

## ATTUALITÀ

---

**NICOLA MADÌA**

### **Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta: fattispecie a rischio *overbreadth***

Il microcosmo dei reati inerenti alla tutela delle gare pubbliche - composto dalle fattispecie delineate negli artt. 353 c.p., 353-*bis* c.p. e 354 c.p. -, oggetto di scarsa applicazione sino a qualche anno fa, è stato riscoperto sul piano operativo al fine di reprimere le irregolarità consumate all'interno di qualsiasi procedura selettiva, anche finalizzata all'accesso ad impieghi pubblici, indetta dai Pubblici poteri o da enti erogatori di pubblici servizi essenziali. Il ripreso vigore ha lasciato emergere come queste fattispecie, anche in ragione della tecnica di redazione normativa utilizzata, si prestino a libere interpretazioni *in malam partem*. L'analisi si sofferma, dunque, sul rischio che queste fattispecie siano applicate in modo onnicomprensivo e, comunque, al di là dei limiti segnati dalla lettera della legge.

*The rediscovered fascination of the crime of bid-rigging: cases at risk of overbreadth*

*The microcosm of crimes inherent to the protection of public tenders - composed of the cases outlined in Articles 353 of the Criminal Code, 353-bis of the Criminal Code and 354 of the Criminal Code - which were scarcely applied until a few years ago, has been rediscovered on the operational level in order to repress irregularities consumed within any selective procedure, including those aimed at access to public employment, called by public authorities or entities providing essential public services. The resumed vigor has let it emerge how these cases, also because of the regulatory drafting technique used, lend themselves to free interpretations in malam partem. The analysis therefore dwells on the risk that these cases are applied in an all-inclusive manner and, in any case, beyond the limits marked by the letter of the law.*

**SOMMARIO:** 1. Impostazione dell'analisi: altri duttili e affilati strumenti di "lotta" al fenomeno corruzione. - 2. L' "insostenibile" vaghezza del precetto. - 3. La nozione di "gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private": un esempio paradigmatico di libera interpretazione *in malam partem*. - 4. L'ulteriore estensione delle fattispecie al di là dei limiti segnati dalla lettera della legge: l'attrazione delle turbative nei *concorsi* pubblici. - 5. Terzo caso d'allargamento delle fattispecie oltre i limiti segnati dalla lettera della legge: l'esegesi del concetto di "pubbliche amministrazioni". - 6. Considerazioni conclusive: offensività e proporzionalità per arginare il rischio *overbreadth*.

1. *Impostazione dell'analisi: altri duttili strumenti di "lotta" al fenomeno corruzione.* Le fattispecie incriminatrici preposte alla protezione della regolarità delle procedure selettive a cui la Pubblica Amministrazione ricorre per individuare le proprie controparti contrattuali - enucleate negli artt. 353 c.p., 353-*bis* c.p., introdotto dall'art. 10 l. n. 136 del 2010, e 354 c.p.<sup>1</sup> -, oggetto di scar-

---

<sup>1</sup> In generale, sul tema, si rinvia al lavoro monografico di MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, volendo, a quello di MADÌA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle*

sa applicazione sino a qualche anno fa, sono state riscoperte sul piano applicativo. La tendenza si connetta all'onda repressiva che investe il fenomeno (latamente inteso) della corruzione e di quei "tipi d'autore", ormai additati ad autentici "nemici pubblici", del "corrotto" e "del "corruttore"<sup>2</sup>. Effettivamente, a causa delle "dilaganti" potenzialità espansive congenite a moduli legali costruiti - come si dirà - in guisa da favorire e ispirare sovra-esposizioni esegetiche oltre il reticolato della tipicità e della prevedibilità, queste fattispecie si sono rivelate utili strumenti di "combattimento" avverso qualsiasi irregolarità consumata all'interno delle procedura selettive, financo finalizzate all'accesso ad impieghi pubblici, indette dai Pubblici poteri o da enti erogatori di pubblici servizi essenziali. In questo senso, il ripreso vigore di tali modelli precettivi ha lasciato affiorare una serie di aspetti critici che gravano su di essi.

Innanzitutto, in ragione della stessa morfologia astratta di queste fattispecie, congegnata in termini vaghi e omnicomprensivi, è emersa la loro intrinseca capacità onnivora. D'altronde, atteso il terreno operativo su cui sono state trascinate nella prassi, la loro area d'incidenza è stata ulteriormente incrementata in contrasto col divieto d'analogia *in malam partem*.

L'analisi avrà dunque ad oggetto taluni dei profili maggiormente controversi afferenti al sistema di protezione degli incanti, così come sono venuti a galla nell'elaborazione giurisprudenziale e anche in recenti "sperimentazioni" applicative ipotizzate nel contesto di inchieste avviate da alcune Procure della Repubblica in materia di *concorsi* per il reclutamento di pubblici dipendenti.

2. *L' "insostenibile" vaghezza del precetto.* Le fattispecie poste a tutela delle gare pubbliche sono dunque andate incontro ad una crescente applicazione che ne ha lasciato emergere le potenzialità operative con i connessi aspetti problematici.

---

*gare pubbliche*, Napoli, 2012 e, infine, più di recente, a quello di MORONE, *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino, 2021.

<sup>2</sup> Su questo tema, in generale, MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1127 ss. Questa deriva era già stata focalizzata da RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui". Considerazioni in tema di tipicità, offesa, e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2007.

Questo fenomeno d’“incontrollata espansione” applicativa è stato favorito, in primo luogo, dall’ingresso dell’evento-turbamento nel costrutto delle fattispecie legali.

Si tratta, infatti, di elemento costitutivo il cui nucleo semantico risulta talmente vago, generico e lato da rendere iscrivibili al suo interno una variegata e difficilmente definibile tipologia di avvenimenti<sup>3</sup>.

Entro confini di per sé elastici esiste un’ampia zona grigia dove è possibile ricondurre qualsiasi evento che, in generale, abbia disturbato la procedura di gara, così da rischiare di affidare alla discrezionalità, se non all’arbitrio, del giudice l’attività d’individuazione del contenuto del precetto, in patente violazione dei canoni che devono presiedere alla formulazione delle disposizioni incriminatrici.

La vaghezza, o sarebbe meglio dire la genericità<sup>4</sup>, 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 tradu-

<sup>3</sup> Al riguardo DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo di legge*, Milano, 2006, 75, ha osservato come un termine risulti vago dal punto di vista semantico allorché nel linguaggio comune possieda più di un significato. Sul problema dei termini indeterminati o elastici, GRASSO, *Il principio del “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Milano, 1971, 154 ss. Ancora PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 694 ss. In generale, sul problema della vaghezza delle espressioni linguistiche impiegate in ambito giuridico, si rinvia al fondamentale lavoro monografico di LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 3 ss.

<sup>4</sup> LUZZATI, *La vaghezza*, cit., 48 ha segnalato come i termini “vaghezza” e “genericità” designino due fenomeni linguistici diversi che spesso si tende a confondere. Un termine è vago quando il suo uso presenta, accanto a ipotesi centrali e non controverse, qualche caso-limite. Per contro, un termine è generico ove si riferisca a una pluralità di situazioni diverse e, dunque, se a esso siano riportabili una molteplicità di fatti eterogenei tra loro in relazione ad alcune caratteristiche. In questo senso il termine “turbamento”, riferendosi indiscriminatamente a molte situazioni, deve essere più propriamente definito un termine generico. Anche la dottrina penalistica ha da tempo rilevato come: «Al di là dei fisiologici adattamenti ermeneutici, è vero che ci sono casi dove la lettera della legge è non solo obiettivamente plurivoca, ma volutamente lasca (affidata a “clausole generali”, definizioni tautologiche, concetti vaghi o indeterminati, o veri e propri *Ventilbegriffe*), o persino ambigua e fuorviante, sino a ipotesi in cui il dettato normativo “suscita alti dubbi interpretativi, a prima vista irrisolvibili». Sono le parole di MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2018, 12.

ce, 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. *overbreadth*)<sup>5</sup>.

Il termine “turbamento” presenta un significato neutro e polivalente, con contorni talmente labili da rendere sostanzialmente imprecisabile la gamma dei casi annoverabili nello schema qualificativo della norma<sup>6</sup>. Parliamo, infatti, di un lemma indeterminato anche nel linguaggio corrente che, come tale, non consente di percepire con sufficiente chiarezza il concetto espresso, delegando all'interprete l'opera di concretizzazione del suo contenuto<sup>7</sup>.

La tendenza espansiva delle fattispecie in disamina risulta accentuata dal ricorso anche alla clausola di chiusura dell'elenco delle condotte incriminate degli “altri mezzi fraudolenti”.

Come tutte le volte in cui il legislatore rinuncia a enumerare e specificare i casi in cui si applica il precetto, adottando termini in grado di abbracciare un ampio ventaglio di casi, l'apparente indicazione tassativa dei contegni oggetto di rimprovero viene in parte compromessa a causa della presenza di una nozione di portata generale<sup>8</sup>.

Invero, alla puntuale individuazione degli altri contegni selezionati – violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni – si contrappone un'ipotesi residuale dai contorni assai lati e imprecisati.

Non è dato comprendere con precisione, in effetti, quali contegni scorretti assumano rilievo penale. Non si capisce, in particolare, se debba essere colpi-

---

<sup>5</sup> In questi termini, nel contesto di un'analisi volta a dimostrare come gli strumenti repressivi del fenomeno (latamente inteso) della corruzione siano stati forgiati in guisa da “minacciare” una loro sovraesposizione applicativa, frutto d'interpretazioni arbitrarie e non prevedibile da parte del giudice, collegate più a istanze di politica criminale e tendenzialmente impostate sulla logica del diritto penale d'autore, si è espresso MANES, *Corruzione*, cit., 1143 ss.

<sup>6</sup> VENTURATI, voce *Incanti (frodi negli)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 2002, 307 ha sottolineato la vaghezza del termine.

<sup>7</sup> Sul tema F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2019, 66 ss. L'illustre giurista ha affermato che di elementi vaghi o indeterminati si può tendenzialmente parlare solo con riferimento a elementi normativi giuridici o *extra*-giuridici di natura emozionale. In realtà, quanto esposto nel testo, dimostra che anche gli elementi descrittivi possono essere attinti da profili di indeterminatezza. In questo senso si sono pronunciati MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 132; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 51 ss.

<sup>8</sup> Così AMATO, *La Cassazione amplia la tutela penale ai partecipanti alla gara d'appalto*, in *Guida dir.*, 1998, 36, 72 ove si è asserito che dietro un'apparente descrizione tassativa delle condotte incriminate si cela, in realtà, un reato a forma libera. Analogamente VENTURATI, voce *Incanti*, cit., 305.

to qualsiasi sotterfugio o mezzo sleale e subdolo per il cui tramite venga penalizzato un offerente a vantaggio di un altro, come nel caso, ad esempio, di contestazioni d'irregolarità semplicemente formali da parte di un occhiuto e zelante, quanto interessato, preposto agli incanti.

D'altronde, poiché le condotte elencate - violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni - risultano eterogenee tra loro e, soprattutto, non assimilabili a comportamenti fraudolenti, manca un parametro al quale ispirarsi per individuare l'esatto contenuto della clausola in parola.

L'assenza di un *genus* indicato dal legislatore al quale comprare "gli altri mezzi fraudolenti" provoca, quindi, l'insorgenza di fattispecie ad analogia espressa<sup>9</sup>, il cui campo applicativo finisce per essere viepiù rimesso alla discrezionalità dell'interprete<sup>10</sup>. Prendendo atto della riluttanza delle Corti costituzionale a depurare l'ordinamento di disposizioni costruite in contrasto coi principi di precisione e tassatività<sup>11</sup>, a legislazione invariata, l'unico strada per tentare di sopperire alla patologica *vis attractiva* delle fattispecie a tutela degli incanti è quella di un complesso lavoro che, rivolgendo lo sguardo al bene giuridico tutelato e alla *ratio* della norma, riesca a spazzare via quell'alone d'incertezza che grava sul significato penalistico del termine "turbamento" e dell'espressione "altri mezzi fraudolenti"<sup>12</sup>.

E questo, tenendo presente che le fattispecie in analisi proteggono la libera concorrenza in funzione, però, del perseguimento del buon andamento della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che la lesione del bene protetto non è suscettibile d'ingerire un'offesa penalmente rilevante laddove non si correli ad un reale pericolo per lo scopo finale perseguito, ovvero l'interesse dei pubblici poteri al reclutamento della migliore controparte contrattuale<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Così, testualmente, MANES, *Dalla "fattispecie"*, cit., 20.

<sup>10</sup> In generale, sul tema delle fattispecie ad analogia espressa, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 181 ss.

<sup>11</sup> Avevano già messo in luce quest'atteggiamento della Consulta, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 184 ss.

<sup>12</sup> Così, PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 255. Inoltre, sulla problematica degli elementi elastici o indeterminati si rinvia alla fondamentale opera di BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1964, 157 ss.

<sup>13</sup> Sull'individuazione del bene giuridico protetto e sul fatto che all'interno della fattispecie si scorgano 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

Seguendo quest'impostazione, in relazione ad un caso salito agli onori delle cronache nazionali, in sede di appello<sup>14</sup>, a seguito dell'impugnazione proposta contro una sentenza di condanna per il delitto di turbativa d'asta, si è proceduto al proscioglimento di un ex sindaco di un Comune del nord Italia, proprio in ragione di un approfondito e perspicuo inquadramento del nucleo assiologico su cui si fonda la *ratio* dell'incriminazione. L'amministratore pubblico, pur avendo posto in essere condotte suscettibili di minare l'ordinato svolgimento della procedura d'assegnazione della gestione di una piscina comunale, aveva agito scevro da qualsivoglia tornaconto personale, nell'esclusivo intento di perseguire il pubblico interesse (contemplato nel bando in coerenza con indicazioni ricavabili dalla normativa regionale di riferimento) a che l'affidamento avvenisse in favore di un soggetto radicato sul territorio ove sorgeva l'impianto, munito dell'esperienze e delle competenze confacenti alla proficua somministrazione del servizio.

Per giungere a tale conclusione, i Giudici, a fronte di una condotta apparentemente ascrivibile, sul piano formale, al paradigma astratto, hanno meritoriamente fatto leva sui profili contenutistici della fattispecie, rilevando testualmente: «[...]un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al principio di offensività deve illuminare il giudizio: ci si deve, infatti, confrontare con la necessità di non punire indiscriminatamente le mere irregolarità formali attinenti all'iter procedimentale, irregolarità che, invece, devono essere idonee a ledere i bene giuridici protetti dalla norma, non essendoci un interesse fine a se stesso a garantire la regolarità e la trasparenza della gara, essendo la tutela della mera regolarità formale dell'asta e della P.A. non il bene tutelato dall'art. 353 c.p., ma un presidio per la libera concorrenza, strumentale al perseguimento dell'interesse della P.A.». Dunque: «[...] la turbativa non ricorre in presenza di qualsiasi disordine relativo alla tranquillità della gara, essendo necessaria una lesione, anche potenziale, agli scopi economici della P.A. e all'interesse dei privati di poter partecipare alla gara, dovendosi

---

contesto in analisi, come legittima aspirazione dei pubblici poteri a stipulare contratti a condizioni vantaggiose e convenienti in rapporto alle loro specifiche necessità), sia consentito il rinvio a MADIA, *La tutela penale*, cit., 26 ss.

<sup>14</sup> Secondo quanto riportato dai *media*, questa pronuncia è stata annullata con rinvio dalla Cassazione con una sentenza di cui al momento non si conoscono le motivazioni.

comunque guardare alla realizzazione delle condizioni per la migliore soddisfazione delle esigenze utilitaristiche della P.A.»<sup>15</sup>.

3. *La nozione di “gara nei pubblici incanti e nelle licitazioni private”: un esempio paradigmatico di libera interpretazione in malam partem.* Altro elemento contemplato nell’art. 353 c.p. che ha funzionato da grimaldello utile per allargare l’area d’incidenza di questo comparto è costituito dalla nozione di “gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni”.

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.

Tuttavia, mediante un uso disinvolto della discrezionalità valutativa, nell’agone giurisprudenziale si è interpretata questa nozione in guisa da assegnargli una portata più ampia di quella che le è propria, in modo da ampliare lo spazio operativo del precetto al di là dei limiti segnati dalla lettera della legge.

Tendenza, quest’ultima, viepiù censurabile alla luce di una recente e decisa presa di posizione della Consulta avverso esegesi della fattispecie incriminatrice (in quel caso si trattava del reato di maltrattamenti in famiglia<sup>16</sup>) che scivo-

---

<sup>15</sup> Corte App. Milano, Sez. II, 25 maggio 2021, n. 4090, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 23 novembre 2021.

<sup>16</sup> Si tratta della sentenza 28 aprile 2021 (14 maggio 2021), n. 98, in *Giur. cost.*, 2021, 1797, con nota CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell’interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*. La sentenza è stata anche commentata da RAMPIONI, *Ragioni di giustizia Vs. divieto di analogia in malam partem. Il richiamo all’ordine del giudice costituzionale*, in *Dir. dif.*, 20 dicembre 2021. La Corte ha osservato, in sintesi, come il reato di maltrattamenti in famiglia preveda che le condotte tipiche siano realizzate in danno di una persona della stessa “famiglia”, oppure di una persona “convivente”. Per contro, si è aggiunto, il reato di atti persecutori aggravati esige che le condotte siano indirizzate verso persona che sia o sia stata legata all’autore da una “relazione affettiva”. Ricordando come il nostro edificio penalistico si fondi sul fondamentale divieto di applicare la legge oltre i casi in essa espressamente stabiliti (art. 25, comma 2, Cost.), la Consulta ha escluso che una relazione affettiva durata qualche mese e caratterizzata da permanenze non continuative di un *partner* nell’abitazione dell’altro, potesse assegnare alla vittima di maltrattamenti, alla stregua del linguaggio comune, la veste di persona appartenente alla medesima “famiglia” dell’imputato, ovvero con lui “convivente”. La Corte ha quindi negato l’applicabilità della fattispecie di cui all’art. 572 c.p., anziché dell’art. 612 *bis* c.p., in una situazione come quella descritta, proprio onde evitare la violazione del divieto d’interpretazione analogica a sfavore del reo della norma penale.

lano sul piano inclinato di interpretazioni analogiche *in malam partem*. La Corte, con la sentenza n. 98 del 2021, ha effettivamente ricordato come l'art. 25, comma 2, Cost. impedisca d'estendere il raggio d'azione di una disposizione incriminatrice a situazioni insuscettibili di iscriversi in alcuno dei significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore. E questo, hanno tenuto a sottolineare i giudici, in ossequio al principio della separazione dei poteri, che attribuisce al monopolio legislativo - e non all'ordine giudiziario - la prerogativa di descrivere i limiti operativi delle fattispecie di reato, nonché al fine di assicurare la prevedibilità per il cittadino dell'applicazione della legge penale; prevedibilità che sarebbe pregiudicata nel caso in cui il giudice potesse estendere i confini di una figura di reato, assegnandogli un significato nuovo e diverso rispetto a quello che emerge da una piana lettura del testo.

Risultato, quest'ultimo, al quale giunge immancabilmente la giurisprudenziale che si è occupata d'interpretare la nozione di "gara nei pubblici incanti e nelle licitazioni private". Nella prassi si è in effetti inclini a ricondurre sotto il dominio dell'art. 353 c.p. e dell'art. 354 c.p. - per quanto concerne l'art. 353-bis c.p. il discorso è diverso come si vedrà - *anche* meccanismi selettivi *diversi* dai pubblici incanti e dalle licitazioni private, quali la trattativa privata e l'appalto-concorso.

Il nodo interpretativo si è prospettato in quanto, nel corso del tempo, si è avvertita, con intensità via via crescente, la necessità di fare fronte alle esigenze dei pubblici apparati attraverso procedure di approvvigionamento e di realizzazione di opere pubbliche che non richiedessero i tempi lunghi e i per certi versi farraginosi congegni burocratici delle cc.dd. gare formali. Anzi, si può dire che, soprattutto la trattativa-privata, da metodo eccezionale di assegnazione di una commessa, sia divenuto il *modus operandi* normale della Pubblica Amministrazione.

Per questo, la giurisprudenza penalistica, per evidenti ragioni di "politica criminale", ovvero per non rassegnarsi ad ammettere un sostanziale scollamento tra la prassi amministrativa e le fattispecie poste a presidio degli incanti, con la conseguente inapplicabilità delle stesse a situazioni sempre più ricorrenti, ha costantemente affermato che queste procedure, benché non espressamente indicate nello schema qualificativo delle disposizioni in discussione,



ove precedute da una qualche forma di competizione per selezionare i soggetti con cui avviare le contrattazioni (definita, con terminologia varia, “ gara ufficiale”, “informale”, “ esplorativa”, “ di sondaggio”, “ privata” o di “consultazione”), godessero comunque della tutela apprestata dall’art. 353 c.p. e dall’art. 354 c.p. ai pubblici incanti e alle licitazioni private<sup>17</sup>.

Come accennato, l’esegesi incline a comprendere nell’alveo delle disposizioni in esame gli arbitri commessi in occasione di procedimenti sprovvisi di un riferimento esplicito nei testi normativi, lungi dal mantenersi entro i limiti di una lettura estensiva delle fattispecie, rispettosa del canone della legalità, sconfinava nel campo dell’analogia.

Invero, la formula semantica utilizzata dal legislatore – “*gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private*” – è chiara e univoca, non presentando un contenuto più ampio di quello che appare a prima vista e che, in qualche modo, deve essere reso esplicito. Si è al cospetto di una lacuna espressa che, come tale, è concettualmente incompatibile con un’interpretazione meramente estensiva la quale deve rinvenire il proprio fondamento ultimo pur sempre nel testo di legge<sup>18</sup>.

D’altronde, le nozioni di “pubblici incanti” e di “licitazioni private” sono dotate soltanto di un significato tecnico, per giunta preciso e limitato, insuscettibile, quindi, di riformulazioni finalizzate a comprendere al loro interno altre procedure, a loro volta definite con una terminologia specialistica puntuale, che non si presta a essere confusa in un magma concettuale indistinto<sup>19</sup>. I

<sup>17</sup> In argomento, ci sia ancora consentito il rinvio a MADIA, *La tutela penale*, cit., 321 ss.

<sup>18</sup> In merito MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 168, hanno osservato che, in casi come il nostro, ove il legislatore ha ignorato comportamenti simili a quelli incriminati, già presenti al momento di redazione della norma, si è dinanzi a una lacuna c.d. primaria. Sempre sull’argomento, BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, Torino, 2000, 71 ss. Che la scelta di escludere le gare che possono precedere la trattativa privata e l’appalto-concorso corrisponda a una scelta precisa dei compilatori lo aveva già messo in luce, MORMANDO, *La tutela*, cit., 22 ss. e 26 ss. Ma già, analogamente, SANTACROCE, *Il delitto di turbata libertà degli incanti: confini della norma penale e forme alternative di tutela*, in *Riv. trim. appalti*, 1994, 662.

<sup>19</sup> In argomento, BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*<sup>3</sup>, Torino, 2019, 32, il quale indica, quale esempio paradigmatico di *elemento normativo* della fattispecie, proprio le nozioni di “pubblico incanto” e “licitazione privata” enucleate nell’art. 353 c.p. Al riguardo, RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004, 200 ss., ha osservato come gli elementi normativi siano da ascrivere alla categoria dei concetti “rigidi”, in quanto la loro: «(...) determinazione è rimessa esclusivamente al raccordo con la norma extra penale richiamata dal precetto, senza alcun bisogno dell’interprete: o meglio, senza alcun bisogno di ricostruire il significato

compilatori hanno chiaramente circoscritto il perimetro della tutela penale solo ad alcuni dei meccanismi di cui si può avvalere la Pubblica Amministrazione per individuare le proprie controparti contrattuali, estromettendo, con formule inequivocabili, gli altri.

Contrariamente a termini come “ possesso” (e ad altri simili), i quali si caratterizzano per avere sia un significato proprio nel linguaggio comune sia un significato tecnico-giuridico, in guisa da autorizzare operazioni ermeneutiche volte a non recepire nel diritto penale la loro accezione tecnica originale impiegata in altri rami dell’ordinamento, utilizzando quella presente nel vocabolario corrente se più confacente alle esigenze della fattispecie incriminatrice, le nozioni di “ pubblici incanti” e di “ licitazioni privati” hanno solo un contenuto specialistico, che, in quanto tale, non si presta ad operazioni ermeneutiche volte a manipolarne il significato onde iscrivere al loro interno altri metodi di selezione dei contraenti con la Pubblica Amministrazione<sup>20</sup>.

A tale conclusione concorrono anche un argomento storico, uno sistematico e uno comparatistico.

Sul piano storico, non si può trascurare di considerare che il legislatore, lungi dal limitarsi a un generico richiamo alla nozione di gara, ha esplicitamente ristretto il cono d’ombra della disposizione ai pubblici incanti e alle licitazioni private, nonostante dovesse o potesse essere edotto che queste rappresentavano soltanto due delle procedure di ricerca del contraente da parte della Pubblica Amministrazione.

---

dell’elemento normativo in base alla ratio legis “interna” alla norma incriminatrice».

<sup>20</sup> Proprio sulla scorta di tale argomento VELLUZZI, *Analogia giuridica ed interpretazione estensiva: usi ed abusi in diritto penale*, Siena, 1996, 11 ss. ha additato l’interpretazione fornita dalla giurisprudenza dell’art. 353 c.p. come un chiaro esempio di ricorso all’argomento analogico, giacché, si è detto, le nozioni di pubblico incanto e licitazione privata sono tecniche e normativamente definite dalla legge sulla contabilità di stato. Ne segue che l’estensione della fattispecie di cui all’art. 353 c.p. ad altre procedure caratterizzate comunque dalla presenza di una gara non può che avvenire in via analogica e non estensiva. A sua volta, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 391 ss. ha rilevato come le definizioni propriamente *tecniche* siano in rapporto di eterogeneità col linguaggio comune, con l’effetto che il loro significato ha un contenuto evidente e stabile, insuscettibile di modifiche. Al contrario, ha aggiunto l’illustre pensatore, le definizioni *specificative* sono in rapporto d’interferenza col linguaggio comune, ma il legislatore e i giuristi intervengono a darne una definizione diversa da quella in voga nel vocabolario corrente. Nello stesso senso, BELLAVISTA, *L’interpretazione della legge penale*, Milano, 1975, 67. Con specifico riferimento ai concetti di pubblici incanti e licitazioni private era già pervenuto alle nostre stesse conclusioni circa l’impossibilità di rielaborare in sede penale nozioni così fortemente connotate sul piano tecnico-giuridico, SANTACROCE, *Il delitto*, cit., 664.

È indubbio, infatti, che il legislatore del 1930 fosse nelle condizioni oggettive di conoscere l'esistenza dell'appalto-concorso e della trattativa-privata, compreso il fatto che tali procedure, per il modo in cui erano state concepite dal legislatore, avrebbero potuto essere precedute da una qualche forma di preselezione competitiva degli operatori economici.

Le normative di settore, al cui interno erano disciplinati tutti i meccanismi di individuazione dei contraenti con la Pubblica Amministrazione, risalivano al r.d. n. 2440 del 1923 e al relativo regolamento di attuazione di cui al r.d. n. 827 del 1924, di talché, quando il processo normativo genetico sfociato nell'elaborazione del codice si è sviluppato, i compilatori hanno delineato gli artt. 353 c.p. e 354 c.p. potendo avere come modello di riferimento quei corpi legislativi. I codificatori hanno insomma agito potendo avere ben presente l'esistenza della trattativa-privata e dell'appalto-concorso, nonché delle variabili competitive al paradigma comune con cui potevano venire declinate, e, nonostante questo, la tutela penale è stata ristretta solo ai pubblici incanti e alle licitazioni private.

Ciò lascia credere che i redattori del codice abbiano consapevolmente optato per escludere tali procedure dallo schema generale e astratto delle norme, con l'intento di assicurare tutela penale esclusivamente a quelle tipologie di competizioni cc.dd. formali che, nell'ottica dei compilatori del *Trenta*, erano le uniche a essere state concepite dalla legislazione sulla contabilità nazionale, incastonata nei rr.dd. n. 2440 del 1923 e n. 827 del 1924, in guisa da evidenziare un'accentuata proceduralizzazione, messa in rilievo dall'esistenza di regole e termini interni alla procedura oltre che da rigidi automatismi e dall'assenza di profili di discrezionalità in capo all'ente appaltante.

Insomma, questo dato storico costituisce un indizio importante circa il fatto che la decisione di restringere l'area operativa delle disposizioni solo ai pubblici incanti e alle licitazioni private, lungi dal potere essere tacciata come una scelta inconsapevole, sia stata la risultante di una precisa strategia operativa e che, dunque, nel caso di specie, ci si trovi di fronte, non già ad un *mero* silenzio, bensì, più esattamente, ad un silenzio significativo delle reali intenzioni del legislatore<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Sulla differenza tra mero silenzio e silenzio significativo, BRUNELLI, *Il reato*, cit., 71.

È vero che la legge non deve essere interpretata in base alla volontà storicamente data del legislatore che ha formulato la disposizione, bensì avendo riguardo alla sua volontà “oggettiva”, affrancata dal suo autore, così come la stessa si è obiettivizzata nel precetto normativo<sup>22</sup>.

La legge, una volta promulgata, acquista un significato autonomo rispetto al pensiero dei soggetti che hanno collaborato alla sua redazione, coll’effetto che l’interprete deve scovare il suo contenuto oggettivo, a prescindere dalle specifiche intenzioni dei singoli che hanno partecipato al processo legislativo.

Tuttavia, questo discorso 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<sup>23</sup>.

Su un piano sistematico, poi, occorre considerare che il testo dell’art. 353-bis c.p., introdotto con la l.n. 136 del 2010, contrariamente a quello degli artt. 353 c.p. e 354 c.p., consente di applicare questa disposizione agli abusi consumati nelle procedure di redazione dei bandi o di altri atti equipollenti che precedono *qualsiasi* tipo di meccanismo selettivo dei contraenti con la Pubblica Amministrazione, proprio perché non restringe il suo raggio d’azione agli illeciti commessi nella fase di preparazione di bandi che precedono un

---

<sup>22</sup> Così, GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, Napoli, 2008, 189. Ma già BELLAVISTA, *L’interpretazione*, cit., 17; Sul tema, più in generale, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 37 ss. e anche 163 ss.

<sup>23</sup> Siamo al cospetto, quindi, di quelle che BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 260; ID., voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1968, 604 ha definito lacune soggettive, che dipendono da qualche motivo imputabile al legislatore. Le stesse sono contrapposte alle lacune oggettive le quali, invece, sono indipendenti dalla volontà legislativa, essendo ascrivibili a cause oggettive, quali lo sviluppo dei rapporti sociali, di nuove invenzioni ecc. Le lacune soggettive, a loro volta, possono essere volontarie o involontarie. Le prime sono attribuibili a sviste del legislatore; le seconde sono il frutto di scelte precise. Sul punto, ancora BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, Milano, 2006, 205 ss.; ID., *L’analogia e il diritto penale*, in *Riv. pen.*, 1938, 526 ss. Anche ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Baratta, Milano, 1970, 149 ss. ha mostrato di annettere importanza all’interpretazione storica sostenendo che le conclusioni esegetiche tratte attraverso la stessa non debbano cedere sempre e comunque di fronte ai risultati dell’interpretazione oggettiva. In particolare, l’illustre pensatore si è posto, in forma retorica, la seguente domanda: «possiamo non tenere conto della volontà del legislatore storico ove questa sia sicura, ed ambigua sia soltanto la forma di espressione nella legge».

pubblico incanto o una licitazione privata. Nell'art. 353-*bis* c.p. si menziona genericamente il “*procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente*”, segno evidente che quando il legislatore ha inteso proteggere anche sistemi diversi dai pubblici incanti e dalle licitazioni private ha utilizzato una terminologia onnivora e omnicomprensiva.

Infine, anche in una prospettiva comparatistica si comprende come il nostro legislatore, al contrario di altri, abbia inequivocabilmente ristretto lo spazio d'azione dei reati in disamina alle manipolazioni afferenti le “gare formali”.

In Germania, il § 298 dello *Strafgesetzbuch*, inserito nel titolo ventiseiesimo, tra i reati contro la libera concorrenza (*freier Wettbewerb*), rubricato «*Accordi restrittivi della concorrenza nelle gare d'appalto*», ha apportato una generale tutela alle aste, siano esse licitazioni private, pubblici incanti, appalti-concorso o trattative private precedute da gare soggette a regole predeterminate e siano esse organizzate da un soggetto pubblico o privato. Il legislatore tedesco parla, infatti, in generale, di “gare d'appalto”, utilizzando il generico termine “*Ausschreibungen*”<sup>24</sup>, indizio ulteriore che quando si è inteso confezionare un precetto a vocazione omnicomprensiva lo si è forgiato scevro da riferimenti tecnici a specifiche procedure selettive.

In definitiva, l'indirizzo esposto, invocando considerazioni di natura teleologica per ampliare l'orizzonte applicativo delle ipotesi di reato in analisi, travalica palesemente i limiti indicati dalla lettera della legge. La stretta osservanza del principio di legalità preclude all'interprete di abbandonare quel lido sicuro rappresentato dal reticolato della norma incriminatrice e dal suo significato semantico, per avventurarsi in mare aperto alla ricerca di profili in grado di denotare il disvalore dell'illecito oltre la circonferenza che conclude la stessa fattispecie astratta.

---

<sup>24</sup> In argomento, OTTO, *Grundkurs.Strafrecht., Die einzelnen Delikte*, Berlin, 2020, 325. Sempre sul punto, DANNECKER, *Sub § 298*, in *Strafgesetzbuch*, vol. III, a cura di Kindhäuser-Neumann-Paefffgen, Baden-Baden, 2017, 1368 e, in particolare, 1376 dove si osserva come solo laddove non vi sia una procedura selettiva resta esclusa la tutela penale. Ancora, HEGER, *Sub § 298*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di Lackner-Kühl, München, 2018, 1678 ss.; HOHMAN, *Sub § 298*, in *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. VII, a cura di Joecks-Miebach, München, 2019, 1341 ss.; HEINE-EISEL, *Sub § 298*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di Schönke-Schröder, München, 2018, 2934. Inoltre, nell'occuparsi in modo specifico degli accordi anti concorrenziali e di procedure d'assegnazione appalti introdotte dopo l'immissione nel sistema del § 298, WUNDERLICH, *Die Akzessorietät des § 298 zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB)*, Friburgo, 2017, in particolare 38 ss.

Diversamente opinando, attraverso l'eccessiva valorizzazione di quella che viene ritenuta essere la componente finalistica sottesa a una data disposizione criminosa, si potrebbe andare incontro al rischio di anteporre l'intenzione dell'interprete al dato letterale, con tutte le ricadute negative sulla certezza nell'applicazione del diritto penale che simile modo di procedere implica<sup>25</sup>.

Ne segue che la portata operativa di una figura delittuosa non può essere estesa travalicandone i confini legali: qualsiasi conseguenza pratica derivante dall'impiego di una disposizione deve rinvenire il proprio fondamento in un corrispondente requisito strutturale; pena l'avvio di un processo patogeno idoneo a generare cortocircuiti che minano la tenuta e la logica del sistema<sup>26</sup>.

Paradossalmente, la stessa Corte di cassazione ha invece posto un argine all'indiscriminato ampliamento dell'area d'incidenza dell'art. 353-*bis* c.p., evidenziando un sussulto garantista i cui benefici effetti si confida possano prima o poi influenzare anche l'esegesi dell'art. 353 c.p.

Infatti, la Suprema corte ha di recente affermato, con una sentenza che pare destinata a divenire "diritto vivente", come il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente sia applicabile soltanto agli abusi consumati nelle procedure di redazione di atti propedeutici a dare avvio a *iter* competitivi e non anche a illeciti che si innestino in meccanismi di formazione di documenti propulsivi di sistemi di affidamento diretto di commesse pubbliche.

E questo, anche laddove il turbamento sia illegittimamente volto proprio a impedire la gara, magari attraverso l'artificioso frazionamento dei lavori da

---

<sup>25</sup> Su questa nefasta e inarrestabile tendenza in voga nel diritto vivente, RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui"*, cit., 109 ss. Più di recente, sempre sul tema, dello stesso Autore, *Diritto penale. Scienza dei limiti del potere punitivo*, Torino, 2020.

<sup>26</sup> A tale proposito E. GALLO, voce *Attentato (Delitto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 2002, 346, ha evidenziato che il principio di offensività è una direttiva di garanzia che serve al giudice per restringere e non certo per allargare l'area della punibilità. Invero, un'indagine circa la concreta offensività di un fatto, in sé e per sé già tipico, che sfoci nella ricerca di elementi assiologici e ontologici estranei alla fattispecie, contribuirebbe a imprimere un'accezione negativa, idonea a innescare pericolose degenerazioni, a una direttrice ideologica che, invece, tenta soltanto di adeguare il dato positivo alla realtà della vita senza avere alcuna intenzione di strumentalizzare questo modo di ragionare in vista della negazione del dogma della legalità. Sulla stessa linea M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, Pt. I, Torino, 2000, 29 ss.; DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, 1267; GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 131 ss.

assegnare onde evitare il superamento della soglia comunitaria che obbliga al ricorso alla procedura competitiva.

Infatti, hanno annotato i Supremi giudici, risolvendo un contrasto interno alla stessa sesta sezione e mostrando questa volta particolare sensibilità verso il rispetto del canone della tassatività, il legislatore, quando nell'art. 353-*bis* c.p. ha parlato di "bando o altro equipollente", non può che essersi riferito alla manipolazione di procedimenti di redazione di atti da cui si dipana un congegno fondato su logiche "agonistiche"<sup>27</sup>.

Di talché, ascrivere all'orbita applicativa del disposto situazioni in cui la turbativa ha riguardato documenti scollegati da una procedura di gara significa estendere l'ambito della fattispecie oltre i casi stabiliti dalla legge.

4. *L'ulteriore estensione delle fattispecie al di là dei limiti segnati dalla lettera della legge: l'attrazione delle turbative nei concorsi pubblici.* Dalla cronaca si apprende, ormai con una certa costanza, d'indagini avviate da diverse Procure della Repubblica in relazione a presunte irregolarità commesse nell'ambito di concorsi per il reclutamento, soprattutto, di personale universitario, dove si contesta, a seconda dei casi, una delle figure di reato appartenente all'addentellato normativo in disamina.

Si tratta di qualificazioni giuridiche che, a quanto consta, non hanno ancora ricevuto il sigillo della Suprema corte e che prestano certamente il fianco a riserve critiche.

Come già annotato al riguardo da autorevole dottrina: «*Il caso neanche evoca una vera cripto-analogia. Prima dell'analogia vengono infatti le interpretazioni sbagliate*»<sup>28</sup>.

È sempre stato pacifico, infatti, che la lettera della legge, nella misura in cui restringe l'area di tutela alle *gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private*, delimita il perimetro operativo delle fattispecie alle sole procedure indette per l'affidamento di commesse pubbliche o per la cessione di beni pubblici, non contemplando anche i concorsi per l'accesso ad impieghi pubblici<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 22 febbraio 2022.

<sup>28</sup> Così, testualmente, DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 6.

<sup>29</sup> Sul punto ci sia ancora consentito il rinvio a MADIA, *La tutela penale*, cit., 11. In assenza dell'accertata

Se certamente si coglie una netta frattura tra il diritto positivo ed esigenze di politica criminale, nella misura in cui il nostro sistema si presenta sguarnito di specifiche figure di reato dirette a sanzionare l'alterazione dello svolgimento di concorsi per il reclutamento di personale nei ranghi della Pubblica Amministrazione, non è ovviamente possibile colmare tale lacuna in via interpretativa, pena la violazione del dogma della legalità, mediante, nuovamente, l'uso della teorica del bene giuridico e dello scopo finale di queste norme (proteggere la corretta allocazione delle risorse collettive) come una sorta di "Cavallo di Troia" per insinuarsi tra gli ostacoli frapposti dal dogma della tipicità e dalla connessa garanzia del fatto.

Il legislatore ha menzionato unicamente le "gare pubbliche", ovvero le procedure di cui si avvale la Pubblica Amministrazione per cedere un bene ovvero affidare all'esterno l'esecuzione di un'opera o la gestione di un servizio. Si tratta, come già osservato, di nozioni tecniche, provviste, pertanto, di un significato unico e infungibile, reperibile esclusivamente nella normativa di settore e, in particolare, nei rr.dd. n. 2440 del 1923 e n. 827 del 1924, nonché nel nuovo Codice degli appalti di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

La terminologia importata negli artt. 353 ss. c.p. non si caratterizza per avere *anche* un significato proprio nel linguaggio comune, in guisa da autorizzare operazioni ermeneutiche volte a non recepire nel diritto penale la sua accezione tecnica originale impiegata nel diritto amministrativo.

Le nozioni di "pubblici incanti" e di "licitazioni privati", come segnalato, hanno solo un contenuto specialistico, per giunta preciso e limitato, insuscettibile, quindi, di riformulazioni finalizzate a comprendere al loro interno altre procedure amministrative.

I concorsi per il reclutamento di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni danno luogo a *iter* completamente diversi, che non possono es-

---

manomissione del risultato di una procedura selettiva per l'accesso a impieghi pubblici, l'alterazione del loro corretto svolgimento potrebbe essere addirittura insuscettibile di venire inquadrata nella trama operativa di altri paradigmi delittuosi. E così, ad esempio, la giurisprudenza non ha reputato configurabile il delitto di truffa in danno dello Stato in tutti quei casi in cui l'agente si fosse limitato ad alterare la regolarità delle procedure di assunzione nel pubblico impiego ove il risultato finale del processo di selezione non fosse mutato, non ravvisandosi in questo caso una lesione diretta agli interessi patrimoniali della pubblica amministrazione ma, soggiungiamo noi, solo un pericolo di danno. Queste indicazioni sono ricavabili da Cass., Sez. II, 3 giugno 2009, n. 26269, in *Foro it.*, 2009, 11.



sere assimilati ai pubblici incanti e alle licitazioni private, venendo quindi inquadrati in quest'ambito punitivo soltanto al prezzo di un'autentica "slabbratura" delle maglie del diritto penale, in antitesi ai limiti segnati dalla lettera della legge.

È vero che l'art. 353-*bis* c.p. si riferisce al condizionamento, genericamente, di bandi o altri atti equipollenti, senza contenere rinvii a procedure specifiche, ma è anche vero che questa disposizione si trova "incastrata" tra quelle poste a protezione di procedure di scelta di fornitori di beni e servizi da parte ai pubblici poteri. Di talché, anche l'art. 353-*bis* c.p., interpretando il suo testo in chiave sistematica, non può che condividere la medesima *ratio* istitutiva delle sue "gemelle eterozigote", concentrandosi su procedimenti diversi dai *concorsi* pubblici.

Del resto, come si è già segnalato in dottrina: «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 concorso rilevano ex art. 323 c.p., salve ipotesi di corruzione etc.»<sup>30</sup>.

A definitiva dimostrazione della perdurante verità di tali assunti, vi è, anche in questo contesto, un argomento di matrice comparatistica.

Quando il legislatore ha inteso infatti ricomprendere nello spettro applicativo di queste fattispecie i concorsi per l'accesso a impieghi pubblici lo ha dichiarato in via espressa, come è avvenuto in Portogallo. In questo sistema, perlomeno secondo la dottrina maggioritaria, l'art. 230 del Codice penale, rubricato «Turbativa di vendita all'incanto» e collocato nel Libro II, Titolo II, dedicato ai delitti contro il patrimonio, Capo IV, al cui interno risultano inseriti i delitti contro i diritti patrimoniali, tutela, esplicitamente e a dimostrazione dell'eterogeneità delle procedure citate, l'aggiudicazione giudiziale o di altra pubblica vendita all'incanto autorizzata o imposta dalla legge *nonché di ogni altro concorso regolato dal diritto pubblico*<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Queste sono le ineccepibili notazioni di DONINI, *Reati*, cit., 6.

<sup>31</sup> Per un'analisi della disposizione LOPES MAIA GONÇALVES, *Código penal português*, Coimbra, 2007, 788. Inoltre, PINTO DE ALBOUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa 2021, 957. *Contra*, nella misura in cui ritiene che i tipi di gare d'appalto coperte dalla norma includano solo le gare per l'aggiudicazione di appalti di forniture, lavori e altri servizi e per la concessione di licenze per lo sfruttamento o l'uso di un bene pubblico, CAIERO *Sub art. 230 c.p.*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Espe-*

5. *Terzo caso d'allargamento delle fattispecie oltre i limiti segnati dalla lettera della legge: l'esegesi del concetto di "pubbliche amministrazioni"*. Con il sintagma "gara per conto di pubbliche amministrazioni" il legislatore si è riferito alle procedure selettive indette dallo Stato, nelle sue articolazioni centrali e periferiche, e dagli altri enti pubblici.

Nell'attuale fase storica sono emerse "nuove" tipologie di persone giuridiche in campo amministrativo, le cui caratteristiche intrinseche e il cui *nomen iuris* sono suscettibili di ingenerare dubbi in ordine alla riconducibilità delle turbative nelle gare svolte per loro conto all'interno dello spazio applicativo del primo comma dell'art. 353 c.p. e dell'art. 353-bis c.p.; disposizione, quest'ultima, dove ci si riferisce alle *modalità di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione*.

Nel d. lgs. n. 50 del 2016 figurano le nozioni di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica.

Le qualifiche in questione convergono tendenzialmente su organismi collettivi gestori di pubblici servizi per antonomasia, coinvolti, nel corso dell'ultimo scorcio del secolo passato, in processi di "entificazione" e successiva trasformazione in soggetti dotati di personalità giuridica di diritto privato, il cui funzionamento rinviene pertanto la propria fonte regolamentare nel titolo II capo II del codice civile.

Nondimeno, ove un ente "privatizzato" rientri in dette definizioni, non è esentato dall'obbligo di avvalersi di procedure a evidenza pubblica nella gestione del suo patrimonio.

Nella definizione di "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d), d. lgs. n. 50 del 2016, è compreso qualsiasi soggetto collettivo, strutturato anche in forma societaria: a) istituito per soddisfare specificamente esigenze d'interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. requisito oggettivo o anche finalistico o teleologico); b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo prevalente dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali

---

*cial*, Tomo II, Coimbra, 2022, 648.

più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (c.d. influenza o dominanza pubblica e requisito della soggettività).

La definizione di “impresa pubblica”, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. t), d. lgs n. 50 del 2016, compete a quelle imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante, vuoi perché ne sono proprietarie, vuoi perché vi hanno una partecipazione finanziaria, vuoi, infine, in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L’influenza dominante si ritiene presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, alternativamente o cumulativamente: i) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; ii) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall’impresa; iii) hanno diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell’impresa.

L’impresa pubblica risulta vincolata ad avvalersi di tali procedure solo per la stipula di contratti il cui valore sia pari o superiore alla c.d. soglia comunitaria e, proprio perché la stessa opera anche in mercati concorrenziali, assumendo su di sé il rischio d’impresa, solo nei cc.dd. settori speciali (vale a dire energia termica, gas, elettricità, acqua, porti e aeroporti) e non con riferimento ai contratti da concludere nei settori ordinari, dove tali entità giuridiche non si trovano a beneficiare di diritti speciali o esclusivi, finalizzati a riservare solo a determinati operatori economici l’esercizio delle relative attività.

Poiché sia gli organismi di diritto pubblico sia le imprese pubbliche sono soggetti di diritto privato, formalmente estranei ai pubblici apparati<sup>32</sup>, le irregolari-

---

<sup>32</sup> In merito, sebbene segnali un avviso contrario emerso soprattutto nella giurisprudenza contabile, ROVERSI-MONACO, *Le figure dell’organismo di diritto pubblico e dell’impresa pubblica nell’evoluzione dell’ordinamento*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 411 ss. Sul tema, d’altro canto, sono intervenute le Sezioni Unite civili, affermando che queste società sono soggetti di diritto privato, del tutto distinti dalla Pubblica Amministrazione: Cass., Sez. un., 25 gennaio 1995, n. 4989, D’Andrea costruzione e altro, in *Rass. giur. enel*, 1995, 815; Cass. Sez. un., 24 gennaio 1997, n. 2738, Trasp. Pubb. Terra D’Otranto c. Banca Napoli, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1997, 775. Nella giurisprudenza amministrativa si veda la presa di posizione del Consiglio di Stato in materia di impresa pubblica. Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2012, n. 1574, in *Guida dir.*, 2012, 15, 80, con nota redazionale di CORRADO, *Una società caratterizzata dallo scopo di lucro non può svolgere attività di tipo amministrativo*. Il Collegio ha enunciato il seguente principio di diritto: «La società Porto Antico di Genova, in ragione del tipo di attività svolta per la quale non è dimostrato il carattere non economico e per la presenza di uno scopo di lucro che può appartenere solo al modello societario, va considerata impresa pubblica e pertanto la controversia relativa a

tà commesse nelle procedure di assegnazione degli appalti eseguite per conto di queste entità non possono ricadere sotto l'egida repressiva del primo comma dell'art. 353 c.p. e dell'art. 353-*bis* c.p.

Infatti, l'indagine sulla portata delle nozioni penalistiche di "ente pubblico" e, in generale, di "Pubblica Amministrazione" non può alimentarsi d'indici di valutazione di tipo funzionale, poiché in questo contesto, a differenza di quel che è avvenuto in relazione alle definizioni afferenti alle qualifiche pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, il legislatore non ha preso esplicitamente posizione in favore di una concezione sostanzialistica di questi elementi.

L'attività d'individuazione del contenuto penalistico del concetto di "Pubblica Amministrazione" deve dunque fondarsi solo su criteri di rilevazione di matrice formale.

È vero che la Cassazione, pronunciandosi in ordine ai limiti operativi del delitto di malversazione a danno dello Stato di cui all'art. 316-*bis* c.p., ovvero in ordine all'estensione della nozione di "ente pubblico" di cui all'art. 640, comma 2, n. 1, c.p., ovvero in ordine alla stessa nozione di "Pubbliche Amministrazioni" enucleata nell'art. 353 c.p., ha ritenuto di includere i finanziamenti accordati dagli organismi di diritto pubblico e dalle imprese pubbliche nella categoria degli ausili economici rilevanti ai fini del delitto di cui all'art. 316-*bis* c.p.<sup>33</sup>, così come di ascrivere queste entità alla nozione di "ente pubblico" effigiata nell'art. 640, comma 2, n. 1, c.p.<sup>34</sup> e di "Pubbliche Amministrazioni" contemplata nell'art. 353, comma 1, c.p.<sup>35</sup>. Ma è altrettanto vero che tale interpretazione è stata sposata in base ad un'accezione "sostanziale" di Pubblica Amministrazione per la cui integrazione è sufficiente verificare, al di là della veste formale pubblica o privata di un soggetto collettivo e analogamente a quanto avviene in materia di qualifiche soggettive, i tratti caratteristici della sua *mission* statutaria, ovvero, più propriamente, la finalità di rilevanza generale che eventualmente la contraddistingue.

---

gara dalla stessa indetta rientra nella giurisdizione del giudice ordinario».

<sup>33</sup> Cass., Sez. VI, 3 giugno 2010, n. 40830, Rv. 248787.

<sup>34</sup> Cass., Sez. II, 14 aprile 2015, n. 17889, in *Cass. pen.*, 2016, 3308, con nota adesiva di PAGANI, *Indeterminatezza e dinamicità del concetto normativo di ente pubblico nel diritto penale*.

<sup>35</sup> Cass., Sez. VI, 9 novembre 2020, n. 11366, Rv. 278717.

Tale *modus arguendi* tralascia il dato alla stregua del quale queste persone giuridiche, al di là del *nomen iuris*, continuano a mantenersi formalmente estranee ai pubblici poteri, essendo assoggettate a una regolamentazione di diritto comune.

In mancanza di apposite indicazioni normative (come invece avvenuto con le qualifiche soggettive delineate negli artt. 357 c.p. e 358 c.p.), è pertanto impedito qualsiasi approccio di matrice “teleologica”, dovendo piuttosto attenersi ad indici di riconoscimento esclusivamente formali.

Nel diritto penale, infatti, risulta impraticabile qualunque itinerario ermeneutico che, in aperto contrasto col divieto d’interpretazione analogica in sfavore del reo, pretenda di ampliare la portata della nozione di “ente pubblico” oltre i suoi confini letterali, includendovi, in ossequio ad un concetto funzionale di Pubblica Amministrazione, soggetti privati, erogatori di pubblici servizi essenziali.

Insomma, dopo la riforma del 1990, l’attribuzione di una qualifica pubblicistica e la qualità di “ente pubblico” non si implicano vicendevolmente, differendo profondamente tra loro: l’una è avvinata a criteri di accertamento di tipo sostanziale, l’altra di tipo formale. Di talché, è ben possibile che un soggetto risulti insignito di pubbliche funzioni senza che la sua struttura di appartenenza sia riconducibile alla categoria degli enti pubblici.

In questo senso, l’organismo di diritto pubblico e l’impresa pubblica, ancorché siano formazioni orientate all’appagamento di interessi collettivi, non sono inquadrabili all’interno del concetto di Pubblica Amministrazione a cui fanno rinvio l’art. 353, comma primo, c.p. e l’art. 353-*bis* c.p. Queste disposizioni prendono in considerazione un “soggetto complesso” - la Pubblica Amministrazione - e non “attività” - come le norme che definiscono le qualifiche pubblicistiche-, con l’effetto che, onde stabilire la ricorrenza di una struttura facente parte dei pubblici apparati, a nulla rileva individuare la finalità di interesse collettivo delle funzioni svolte, quanto, piuttosto, la sua soggettività pubblica o privata<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Così, pur in un’ottica favorevole ad attribuire la qualità di “ente pubblico” in base a criteri sostanzialistici, GRECO, *Sull’applicabilità dell’articolo 640, co. 2, n. 1, c.p. alle società miste*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2013, 3.

In simile contesto, come detto, è il principio di legalità vigente in sede penale a vietare in modo assoluto, in carenza di chiare clausole di recepimento introdotte dal legislatore – come gli artt. 357 c.p. e 358 c.p. – l’importazione di un’accezione lata di Pubblica Amministrazione, improntata a logiche funzionalistiche, in voga nella prassi applicativa amministrativa.

Nell’ordinamento penalistico la costituzione e il riconoscimento di enti pubblici possono avvenire solo in forza di legge; pertanto, il mero requisito teleologico della finalizzazione dell’ente al perseguimento di scopi d’interesse pubblico, non è condizione sufficiente per la sussunzione del soggetto nel novero degli enti pubblici, essendo indispensabile la previsione legale di un regime giuridico di spessore pubblicistico, formalmente antinomico al diritto comune, relativamente al suo governo e alla sua organizzazione. Non è, dunque, consentito introitare in ambito penale nozioni (quale quella di Pubblica Amministrazione in senso sostanziale) appartenenti ad altre branche del diritto (il diritto amministrativo) idonee a vulnerare il principio cardine su cui è impostata la materia, quello di legalità formale: si tratta di un contro-limite invalicabile al recepimento di concetti provenienti da altri comparti dell’ordinamento giuridico<sup>37</sup>.

Nel caso in cui, infatti, una fattispecie incriminatrice sia totalmente o parzialmente costruita mediante il suo collegamento con normative ascrivibili ad altri rami dell’ordinamento, ovvero tramite la tecnica del c.d. rinvio *extra settoriale*, il regime applicativo del modello legale *extra penale* richiamato diventa quello del settore richiamante, il penale per l’appunto, con tutti i principi costituzionali che ne regolano il funzionamento<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Per importanti considerazioni in tal senso nell’ambito di una ricerca sui rapporti tra diritto interno e fonti sovranazionali, MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 51 ss. D’altronde, secondo GRECO, *Sull’applicabilità*, cit., 13 ss. la questione circa la riconducibilità della nozione di organismo di diritto pubblico al concetto di ente pubblico enucleato nell’art. 640, comma 2, n. 1 c.p. attiene all’integrazione di un elemento costitutivo di fattispecie operato da una fonte comunitaria, quella che definisce queste tipologie di persone giuridiche.

<sup>38</sup> In questi termini, FROSALI, *Il sistema penale italiano. Prima parte. Diritto penale sostanziale*, I, Torino, 1958, 174. Come ha notato PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 434: «Il termine tecnico proprio di altra branca del diritto porta celata in sé una componente teleologica che, trapiantata inavvertitamente nel diritto penale, può generare effetti strani o comunque non desiderabili». Nello stesso senso, seppure con specifico riferimento alla problematica relativa alla “disapplicabilità” dell’atto amministrativo illegittimo da parte del giudice penale, GAMBARDILLA, voce *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *Enc. giur. trecc.*, Agg. Vol. XIII,

Qui, il principio di legalità sbarra il passo all'ammissibilità di qualsiasi ipotesi di *analogia indiretta*, derivante dall'ingresso nel sistema penale di una terminologia tecnica emersa in parti dell'ordinamento dove risulta consentita simile metodologia interpretativa<sup>39</sup>.

Da quanto argomentato discende che le turbative delle gare indette da queste entità giuridiche private potranno ricadere *unicamente* nel più benevolo ambito precettivo del terzo comma dell'art. 353 c.p., laddove ne ricorrano le condizioni ivi stabilite, ovvero che si tratti di licitazioni private per conto di privati dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata.

Onde verificare la ricorrenza di tali condizioni, occorre tenere presente che si è al cospetto di un'attività disciplinata da norme di diritto pubblico, giacché agli organismi di diritto pubblico e alle imprese pubbliche (perlomeno nei settori dove queste ultime sono titolari di diritti speciali o di esclusiva), in quanto erogatori di pubblici servizi essenziali, è imposto l'obbligo di osservare minuziose procedure pubblicistiche nella ricerca del contraente, allo scopo di perseguire il superiore interesse alla stipula di un contratto alle condizioni migliori e più vantaggiose.

Ne segue che l'incaricato alla direzione della gara evade le sue mansioni nell'ambito di un'attività che, essendo vincolata nei fini, si ammanta di rilievo pubblicistico<sup>40</sup>, con l'effetto che al giudice, allo scopo di accertare la sussistenza della fattispecie delineata nel secondo capoverso dell'art. 353 c.p., non resta che appurare, secondo la logica del caso per caso e in dipendenza dei compiti concretamente assolti dal soggetto, se egli sia fornito di talune delle prerogative tipiche che, ai sensi del capoverso dell'art. 357 c.p., contrassegnano la pubblica funzione e che servono a differenziarla dal pubblico servizio.

In quest'ottica, premesso che colui il quale dirige questo tipo di gare, operando al servizio di un soggetto privato, non coopera in alcun modo alla formazione e alla manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione, bisognerà vedere se egli sia dotato di poteri autoritativi e/o certificativi, in relazione, ad esempio, alla predisposizione delle modalità di svolgimento del

---

2005, 10 ss.

<sup>39</sup> Per fondamentali considerazioni sul tema, PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, 171 ss.

<sup>40</sup> Volendo, di nuovo, MADIA, *La tutela penale*, cit., 65 ss.

procedimento, alla verifica della sussistenza dei requisiti richiesti dal bando, alla decisione circa gli offerenti da ammettere *et similia*.

6. *Considerazioni conclusive: offensività e proporzionalità per arginare il rischio overbreadth.* Come notato nel corso dell'indagine, talvolta in ragione di una tecnica di redazione normativa idonea ad aprire la strada a libere interpretazioni in senso estensivo delle fattispecie, talaltra a causa di un uso disinvolto della discrezionalità da parte della giurisprudenza, le figure poste a protezione degli incanti risultano soggette a letture omnicomprensive, difficilmente conciliabili coi principi di determinatezza e tassatività.

Si tratta di itinerari ermeneutici che hanno contribuito ad annettere a tale comparto un ruolo tentacolare, capace di avvolgere qualsiasi irregolarità realizzata in qualunque tipologia di procedura d'individuazione delle controparti negoziali, sia essa esperita dalla Pubblica Amministrazione, sia essa esperita da soggetti formalmente estranei ai pubblici poteri, ancorché gestori di servizi in favore della collettività.

Per fare fronte a questo fenomeno patogeno, da un lato, è necessario evitare di perpetuare la violazione del principio di tassatività che si consuma nella prassi, attraverso smaccati ricorsi all'analogia *in malam partem* per colmare vuoti di tutela in nome di esigenze di politica criminale la cui cura dovrebbe restare prerogativa esclusiva del legislatore; dall'altro, dove tale operazione è favorita dalla vaghezza del precetto, nella rassegnata consapevolezza che la Consulta non interverrà, dovranno fungere da autentici argini a simili forme di straripamento operativo l'interesse sotteso a questo addentellato normativo (la libera concorrenza) e lo scopo finale in forza del quale quell'interesse viene protetto (il buon andamento della Pubblica Amministrazione). Questi fattori "contenitivi" hanno già indotto la giurisprudenza di merito (pensiamo alla citata vicenda che ha coinvolto un ex sindaco del nord Italia) ad escludere che contegni suscettibili di arrecare solo disturbo all'interno di un sistema selettivo si convertano anche in forme di turbativa penalmente rilevanti, ove inidonei ad attentare agli obiettivi di pubblico rilievo perseguiti attraverso simili procedure.



In questo stesso senso, non va sottovalutata, quale ulteriore freno al *vis* espansiva delle fattispecie di turbativa, l'esigenza di assicurare l'esercizio di prerogative legittime, astenendosi da eccessive ingerenze nella discrezionalità pubblica e nell'autonomia privata, in un'ottica di *proporzionalità*, volta a non concuocere oltre il necessario il diritto alla libera iniziativa economica.

Occorre, dunque, evitare automatiche assimilazioni tra l'impiego, ancorché interessato, dei regolari spazi decisionali e d'azione accordati dall'ordinamento ai pubblici poteri (si pensi al non arbitrario né irragionevole inserimento di specifiche clausole nel bando volte, come accaduto al sindaco del Comune del nord Italia, a prevenire l'assegnazione del servizio a operatori economici estranei al territorio<sup>41</sup>) e ai privati (si pensi all'autonoma decisione di non partecipare alla gara in base a valutazioni di convenienza economica, anche se frutto di consultazioni con gli altri offerenti) e condotte penalmente rilevanti<sup>42</sup>.

Insomma, la nuova giovinezza a cui sta andando incontro la tutela penale degli incanti rischia di trasformarsi in un "Medio Evo" delle garanzie e solo un'accurata opera esegetica volta a suggerire strade alla giurisprudenza per autolimitarsi nella sua applicazione, può fronteggiare questa deriva, prevenendo l'illegittima sovra-estensione di queste fattispecie.

---

<sup>41</sup> Sulla materia, BORSARI, *Discrezionalità amministrativa e controllo del giudice penale. La tutela penale dei pubblici appalti paradigma delle esigenze di riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Diritto penale degli appalti pubblici*, a cura di Riondato-Borsari, Padova, 2012, 175.

<sup>42</sup> Del resto, sempre MANES, *Dalla "fattispecie"*, cit., 15, ha rammentato come l'obiettivo di addivenire ad un'interpretazione "tassativizzante" e "tipizzante" si raggiunga valorizzando i principi di offensività e proporzionalità. Quest'ultimo canone, sia detto per inciso, oltre che al fine di definire il confine interno delle fattispecie di turbativa, arginandone esondazioni operative, serve, nel nostro caso, anche per districare le relazioni esterne tra esse e altri modelli criminosi, scongiurando incongruenze punitive dovute alla simultanea applicazione di queste disposizioni e, in particolare, di quelle che puniscono la corruzione. A p. 20 dello scritto citato, l'Autore menziona proprio i reati di turbativa tra gli illeciti che necessitano di letture tassativizzanti, precisamente in ragione dell'intrinseca ambiguità che ne ha ispirato la predisposizione.