riqualificazione dalla quale dipende la rilevanza delle questioni prospettate (…) La riqualificazione – da atti persecutori aggravati a maltrattamenti in famiglia – dei fatti contestati all'imputato costituisce dunque il presupposto logico che condiziona l'applicazione nel giudizio a quo della disposizione, della cui legittimità costituzionale il giudice dubita».

[500] Così R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale*, cit., p. 12. In argomento, si veda altresì M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo (nota a Corte cost n. 98/2021)*, in *AIC - Osservatorio costituzionale*, 5 ottobre 2021.

[501] *Ibidem.* In argomento v. altresì M. LUCIANI, *I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni. Una prospettiva di diritto comparato*, Servizi Ricerca del Parlamento europeo, 2017.

interpretativa viene utilizzata dalla Consulta come referente dello scrutinio, sembra potersi desumere che la stessa possa fungere anche da parametro per sollevare una questione di legittimità costituzionale.

In effetti, non sarebbe la prima volta che una censura di incostituzionalità di una disposizione penale viene formulata con riferimento non tanto al testo legislativo, quanto piuttosto a come essa viene interpretata da parte del diritto vivente. Ciò, infatti, è quanto accaduto con riguardo all'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge "Spazzacorrotti"), con il quale erano stati inseriti i reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco dei delitti previsti dall'art. 4-*bis*, comma 1, della legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975). Come è noto, per effetto di tale modifica, i condannati per detti reati avrebbero potuto ottenere l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative soltanto in caso di collaborazione con la giustizia, salve le residuali ipotesi di collaborazione impossibile o inesigibile[502].

Sul punto, le undici ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale muovevano dal comune presupposto che le modifiche *in peius* della disciplina dell'esecuzione penale, secondo il diritto vivente, non sarebbero soggette al principio di irretroattività sfavorevole, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, infatti, le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa. Esse, quindi, non avrebbero carattere di norme penali sostanziali e soggiacerebbero, in assenza di specifica disciplina transitoria, al principio *tempus regit actum*, con conseguente immediata applicabilità a tutti i rapporti esecutivi non ancora esauriti.

Tale consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo i giudici remittenti, avrebbe reso non praticabile un'interpretazione costituzionalmente orientata del censurato art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, volta a escluderne l'applicabilità ai

[502] In argomento, per tutti, P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, 2023, pp.29 ss., pp.75 ss., nonché G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2023, pp.844 ss.

fatti di reato commessi prima della sua entrata in vigore. Per tale ragione, veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale della suddetta norma.

Ebbene, in questo caso, la Consulta non ha optato per il modulo decisorio delle sentenze interpretative di rigetto, come pure avrebbe potuto fare, dal momento che la questione di legittimità costituzionale verteva sull'interpretazione della norma. Piuttosto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale «per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis*, comma 1, della legge n. 354 del 1975, si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 cod. pen. e della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena prevista dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale»[503].

Ciò dimostra come il diritto vivente sia utilizzato non solo dalla Consulta per scrutinare la fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, ma, ancor prima, anche dai giudici rimettenti per sollevarle.

Si potrebbe allora desumere, per ciò che più interessa ai fini del presente lavoro, l'ammissibilità di una ipotetica questione di legittimità costituzionale dell'art. 353 c.p., in quanto interpretato nel senso che si applichi a qualsiasi tipo di gara c.d. "informale", per contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., *sub specie* divieto di analogia *in malam partem*.

4.1. …e prospettive de iure condendo

In una prospettiva *de iure condendo* sarebbe senz'altro opportuno un intervento del legislatore che conferisca razionalità al micro-sistema dei delitti di turbativa.

In tal modo, invero, si assicurerebbe la reale ed effettiva attuazione della pluralità di funzioni garantiste ascrivibili al principio di legalità penale, e cioè: *a)* limitare gli

[503] Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, in *Sist. pen*., 23 marzo 2020, con nota di V.MANES - F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*.

spazi di manovra del potere giudiziario, assicurando il monopolio del legislatore in materia penale; *b)* assicurare l'accessibilità e la conoscibilità delle norme incriminatrici e la prevedibilità delle conseguenze giuridico-sanzionatorie e, dunque, la libertà dei consociati di autodeterminarsi in maniera consapevole; *c)* tutelare l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge penale, evitando irragionevoli disparità di trattamento derivanti da una diversa valutazione di casi identici da parte dei singoli giudici che si occupano della vicenda concreta; *d)* salvaguardare la funzione di prevenzione generale, tanto negativa quanto positiva, della norma penale, oltre che la fondamentale funzione rieducativa della pena enunciata *apertis verbis* dall'art. 27, comma 3, Cost., poiché è evidente «che solo precetti dotati di una certa chiarezza espressiva possono raggiungere i destinatari in modo da "persuaderli" con l'intimidazione o con l'educazione a non tenere comportamenti antisociali»[504]; *e)* garantire l'*extrema ratio* e la frammentarietà del diritto penale, che si traducono nell'esigenza non solo di delimitare in maniera selettiva e chiara i fatti penalmente rilevanti, ma anche di rispettare i confini tra le diverse ipotesi criminose e la relativa gradualità offensiva; *f)* salvaguardare, sul terreno processuale, il diritto di difesa *ex* art. 24 Cost. ed il principio del giusto processo *ex* art. 111 Cost., scongiurando il rischio che l'incertezza semantica della norma penale incrini la connessione tra regola e giudizio, rendendo problematiche, di conseguenza, le valutazioni delle parti nella scelta dei riti e, più in generale, della strategia difensiva.

In particolare, la prospettiva *de iure condendo* deve muovere dalla considerazione che l'attuale referente testuale, oggetto di possibile riscrittura, presenta una duplice debolezza sul piano della tipicità, contenendo sia elementi marcatamente elastici che riferimenti a una disciplina extra-penale ormai superata. Di conseguenza, l'intervento normativo futuro dovrebbe seguire due direttrici.

Sul primo versante, occorrerebbe procedere ad una riscrittura normativa dei precetti di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p., riformulando sia alcune delle modalità realizzative della condotta ("collusioni" e "altri mezzi fraudolenti") sia la descrizione dell'oggetto

[504]In questi termini, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fior*., 2007, p. 1308.

materiale della condotta ("altro atto equipollente") sia, infine, la descrizione dell'evento di "turbamento".

Come si è visto, infatti, i concetti in questione sono così vaghi e semanticamente indeterminati che le fattispecie esaminate risultano, da un lato, strutturalmente esposte a un'integrazione giurisprudenziale, volta a 'riempire' di contenuti nozioni di non chiara ed immediata intellegibilità; dall'altro lato, si presentano evidentemente inadeguate a fornire un parametro utile per la giustiziabilità dell'interpretazione in relazione alla violazione del divieto di analogia *in malam partem*, posto che nell'accentuata genericità delle espressioni utilizzate risulta arduo stabilire se l'operazione ermeneutica possa dirsi ancora contenuta entro i «cancelli delle parole»[505].

Del resto, anche laddove fossero definitivamente superate le letture estensivo-analogiche avanzate in giurisprudenza, quest'ultima non può certo farsi carico di colmare il *deficit* di determinatezza della norma. Come visto, la Consulta ha ribadito a più riprese che in materia penale sono ammissibili solo letture *secundum legem*, vale a dire compatibili con il dato letterale. È vero che la giurisprudenza può contribuire a rendere più chiaro e univoco il significato delle norme incriminatrici facendo ricorso all'interpretazione, se del caso anche estensiva e di tipo integrato-sistemico[506] (c.d. momento giurisprudenziale)[507]. Tuttavia, la Corte esclude la legittimità di una interpretazione tassativizzante che valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale (c.d. diritto giudiziario)[508].

---

[505] L'espressione è di N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, 2015.

[506] Il criterio dell'interpretazione integrata e sistemica implica che gli elementi della fattispecie vadano interpretati in rapporto agli altri elementi e alla disciplina più generale in cui la fattispecie si inserisce. Il canone, inaugurato da C. cost. n. 282 del 2010 e n. 174 del 2014 (in materia di *stalking*), è stato recentemente seguito da Cass., Sez. Un., 16 luglio 2020, n. 27326 sulla nozione di abuso di autorità (art. 609 *bis* c.p.). Sul tema dell'interpretazione sono fondamentali le riflessioni di A. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa*", (1965), in *tr. it*., Napoli, 2003; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, (1968), in *tr. it*., Napoli, 2007, con saggio introduttivo di G. CARLIZZI, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer.*

[507] Sulla distinzione tra momento giurisprudenziale, con cui necessariamente la legalità (anche penale) deve convivere, e diritto giudiziario v. V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, p. 885. I rilievi sono ripresi da G. INSOLERA, *Post scriptum*, in C. GUARNIERI– G. INSOLERA – L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario: la giustizia costituzionale*, Roma, 2019, p. 166.

[508] Nessuna interpretazione può surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta* con cui si intendono garantire ai consociati «libere scelte d'azioni» (Corte cost. n. 364 del 1988, richiamata da C. cost. n. 327 del 2008). É indispensabile l'esistenza di un diritto scritto di produzione legislativa rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutinare nelle eventuali zone d'ombra» (C. cost. 115 del 2018).

Sul secondo versante, poi, specie alla luce dei moniti espressi dalla più recente giurisprudenza costituzionale, appare ancor più urgente un intervento correttivo sul sintagma «gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private», vale a dire l'elemento di fattispecie che è stato investito – più di ogni altro – da un vistoso fenomeno di dilatazione interpretativa[509], che ancora oggi – nonostante il nuovo *trend* interpretativo tipizzante e tassativizzante della giurisprudenza di legittimità – continua a manifestarsi con insistenza, trovando terreno fertile in un tessuto normativo oltremodo anacronistico.

Sul punto, una delle prospettive di riforma avanzate si confronta anzitutto con le possibili tecniche di redazione delle fattispecie: quella della normazione sintetica e quella della normazione casistica[510].

Attraverso l'utilizzo della normazione casistica[511], si manterrebbe l'attuale modello di incriminazione, caratterizzato da un esplicito richiamo alle procedure amministrative, aggiornato però ai meccanismi di selezione previsti dalla vigente normativa sugli appalti pubblici. In quest' ottica, quindi, si propone di sostituire l'anacronistico rinvio ai «pubblici incanti» e alle «licitazioni private» con un riferimento alle attuali procedure di scelta del contraente previste dall'art. 70, d.lgs., n. 36/2023[512]. Più precisamente, tra queste, si suggerisce di limitare il rinvio alle «procedure aperte» e «procedure ristrette», che, come già visto[513], risultano sostanzialmente sovrapponibili in punto di disciplina ai "vecchi" procedimenti per pubblici incanti o per licitazione privata.

Rimarrebbero esclusi, quindi, i modelli di selezione negoziati, quali il «dialogo competitivo», la «procedura competitiva con negoziazione», il «partenariato per

---

[509] In dottrina questo elemento è stato definito da N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta,* cit., p. 7, come il «grimaldello utile per allargare l'area di incidenza» dell'art. 353 c.p. e da E. PENCO, *op. cit.*, p. 77, come «il principale fattore di sovra-estensione» della fattispecie di turbativa.

[510] E. PENCO, *op. cit*., p. 100.

[511] Sulla distinzione tra queste due tecniche normative v., tra i più recenti, D. PETRINI, *Principio di determinatezza*, in C.F. GROSSO- M. PELISSERO, D. PETRINI- P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023, pp. 144 ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, Bologna*, 2023, p. 94, ove si contrappone la «normazione descrittiva» alla «normazione sintetica».

[512] Sul punto, v. A. CANCRINI- F. VAGNUCCI, *Le procedure di scelta del contraente e la selezione delle offerte*, in *Giorn. dir. amm*., 2023, 3, pp. 325 ss; D. M. TRAINA, *Art. 70*, in G.F. FERRARI – G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, pp. 378 ss.; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2024, pp. 175 ss.

[513] V. *supra* Cap. 2, Sez. I, par. 2.2.

l'innovazione» e la «procedura negoziata senza pubblicazione del bando», in cui la pubblica amministrazione contempla espressamente alcuni limiti al principio di concorrenza, favorendo un dialogo diretto con gli operatori economici, analogamente a quanto avviene nella contrattazione dei privati.

In effetti, una simile riscrittura delle fattispecie di turbativa risulterebbe coerente con la scelta originale del codice di attribuire rilievo esclusivo ai procedimenti fondamentalmente riconducibili al modello "meccanico" e, di certo, apparirebbe conforme al principio di determinatezza.

Tuttavia, si riconosce come la scelta di una di una normazione casistica presenti i tradizionali profili problematici legati all'uso della tecnica del rinvio. Tra questi, si evidenzia il rischio di una scarsa accessibilità della fattispecie, specie laddove il legislatore si limitasse a un semplice elenco degli articoli del codice degli appalti riguardanti le procedure rilevanti. In tal caso, infatti, il precetto potrebbe non garantire una chiara ed immediata intellegibilità dell'estensione applicativa della fattispecie.

Inoltre, una norma formulata in questo modo risulterebbe esposta al medesimo processo di obsolescenza che ha compromesso la capacità denotativa delle attuali disposizioni incriminatrici, tenuto conto della forte reattività del diritto amministrativo alle cangianti variabili congiunturali[514], testimoniata dall'avvicendarsi di ben tre codici nell'arco di meno di venti anni.

La seconda opzione di intervento, ovvero quella ispirata al modello della normazione sintetica, consisterebbe nel prescindere da un richiamo esplicito alle procedure di selezione del contraente, optando, per l'appunto, per una descrizione di sintesi dei meccanismi di selezione ai quali attribuire rilevanza penale[515].

Questa modalità di redazione della norma presenta, senza dubbio, il vantaggio di superare la principale problematica associata alla normazione casistica, e cioè quella

[514] O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti,* cit., p. 795.

[515] In particolare, a titolo di normazione sintetica, E. PENCO, *op. cit.*, p. 104, suggerisce, anche per meglio valorizzare il principio di offensività, la seguente formulazione «chiunque, con violenza o minaccia […], impedisce una gara caratterizzata dalla effettiva competizione tra gli offerenti e dalla predeterminazione di precisi criteri di selezione delle offerte, ovvero ne cagioni il concreto turbamento, o ne allontani gli offerenti, è punito […]», seguita da una clausola di delimitazione del tipo volta a specificare come «la presenza di una gara rilevante ai sensi del comma precedente è esclusa nel caso in cui l'amministrazione conservi una libertà discrezionale di scelta del contraente secondo criteri di convenienza e di opportunità»

di un possibile fenomeno di rapida obsolescenza del precetto. Tuttavia, anch'essa comporta alcune problematicità.

L'approccio sintetico, infatti, potrebbe risolversi nella formulazione di un precetto che non garantisce un filtro adeguatamente selettivo dell'area del penalmente rilevante, in quanto la definizione dell'oggetto materiale mediante il riferimento ai caratteri essenziali delle procedure selettive – quale, ad esempio, la sussistenza di un'effettiva competizione tra di offerenti – rischia di tradursi in un elemento di fattispecie non sufficientemente determinato. D'altro canto, comporta il rischio di tradursi in una mera ratifica legislativa del consolidato orientamento della c.d. "gara informale", che rimetterebbe nuovamente all'attività interpretativa l'individuazione delle ipotesi in cui essa sia in concreto ravvisabile o meno.

Considerando le varie implicazioni, sia favorevoli che sfavorevoli, delle diverse tecniche di normazione, la modalità di redazione di tipo casistico sembra essere quella preferibile.

Infatti, il richiamo esplicito a nozioni di carattere tecnico e specialistico garantirebbe una descrizione dell'oggetto materiale del reato pienamente rispettosa del principio di determinatezza, specialmente ove – come si auspica – il legislatore non si limiti a un semplice elenco degli articoli del codice degli appalti riguardanti le procedure rilevanti, ma scelga di inserire nel precetto normativo un riferimento testuale alle procedure incluse nel perimetro della fattispecie, specificando altresì quelle escluse.

Certo, una riformulazione casistica della norma potrebbe comportare il rischio di una neutralizzazione interpretativa della riforma, come già avvenuto con l'ipotesi di abuso d'ufficio, a seguito della ri-perimetrazione operata dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76[516]. Tuttavia, non si dubita che una riscrittura normativa della fattispecie debba essere in ogni caso accompagnata da un approccio ermeneutico che eviti «protagonismi

[516] Sul punto, per tutti, M. PELISSERO, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio*, cit., pp. 616 ss.; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 14 settembre 2020, p. 508; N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. e proc*., 2021, pp. 9 ss.; A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, marzo 2021, p. 78; E. LA ROSA, *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa ad requiem" o eterna "araba fenice"?,* in *Giur. it.*, giugno 2021, p. 1463. In argomento, v. altresì M. GAMBARDELLA, *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa,* in *Cass. pen.*, 2021, p. 493.

suppletivi»[517], mantenendo la rotta tracciata dagli ultimi orientamenti della giurisprudenza di legittimità nel rispetto della legalità penale[518].

D'altra parte, se oggi, nell'ottica del risultato[519], il legislatore favorisce l'adozione di procedure più snelle e agili per evitare i lunghi tempi delle tradizionali procedure di gara, non sembrerebbe irragionevole la scelta di ampliare la portata applicativa della norma anche a queste ultime. Piuttosto che limitare il rinvio alle «procedure aperte» e «procedure ristrette», si potrebbe inserire un riferimento testuale anche ad altri modelli di selezione del contraente, che, secondo l'esplicita volontà legislativa, sono destinati a diventare sempre più comuni nella contrattualistica pubblica contemporanea. Diversamente, infatti, rimarrebbero al di fuori dell'area della punibilità proprio le turbative realizzate nel contesto di quelle procedure selettive a cui, oggi, la P.A. fa più spesso ricorso.

Da ultimo, si ritiene che il rischio di obsolescenza, cui si esporrebbe una norma riformulata attraverso la tecnica della normazione casistica, possa essere superato attraverso un (auspicabile) cambio di *habitus* nell'approccio del legislatore alle fattispecie di turbativa. In altri termini, eventuali ulteriori riforme degli appalti pubblici dovrebbero necessariamente considerare anche le norme che ne garantiscono la tutela penale. In quest'ottica, l'attuale momento storico si presenta come un'importante opportunità per un intervento sulla materia penale, che andrebbe così a

[517] In questi termini, E. PENCO, *op. cit.*, p. 105.

[518] *Ibidem.*

[519] Come si è visto, il nuovo codice dei contratti pubblici cambia paradigma rispetto al passato, caratterizzandosi per una relativizzazione del valore della concorrenza, che da obiettivo prioritario diviene strumento per dare attuazione al principio del risultato, enunciato sin dall'art.1 del d.lgs. 36/2023. Tale disposizione normativa, rubricata "Principio del risultato", prevede che «1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

completare la nuova stagione riformistica inaugurata con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36[520].

Su altro fronte, infine, si ritiene opportuno un intervento normativo volto a colmare i significativi vuoti di tutela causati dall'abrogazione dell'abuso d'ufficio, i quali, come evidenziato[521], portano con sé il rischio della riespansione applicativa delle fattispecie di turbativa.

Invero, si ritiene che, purché ciò avvenga nel rispetto di tutti i corollari del principio di legalità penale, l'incriminazione dei fatti oggi sprovvisti di espressa rilevanza penale sia in realtà opportuna, nella prospettiva di una scelta politico-criminale ispirata al principio di offensività in astratto e al canone della meritevolezza di pena. Se è vero che non sono configurabili obblighi costituzionali di incriminazione[522], la previsione della sanzione penale per abusi e favoritismi commessi nell'ambito dell'espletamento di concorsi pubblici non appare irragionevole, soprattutto in un'ottica di prevenzione generale[523].

---

[520] Per un'ampia disamina sul nuovo Codice dei contratti pubblici, si veda A.CACCIARI-A.FANIZZA-F.LOMBARDO- S. MAZZANTINI, *L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Roma, 2024. Si veda inoltre E.PISCINO, *Le cause di esclusione e gli affidamenti sotto soglia nel Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; per una panoramica generale, si rimanda a R.CHIEPPA-M.SANTISE-H.SIMONETTI- R.TUCCILLO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, i quali affermano che «dopo anni di molteplici interventi legislativi, non sempre ben coordinati e caratterizzati dalla continua ricerca di normare il dettaglio, consumando in via legislativa gran parte di quella discrezionalità che le direttive europee riconoscevano invece alle stazioni appaltanti, il nuovo Codice persegue l'obiettivo di disegnare un quadro di regole chiaro e stabile, aderente ai principi portanti del diritto eurounitario e proiettato verso la realizzazione di politiche di rilancio produttivo del Paese, stimolando la crescita delle imprese e l'efficienza delle stazioni appaltanti, chiamate a esercitare i nuovi spazi di discrezionalità ora riconosciuti anche sulla base dei principi generali contenuti nel Codice». Cfr. altresì B.BRUNO- M.MARIANI-E.TOMA, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Torino, 2023; F. CARINGELLA, *La filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici e il coraggio del cambio di paradigma*, in *Manuale dei Contratti Pubblici*, a cura di L.CARBONE- F.CARINGELLA-G.ROVELLI, Roma, 2024, il quale osserva che «[…] il nuovo codice è uno strumento autoesecutivo e autosufficiente, un congegno autarchico, un giocattolo capace di lavorare da solo, grazie anche al valore interpretativo e operativo dei principi generali. Non ha bisogno di rinvii esterni, vista l'inclusione negli allegati delegificabili delle norme di esecuzione».

[521] V. *supra* par. 3.

[522] In linea generale, cfr. V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale), Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 13 - 15 ottobre 2011; C. PAONESSA, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l'occasione per fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in *Discrimen*, 16 marzo 2021; ID, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

[523] Come è noto, nel nostro ordinamento, la sanzione penale deve risultare, fin dalla comminatoria edittale, funzionale al reinserimento sociale del reo e ad obiettivi – implicitamente ricavabili da un'interpretazione sistematica della Costituzione – di prevenzione generale positiva, intesa come orientamento culturale dei consociati. È altrettanto noto che la Corte costituzionale già nella pronuncia n. 331 del 1990 ha accolto la

Riflessioni analoghe valgono per gli illegittimi affidamenti diretti. In questi casi, infatti, la condotta illecita condiziona, a monte, la discrezionalità della stazione appaltante nella selezione della procedura idonea a raggiungere i propri obiettivi istituzionali. Devia, cioè, il procedimento dal corso che altrimenti avrebbe intrapreso, condizionando l'esercizio stesso dell'attività amministrativa e ciò, a ben vedere, mostra un disvalore offensivo maggiore rispetto agli affidamenti ottenuti tramite gare turbate.

Del resto, un intervento legislativo di questo genere rispecchierebbe quanto già accaduto nel 2010, quando il legislatore, a seguito della svolta ermeneutica di segno restrittivo – che ha escluso la configurabilità dell'art. 353 c.p. laddove alle condotte di turbativa non avesse fatto seguito la pubblicazione di un bando di gara – ha avvertito la necessità di intervenire *expressis verbis* introducendo l'art. 353-*bis* c.p.

In quella circostanza, tuttavia, il legislatore si è limitato ad inasprire le sanzioni previste dagli artt. 353 e 354 c.p., senza riformulare i relativi precetti. Questa volta, invece, in concomitanza con il nuovo orientamento giurisprudenziale "tassativizzante e tipizzante", potrebbe intervenire non solo per introdurre una nuova fattispecie incriminatrice per fatti attualmente privi di tutela penale, ma anche, e soprattutto, per aggiornare il linguaggio penalistico delle fattispecie di turbativa, restituendo così un quadro normativo coerente rispetto alla nuova disciplina prevista dal D.Lgs. 36/2023.

---

teoria del polifunzionalismo della pena. In dottrina, nella amplissima letteratura sulla giustificazione della sanzione criminale nell'attuale assetto costituzionale cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in (a cura di) G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 131 ss.; ID., *Intorno a scopi e funzioni nel diritto penale*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, pp. 117 ss.; V. MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni del Dipartimento di scienze penalistiche – Università di Napoli Federico II*, 1, 2005; G. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., pp. 29 ss.; A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012; P. STELLA, *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Milano, 2008.

BIBLIOGRAFIA

AMARELLI G. – VISCONTI C., *"Mafia capitale": per la Cassazione non si tratta di vera mafia,* in *Cass. pen*., 10, 2020, pp. 3604 ss.

AMARELLI G., *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *Dir. pen. proc*., 6, 2016.

AMARELLI G.., *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria,* in *AIC - Osservatorio costituzionale*, giugno 2015.

AMATO G., *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen*., 1999, pp. 544 ss.

AMATO G., *Ma la collusione con il soggetto attivo determina concorso nella «turbata libertà»*, in *Guida al dir*., 1998, 7, pp. 99 ss.

AMATO G., *La Cassazione amplia la tutela penale ai partecipanti alla gara d'appalto*, in *Guida al dir*., 1998, 36, p. 71.

AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in AA. VV., *La costituzione economica*, Padova, 1997.

ANDREANI A., *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

ANGIONI F., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale,* in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985.

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

ANTOLISEI F., *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.

ANTOLISEI F., *L'evento e il nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1932, pp. 18 ss.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 2008.

BALBI G., *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica,* Napoli, 2003.

BAJNO R., *Profili penalistici della «vis publica». In tema di violenza, resistenza e oltraggio aggravato*, Padova, 1974.

BAJNO R., *Appunti in tema di «violenza» a proposito di alcune recenti ipotesi di violenza privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1975, pp. 667 ss.

BARTOLI R., *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole,* in *Sist. pen*., 28 giugno 2022, 1.

BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sistema penale*, 3, 2020, pp. 143 ss.

BARTOLI R., *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2018, pp. 1540 ss.

BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 5, 2015, pp. 1769 ss.

BARTOLI R. – PAPA M., *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto. Tra diritto vivente e prospettiva di riforma*, Torino, 2018.

BASSI A., *La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte Suprema di cassazione*, in *Sist. pen*., 5 marzo 2020.

BELLAVISTA G., *L'interpretazione della legge penale*, Milano, 1975.

BENUSSI C., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Tomo I, *I delitti dei pubblici ufficiali,* in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. I, diretto da G. MARINUCCI- E. DOLCINI, Padova, 2001.
BERSANI G., *Sub art. 353 c.p.*, in AA. VV., *Commentario al codice penale,* vol. II, diretto da MARINI G. - LA MONICA M.– MAZZA L., Torino, 2002, pp. 1671 ss.
BERSANI G., *Sub art. 354 c.p.*, in AA. VV., *Commentario al codice penale*, vol. II, diretto da MARINI G. - LA MONICA M. – MAZZA L., Torino, 2002, pp. 1677 ss.
BIN R., *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, in AINIS M.- PITRUZZELLA G. (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma, 2019, pp. 65 ss.
BOBBIO N., *L'analogia e il diritto penale,* in *Riv. pen*., 1938, pp. 526 ss.
BOBBIO N., voce *Analogia,* in *Noviss. dig. it*., vol. I, Torino, 1968.
BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Milano, 2006.
BONDI A., *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in AA. VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, in A.BONDI – A. DI MARTINO– G.FORNASARI (a cura di), Torino, 2008.
BONINI S., *Una decisione sul delitto di turbata libertà degli incanti come spunto per alcune rimeditazioni sul rapporto tra analogia e interpretazione estensiva*, in *Arch. giur.*, 1994, pp. 349 ss.
BONOMI A., *Sono davvero inammissibili le additive* in malam partem *in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 891 ss.
BORSARI R., *Abuso d'ufficio e turbata libertà degli incanti tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Giur. it*., 2023, pp. 2716 ss.
BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, pp. 563 ss.
BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, in S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA (a cura di), Milano, 2000, pp. 2389 ss.
BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, pp. 3 ss.
BRICOLA F.,voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss.
BRICOLA F., *Il rapporto di alternatività tra le fattispecie di falso in copie autentiche previste dall'art. 478 c.p*., in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1960, pp. 561 ss.
BRICHETTI G., *L'atto invalido nel diritto penale*, Napoli, 1933.
BUSCEMA S., BUSCEMA A., *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, III ed., Padova, 2008.
BRUNELLI D., *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, Torino, 2000, pp. 37 ss.
CACCIARI A. – FANIZZA A. – LOMBARDO F.- MAZZANTINI S., *L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Roma, 2024.
CADOPPI A., *Il "reato penale". Strategie di contenimento della "criminalizzazione"*, Napoli, 2022.
CADOPPI A., *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen*., 2017, pp. 407 ss.
CADOPPI A., *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017.

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, II ed., Torino, 2014.
CADOPPI A., *Sul divieto di interpretazione estensiva di cui all'art. 129*, in *Ind. pen.*, I, 1998, pp. 330 ss.
CADOPPI A., MANNA A., PAPA M., CANESTRARI S. (diretto da), *Diritto penale*, I, Milano, 2022.
CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 2008
CADOPPI A.- VENEZIANI P., *Manuale di diritto penale*. *Parte generale e Parte speciale*, Padova, 2007.
CAMPO O., *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen*., 1966, II, pp. 278 ss.
CAFAGNO, *Gare pubbliche*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006.
CANCRINI A.- VAGNUCCI F., *Le procedure di scelta del contraente e la selezione delle offerte*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, pp. 325 ss.
CANDIA A., *Art. 80*, in F. CARINGELLA (diretto da), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2022, pp. 726 ss.
CANESTRARI S., CURI F., FONDAROLI D., MANES V., MANTOVANI M.O., NISCO A., TORDINI CAGLI S., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, Torino, 2023.
CAPUTO A.-FIDELBO G., *Appunti per una discussione sul ruolo della Corte di cassazione e "nuova" legalità, in Sist. pen.,* 4 marzo 2020.
CARFORA F., voce *Incanti (Turbata libertà degli),* in *Dig. it*., vol. XIII, Torino.
CARINGELLA F., *La filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici e il coraggio del cambio di paradigma*, in *Manuale dei Contratti Pubblici*, a cura di L.CARBONE-F.CARINGELLA-G.ROVELLI, Roma, 2024.
CARINGELLA F., *Manuale di Diritto Amministrativo. Parte generale e Parte speciale,* 2023, Napoli.
CARINGELLA F. (diretto da), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2022.
CARINGELLA F., *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*, in *Corr. Giur*. 2004, pp. 664 ss.
CARINGELLA F., PROTTO M., *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Bologna, 2012.
CASSANO M., *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, in G. ANDREAZZA, E. APRILE, G. ARIOLLI, M. CASSANO, M. GAMBARDELLA, V. MONGILLO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da G. LATTANZI, E. LUPO, Milano, 2015, pp. 1034 ss.
CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006.
CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1997, pp. 319 ss.
CASETTA E., *manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.
CATENACCI M. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO, M. PELISSERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2022.

CATENACCI M., *Considerazioni politico criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314 – 335 c.p.*, in ID (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazioNe della giustizia*, Torino, 2011.
CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998.
CHIEPPA R.- SANTISE M.- SIMONETTI H. - TUCCILLO R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023.
CONSULICH F., *Appalti, Pubblica Amministrazione e concorrenza: le tre dimensioni dell'inerzia penalistica nel settore del* public procurement, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2024, 2, pp. 649 ss.
CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Sistema penale*, 10 aprile 2020, p. 1 ss.
CONSULICH F., *Delitti a tutela degli incanti, in Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Reati contro la pubblica amministrazione*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), Milano, 2015, pp. 678 ss.
CUPELLI C., *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen*., 23 gennaio 2023.
CUPELLI C., *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 4, 2021, pp. 1807 ss.
CUPELLI C., *La pareidòlia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e i possibili scenari 'costituzionali' del diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, pp.1821 ss.
CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo",* in *Dir. Pen. Cont*., 2018, 6, pp. 227 ss.
CUPELLI C., *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 1715 ss.
CUPELLI C., *Il problema della legalità penale. Segnali di controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 181 ss.
CUPELLI C., *Equivoci trionfalistici e letture correttive. Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità* in malam partem, in *Criminalia* 2014, pp. 531 ss.
CUPELLI C.., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 505 ss.
DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim*., 2017, 4, pp. 129 ss.
DE FRANCESCO, G. *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013. A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.
DELLA RAGIONE L., *Non c'è turbativa senza gara*, in *Dir. pen. proc*., 2009, pp. 1502 ss.
DELOGU T., *Le «norme penali congiunte»*, in *Ann. dir. proc. pen*., 1936, pp. 528 ss.
DE NICTOLIS R., in A.M.SANDULLI - R.DE NICTOLIS – R.GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, 2008, pp. 1742 ss.

DE NICTOLIS R. – VOLPE C., *Le procedure aperte, ristrette e negoziate,* in AA. VV., *Trattato sui contratti pubblici,* vol. III. *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione,* in A.M.SANDULLI - R.DE NICTOLIS – R.GAROFOLI (a cura di), Milano, 2008, pp. 1731 ss.
DE MATTEIS L., *Sub art. 353 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2007, pp. 2277 ss.
DE VERGOTTINI G., *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. soc*., 2010, pp. 333 ss.
DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006.
DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 333 ss.
DOLCINI E. – MARINUCCI G. – GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*., XII ed., Milano, 2023.
DI MARTINO A., *I delitti di turbativa di gara*, in A. BONDI – A. DI MARINO – G. FORNASARI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.
DI GIOVINE O., *«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale),* in *Quest. Giust.*, 2018, pp. 4 ss.
DI GIOVINE O., *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRATI, MANNA A, PAPA M., Torino, 2008, pp. 793 ss.;
DI GIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 397 del 2006, sui "falsi elettorali",* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 105 ss.
DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
DIPACE R., *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2024.
DONATI G., *La turbata libertà degli incanti tra logiche d'autore e principio di offensività*, in *Sist. pen.*, 12, 2022, pp. 209 ss.
DONINI M., *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen*., 2, 2020, pp. 1 ss.
DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim*., 2016, 3, pp. 13 ss.
DONINI M. *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 406 ss.
DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim*., 4, 2013, pp. 38 ss.
DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
DONINI M., *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. Pen*., 2002, pp. 1165 ss.
DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.

FALCONE M., *Concorso tra estorsione e turbata libertà degli incanti e nozione di danno rilevante ai fini dell'art. 629 c.p.: la parola alle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 6 febbraio 2024.
FAZZERI G., *La turbativa d'asta alla prova delle Sezioni Unite: rapporto con il reato di estorsione e danno da perdita di chance*, in *I reati contro la pubblica amministrazione: una nuova stagione di riforme. Fondamento e limiti dell'intervento penale*, in A. PECCIOLI – E. PENCO – G. PONTEPRINO (a cura di), Torino, 2024.
FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss.
FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2023.
FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2018, pp. 114 ss.
FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss.
FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, Milano, 2007.
FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in F. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, pp. 299 ss.
FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale*, Pt. gen., Bologna, 2017.
FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, Pt. spec., vol. I, Bologna, 2017.
FIANDACA G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985.
FIDELBO G., *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, pp. 133 ss.
FIORE C., *Il principio di offensività*, in *Indice pen.*, 1994, pp. 275 ss.
FIORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale al principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 91 ss.
FIORE F., *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE - AMARELLI G.(a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 2021, pp. 275 ss.
FIORELLA A., voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 793 ss.
FLICK G.M., *A proposito di tutela della concorrenza: economia e diritto penale o economia del diritto penale?*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2010.
FORLENZA O., *Chi altera la regolarità di una gara può essere accusato anche di truffa*, in *Riv. Pen. 1999*, pp. 863 ss.
FORLENZA O., *La Cassazione ribadisce l'applicabilità del reato di turbata libertà degli incanti anche alle gare informali*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, pp. 370 ss.
FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994.
FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937.
GALGANO F., *art. 41 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, pp. 11 ss.
GAMBARDELLA M., *Concorso ideale e clausole di riserva: una storia dimenticata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, pp. 170 ss.

GAMBARDELLA M., *La modifica dell'abuso d'ufficio al vaglio della prima giurisprudenza di legittimità: tra parziale abolitio criminis e sindacato sulla discrezionalità amministrativa,* in *Cass. pen.*, 2021, pp. 493 ss.
GAMBARDELLA M., Lex mitior *e giustizia penale*, Torino, 2013.
GAMBARDELLA M., *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo*" sistema *penale degli stupefacenti,* in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1132 ss.
GAMBARDELLA M., *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008.
GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.
GARGANI A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G. DE FRANCESCO- E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, pp. 89 ss.
GARGANI A., *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il "sentiero interrotto" della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc*., 2014, pp. 1029 ss.
GARGANI A., *Dal* Corpus Delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
GATTA G.L., *Abolizione dell'abuso d'ufficio: dal Tribunale di Locri una terza ordinanza che solleva la questione di legittimità costituzionale,* in *Sit. pen.,* 14 ottobre 2024.
GATTA G.L., *Abolizione dell'abuso d'ufficio: a Firenze una prima ordinanza di rimessione alla Consulta. Esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione (o* stand-still)?, in *Sist. pen*., 25 settembre 2024.
GATTA G.L., *Abuso d'ufficio (e concorsi universitari): a Firenze una seconda ordinanza di rimessione alla Corte costitzuonale*, in *Sist. pen*., 05 ottobre 2024.
GATTA G.L., *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p*., in *Sist. pen*., 19 giugno 2023.
GATTA G.L., *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, si al (moribondo) abuso d'ufficio*, in *Sist. pen*., 26 luglio 2023.
GATTA G.L., *Abolitio criminis e successione di norme «integratrici»: teoria e prassi*, Milano, 2008.
GHIDINI G., *Slealtà della concorrenza e Costituzione Economica*, Padova, 1976, 79-94.
GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc*., 2003, 4, pp. 439 ss.
GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I e II, III ed., Milano, 1993.
GIANNINI M.S., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir*., III, 1958.
GIANNITI F., *La fattispecie legale a condotta fungibile*, in *Sc. pos*., 1961, pp. 663 ss.
GIUNTA F, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale*, in *Giur. cost*., 3, 2018, pp. 1311.
GIUNTA F., *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio*", in *Dir. pen. proc*., 2004, pp. 1497 ss.
GIUNTA F.- CARCATERRA G.- DI GIOVINE O. – MAZZACUVA N. -VELLUZZI V., *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenz*a, in *Criminalia*, 2010, pp. 347 ss.

GROSSO C.F., PELISSERO M. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2015
HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984.
HASSEMER W., *Spunti per una discussione sul tema «bene giuridico e riforma della parte speciale»*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985.
INSOLERA G., *Il limite della legge*, in INSOLERA G., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019.
INSOLERA G., *Post scriptum*, in GUARNIERI- INSOLERA – ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario: la giustizia costituzional*e, Roma, 2019.
INSOLERA G., *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Napoli, 2011.
INSOLERA P., *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Indice pen*., 2017, pp. 176 ss.
IRTI N., *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, 2015.
IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003.
KAUFMANN A., *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo* Napoli, 2003.
LA ROSA E., *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018.
LA ROSA E., *Il "nuovo" abuso d'ufficio: "messa ad requiem" o eterna "araba fenice"?,* in *Giur. it.*, giugno 2021, pp. 1463 ss.
LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2022.
LEVI N., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, vol. VII, coordinato da E. FLORIAN, Milano, 1935.
LIBERTINI M., *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, pp. 469 ss.
LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 2 ss.
LOMBARDI R.M., voce *Incanti (turbata libertà degli*), in Enc. for., vol. IV, Milano, 1959.
LO MONTE E., *Verso la riscoperta del principio di legalità? Le nuove tendenze della giurisprudenza di legittimità dopo i "dettami" della Consulta,* in *Dir. pen. proc*., 2023, pp. 549 ss.
LUPO E., *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 911 ss.
MADÌA N., *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta: fattispecie a rischio* overbreadth, in *Arch. pen*., 2, 2022, pp. 1 ss.
MADÌA N., *I "nebulosi" confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private" enucleata nell'art. 353 c.p. tra eccessi "espansionistici" e tendenze "restrittive"*, in *Cass. pen*., 2015, pp. 1347 ss.

MADÌA N., *Considerazioni sulla "nuova" fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente e sulla linea di confine che la separa dal delitto di turbativa d'asta: questioni di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1555 ss.
MADÌA N., *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012.
MADÌA N., *Note sugli aspetti caratteristici del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui al nuovo art. 353*-bis *c.p.*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, pp. 493 ss.
MADÌA N., *L'incidenza della mancata pubblicazione del bando di gara sulla configurabilità del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1784 ss.
MADÌA N., *Considerazioni sulla turbativa d'asta e sulla sussistenza della qualità di incaricati di pubblico servizio in capo al preposto a una gara indetta da una S.p.a. Concessionaria del comune*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1531 ss.
MAGGIORE G., *Diritto penale*, vol. II, Pt. spec., *Delitti e contravvenzioni*, Tomo I, *artt. 241-544*, Bologna, 1958.
MAIELLO N.M., *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 2755 ss.
MAIELLO V., *Turbata libertà degli incanti, concorsi pubblici e divieto di analogia in* malam partem, in *Giur. it.*, 2024, pp. 695 ss.
MAIELLO V., *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2487 ss.
MAIELLO V., *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, in *Sist. pen.*, febbraio 2021.
MAIELLO V,, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.
MAIELLO V., *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Beccari*a, Napoli, 2020.
MAIELLO V., *La legalità della legge e il dritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 5 marzo 2020.
MAIELLO V*., La prevenzione "ante delictum" da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 332 ss.
MAIELLO V., *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017.
MAIELLO V., Intervento nella Tavola rotonda *"Le due legalità: Quale convivenza nel diritto penale?"*, in *Criminalia*, 2013, pp. 227 ss.
MAIELLO V., *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione, in Quaderni del Dipartimento di scienze penalistiche – Università di Napoli Federico II*, 1, 2005.
MAIELLO V., *Fuga dalla sanzione e postmodernità penalistica*, in S. MOCCIA (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, 1998.
MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.
MANACORDA S., *Dalla giustizia "bendata" a quella "veggente": rilievi di sintesi sulla garanzia della prevedibilità nel fatto illecito*, in F. CENTONZE - S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021, pp. 281 ss.

MANES V., *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. proc.pen*., 2021, pp. 1242 ss.
MANES V., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in S. CANESTRARI - F. CURI-D. FONDAROLI - V. MANES V. - M.O. MANTOVANI - A. NISCO - S. TORDINICAGLI (a cura di), *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, Torino, 2023, pp. 93 ss.
MANES V., *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. proc.pen*., 2021, pp. 1242 ss.
MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penal*e, Torino, 2019, pp. 173 ss.
MANES V., *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, pp. 1 ss.
MANES V., *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 3, 2018, 1126 ss.
MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica*", in *Cass. pen*., 2018, pp. 2222 ss.
MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost*., 2016, pp. 2114 ss.
MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 183 ss.
MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
MANES V. – ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim*., 1/2014, pp. 221 ss.
MANNA A., *"L'interpretazione analogica" nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in A. CASTALDO - V. DE FRANCESCO - MV. DEL TUFO - S. MANACORDA - L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stil*e, Napoli, 2013, pp. 219 ss.
MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di G. Mortati*, VI, Milano,1977.
MANTOVANI F. *Il principio di offensività nello schema di legge delega legislativa per un nuovo codice penale*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996.
MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023.
MANZINI V.., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1950.
MANZINI V.,*Trattato di diritto penale italiano*, vol. IV, Torino, 1950.
MANZINI V.,*Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1950.
MARCONI G., *Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353, 353-bis e 354 c.p.)*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO, C.E. PALIERO, M. PELISSERO, I, *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di M. CATENACCI, Torino, 2022.
MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2007, pp. 1254 ss.

MARINUCCI G.- DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Pt. gen., Milano, 2009.
MASSARO A., *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020.
MASULLO M.N., *L'equivoca correlazione tra abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2024, 2, pp. 687 ss.
MASULLO M.N., *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, pp. 1257 ss.
MASULLO M.N., *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1772 ss.
MATTEVI E., *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Trento, 2022, pp. 330 ss.
MAUGERI A.M., *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari* ex *art. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1134 ss.
MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.
MAZZACUVA N., *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, pp. 367 ss.
MAZZACUVA N., *Il diritto penale "massimo" tra incremento dei tipi punitivi e "addizioni" giurisprudenziali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, pp. 311 ss.
MAZZACUVA N, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.
MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 1979.
MELCHIONDA A., *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim*., 4, 2016, pp. 61 ss.
MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2016, pp. 1426 ss.
MERLO A., *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, marzo 2021, pp. 78 ss.
MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it di dir. e proc. pen*., 1995.
MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006.
MORMANDO V., *Appunti sulla nuova fattispecie di turbativa del procedimento amministrativo*, in *Dir. pen. proc*., 4, 2011, pp. 398 ss.
MORMANDO V., *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999.
MORMANDO V., *La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Riv. pen*., 1993.
MASSARO A., *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020.
MORONE A., *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino, 2021.

MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, pp. 251 ss.
MORRONE A., *La concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni*, in M. AINIS - G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma, 2019, pp. 101 ss.
MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014.
MUSACCHIO V., *La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Riv. pen.*, 1993, pp. 535 ss.
PACE A., *Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?,* in *Giur. cost.*, 2004, pp. 262 ss.
PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in Aa.Vv., *La costituzione economica*, Padova, 1997, pp. 175 ss.
PADOVANI T., *Abuso d'ufficio. L'erratica sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 2213 ss.
PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, pp. 1 ss.
PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pp. 527 ss.
PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, pp. 14 ss.
PADOVANI T- STORTORNI L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2002.
PADOVANI T., *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, in Dei delitti e delle pene*, 1984.
PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, IX ed., Milano, 2020.
PAGLIARO A., *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, pp. 453 ss.
PAGLIARO A., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, pp. 376 ss.
PAGLIARO A., *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, 2, Milano, 1965.
PAGLIARO A., *Problemi penalistici a proposito del controllo di costituzionalità su un decreto legge ancora non convertito*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 12 ss.
PAGLIARO A.- PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale, Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, pp. 4 ss.
PALAZZO F., *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, pp. 941 ss.
PALAZZO F., *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, pp. 975 ss.
PALAZZO F., *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1249 ss.
PALAZZO F., *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione"ante delictum*", in *Criminalia*, 2017, pp. 133 ss.

PALAZZO F. (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011.
PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale.* Torino, 2011, pp. 545 ss.
PALAZZO F., *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità ed offesa tra passato e futuro*), in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2011.
F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fior*., 2007, pp. 1308 ss.
PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, pp. 515 ss.
PALAZZO F., voce *Legalità (dir. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, pp. 3373 ss.
PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, pp. 350 ss.
PALAZZO F., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen*., VII, Torino, 1993.
PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 453 ss.
PALAZZO F., *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979.
PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1990, pp. 430 ss.
PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPONI, R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016.
PATALANO V., *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975.
PARODI GIUSINO M., *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 915 ss.
PELISSERO M., *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *Dir. pen. proc*., 2023, pp. 613 ss.
PELISSERO M., *I delitti contro la regolarità di funzioni pubbliche*, in R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, pp. 638 ss.
PELISSERO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. BARTOLI - M. PELISSERO - S. SEMINARA (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, pp. 511 ss.
PELISSERO M., *Fatto tipico e offensività*, in C.F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI, P. PISA (a cura di), *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017, pp. 279 ss.
PENCO E., *I delitti di turbativa, tra immobilismo legislative e dinamismo giurisprudenziale*, in *I reati contro la pubblica amministrazione: una nuova stagione di riforme. Fondamento e limiti dell'intervento penale*, in A. PECCIOLI – E. PENCO – G. PONTEPRINO (a cura di), Torino, 2024, pp. 65 ss.
PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, Torino, 2019.
PETRELLI F., *L'interpretazione della legge è uguale per tutti?*, in *Sist. pen*., 4 marzo 2020.
PETRINI D., *Principio di determinatezza*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D.,

PISANI N., *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. e proc*., 2021, pp. 9 ss.
PITTALIS G., voce *Appalto concorso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987.
PITTALIS G., voce *Asta pubblica*, in *Dig. disc. pubbl*., vol. I, Torino, 1987.
PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.-riv. trim.*, 2017, pp. 48 ss.
PULITANÒ D., *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. — Riv. trim*., 2016, 1, pp. 228 ss.
PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, pp. 665 ss.
PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, 1, pp. 29 ss.
PULITANÒ D., *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI - G. VARRASO - M. CAPUTO (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, pp. 63 ss.
PULITANÒ D., *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, pp. 11 ss.
PULITANÒ D., *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 3 ss.
D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV.., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985.
RAMPIONI R., *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano, 1984.
RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, pp. 326 ss.
RICCARDI G., *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *Indice pen*., 1999, pp. 711 ss.
RICCIO S., voce *Incanti e licitazioni (frode negli)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1968.
RICCIO S., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1955.
RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.
RIONDATO S. - BORSARI R., *Diritto penale degli appalti pubblici*, Padova, 2012.
RISICATO L., *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16 luglio 2021
ROCCHI F., *Osservatorio Corte di cassazione – Diritto penale – Non è configurabile il reato di turbativa d'asta nei concorsi pubblici per il reclutamento dei professori universitari*, in *Dir. pen. e proc*., 2023, pp. 1295 ss.
ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati e le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *Commentario sistematico*, Milano, 2015.
ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006.
ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, Milano, 2004.
ROMANO M., *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. It. dir. proc. pen*., 1992.

ROCCHI F., *Osservatorio Corte di cassazione – Diritto penale – Non è configurabile il reato di turbativa d'asta nei concorsi pubblici per il reclutamento dei professori universitari,* in *Dir. pen. e proc*., 2023, pp. 1295 ss.
ROSSI R., *Sul delitto di turbata libertà degli incant*i, in *Arch. pen*., 1982, pp. 552 ss.
ROSSI R. *Considerazioni sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Giust. pen*., 1982, II, pp. 435 ss.
RUGGIERO G., voce *Incanti (turbativa ed astensione)*, in *Enc. dir*., XX, Milano, 1970.
SANDULLI M.A., CANCRINI A., *I contratti pubblici*, in F. MERLONI- L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, pp. 437 ss.
SANTANGELO A., *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, Bologna, 2023.
SANTANGELO A., *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, Napoli, 2023.
SANTANGELO A., *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2019, pp. 332 ss.
SANTORO A., *Manuale di diritto penale*, vol. II, Torino, 1962, pp. 218 ss.
SANTORO A., *Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze*, in *Sc. pos*., 1938, II, pp. 341 ss.
SCEVI P., *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino, 2022.
SCEVI P., *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, 2020, 1.
SEMINARA S., *Riflessioni sulla corruzione, tra repressione e prevenzione*, in R. BARTOLI - M. PAPA (a cura di), *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto. Tra diritto vivente e prospettiva di riforma*, Torino, 2018, pp. 143 ss.
SEMINARA S., *sub Art. 353, Art. 353*-bis, *Art. 354*, in G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, pp. 1149 ss.
SCOCA S.S., *Evidenza pubblica e contratto; profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.
SCOLETTA M., *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo (nota a Corte cost n. 98/2021)*, in *AIC – Osservatorio costituzionale*, 5 ottobre 2021.
SCOLETTA M., *L'impatto sostanziale della CEDU sui principi fondamentali della materia penale nell'ordinamento interno: resistenze, desistenze, prospettive*, in *Sist. pen.*, 16 aprile 2021, pp. 203 ss.
SEPE O., voce *Contratti della pubblica amministrazione*, in *End. dir*., vol. IX, Milano, 1961, pp. 986 ss.
SESSA A., *Infedeltà e oggetto di tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006.
SINISCALDO M., *Il concorso apparente di norme*, Milano, 1961.
SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 151 ss.
SPANGHER G., *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc*., 8, 2018, pp. 985 ss.
STELLA P., *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Milano, 2008.

TAGLIARINI F., voce *Millantato credito,* in *Enc. dir*., XXVI, Milano, 1976.
TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale,* in *Criminali*a, 2013, pp. 40 ss.
TRAINA D. M., *Art. 70*, in G.F. FERRARI - G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, pp. 378 ss.
TRONCONE P., *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive,* 2023.
VALENTINI V., *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 14 settembre 2020, pp. 508 ss.
VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege,* in *Dig. disc. pen*., VIII, Torino, 1994.
VASSALLI G., voce *Tipicità (diritto penale),* in *Enc. dir*., XLIV, Milano, 1992.
VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale,* in *Dig. disc. pen*., I, Torino, 1987.
VASSALLI G., *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della «legge Merlin»*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. III, Milano, 1965, pp. 347 ss.
VASSALLI G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006,
VASSALLI G.., *Intorno a scopi e funzioni nel diritto penale*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, pp. 117 ss.
VELLUZZI V., *Analogia giuridica ed interpretazione estensiva: usi ed abusi in diritto penale,* Siena, 1996.
VENEZIANI P., *Norme penali di favore e controllo di* costituzionalità. *Opinioni a confronto,* in *Criminalia*, 2007, pp. 235 ss.
VENTURATI P., voce *Incanti (Frode negli),* in *Dig. disc. pen*., VI, 1992.
VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale,* Torino, 2021.
VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, pp. 1775 ss.
VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, pp. 213 ss.
VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs "legalità convenzionale"?,* in S. TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, Bologna, 2017, pp. 9 ss.
VINCIGUERRA S., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2008.
VINTI S., *sub Art. 80*, in ESPOSITO G. M. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Milano, 2017, pp. 942 ss.
VITTA C., *Diritto amministrativo*, II, Torino, 1955.
VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in materia penale*, Torino, 2011.
VOGLIOTTI M., *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in *Legisl. pen.*, 19 ottobre 2020, pp. 1 ss.
VOGLIOTTI M., *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto,* in *Sist. pen.* 6 marzo 2020.
ZAGREBELSKY G., *Questioni di legittimità costituzionale della legge 3 febbraio 1963 n. 69,* in *Giur. cost*., 1968.

ZUFFADA E., *Art. 353-bis,* in *Codice penale commentato*, II, diretto da E. DOLCINI - G.L. GATTA, Milano, 2021.