

## I DELITTI DI TURBATIVA, TRA IMMOBILISMO LEGISLATIVO E SUPPLENZA GIURISPRUDENZIALE\*

Di Emmanuele Penco

(*Ricercatore di diritto penale, Università degli Studi di Genova*)

Sommario: 1. Premessa. – 2. Dall’immobilismo del legislatore... – 3. ...al dinamismo della giurisprudenza: le matrici di *overbreadth* delle norme incriminatrici. – 3.1. L’interesse tutelato e la lettura in chiave plurioffensiva delle fattispecie di turbativa. – 3.2. Le condotte tipiche: la nozione di «collusioni» e di «altri mezzi fraudolenti». – 3.3. Il «turbamento» quale evento di fattispecie dalla portata semantica indeterminata. – 3.4. Il principale fattore di sovra-estensione: il richiamo alla «gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private» nell’art. 353 Cp – 3.5. Il riferimento al «bando o altro atto equipollente» nell’art. 353-bis Cp – 4. Le fattispecie di turbativa nel diritto vivente: tra crisi della legalità ed esigenze di ri-perimetrazione del tipo. – 5. Recenti tentativi di interpretazione tassativizzante: inconfigurabilità dell’art. 353-bis Cp in caso di affidamento diretto senza procedura selettiva. – 5.1. (Segue): irrilevanza del mendacio preliminare e antecedente allo svolgimento della gara. – 5.2. (Segue): concorsi per l’accesso al pubblico impiego e incompatibilità con il concetto di «gara pubblica». – 5.3. Riflessioni intermedie: il totem della “gara informale” e i possibili contributi di un’ermeneutica orientata all’offensività e alla proporzionalità. – 6. Suggestioni *de jure condendo*, tra normazione casistica e normazione sintetica.

1. 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<sup>1</sup>.

---

\* Il contributo riproduce il testo, rivisto e integrato con i riferimenti bibliografici, della relazione tenuta al convegno “*I reati contro la P.A.: una nuova stagione di riforme. Fondamento e limiti dell’intervento penale*” svoltosi il 28 novembre 2023 presso l’Università degli Studi di Genova, Polo didattico universitario di Imperia, i cui Atti sono in corso di pubblicazione (Giappichelli). Si ringrazia l’Editore per aver consentito di anticipare la pubblicazione in questa *Rivista*.

<sup>1</sup> L’immagine è di V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *RIDPP* 2018, 1143, recentemente ripresa da G. Donati, *La turbata libertà degli incanti tra logiche d’autore e principio di offensività*, in *SP* 2022 (12), 209.

Tale vocazione sussidiaria, che i reati in parola hanno ereditato dall'originario disegno codicistico<sup>2</sup>, risulta tuttavia smentita sol che si guardi alla rilevanza che tali ipotesi hanno assunto nella prassi giurisprudenziale degli ultimi due decenni<sup>3</sup>; da fattispecie a buon titolo definite come «“senza storia”»<sup>4</sup>, gli artt. 353 e 353-bis Cp hanno infatti progressivamente assunto un ruolo di primo piano nella politica di contrasto ai fenomeni *lato sensu* corruttivi<sup>5</sup>.

In questa prospettiva, da un lato, è stato evidenziato come, a fronte del percorso di marginalizzazione al quale è ormai avviata la fattispecie di abuso d'ufficio<sup>6</sup>, i delitti di turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente si candidino ad atteggiarsi quali nuovi “reati-spia”, idonei a fungere da segnali d'allarme di un retrostante mercimonio della funzione pubblica<sup>7</sup>; d'altro canto, la parabola applicativa che ha interessato le ipotesi di turbativa ha dimostrato come tali reati posseggano una capacità espansiva davvero difficilmente governabile, che il legislatore penale non ha potuto (o non ha voluto) fronteggiare<sup>8</sup>.

Con le riflessioni che seguono vorrei soffermarmi proprio sul percorso ermeneutico che le fattispecie in parola hanno intrapreso, ponendomi l'obiettivo di:

i) indagare le direzioni che ha seguito l'iper-estensione applicativa di questi delitti, cercando di evidenziare gli elementi del tipo che hanno consentito un siffatto

---

<sup>2</sup> Con riferimento alla vocazione ancillare delle fattispecie di turbativa, che il legislatore del 1930 decise di collocare fra i reati contro la pubblica amministrazione superando così la precedente impostazione del codice Zanardelli, ove la turbativa d'asta rientrava tra i delitti contro la pubblica fede, v. N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli 2012, 16 ss.; A. Morone, *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino 2021, 43 ss.; A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, Bologna 2023, 39 ss.

<sup>3</sup> Sull'ampio riscontro applicativo progressivamente emerso in relazione alle fattispecie di turbativa v. già V. Mormando, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova 1999, 17 ss.; più di recente, O. Di Giovine, *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. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2008, 793 ss.; N. Madia, *op. cit.*, 53 ss.; G. Marconi, *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, 357 ss.; A. Santangelo, *op. cit.*, 55 ss.

<sup>4</sup> Così A. Santangelo, *op. cit.*, 57.

<sup>5</sup> V. Manes, *op. cit.*, 1143 ss.; G. Donati, *op. cit.*, 209.

<sup>6</sup> Percorso di marginalizzazione che, al momento della redazione del presente scritto, risulta ormai prossimo alla definitiva abolizione della fattispecie, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 1, co. 1 lett. b d.d.l. S. 808 (c.d. “d.d.l. Nordio”), approvato al Senato in data 13.2.2024 e assegnato alla Commissione Giustizia della Camera in sede referente il 20.2.2024.

<sup>7</sup> Così, ancora, V. Manes, *op. cit.*, 1143; G. Donati, *op. cit.*, 209.

<sup>8</sup> In senso critico rispetto all'inerzia del legislatore, ampiamente, O. Di Giovine, *op. cit.*, 830 ss.; G. Marconi, *op. cit.*, 357; N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta: fattispecie a rischio overbreadth*, in *AP 2022* (2), 2 ss.; A. Santangelo, *op. cit.*, 109 ss.

fenomeno di “apertura” della fattispecie e sottolineando gli esiti (talvolta davvero perversi) ai quali ha portato la prassi giurisprudenziale;

ii) interrogarmi circa le possibili iniziative volte a contenere un siffatto fenomeno di «“incontrollata espansione”» delle norme *de quibus*<sup>9</sup>, tanto in una prospettiva ermeneutica *de jure condito* quanto in una futuribile dimensione *de jure condendo*, ipotizzando i contenuti di un auspicabile – ma ad oggi invero non facilmente prospettabile – intervento normativo.

2. La riscoperta delle ipotesi criminose poste a tutela delle gare pubbliche è certamente connessa alla moderna stagione di politica legislativa e giurisprudenziale volta a implementare il contrasto alla corruzione, intesa nel suo senso più ampio<sup>10</sup>; consentaneo rispetto a tale, più o meno dichiarato, obiettivo si è rivelato il percorso applicativo che ha interessato i delitti di turbativa, i quali hanno conosciuto una rilettura interpretativa che li ha portati, oggi, ad essere attenzionati quali «fattispecie a rischio *overbreadth*»<sup>11</sup>.

Prima di soffermarsi sulle matrici strutturali e testuali di tale sovraesposizione applicativa, è necessario richiamare quella che costituisce la prima e principale ragione “storica” di tale evoluzione *in action* delle fattispecie di turbativa, individuabile nell’assoluto immobilismo del legislatore rispetto a ipotesi di reato – quelle di cui all’art. 353 e 354 Cp – che ancora oggi presentano una formulazione del precetto sostanzialmente invariata rispetto al codice del 1930<sup>12</sup>. Se da un lato, infatti, la disciplina amministrativa relativa alle procedure ad evidenza pubblica ha subito un profondo e significativo sviluppo, dall’altro il legislatore non si è preoccupato di aggiornare le norme penali poste a presidio di tali meccanismi di selezione, così ingenerando un rapido fenomeno di obsolescenza del precetto criminale<sup>13</sup>. È ben noto, in questo senso, come l’art. 353 Cp continui a richiamare le procedure degli «incanti pubblici» e delle «licitazioni private» disciplinate dalla legge di contabilità dello Stato di cui al r.d. 18.11.1923 n. 2440; il perdurare di tale riferimento testuale, oltre a riflettersi

<sup>9</sup> N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d’asta*, cit., 3.

<sup>10</sup> Così N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d’asta*, cit., 2; per un ambientamento delle fattispecie di turbativa entro il quadro degli strumenti di politica criminale di contrasto alla corruzione v. anche A. Morone, *op. cit.*, 15 ss.

<sup>11</sup> N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d’asta*, cit., 1.

<sup>12</sup> Di «immobilismo» del legislatore parlano espressamente G. Marconi, *op. cit.*, 357; G. Donati, *op. cit.*, 210; A. Santangelo, *op. cit.*, 55.

<sup>13</sup> Così G. Donati, *op. cit.*, 210. Sulla costante evoluzione della disciplina amministrativa delle gare pubbliche, alla quale si contrappone l’assenza di interventi significativi rispetto alla tutela penale del settore degli appalti pubblici, v. da ultimo A. Santangelo, *op. cit.*, 56 ss., 74 ss., 109 ss.

in termini problematici sul significato da attribuire all'elemento normativo della "gara pubblica", rende manifesto un «anacronismo definitorio» del codice penale<sup>14</sup> che di fatto ha legittimato l'opera di supplenza ermeneutica intrapresa dalla giurisprudenza<sup>15</sup>.

In quest'ottica, a ben poco è servita la riforma attuata con la l. 13.8.2010 n. 136, la quale – da un lato – si è limitata ad aggravare il trattamento sanzionatorio degli artt. 353 e 354 Cp, senza intervenire sulla struttura di fattispecie, e – dall'altro – si è preoccupata di rinforzare la tutela delle procedure ad evidenza pubblica con la nuova fattispecie di cui all'art. 353-bis Cp, la cui formulazione testuale non è stata comunque capace di arginare il marcato attivismo ermeneutico della giurisprudenza, e ha anzi ingenerato un nuovo filone di questioni applicative, legate questa volta al rapporto tra i due delitti di turbativa (artt. 353 e 353-bis Cp), anche nella prospettiva della successione di leggi nel tempo<sup>16</sup>.

3. Il predetto fenomeno di supplenza giurisprudenziale, che già nel titolo del presente intervento abbiamo inteso contrapporre all'immobilismo del legislatore, si è sviluppato in direzioni diverse, incanalandosi nei percorsi interpretativi dischiusi da fattispecie caratterizzate da «insostenibile vaghezza»<sup>17</sup>. Possiamo in questo senso individuare le principali matrici di *overbreadth* delle ipotesi di turbativa nei seguenti elementi<sup>18</sup>: a) la ricostruzione del bene giuridico tutelato; b) le condotte di «collusioni» e «altri mezzi fraudolenti»; c) l'evento di «turbamento»; d) il presupposto della

---

<sup>14</sup> G. Marconi, *op. cit.*, 358.

<sup>15</sup> In questi termini G. Marconi, *op. cit.*, 358; G. Donati, *op. cit.*, cit., 210; A. Santangelo, *op. cit.*, 111.

<sup>16</sup> Sul punto, con riferimento all'estensione dell'ambito applicativo della fattispecie di cui all'art. 353-bis Cp a seguito delle differenze di descrizione del tipo rispetto al previgente art. 353 Cp, v. *infra*, par. 3.3. Più in generale, per le questioni legate al rapporto tra i due contigui delitti di turbativa a seguito dell'intervento della l. 136/2010, 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 CP 2014, 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, 678 ss.; G. Marconi, *op. cit.*, 376 ss.; volendo, anche E. Penco, G. Tedesco, *La tutela penale*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino 2019, 1556 ss.

<sup>17</sup> N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 2.

<sup>18</sup> Se da un lato è certamente l'ipotesi di cui all'art. 353 Cp che costituisce il referente principale della nostra indagine, trattandosi della figura di reato dalla quale è poi scaturita, quasi "per gemmazione", la fattispecie di cui all'art. 353-bis Cp, dall'altro non sono mancati risvolti interpretativi, rilevanti ai nostri fini, riferibili specificamente al delitto introdotto dal legislatore nel 2010; nel prosieguo, dunque, avremo modo di esplicitare i nodi ermeneutici che hanno interessato entrambi i reati di turbativa e quelli che invece hanno riguardato soltanto una delle due fattispecie in parola.

sussistenza di una «gara» in «incanti pubblici» o «licitazioni private» nell'art. 353 Cp; e) il richiamo al «bando o altro atto equipollente» di cui all'art. 353-bis Cp<sup>19</sup>.

3.1. È già con riferimento alla dimensione dell'interesse tutelato che può essere identificato un primo e importante viatico per una lettura "estensiva" dell'ipotesi delittuose di turbativa; in questo senso rileva infatti come il generico richiamo al «buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione» di cui all'art. 97 Cost., che costituisce l'oggetto giuridico di categoria, abbia conosciuto in relazione in particolare alla fattispecie di cui all'art. 353 Cp una pluralità di declinazioni, idonee a riflettersi poi sull'individuazione concreta del perimetro applicativo della norma, stante il carattere vago e «semanticamente elusiv[o]» dei termini con i quali sono descritti alcuni elementi di fattispecie<sup>20</sup>.

Si è così assistito a un primo, risalente, orientamento dottrinale e giurisprudenziale volto a individuare il bene giuridico protetto nel solo «interesse [della p.a.] al regolare svolgimento delle procedure di gara secondo regole concorrenziali»<sup>21</sup>; aderendo a una siffatta lettura in chiave formale (se non apertamente formalistica<sup>22</sup>) dell'oggettività giuridica, nella quale il fuoco della tutela si incentra sulla regolarità amministrativa e sulla trasparenza della gara, è evidente come la fattispecie si presti a venire in rilievo anche nel caso della mera violazione di regole di funzionamento della sequenza procedimentale, a prescindere dalla compromissione degli obiettivi perseguiti dalla p.a. con l'espletamento della procedura<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> In giurisprudenza, per un'efficace sintesi dei predetti fattori di sovra-estensione v. di recente Cass. 18.9.2023 n. 38127, in *OneLEGALE*; Cass. 25.7.2023 n. 32319, *ivi*. L'elencazione proposta non può naturalmente considerarsi esaustiva, ma solo indicativa di quelli che – a nostro avviso costituiscono – le principali (non necessariamente le uniche) matrici di *overbreadth* delle fattispecie di turbativa: sul punto, ad esempio, per la rilevanza che in ottica egualmente estensiva ha assunto l'esegesi del concetto di “pubbliche amministrazioni” v. N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 18 ss.

<sup>20</sup> Così G. Donati, *op. cit.*, 210. Per un ampio quadro ricostruttivo in ordine ai diversi orientamenti succedutisi circa il bene giuridico tutelato dal delitto di turbata libertà degli incanti v. N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 16 ss.

<sup>21</sup> Così, nella giurisprudenza più recente, Cass. 10.5.2017 n. 28266, in *OneLEGALE*; Cass. 13.3.2018 n. 11402, *ivi*. In dottrina aderiscono a questo primo orientamento V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino 1950, 574 ss.; S. Riccio, *Incanti e licitazioni (frode negli)*, in *NssDI*, VIII, Torino 1968, 492.

<sup>22</sup> Di orientamento «ispirato a un rigido formalismo» parla N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 19.

<sup>23</sup> Sul punto si rinvia ancora a N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 20, ove si evidenzia opportunamente come, di contro, secondo l'approccio in parola «si potrebbe giungere a escludere la sussistenza del reato in mancanza di atti concretanti formali violazioni di legge, nonostante la riscontrata presenza di irregolarità sostanziali, realizzate attraverso le condotte tipiche descritte dalla norma».

Nell'ottica di una maggiore attenzione alla dimensione sostanziale della turbativa, un altro indirizzo interpretativo ha di contro posto l'accento sul piano teleologico-funzionale dell'agire dell'amministrazione, così richiamando quale oggetto di tutela l'interesse alla «libera competizione fra i concorrenti» e alla «libera formazione delle offerte», intesi quali strumenti necessari per il conseguimento dell'obiettivo auspicato<sup>24</sup>. Tale impostazione si è poi riverberata – in un'ulteriore prospettiva ermeneutica – nel riconoscimento della natura plurioffensiva della fattispecie, in considerazione del fatto che l'interesse sostanziale alla libertà di concorrenza non attiene solo alla dimensione pubblica del buon andamento, ma vede un suo riflesso anche nella sfera del privato partecipante alla gara, la cui «libertà [...] di influenzarne l'esito, secondo la libera concorrenza e il gioco della maggiorazione delle offerte» risulta essere ricompresa nell'oggetto di tutela della fattispecie penale<sup>25</sup>.

Quest'ultima ricostruzione in chiave plurioffensiva, che è stata sostanzialmente riproposta nei confronti della “nuova” fattispecie di cui all'art. 353-bis Cp<sup>26</sup> e verso la quale sembrano infine convergere dottrina e giurisprudenza<sup>27</sup>, ancorché si dimostri più attenta alle ricadute concrete della condotta perturbativa rispetto agli interessi (tanto di matrice pubblica quanto di natura privata) coinvolti nel procedimento di

---

<sup>24</sup> Cass., 30.11.1989, Vitali, in *CP* 1991, 1220; Cass. 25.11.2003 n. 45625, in *RP* 2004, 1268; Cass. 27.2.2008 n. 12266, in *OneLEGALE*. In dottrina v. A. Di Martino, *I delitti di turbativa di gara*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, Torino 2008, 436, che riconosce come «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». Analogamente N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 34: «l'interesse alla salvaguardia della libertà di concorrenza deve essere concepito come funzionale e strumentale all'esclusivo perseguimento delle finalità congenite ai pubblici incanti o alle licitazioni private». Per un'approfondita disamina dell'interesse alla libera concorrenza, inteso quale strumento per la realizzazione al massimo grado dell'interesse pubblico, v. da ultimo A. Santangelo, *op. cit.*, 18 ss.

<sup>25</sup> Così Cass. 3.3.2004 n. 19607, in *RP* 2004, 839; Cass. 27.3.2007 n. 20621, in *OneLEGALE*. In dottrina v. L. Della Ragione, *Non c'è turbativa senza gara*, in *DPP* 2009, 1502; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati e le qualifiche soggettive pubblicistiche*, in *Commentario sistematico*, Milano 2015, 242; F. Consulich, *op. cit.*, 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 a all'interesse pubblico all'efficienza e al buon andamento della P.A.».

<sup>26</sup> In dottrina, per una descrizione dell'oggettività giuridica del reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente in termini sostanzialmente analoghi all'art. 353 Cp, v. F. Consulich, *op. cit.*, 679; E. Zuffada, *Art. 353-bis*, in *Codice penale commentato*, II, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano 2021, 1416. Nella giurisprudenza, fra le altre, Cass. 16.2.2017, n. 13431, in *OneLEGALE*, ove, con riferimento all'art. 353-bis Cp, si afferma: «identico, [...] – come discende altresì dalla collocazione sistematica delle due norme – è il bene giuridico tutelato rispetto a quello oggetto della fattispecie di cui all'art. 353 c.p., poiché anche in questo caso la norma è diretta a colpire i comportamenti che, incidendo illecitamente sulla libera dialettica economica, mettono a repentaglio l'interesse della P.A. di poter contrarre con il miglior offerente».

<sup>27</sup> G. Donati, *op. cit.*, 212.

gara<sup>28</sup>, non va tuttavia esente dal rischio di un effetto espansivo sul piano della prassi; in questo senso in effetti, alle luce delle immediate conseguenze sull'ermeneutica dei singoli elementi del tipo (profilo sul quale torneremo nei paragrafi che seguono), è stato evidenziato come siffatta impostazione si dimostri idonea a enfatizzare l'estensione applicativa della fattispecie, che diviene «capace di fagocitare qualunque specie di condotta reputata lesiva di uno dei molti beni protetti»<sup>29</sup>.

3.2. Passando agli elementi di struttura della fattispecie, a venire in rilievo quale fattore di iper-estensione della norma è in primo luogo la modalità di descrizione delle condotte tipiche *ex artt.* 353 e 353-bis Cp, ove, a fianco dei modelli «tradizionali»<sup>30</sup> della violenza e della minaccia, troviamo in particolare il riferimento all'ambiguo concetto di «collusioni» e alla clausola di chiusura degli «altri mezzi fraudolenti»<sup>31</sup>.

Con il termine «collusioni» – si è detto – il legislatore vorrebbe identificare la vasta congerie di accordi funzionali a incidere negativamente sul regolare svolgimento della gara<sup>32</sup>. Dal canto suo la giurisprudenza, di fronte alla conclamata difficoltà di dimostrare un patto che per sua stessa natura deve rimanere segreto e occulto, ha risolto il problema definitorio di cosa siano le «collusioni» penalmente rilevanti sul piano probatorio, ritenendo dimostrata tale condotta in presenza di «mere componenti indiziarie»<sup>33</sup>.

La condotta collusiva è stata dunque considerata integrata (meglio, forse: è stata presunta) in presenza di un generico «collegamento sostanziale» tra imprese partecipanti all'appalto<sup>34</sup> ovvero laddove fosse emerso un «unico centro di interessi»

---

<sup>28</sup> F. Consulich, *op. cit.*, 666-667.

<sup>29</sup> Così N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 25. Nello stesso senso L. Della Ragione, *op. cit.*, 1502, nota n. 29.

<sup>30</sup> Così N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 100.

<sup>31</sup> Sull'idoneità di tali referenti testuali a fungere da fattori di sovra-estensione della norma v. N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 4 ss.; A. Santangelo, *op. cit.*, 95 ss.; Ead., *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, a cura di M. Galli e N. Recchia, Napoli 2023, 263 ss.

<sup>32</sup> V. Mormando, *op. cit.*, 53 ss.; O. Di Giovine, *op. cit.*, 804; A. Di Martino, *op. cit.*, 438; N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 129; M. Romano, *op. cit.*, 252; F. Consulich, *op. cit.*, 672; G. Marconi, *op. cit.*, 367; A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 96 ss.

<sup>33</sup> Così A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 97.

<sup>34</sup> Cass. 31.1.2013 n. 7376, in *OneLEGALE*; Cass. 26.6.2015 n. 27079, *ivi*. In talune pronunce, tuttavia, si precisa che «il collegamento, formale o sostanziale, tra società partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico non è di per sé sufficiente a configurare il delitto previsto dall'art. 353 cod. pen., 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»: così Cass. 13.6.2018 n. 3264, in *OneLEGALE*; Cass. 15.10.2019 n. 42371, *ivi*.

dietro a una pluralità di partecipanti<sup>35</sup>. Anche in presenza di una molteplicità di offerte diverse, il semplice dato del «collegamento» fra le imprese – dedotto da mere circostanze fattuali quali, ad esempio, l’analogo stile grafico ed espositivo delle offerte ovvero la tempistica sovrapponibile della loro presentazione<sup>36</sup> – è stato ritenuto sufficiente a giudicare come non genuine quelle medesime offerte, senza accertare se vi sia stato effettivamente in concreto un reciproco condizionamento<sup>37</sup>.

Alla luce tanto dell’estrema latitudine di significato che assume il riferimento agli accordi collusivi, quanto della natura composita delle altre condotte tipiche (che spaziano dalla «violenza» ai «doni», dalla «minaccia» alle mere «promesse»), non stupisce il fatto che la «fattispecie ad analogia espressa» degli «altri mezzi fraudolenti» si sia dimostrata di scarsissima – se non nulla – capacità denotativa<sup>38</sup>.

«Mezzo fraudolento», secondo la formula tralaticia della giurisprudenza, viene così ad essere «qualsiasi artificio, inganno o menzogna concretamente idoneo a conseguire l’evento del reato, configurabile anche in un danno potenziale o mediato»<sup>39</sup>. In tale onnivora definizione sono stati fatti confluire, fra gli altri, il caso della presentazione di documenti e certificazioni false, a prescindere dai condizionamenti per la stazione appaltante<sup>40</sup>, così come l’ipotesi della formulazione di un’offerta rivelatasi «assolutamente anomala ed economicamente del tutto ingiustificata»<sup>41</sup>.

3.3. Il secondo fattore testuale di *overbreadth* è costituito da uno degli elementi che riveste (almeno secondo il filone interpretativo prevalente) la funzione di evento nelle fattispecie di cui agli artt. 353 e 353-bis Cp: ci riferiamo al “turbamento” (della gara, o del procedimento di scelta del contraente), che entrambi i delitti in parola enunciano quale conseguenza delle condotte tipiche<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> Cass. 14.2.2013 n. 7376, in *OneLEGALE*; Cass. 1.1.2014 n. 14985, *ivi*; Cass. 4.5.2020 n. 13557, *ivi*.

<sup>36</sup> Cass. 29.9.2011 n. 35535, in *OneLEGALE*; Cass. 30.5.2013 n. 23598, *ivi*; Cass. 13.6.2018 n. 3264, *ivi*.

<sup>37</sup> Sul punto, con particolare riferimento ai criteri per distinguere i c.d. cartelli tra imprese dai comportamenti leciti alla luce della disciplina antitrust v. le considerazioni critiche di A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 98 ss.

<sup>38</sup> N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d’asta*, cit., 5, ad avviso del quale «poiché come 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».

<sup>39</sup> Cass. 21.12.2017 n. 5725, in *OneLEGALE*; negli stessi termini, Cass. 12.11.2012, n. 43800, *ivi*; Cass. 10.5.2016 n. 19466, *ivi*; Cass. 6.9.2022 n. 32826, *ivi*.

<sup>40</sup> Cass. 21.12.2017, cit.; Cass. 18.11.2010 n. 40831, in *OneLEGALE*, relativa ad un caso di falsa dichiarazione circa l’assenza di rapporti con altre imprese. Sul punto v. più specificamente *infra*, par. 5.1.

<sup>41</sup> Cass. 29.4.1999 n. 9062, in *OneLEGALE*; Cass. 5.4.2002 n. 18175, *ivi*; Cass. 25.5.2012 n. 20211, *ivi*.

<sup>42</sup> Nel senso che impedimento, turbamento o allontanamento costituiscono l’evento del reato di cui all’art. 353 Cp v. V. Mormando, *op. cit.*, 71; O. Di Giovine, *op. cit.*, 808; A. Di Martino, *op. cit.*, 440; N. Madia, *La tutela penale*



Il concetto di «turbamento» assume già a prima vista consistenza vaga, generica, semanticamente indeterminata, ben potendo esservi ricompreso «qualsiasi evento che, in generale, abbia disturbato la procedura di gara»<sup>43</sup>. A fronte dell'elasticità del riferimento testuale, la giurisprudenza ha avuto buon gioco a prescindere, nella verifica circa l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 353 Cp, da ogni effettiva alterazione dell'esito della gara, reputando di contro sufficiente la mera influenza sulla regolarità della procedura selettiva, influenza che ben può manifestarsi in uno «sviamento del regolare svolgimento della gara tale da determinarne uno sviluppo anomalo»<sup>44</sup>.

Ancor più sfuggente il significato del «turbamento» nel reato *ex art. 353-bis Cp*, ove lo stesso, riferendosi testualmente al «procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente», si colloca in un momento preliminare rispetto alla fase di selezione vera e propria, ed è stato ritenuto integrato a fronte non già e non tanto della violazione di una qualche regola procedimentale, quanto piuttosto della mera formazione di decisioni sul contenuto del bando diverse da quelle che sarebbe stato lecito attendersi in assenza del contegno perturbativo<sup>45</sup>.

Si apprezza ulteriormente, in questa prospettiva, la capacità espansiva della già richiamata interpretazione «formale» del bene protetto nel senso del mero interesse della p.a. al regolare svolgimento della procedura, che ridonda in una peculiare lettura della struttura della fattispecie la quale, lungi dal richiedere un evento di danno, viene in rilievo in presenza di un mero «danno mediato o potenziale, non occorrendo il risultato perseguito dagli autori dell'illecito, ma la semplice idoneità degli atti a influenzare l'andamento della gara», così da rivelare la natura di reato di pericolo della fattispecie di cui all'art. 353 Cp<sup>46</sup>. Parimenti, con riferimento all'art. 353-bis Cp, è

---

della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche, cit., 183; M. Romano, *op. cit.*, 250; F. Consulich, *op. cit.*, 674; G. Marconi, *op. cit.*, 370; di contro, per l'inquadramento di tali elementi quali condotte della fattispecie, delle quali violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni, altro non sarebbero che mezzi esecutivi, v. P. Venturati, *Incanti (frode negli)*, in *DigDPen*, VI, Torino 2002, 305. In giurisprudenza, aderiscono alla prima opzione interpretativa, da ultimo, Cass. 23.9.2021 n. 35268, in *OneLEGALE*; Cass. 25.11.2022 n. 45059, *ivi*; Cass. 30.1.2023 n. 3956, *ivi*; in senso contrario, evidenziando la natura di fattispecie di pericolo dell'art. 353 Cp, Cass. 11.10.2016 n. 42965, in *OneLEGALE*. Riconosce come tale «equivoco» sulla natura degli elementi in parola sia «da pagare a caro prezzo sul fronte della tipicità» A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 102.

<sup>43</sup> Così N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 3. Sul punto v. anche O. Di Giovine, *op. cit.*, 808; N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 189 ss.; G. Donati, *op. cit.*, 216; A. Santangelo, *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, cit., 265.

<sup>44</sup> Cass. 23.6.2016 n. 43408, in *OneLEGALE*.

<sup>45</sup> In questo senso, in dottrina, E. Zuffada, *op. cit.*, 1417.

<sup>46</sup> Cass. 19.3.2013 n. 12821, in *OneLEGALE*; Cass. 7.11.2017 n. 50760, *ivi*; Cass. 23.1.2019 n. 10272, *ivi*; Cass. 24.5.2023 n. 22378, *ivi*.

ritenuto bastevole un giudizio di concreta pericolosità della condotta rispetto alla genuinità del contenuto del bando, senza tuttavia che quest'ultimo sia stato necessariamente modificato o alterato<sup>47</sup>.

Il «turbamento», dunque, da evento di fattispecie diviene piuttosto mero «comportamento che inverte il paradigma del reato di pericolo»<sup>48</sup>, cosicché i delitti in parola risultano integrati a fronte di qualsivoglia alterazione concretamente pericolosa per il gioco della concorrenza.

Se questo è il «turbamento» rilevante, non stupisce il fatto che la giurisprudenza abbia – ad esempio – ritenuto applicabile il reato di cui all'art. 353 Cp anche nell'ipotesi in cui unico partecipante alla gara fosse un agente sotto copertura, nel caso di condotte autonome di un soggetto (nello specifico, minacce per impedire la partecipazione alla gara) «la cui idoneità deve essere valutata oggettivamente, con giudizio *ex ante*, nel suo valore assoluto e non in relazione alla simultanea azione dell'infiltrato»<sup>49</sup>.

3.4. Il «grimaldello» più efficace nel consentire l'ampiamiento dell'ambito applicativo del delitto di cui all'art. 353 Cp<sup>50</sup> è stato, senza dubbio, la descrizione testuale dell'oggetto materiale della condotta, laddove il legislatore richiede che i comportamenti tenuti *aut vi aut fraude* debbano impedire o turbare «la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private»<sup>51</sup>.

Nel guardare a tale elemento di fattispecie non possiamo che riconoscere i tratti di un vero e proprio fossile giuridico<sup>52</sup>; esso si presenta, infatti, come il calco della disciplina contenuta nella già richiamata legge di contabilità dello Stato del 1923, la quale integrava il riferimento extra-penale del legislatore del codice Rocco. In questo senso è stato evidenziato come lo specifico richiamo ai «pubblici incanti» e alle

---

<sup>47</sup> Così Cass. 5.4.2018 29267, in *OneLEGALE*; per il riconoscimento della natura di reato di pericolo della fattispecie, v. anche Cass. 4.5.2016 n. 24477, *ivi*. In dottrina ritiene invece che, laddove l'alterazione del bando non avvenga, la fattispecie sia configurabile solo nella forma del tentativo, G. Marconi, *op. cit.*, 379.

<sup>48</sup> A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 102.

<sup>49</sup> Cass. 7.11.2019 n. 45434, in *OneLEGALE*.

<sup>50</sup> L'immagine è di N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 7.

<sup>51</sup> Sul punto, ampiamente, V. Mormando, *op. cit.*, 17 ss.; O. Di Giovine, *op. cit.*, 81 ss.; A. Di Martino, *op. cit.*, 439 ss.; N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 76 ss.; Id., *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 *CP 2015*, 1362 ss.; F. Consulich, *op. cit.*, 667 ss.; G. Marconi, *op. cit.*, 362 ss.; A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 55 ss.

<sup>52</sup> Di disposizioni penali «fossilizzate in una formulazione oramai del tutto priva di riscontri nella disciplina delle procedure a evidenza pubblica» parla A. Santangelo, *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, cit., 266-267.

«licitazioni private» integri una nozione «a contenuto specialistico»<sup>53</sup>, posto che il normatore, già in origine, aveva esplicitamente circoscritto la rilevanza della «gara» soltanto a queste due procedure di ricerca del contraente da parte della p.a., caratterizzate, la prima (il «pubblico incanto»), da un'asta pubblica aperta ad ogni possibile concorrente in possesso dei requisiti richiesti, e la seconda (la «licitazione privata»), da una gara tra i soli concorrenti invitati dalla p.a. in considerazione della loro ritenuta idoneità a concludere il contratto<sup>54</sup>. Veniva invece omesso il riferimento alle altre procedure in allora previste, segnatamente, all'appalto-concorso e alla trattativa privata, che pure «avrebbero potuto essere precedute da una qualche forma di preselezione competitiva degli operatori economici»<sup>55</sup>.

Una lacuna intenzionale, dunque, che ha tuttavia progressivamente perso la sua capacità connotativa e delimitativa dell'ambito di applicazione della fattispecie nella misura in cui l'evoluzione della disciplina in materia di appalti pubblici ha reso obsoleto quell'elemento normativo<sup>56</sup>. Occorre peraltro riscontrare come, nel percorso tracciato dal d.lgs. 12.4.2006 n. 163, dal d.lgs. 18.4.2016 n. 50 e – in ultimo – dal d.lgs. 31.3.2023 n. 36, il legislatore abbia fortemente diversificato le procedure a disposizione delle stazioni appaltanti<sup>57</sup>, avviando e consolidando una progressiva ibridazione fra modelli attraverso l'elaborazione di meccanismi di selezione che esplicitamente affiancano a momenti negoziali procedure selettive concorrenziali: basti pensare al dialogo competitivo e alle procedure negoziate, funzionali a implementare un confronto (del tutto lecito e fisiologico) tra pubblico e privato per lo sviluppo di prodotti innovativi<sup>58</sup>.

Svuotato del suo *contenuto*, il richiamo alla «gara in pubblici incanti o licitazioni private» è così divenuto un *utile contenitore*, nel quale la giurisprudenza ha fatto

---

<sup>53</sup> Così N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 10.

<sup>54</sup> Sul significato del richiamo ai «pubblici incanti» e alle «licitazioni private» v. per tutti O. Di Giovine, *op. cit.*, 812 ss., la quale evidenzia come tali procedure integrassero, nel disegno della legge di contabilità dello Stato, «procedure meccaniche»; N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 76 ss.

<sup>55</sup> Così N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 11.

<sup>56</sup> In senso contrario, tuttavia, riconoscendo come tale «grave lacuna della repressione penale» non sia «colmabile in via interpretativa», v. A. Di Martino, *op. cit.*, 440.

<sup>57</sup> In questa prospettiva, per una lettura della norma incriminatrice alla luce della più recente riforma che ha interessato la disciplina degli appalti pubblici, v. A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 74 ss.

<sup>58</sup> In questo senso anche A. Santangelo, *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, cit., 266, la quale evidenzia come «alle “tradizionali” procedure meccaniche [...] sono state affiancate una pluralità di alternative a carattere negoziato, presupponendo un dialogo diretto con il privato da parte di enti pubblici che agiscono *iure privatorum*». Per un quadro sintetico dell'evoluzione della disciplina interna degli appalti pubblici, in parallelo con le ricadute sull'ampiezza della sfera punitiva, v. ancora A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 76 ss.

confluire modelli di selezione del contraente anche molto diversi rispetto al primigenio binomio codicistico. Da qui il progressivo affermarsi di un orientamento ermeneutico estensivo con il quale, anche al fine di vincere l'imbarazzo generato dall'immobilismo del legislatore, è stato enfatizzato il riferimento alla «gara», di modo da ampliare la portata semantica di tale espressione sino ad abbracciare le più diverse forme di gara «informale» o atipica, a prescindere dalla qualificazione formale della procedura selettiva<sup>59</sup>.

In questa prospettiva in giurisprudenza si è andato consolidando un test applicativo, volto a riconoscere nella situazione concreta i tratti della «gara», intesa non già in senso nominale, ma in chiave «ufficiosa», sulla base della sussistenza di due requisiti essenziali<sup>60</sup>:

a) la presenza di una «libera competizione», che veda i diversi offerenti consapevoli di concorrere con altri per l'aggiudicazione del contratto con la p.a.<sup>61</sup>;

b) 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»<sup>62</sup>.

Attraverso questo esercizio interpretativo la tutela approntata dall'art. 353 Cp è stata estesa a ogni procedura, «anche informale e atipica, quale che sia il *nomen iuris* adottato e anche in assenza di formalità»<sup>63</sup>: vengono così a rilevare «sondaggi», «gare esplorative», «gare di consultazione», «competizioni informali», condotte anche in assenza di un obbligo normativo di procedere con una selezione pubblica e benché il

---

<sup>59</sup> Pure in dottrina si è affermato un orientamento volto a ritenere le fattispecie di cui agli artt. 353 e 354 Cp applicabili anche alle procedure di appalto concorso: così, ad esempio, M. Romano, *op. cit.*, 246 ss.; analogamente, O. Di Giovine, *op. cit.*, 838, la quale conclude per l'applicabilità dei delitti di turbativa in relazione alle «condotte illecite intervenute all'interno di una qualunque procedura di assegnazione purché soggiacente (come lo sono ormai quasi tutte) ad alcune regole di gioco». Di contro, per una lettura restrittiva, volta a valorizzare la lettera della legge, v. A. Di Martino, *op. cit.*, 440; di recente, per tutti, N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 10 ss., che adduce a sostegno di siffatta ricostruzione «un argomento storico, uno sistematico e uno comparatistico». Per un'attenta ricostruzione dei diversi indirizzi interpretativi si rinvia ad A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 58 ss.

<sup>60</sup> Di «test giurisprudenziale a carattere estensivo» parla A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 67. Per la nozione di «gara informale» elaborata dalla giurisprudenza v. F. Consulich, *op. cit.*, 667 ss.; G. Marconi, *op. cit.*, 364 ss.

<sup>61</sup> In questi termini, fra le altre, Cass. 18.11.2004 n. 44829, in *OneLEGALE*; Cass. 27.3.2008 n. 13124, *ivi*; Cass. 24.5.2011 n. 29581, *ivi*; Cass. 13.3.2014 n. 32237, *ivi*; Cass. 19.7.2019, n. 32400, *ivi*; Cass. 27.5.2022 n. 20930, *ivi*.

<sup>62</sup> Cass. 5.11.2020 n. 6603, in *OneLEGALE*; Cass. 22.6.2021 n. 24469, *ivi*; Cass. 16.6.2023 n. 26225, *ivi*.

<sup>63</sup> Così Cass. 6.7.2018 n. 30730, in *OneLEGALE*; Cass. 18.7.2019 n. 31956, *ivi*. Nei medesimi termini già Cass. 27.3.2008, cit.; Cass. 24.5.2011, cit.

contraente venga poi individuato all'esito di una trattativa diretta con il privato<sup>64</sup>. La sussistenza di una «gara» – e con essa la configurabilità dei delitti di turbativa – rimane pertanto da escludersi nella sola (e affatto residuale) ipotesi in cui «l'amministrazione resti comunque libera di scegliere la propria controparte secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati»<sup>65</sup>.

3.5. La descrizione testuale dell'oggetto materiale della condotta ha funzionato quale fattore di sovra-estensione della fattispecie anche per quanto concerne il delitto di cui all'art. 353-bis Cp<sup>66</sup>.

Introdotta con l'obiettivo di sanzionare penalmente episodi antecedenti allo svolgimento effettivo delle gare che – almeno secondo una parte della giurisprudenza – sarebbero rimasti esclusi dell'ambito applicativo dell'art. 353 Cp<sup>67</sup>, la norma *de qua* contempla una condotta del tutto speculare rispetto a quella della fattispecie di turbata libertà degli incanti, differenziandosi invece in punto di descrizione dell'oggetto della stessa. Superato l'obsoleto richiamo ai «pubblici incanti o licitazioni private», il legislatore del 2010 ha infatti previsto che le condotte tipiche *ex art.* 353-bis Cp debbano incidere in senso turbativo (già) sul procedimento volto a determinare il «contenuto del bando o di altro atto equipollente».

L'utilizzo di tale espressione marca un significativo scostamento rispetto al delitto di cui all'art. 353 Cp, divergenza che è stata letta da una parte della dottrina come una conferma della necessità di un'interpretazione restrittiva delle previgenti fattispecie di turbativa ed astensione; in questo senso, infatti, il richiamo al «bando o altro atto equipollente» avrebbe costituito 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 e 354 c.p. ha esplicitato la sua volontà, impiegando formule lessicali omnicomprensive e insuscettibili di letture asfittiche»<sup>68</sup>. Tale opzione interpretativa, tuttavia, è rimasta

---

<sup>64</sup> Sul punto A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 69, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

<sup>65</sup> In questi termini, *ex multis*, Cass. 30.9.1998 n. 12238, in *DeJure*; Cass. 13.3.2014, cit.; nello stesso senso, in ultimo, Cass. 26.10.2022 n. 45709, in *OneLEGALE*.

<sup>66</sup> A tal proposito, in particolare, V. Manes, *op. cit.*, 1242 ss.; G. Marconi, *op. cit.*, 376 ss.; E. Zuffada, *op. cit.*, 1416 ss.

<sup>67</sup> Con riferimento alle ragioni sottese all'introduzione dell'art. 353-bis Cp da parte della l. 136/2010, e all'orientamento della giurisprudenza di legittimità che invero già riteneva applicabile l'art. 353 Cp anche alle condotte antecedenti alla gara, v. N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 300; Id., *Considerazioni sulla "nuova" fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, cit., 1555 ss.; F. Consulich, *op. cit.*, 678 ss.; G. Marconi, *op. cit.*, 376 ss.

<sup>68</sup> N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 354.

minoritaria, risultando poi apertamente sconfessata dalla prassi giurisprudenziale, la quale – anzi – ha visto in tale riferimento testuale una via per estendere l’ambito applicativo della fattispecie.

In quest’ultima prospettiva in effetti, ad avviso della giurisprudenza, nel sintagma «contenuto del bando o di altro atto equipollente» non solo possono essere ricomprese «tutte le differenti modalità di selezione del contraente privato, per come oggi disciplinate dal c.d. Codice dei contratti pubblici»<sup>69</sup>, ma vi rientrerebbe anche la semplice deliberazione a contrarre, laddove la stessa derivi da un affidamento diretto deciso – in luogo dell’espletamento di una gara – proprio all’esito della condotta turbativa<sup>70</sup>.

Tale approdo interpretativo, attraendo nel fuoco dei delitti di turbativa situazioni nelle quali 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.

4. L’ampia estensione applicativa verso la quale la giurisprudenza richiamata nei paragrafi precedenti ha condotto i delitti di turbativa, se da un lato ha “rivitalizzato” queste fattispecie, sospingendole da posizioni di retroguardia sino agli avamposti della risposta penale ai fenomeni corruttivi<sup>71</sup>, ha dall’altro contribuito a tratteggiare un «quadro a tinte fosche» in relazione alla compatibilità di tale lettura ermeneutica rispetto al canone fondamentale della legalità e della riserva di legge<sup>72</sup>. Un quadro, come da più parti è stato evidenziato<sup>73</sup>, che si dimostra ancora più problematico dopo i recenti richiami della Corte costituzionale in merito alla centralità del referente

---

<sup>69</sup> F. Consulich, *op. cit.*, 681; nello stesso senso E. Zuffada, *op. cit.*, 1417; G. Marconi, *op. cit.*, 377.

<sup>70</sup> Così, nella giurisprudenza di legittimità, fra le altre, Cass. 23.10.2012 n. 43800, in *OneLEGALE*; Cass. 16.2.2017 cit.; Cass. 22.10.2019 n. 10016, in *OneLEGALE*.

<sup>71</sup> V. *supra*, note nn. 4 e 5.

<sup>72</sup> A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 189, parla di «un quadro a tinte fosche in punto di legalità e tipicità delle disposizioni incriminatrici».

<sup>73</sup> Sul punto, fra gli altri, A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 72; V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *GI* 2022, 2490-2491; E. Lo Monte, *Verso la riscoperta del principio di legalità? Le nuove tendenze della giurisprudenza di legittimità dopo i “dettami” della Consulta*, in *DPP* 2023, 549; I. Fina, *Concorsi pubblici “turbati”: il divieto di analogia in malam partem impedisce la configurabilità del delitto di turbativa d’asta*, *ivi* 2024, 58.

testuale e all'esigenza di una lettura tassativizzante della norma penale, da ultimo compiutamente espressi nella ben nota sentenza n. 98 del 2021<sup>74</sup>.

In questo senso se, da un lato, con riferimento alle modalità di descrizione della condotta e dell'evento di cui agli artt. 353 Cp, è la stessa lettera della legge a utilizzare espressioni generiche<sup>75</sup>, strutturalmente esposte a un'integrazione giurisprudenziale che ha buon gioco nel definirsi ancora contenuta entro i «cancelli delle parole»<sup>76</sup>, dall'altro, guardando al presupposto della partecipazione a una «gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private» e alla conseguente elaborazione del test applicativo della «gara informale», risulta decisamente più arduo considerare gli esiti interpretativi cui è giunto il formante giurisprudenziale ancora conformi al «significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore»<sup>77</sup>. I riferimenti espressi – e, si è detto, strettamente «tecnici» – a (solo due del)le procedure di selezione del contraente previste dalla legge di contabilità dello Stato sono stati sistematicamente dilatati al fine di ricomprendere nel perimetro della norma incriminatrice non solo le «gare pubbliche», cui la legge penale si riferisce, ma anche una vasta congerie di «gare private» nelle quali la pubblica amministrazione procede non già alla «individuazione del candidato più idoneo (...) attraverso il canone dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del miglior prezzo», quanto piuttosto a un «vero e proprio negoziato con gli operatori economici operando come fosse un privato cittadino»<sup>78</sup>.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione al sintagma del «bando o altro atto equipollente» contenuto all'art. 353-bis Cp, laddove nello stesso venga fatta rientrare anche la mera deliberazione a contrarre, così da estendere l'applicabilità della fattispecie anche ai casi di affidamento diretto dei lavori.

Ebbene, la giurisprudenza, evidentemente ben conscia delle fondamentali questioni di principio sollevate dalle opzioni interpretative appena richiamate, si è premurata di «ammanta[re] sotto le candide vesti della *ratio legis*» siffatti esiti ermeneutici, di modo

---

<sup>74</sup> C. cost., 14.5.2021 n. 98, in *GCos* 2021, 1797 ss., in merito alla quale v., per tutti, C. Cupelli, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, *ivi*, 1807 ss.; F. Palazzo, *Costituzione e divieto di analogia*, in *DPP* 2021, 1218 ss.; V. Manes, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *RIDPP* 2021, 1233 ss.

<sup>75</sup> Si rinvia sul punto a quanto visto nei paragrafi precedenti circa i riferimenti testuali ai concetti di «collusioni», «altri mezzi fraudolenti» e «turbamento».

<sup>76</sup> N. Irti, *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, 2015.

<sup>77</sup> C. cost. 98/2021, cit., par. 2.4. del *Considerato in diritto*.

<sup>78</sup> In questi termini A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 73, cui si rinvia anche per l'elaborazione della dicotomia «gare pubbliche» e «gare private».

da coprirli «“pudicamente” [...] sotto la maschera dell’interpretazione estensiva»<sup>79</sup>. Così, con riferimento in particolare al criterio della “gara informale”, è stato puntualizzato come lo stesso «non [dia] luogo a una applicazione analogica della fattispecie criminosa di cui all’art. 353 Cp, bensì ne concre[ti] una interpretazione estensiva sul criterio dell’*eadem ratio*: garantire il regolare svolgimento sia dei pubblici incanti sia delle gare informali o di consultazione»<sup>80</sup>. Parimenti, nel riconoscere l’applicabilità dell’art. 353-bis Cp anche al caso della semplice deliberazione a contrarre, «qualora la stessa, per effetto dell’illecita turbativa, non preveda l’espletamento di alcuna gara», i giudici di legittimità hanno affermato come tale operazione costituisca «un’interpretazione di segno ampio, pienamente conforme alla *ratio legis*» del concetto di «bando o altro atto equipollente»<sup>81</sup>.

Tali argomentazioni, ancora di recente riproposte nelle pronunce di legittimità<sup>82</sup>, si prestano evidentemente ad essere lette come una *excusatio non petita* che disvela una *accusatio manifesta*: è proprio il riferimento al canone della *eadem ratio*, infatti, a rendere palese la natura strettamente analogica dell’operazione interpretativa, la quale – è stato detto – finisce effettivamente per «compo[rre] una fattispecie inespresa attraverso la sua estrazione (per similitudine di *ratio*) dalla figura di disciplina espressa»<sup>83</sup>.

Di fronte, dunque, a una siffatta torsione applicativa dei delitti in parola, che ben si inserisce nel solco del progressivo affermarsi del «diritto dei giudici» a discapito della «legalità della legge»<sup>84</sup>, sono proprio le già ricordate parole della Consulta sulla rilevanza della *littera legis* quale «limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice»<sup>85</sup> a significare l’urgenza di un’operazione di contenimento della sovra-estensione cui le fattispecie di turbativa sono esposte.

---

<sup>79</sup> V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, cit., 1242 ss.

<sup>80</sup> Così, espressamente, Cass. 26.10.2022, cit.; negli stessi termini, fra le altre, Cass. 18.11.2004, cit.; Cass. 24.5.2011, cit.; Cass. 13.3.2014, cit.; Cass. 10.8.2018 n. 38507, in *OneLEGALE*.

<sup>81</sup> In questi termini, fra le altre, Cass. 20.3.2017, cit.

<sup>82</sup> Da ultimo proprio Cass. 26.10.2022, cit.

<sup>83</sup> L. Della Ragione, *op. cit.*, 1504.

<sup>84</sup> V. Maiello, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli 2020, 15 ss. Sul tema v., di recente, F. Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *RIDPP* 2022, 975 ss., nonché i contributi raccolti negli Atti del Convegno “*Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale*”, con interventi di G. Lattanzi, G. Zaccaria, G. Fidelbo, G. Canzio, D. Pulitanò, V. Zagrebelsky, A. Massaro, E. Lupo, V. Maiello, R. Orlandi, M. Pelissero, pubblicati in *SP* 2022 (12), 5 ss.

<sup>85</sup> Così C. cost. 98/2021, cit., richiamando testualmente alcune pronunce del *Bundesverfassungsgericht*, che si inseriscono nel filone della giurisprudenza costituzionale tedesca sul *Bestimmtheitsgebot*; sul punto, e con riferimento proprio alle pronunce richiamate dalla nostra Corte costituzionale, v. T. Lutfullin, *Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und Mengenbegriffe*, Baden-Baden 2018, 60 ss., 122 ss., 146 ss.



Come già anticipato in sede di premessa, due sono le principali direzioni di intervento in tale prospettiva, anche nell'ottica di un'efficace gestione degli «effetti collaterali» che conseguono a tale fenomeno di *overbreadth*<sup>86</sup>: la prima guarda (ancora) al possibile contributo interpretativo della giurisprudenza, la quale – alla luce di alcune recenti prese di posizione, su cui ci soffermeremo nel prosieguo – pare candidarsi quale fattore *limitativo* (e non più esclusivamente *genetico*) della predetta applicazione analogica e dei suoi *collateral effects*; la seconda coinvolge invece il legislatore, chiamato a dismettere una volta per tutte i panni dell'immobile invitato di pietra, per assumersi la responsabilità di un intervento significativo sul *testo della legge*, al fine di evitare che lo stesso venga sopraffatto da un *contesto applicativo* nel quale proliferano i grani dell'analogia *in malam partem*<sup>87</sup>.

5. Nella giurisprudenza (soprattutto) di legittimità degli ultimi anni è progressivamente emersa una nuova sensibilità rispetto all'eccessiva estensione applicativa cui sono state tradizionalmente esposte le fattispecie di turbativa; si tratta, in effetti, di una significativa inversione di tendenza, il cui impulso è stato da più parti individuato in quella «*nouvelle vague*» della giurisprudenza costituzionale<sup>88</sup> inaugurata con l'*affaire Taricco* e tesa a valorizzare i canoni della determinatezza e della tassatività attraverso la ri-affermazione del dato testuale quale fondamentale criterio interpretativo<sup>89</sup>. I già ricordati moniti della Consulta circa la necessità di confrontarsi con «il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo»<sup>90</sup> hanno trovato un terreno fertile proprio nella prassi ermeneutica delle fattispecie di turbativa, rispetto alle quali la giurisprudenza si è sentita chiamata a rivedere criticamente alcune sue acquisizioni,

---

<sup>86</sup> Per un'analisi puntuale degli effetti collaterali che derivano dalla sovra-estensione applicativa delle fattispecie in materia di turbata libertà delle gare pubbliche v. A. Santangelo, *Delitti di turbativa, eccedenze ermeneutiche ed effetti collaterali*, cit., 272 ss. Per la nozione di «effetti collaterali», in relazione tanto al momento della minaccia quanto a quello dell'applicazione della sanzione penale, si rinvia per tutti a M. Galli, *Effetti collaterali*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, III, *Parole dal lessico di uno studioso*, a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich, Milano 2022, 1423 ss.; Ead., *Gli effetti "collaterali" delle scelte di criminalizzazione: dagli aspetti definitori allo strumentario operativo*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, cit., 17 ss.

<sup>87</sup> F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano 2006, 515 ss.

<sup>88</sup> Così V. Manes, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale*, cit., 1233.

<sup>89</sup> Sul tema, nella prospettiva dei delitti che qui vengono in rilievo, V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole*, cit., 2487 ss.; E. Lo Monte, *op. cit.*, cit., 548 ss.

<sup>90</sup> C. cost. 98/2021, cit., par. 2.4. del *Considerato in diritto*.

sostenute – come si è visto – da una eccessiva enfaticizzazione della *ratio legis* funzionale a una lettura omnicomprensiva dei reati di cui agli artt. 353 e 353-bis Cp<sup>91</sup>.

La pronuncia che ha aperto questo nuovo filone di interpretazione «tassativizzante e tipizzante»<sup>92</sup> è stata da più parti individuata nella sentenza n. 5536 del 2022 della sesta Sezione della Corte di cassazione, relativa a una vicenda nella quale i giudici del merito avevano ritenuto configurabile l'ipotesi di cui all'art. 353-bis Cp in caso di affidamento diretto di lavori concluso mediante trattativa privata, laddove la normativa in materia di appalti pubblici avrebbe invece imposto l'espletamento di una gara<sup>93</sup>. Nell'occasione i giudici di legittimità si sono confrontati apertamente con l'orientamento ermeneutico favorevole ad ampliare la portata semantica dell'espressione «altro atto equipollente» sino a ricomprendervi anche la deliberazione a contrarre che prevede l'affidamento diretto in luogo dell'espletamento di una gara, affermando come siffatta opzione interpretativa «finisc[a] per estendere l'ambito 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»<sup>94</sup>.

Per giungere a tale conclusione la Corte ha sottolineato con decisione la necessità di guardare al «dato letterale della norma incriminatrice», il quale riferisce espressamente l'esito turbativo della condotta a un procedimento volto a determinare il contenuto di un atto (non qualsiasi, ma) «funzionalmente tipico», in quanto «esplicativo del modo con cui si devono selezionare i concorrenti per individuarne il migliore»; se dunque il turbamento contemplato dall'art. 353-bis Cp deve necessariamente «innestarsi e intervenire in un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura selettiva», anche atipica o informale, è evidente – conclude la cassazione – come la condotta volta a impedire la gara attraverso l'affidamento diretto (illegittimo) dei lavori non possa che rivelarsi «esterna rispetto al perimetro testuale della norma»<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> Per un recente quadro di sintesi di tali indirizzi interpretativi v. per tutti A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 115 ss.

<sup>92</sup> Così definisce il «cambio di rotta» della giurisprudenza A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 115.

<sup>93</sup> Cass. 16.2.2022 n. 5536, in *GI* 2022, con nota di V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole*, cit., 2487 ss.

<sup>94</sup> Cass. 16.2.2022, cit., par. 3.2.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

È proprio recuperando la centralità di un «approccio *testualista*»<sup>96</sup>, supportato da un espresso richiamo alla pronuncia della Corte costituzionale n. 98 del 2021, che la Suprema Corte fa cadere il velo che ammantava la natura analogica dell'operazione interpretativa condotta dall'orientamento sino ad allora maggioritario, mostrando come quest'ultima finisca di fatto 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 obiettivamente non prevede»<sup>97</sup>. Una decisa (ri)affermazione della «*legalità della legge*»<sup>98</sup>, dunque, che sul piano della portata nomofilattica della sentenza acquista ancora maggiore rilevanza alla luce dell'espresso (e sino ad allora inedito) riconoscimento di come il principio di diritto affermato fosse emerso dal confronto condotto all'interno della Sezione nella riunione *ex art. 47-quater* Og, proprio con l'obiettivo di «superare letture disomogenee sull'art. 353-bis c.p.»<sup>99</sup>. Ed in effetti la forza persuasiva di questo *leading case*<sup>100</sup> risulta confermata da successive e più recenti pronunce di legittimità, le quali hanno condiviso la predetta opzione interpretativa, così da potersi dire ormai acquisito il superamento di quell'approccio (iper)estensivo volto a ricomprendere nella portata semantica dell'espressione «altro atto equipollente» anche gli esiti contrattuali di una trattativa privata priva di ogni carattere concorrenziale<sup>101</sup>.

5.1. Un ulteriore esempio della lettura tassativizzante delle fattispecie di turbativa offerta dalla recente giurisprudenza di legittimità attiene al profilo della riconducibilità del mero mendacio alla formula “di chiusura” degli «altri mezzi fraudolenti»<sup>102</sup>.

Come già si è avuto modo di evidenziare<sup>103</sup>, la prassi ermeneutica ha da tempo fatto rientrare in quest'ultima locuzione anche le condotte di falso, le quali – in conformità

---

<sup>96</sup> Così V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole*, cit., 2493.

<sup>97</sup> Cass. 16.2.2022, cit., par. 3.2.

<sup>98</sup> V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole*, cit., 2488; Id., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., *passim*.

<sup>99</sup> Così Cass. 16.2.2022 cit., par. 3.5.; sulla rilevanza di tale richiamo espresso v., oltre a V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole*, cit., 2487, anche R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia e mutamento sfavorevole*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28.6.2022, 19 ss.

<sup>100</sup> In questi termini lo definisce sempre V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole*, cit., 2487.

<sup>101</sup> Confermano l'indirizzo interpretativo inaugurato da Cass. 16.2.2022, cit., fra le altre, Cass. 1.3.2022 n. 7264, in *OneLEGALE*; Cass. 4.5.2022 n. 17876, *ivi*; Cass. 1.12.2022 n. 45709, *ivi*.

<sup>102</sup> In relazione a tale profilo v. in particolare E. Lo Monte, *op. cit.*, 548 ss.

<sup>103</sup> V. *supra*, par. 3.2.

alla natura di fattispecie di pericolo tanto dell'art. 353 Cp quanto dell'art. 353-bis Cp – è sufficiente risultino concretamente idonee a conseguire il risultato turbativo, senza che rilevi, ad esempio, la circostanza della scoperta del mendacio da parte dell'amministrazione procedente<sup>104</sup>. Con riferimento in particolare al momento e all'oggetto del falso, la Corte di cassazione ha ritenuto possa integrare una condotta di turbativa il mendacio idoneo a incidere su di una gara già avviata: così, ad esempio, sono state ricondotte alla fattispecie di turbata libertà degli incanti le false attestazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti necessari per conseguire l'aggiudicazione<sup>105</sup>, ovvero il falso circa l'assenza di rapporti con altre imprese partecipanti in sede di presentazione delle offerte<sup>106</sup>. Non sono tuttavia mancate prese di posizione – tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza di legittimità – a favore dell'applicabilità dei delitti di turbativa anche nel caso in cui il mendacio avesse avuto ad oggetto dichiarazioni antecedenti allo svolgimento vero e proprio della gara, e anzi funzionali alla partecipazione alla stessa, quali quelle relative al possesso dei requisiti di ammissione alla procedura selettiva<sup>107</sup>.

È proprio in relazione a quest'ultima soluzione interpretativa che la sesta Sezione della Corte di cassazione, con la pronuncia n. 24772 del 2022, ha ritenuto di operare un giro di vite rispetto alla vocazione omnicomprensiva del richiamo normativo agli «altri mezzi fraudolenti», riconoscendo come «le mere falsità (materiali e/o ideologiche) realizzate per accedere alla gara costituiscono figure di reato distinte, per le modalità di esplicazione della condotta e per il bene giuridico tutelato, dall'art. 353 Cp e autonomamente punibili (...), anche se comunque parimenti inficiano la legittimità amministrativa della procedura»<sup>108</sup>.

Prendendo le mosse dal caso di specie, che riguardava alcune false dichiarazioni relative all'assenza di cause di esclusione ex art. 80 d.lgs. 50/2016, i giudici di legittimità hanno affermato come nell'ipotesi di «omissioni e mendaci preliminari alla ammissione alla gara e antecedenti al suo svolgimento» non possa ritenersi integrata la fattispecie di turbata libertà degli incanti, e tanto alla luce sia di una «interpretazione del significato letterale dell'art. 353 c.p.», sia di una corretta «valutazione della sua

<sup>104</sup> Così, fra le altre, Cass. 21.12.2017, cit.; Cass., 18.11.2010, cit.

<sup>105</sup> Cass. 21.12.2017, cit.; sul punto, in dottrina, E. Zuffada, *Art. 353*, in *Codice penale commentato*, cit., 1403.

<sup>106</sup> È il caso di Cass. 18.11.2010, cit.

<sup>107</sup> In dottrina v. in particolare M. Romano, *op. cit.*, 253; F. Consulich, *op. cit.*, 673, anche se in termini dubitativi. Nella giurisprudenza, v. Cass. 12.1.2004 n. 561, in *OneLEGALE*, relativa ad un falso in dichiarazione sostitutiva di atto notorio avente ad oggetto una condizione soggettiva (quella di non essere mai incorso in disdette o rinunce per inadempimenti contrattuali), qualità richiesta come requisito di ammissione alla gara.

<sup>108</sup> Cass. 28.6.2022 n. 24772, par. 2.1., in *DPP* 2023, 545 ss., con nota di E. Lo Monte, *op. cit.*, 548 ss.

*ratio*»<sup>109</sup>. In relazione al primo profilo, valorizzando ancora una volta il dato testuale, la Corte ha evidenziato come l'espressione «impedisce o turba *la gara*» non possa che indicare «una fase susseguente al suo preliminare allestimento»; sul piano della *ratio legis*, invece, è stato sottolineato 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”»<sup>110</sup>.

La tutela penale rispetto a condotte mendaci antecedenti allo svolgimento della gara, in definitiva, non può che essere garantita dalle fattispecie di falso ideologico (su tutte, l'art. 483 Cp), dovendosi rifuggire una lettura estensivo-analogica dell'art. 353 Cp che vada oltre il «limite estremo» della *littera legis*<sup>111</sup>, così da realizzare una «dilatazione eccessiva della fattispecie incriminatrice [che] anticiperebbe la soglia della punibilità in contrasto con i canoni dell'offensività e della ragionevolezza ispirati a principi di sussidiarietà e proporzionalità»<sup>112</sup>.

5.2. Il percorso di «recupero della legalità»<sup>113</sup> sul terreno della tutela penale delle procedure ad evidenza pubblica ha conosciuto da ultimo un ulteriore passaggio, in relazione questa volta al significato di quella «gara pubblica» cui si riferiscono, direttamente o indirettamente, tanto l'art. 353 quanto l'art. 353-bis Cp; nella prospettiva di contenere la *vis expansiva* di tale concetto, la giurisprudenza di legittimità, in alcune recenti sentenze, ha infatti espressamente escluso che possano esservi ricondotti i concorsi per l'accesso al pubblico impiego<sup>114</sup>.

La questione si era già posta in dottrina alla luce di alcune vicende di cronaca nelle quali le fattispecie di turbativa erano state contestate in relazione a procedure di selezione per l'accesso ai ruoli universitari e per l'assunzione di personale sanitario<sup>115</sup>. A fronte di quella che era subito apparsa come un'interpretazione non tanto «cripto-

---

<sup>109</sup> Cass. 28.6.2022, cit., par. 2.3.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> V. *supra*, nota n. 85.

<sup>112</sup> Cass. 28.6.2022, cit., par. 2.3.

<sup>113</sup> I. Fina, *op. cit.*, 57.

<sup>114</sup> In questo senso Cass. 16.6.2023 n. 26255, in *GI* 2023, 2716 ss., con nota di R. Borsari, *Abuso d'ufficio e turbata libertà degli incanti tra diritto vivente e prospettive di riforma*; Cass. 25.7.2023, cit.; Cass. 18.9.2023 n. 38127, *ivi*.

<sup>115</sup> Sul punto, in particolare, M. Donini, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *AP* 2020 (2), 1 ss., ove viene richiamata la vicenda che ha visto la Procura di Firenze indagare alcuni professori di diritto tributario in relazione alle tornate del 2012 e 2013 dell'Abilitazione Scientifica Nazionale; v. anche A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 123, la quale riporta anche alcune vicende relative all'assunzione di personale sanitario.

analogica», bensì del tutto errata<sup>116</sup>, in quanto sospinta «ben oltre i confini del testo»<sup>117</sup>, la Corte di cassazione ha assunto una posizione molto netta, affermando come nelle procedure di gara alle quali si riferiscono gli artt. 353 e 353-bis Cp «non possano rientrare i concorsi per l'accesso ad impieghi pubblici o le connesse procedure di mobilità del personale tra diverse amministrazioni»<sup>118</sup>.

Nell'arrivare a tale conclusione i giudici di legittimità – nella prima sentenza sul tema, la n. 26255 del 2022 – hanno riconosciuto come, anche prendendo in considerazione l'orientamento estensivo fondato sul parametro della “gara informale”, i concorsi per l'accesso al pubblico impiego non possano rientrare nell'ambito applicativo delle fattispecie di turbativa, tanto alla luce della *ratio* di tali disposizioni, che guardano a procedure «finalizzate all'acquisizione da parte delle amministrazioni pubbliche di beni e servizi», quanto in ragione di una lettura del «principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale»<sup>119</sup> che sia coerente con l'attuale «diritto vivente costituzionale»<sup>120</sup>; proprio in relazione a quest'ultimo profilo la Corte di cassazione è tornata a sottolineare la centralità del testo della legge, evidenziando come il riferimento alle «gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private» non possa essere esteso sino a ricomprendervi i concorsi pubblici, se non «eccede[ndo] in modo evidente l'ambito dei significati attribuibili» a tale nozione, così da ricadere in «una non consentita operazione di interpretazione analogica *in malam partem*»<sup>121</sup>.

La soluzione di *self-restraint* interpretativo così raggiunta è stata in ultimo ribadita da almeno altri due arresti di legittimità<sup>122</sup>, uno dei quali relativo alle procedura di chiamata dei professori universitari<sup>123</sup>: ancora una volta i passaggi argomentativi fondamentali si sono attestati sulla valorizzazione della recente giurisprudenza costituzionale<sup>124</sup>, da un lato, e sulla aperta incompatibilità con il dato testuale della

---

<sup>116</sup> Così M. Donini, *op. cit.*, 6, con un'efficace espressione di sintesi («prima dell'analogia vengono infatti le interpretazioni sbagliate») successivamente richiamata e valorizzata da N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 15; A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 124-125.

<sup>117</sup> A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 124.

<sup>118</sup> Così Cass. 16.6.23 cit., par. 2.3.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole*, cit., 2491.

<sup>121</sup> Cass. 16.6.2023, cit., par. 2.3.

<sup>122</sup> Cass. 25.7.2023, cit., e Cass. 18.9.2023, cit.

<sup>123</sup> Si tratta di Cass. 25.7.2023, cit., relativa ad un concorso per la chiamata di un professore universitario di ruolo di seconda fascia.

<sup>124</sup> Entrambe le sentenze in parola richiamano alcuni passaggi di C. cost., 31.5.2018 n. 115, in *GCos* 2018, 1296 ss., e della successiva C. cost. 98/2021, cit.

norma incriminatrice dei concorsi per il reclutamento di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni<sup>125</sup>, dall'altro.

Le sentenze della Suprema Corte che hanno escluso l'applicabilità degli artt. 353 e 353-bis Cp si sono preoccupate, infine, di specificare come l'esito interpretativo raggiunto non dovrebbe determinare un vuoto di tutela penale rispetto alle condotte *lato sensu* turbative perpetrate nel contesto delle procedure di accesso al pubblico impiego, risultando in questo caso applicabile la fattispecie sussidiaria dell'abuso di ufficio<sup>126</sup>. Una precisazione, quest'ultima, che mostra con plastica evidenza quegli spazi che rimarranno scoperti da ogni presidio penalistico una volta che il disegno governativo di abrogazione dell'art. 323 Cp avrà fatto il suo corso, ponendo così drasticamente fine all'annoso «gioco di Sumo»<sup>127</sup> che ha interessato tale fattispecie<sup>128</sup>.

5.3. La nuova linea di tendenza della giurisprudenza di legittimità, improntata a una valorizzazione del criterio testuale e fortemente orientata in senso tassativizzante e tipizzante, è stata accolta con favore dalla dottrina penalistica<sup>129</sup>. Come già abbiamo rilevato, infatti, tale cambio di *habitus* nell'approccio alle fattispecie di turbativa ha segnato il virtuoso passaggio del formante giurisprudenziale da un *ruolo generativo* del fenomeno di *overbreadth* ampiamente descritto, a una *funzione contenitiva* dello stesso, costituzionalmente orientata verso il canone della riserva di legge.

Proprio in questa prospettiva non può tuttavia non essere evidenziato un profilo che accomuna molte delle pronunce di questo “nuovo corso”, in particolare quelle che si sono confrontate apertamente con l'elemento strutturale della “gara”. A tal proposito,

---

<sup>125</sup> La soluzione volta a ricomprendere nel campo applicativo dell'art. 353 Cp le procedure di selezione per l'accesso al pubblico impiego viene definita «in obiettivo contrasto con il dato testuale della norma incriminatrice», nonché foriera del «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”»: così Cass. 25.7.2023, cit., par. 5, e – negli stessi termini – Cass. 18.9.2023, cit., par. 4.2.

<sup>126</sup> Sul punto, in particolare, Cass. 16.6.2023, cit., par. 2.4.; Cass. 25.7.2023, cit., par. 5.1.; Cass. 18.9.2023, cit., par. 4.3.

<sup>127</sup> L'efficace immagine è di M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *DPP* 2023, 613 ss.

<sup>128</sup> Per una riflessione critica sul vuoto di tutela che, proprio con riferimento alle turbative nei concorsi pubblici, l'opzione abrogatrice rispetto all'art. 323 Cp rischia di creare, v. 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 [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19.6.2023; Id., *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso d'ufficio*, *ivi*, 26.7.2023; R. Borsari, *op. cit.*, 2721; I. Fina, *op. cit.*, 62 ss.

<sup>129</sup> In questo senso, fra gli altri, V. Maiello, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole*, cit., 2489 ss.; E. Lo Monte, *op. cit.*, 548 ss.; A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 115 ss.; R. Borsari, *op. cit.*, 2717 ss.; I. Fina, *op. cit.*, 57 ss.

infatti, emerge come i giudici di legittimità, pur riconoscendo – da un lato – di ispirarsi a una «stretta osservanza del principio di legalità [che] preclude all’interprete di abbandonare il dato letterale della norma incriminatrice e il suo significato semantico»<sup>130</sup>, si premurino – dall’altro – di ribadire l’orientamento volto a offrire rilevanza al test della “gara informale”, riconfermando l’esigenza di prescindere dal *nomen iuris* della procedura di selezione e di verificare la sussistenza di una qualche forma di concorrenza fra i partecipanti e l’enunciazione di criteri selettivi.

Così, se si guarda alle pronunce relative all’inconfigurabilità dell’art. 353-bis Cp in caso di affidamento diretto, è significativo come il primo passaggio argomentativo, che prelude alla soluzione tipizzante, sia proprio quello volto a fare salva la teorica della gara “ufficiosa”, “informale”, “esplorativa”, “di sondaggio”, cosicché – in sede di enunciazione del principio di diritto – la Corte si preoccupa di specificare come la fattispecie in parola rimanga configurabile «quando la trattativa privata, al di là del *nomen iuris*, preveda, nell’ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una “gara”, sia pure informale, cioè un segnamento valutativo-concorrenziale»<sup>131</sup>.

In modo del tutto analogo, la giurisprudenza relativa alle procedure di selezione del personale richiama espressamente, a mo’ di premessa del ragionamento motivazionale, la «interpretazione estensiva» relativa al criterio della gara “informale”, nonostante quest’ultimo si riveli poi non idoneo a far rientrare nell’ambito applicativo dell’art. 353 Cp i concorsi pubblici<sup>132</sup>.

Ebbene, non può che suscitare qualche perplessità un approccio interpretativo volto – da un lato – ad affermare l’assoluta centralità del dato testuale, alla stregua delle più recenti sentenze della Consulta (espressamente richiamate e valorizzate), ma che – dall’altro – perpetui una lettura espansiva del concetto di “gara pubblica” la quale, come si è visto, ha costituito il principale fattore di sovra-estensione delle norme incriminatrici *de quibus*.

Tali perplessità, peraltro, risultano vieppiù marcate laddove tale atteggiamento (quanto meno ambiguo) emerga in relazione al sintagma degli «incanti pubblici e licitazioni private» di cui all’art. 353 Cp, specie se – come nel caso della sentenza n. 32319 del 2023 – è la stessa pronuncia di legittimità a riconoscere come tale riferimento

---

<sup>130</sup> Cass. 16.2. 2022, cit., par. 3.3.

<sup>131</sup> Cass. 16.2.2022, cit., par. 3.4.; nello stesso senso, per il riferimento alla teorica della “gara informale” nel contesto del filone giurisprudenziale *de quo*, v. anche Cass. 1.3.2022, cit., par. 5; Cass. 4.5.2022, cit., par. 4.2.; Cass., 1.12.2022, cit., par. 4.2.2.

<sup>132</sup> Così Cass. 25.7.2023, cit., par. 3 e par. 4; Cass. 16.6.2023, cit., par. 2.2.



testuale sottenda «nozioni tecniche che hanno un loro significato infungibile e reperibile nella normativa di settore e, in particolare, nel r.d. n. 2440 del 1923 e r.d. n. 827 del 1924, nonché nel codice degli appalti»<sup>133</sup>.

Emerge, ancora una volta, l'irrisolta problematicità di un testo normativo che ha ormai perduto ogni capacità denotativa, e che continua a prestare il fianco a una lettura estensivo-analogica della fattispecie, significata dal richiamo alla *ratio* della norma, rispetto alla quale la *littera legis* non riesce a fungere da argine adeguato. Il test della "gara informale", insomma, anche nella nuova stagione "tipizzante", continua a godere di ottima salute, presentandosi come una sorta di totem, baluardo di un'interpretazione orientata alle conseguenze<sup>134</sup> 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 (solo) *lato sensu* corruttivi.

Il costo di tale opzione iper-estensiva si misura però sul piano di esiti interpretativi che, se valutati nel loro complesso, risultano scarsamente coerenti in chiave sistematica. Così, ad esempio, risulta difficilmente giustificabile al metro del canone della ragionevolezza un atteggiamento interpretativo che, da un lato, in presenza di un obbligo per la pubblica amministrazione di procedere a gara pubblica, escluda la rilevanza penale *ex art. 353-bis* Cp di un affidamento diretto deliberato "in luogo" della gara<sup>135</sup>, mentre, dall'altro, nel caso in cui l'amministrazione non sia *ex lege* tenuta a bandire un procedimento aperto di selezione, ma attui comunque una ricognizione esplorativa instaurando un dialogo con più operatori, consenta di applicare l'art. 353 Cp sulla base della ritenuta sussistenza di una gara "informale"<sup>136</sup>.

In una prospettiva *de jure condito*, tuttavia, stante la pervicacia con la quale anche la giurisprudenza più recente ha ribadito la validità del suddetto test interpretativo, è difficile immaginare un *revirement* sul punto. Eppure, come non ha mancato di segnalare attenta dottrina, gli strumenti ermeneutici per contenere quella deriva analogica che è sfuggita ai moniti della Corte costituzionale ci sarebbero, e in parte

---

<sup>133</sup> Cass. 25.7.2023, cit., par. 5.; sulla natura strettamente tecnica e "infungibile" del richiamo agli «incanti pubblici e licitazioni private» v. *supra*, note nn. 53 e 54.

<sup>134</sup> Il riferimento è, in questo caso, all'attenzione prestata alle conseguenze dell'operazione ermeneutica «all'interno del sistema»: sul tema, per tutti, L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *RTrimDProcCiv* 1994, 1 ss.

<sup>135</sup> Cass. 16.2.2022, cit.; Cass. 1.3.2022, cit.; Cass. 4.5.2022, cit.; Cass. 1.12.2022, cit.

<sup>136</sup> Così, per un caso nel quale, pur non sussistendo l'obbligo per l'amministrazione di bandire una procedura di selezione pubblica, trattandosi di affidamento per un importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35 d.lgs. 50/2016, i giudici di legittimità hanno comunque ritenuto astrattamente applicabile l'art. 353 Cp sulla base del test della "gara informale" (poi, invero, non soddisfatto dal caso di specie), v. Cass. 20.11.2018 n. 52209, in *OneLEGALE*.

sono anche stati già sperimentati dalla stessa giurisprudenza di legittimità sulle ipotesi di turbativa<sup>137</sup>: si tratta, in particolare, dell'offensività e della proporzionalità, intese non già come principi dimostrativi, ma quali canoni interpretativi «unanimemente accettati»<sup>138</sup>.

Con riferimento alla teorica dell'offesa, è stato in effetti evidenziato come – al netto delle rilevate divergenze circa l'individuazione del bene giuridico protetto dalle fattispecie di turbativa<sup>139</sup> – il concetto di “concorrenza” necessita di essere declinato in una prospettiva sostanziale, consentanea rispetto alla lettura del canone del buon andamento offerta dalla più moderna disciplina degli appalti pubblici, ispirata al “principio del risultato”<sup>140</sup>. In questo senso, pertanto, non può essere sufficiente il riscontro circa la sussistenza di una «“qualsivoglia” irregolarità» procedimentale<sup>141</sup>, ma occorre verificare che la condotta sia «idonea a pregiudicare i beni giuridici protetti dalla norma, che si identificano nella libera concorrenza, ma anche nell'interesse pubblico al libero “gioco” della maggiorazione delle offerte, a garanzia degli interessi, anche economici, della pubblica amministrazione»<sup>142</sup>. È sulla base di argomentazioni siffatte – ad esempio – che la recente giurisprudenza è arrivata ad escludere l'applicabilità dei delitti di turbativa in casi ove le irregolarità riscontrate integravano ipotesi di *mala gestio*, perpetuate però in un contesto «senza concorrenti»<sup>143</sup>. Nella

---

<sup>137</sup> Sul tema, in particolare, v. A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 129 ss.

<sup>138</sup> Per la definizione dell'offensività come canone interpretativo «unanimemente accettato» v. già C. cost., 26.3.1986 n. 62, in *CP* 1986, 1053 ss., con nota di F. Palazzo, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi*. Con riferimento a siffatta natura del principio del *nullum crimen sine iniuria* v. per tutti F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *RIDPP* 1998, 350 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 245 ss.; M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPenCont* 2013 (4), 38 ss.; D. Pulitanò, *Offensività del reato (principio di)*, in *ED, Annali VIII* 2015, 665 ss. Sulla possibile valorizzazione del principio di proporzionalità come canone interpretativo, invece, si rinvia a V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *GCoS* 2016, 2114 ss.; N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 326 ss.

<sup>139</sup> Sul punto v. *supra*, par. 3.1.

<sup>140</sup> In questo senso vengono in rilievo le considerazioni di A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 190 ss., ove si evidenzia come la considerazione del bene giuridico di riferimento delle fattispecie di turbativa non possa non tenere conto della profonda evoluzione che ha interessato la *ratio* di tutela del sistema dei contratti pubblici.

<sup>141</sup> A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 120.

<sup>142</sup> Così Cass. 28.7.2022 n. 30020, in *OneLEGALE*, par. 2., relativa a un caso di indebita ingerenza di un sindaco nel procedimento di cessione delle quote di una farmacia comunale, nel quale i giudici di legittimità hanno escluso l'applicabilità dell'art. 353 Cp stante l'assenza di un'efficacia perturbatrice della condotta alla luce dell'assenza di altri aspiranti all'aggiudicazione.

<sup>143</sup> In questi termini A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 163 ss., definisce la vicenda decisa da Cass. 4.5.2022, cit., relativa a un caso di falsa attestazione da parte di un sindaco circa la mancata esecuzione di

stessa prospettiva, allora, anche le situazioni pacificamente ricondotte al paradigma della “gara informale” meriterebbero di essere rilette alla luce dell’effettiva sussistenza di un pericolo concreto per il «fine che muove l’amministrazione ex art. 97, Costituzione»<sup>144</sup>, così da attenzionare non già il dato della *mera presenza* di un «segmento valutativo concorrenziale»<sup>145</sup>, dedotta dalla pluralità dei soggetti coinvolti e dalla precostituzione di criteri selettivi, bensì la *effettiva alterazione* di tale segmento, secondo il richiamato modello del pericolo concreto.

Ad analoghi esiti “contenitivi” rispetto alla sovra-esposizione del tipo legale potrebbe portare un’adeguata valorizzazione della proporzionalità, intesa quale canone ermeneutico volto a perseguire la razionalità delle opzioni punitive rispetto al raggiungimento del fine che muove l’azione amministrativa<sup>146</sup>, in considerazione di una pluralità di fattori quali «la portata della norma incriminatrice, l’interesse che protegge, il grado di tutela assicurato dalla sanzione penale, ponendolo a confronto con quello offerto da eventuali sanzioni non punitive, nonché i costi che comporta l’intervento della pena»<sup>147</sup>.

In questo senso è stato rilevato come una corretta implementazione del *proportionality check* dovrebbe consentire innanzitutto di escludere l’applicabilità delle fattispecie di turbativa in quelle situazioni nelle quali «sia assente una effettiva competizione fra operatori economici»<sup>148</sup>; con riferimento, poi, alle irregolarità «“nella scelta” della gara»<sup>149</sup>, la tutela penale risulterebbe proporzionata solo rispetto alle ipotesi effettivamente caratterizzate da un «concreto pericolo di compromettere non la correttezza formale della procedura, bensì il risultato cui mira la gara»<sup>150</sup>; infine, in

---

alcuni lavori pubblici al fine di ottenere ulteriori finanziamenti da destinare ad affidamenti diretti; a tale tipologia di ipotesi può evidentemente essere ricondotta anche Cass. 28.7.2022, cit., citata alla nota precedente.

<sup>144</sup> È tale fine, sottolinea A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 172, e non la «correttezza formale delle procedure ad evidenza pubblica (...), a dover essere esposto a pericolo secondo la verifica *case-by-case* dell’interprete».

<sup>145</sup> Secondo quanto proposto dalla giurisprudenza che valorizza il test della “gara informale”: così, anche nella nuova stagione tassativizzante e tipizzante, Cass., 1,3,2022, cit.; Cass. 4.5.2022, cit.; Cass. 1.12.2022, cit.

<sup>146</sup> A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 131.

<sup>147</sup> A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 147.

<sup>148</sup> Così A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 197, riferendosi ai casi di affidamento diretto disposti “in luogo” della gara: *in primis*, Cass. 16.2.2022, cit.

<sup>149</sup> Nell’espletamento del test di proporzionalità A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 148 ss., propone di condurre il giudizio su tre livelli: «un “livello zero” in cui manca la concorrenza tra imprese per particolari caratteristiche dell’aggiudicazione»; «le turbative “nella scelta” della gara (...) e, da ultimo, quelle “nell’esecuzione” della gara dovendosi riscontrare delle particolarità non di poco momento nell’interazione tra le due categorie».

<sup>150</sup> A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 198.

relazione alle turbative «“nell’esecuzione” della gara»<sup>151</sup>, l’intervento sanzionatorio non potrebbe dirsi proporzionato nel caso intervenga rispetto all’alterazione di procedure (non già aperte o ristrette, ma) che seguano il metodo negoziato, ove è la stessa pubblica amministrazione che «limita la concorrenza in ragione di esigenze contrapposte»<sup>152</sup>.

Pur ritenendo assolutamente condivisibili, anzi doverosi, gli inviti a una ri-lettura interpretativa della fattispecie di turbativa ispirata all’offensività e alla proporzionalità, non possono tuttavia tacersi i limiti sottesi a soluzioni “di contenimento” fondate su criteri meramente ermeneutici. È evidente infatti come, fintantoché il referente testuale continui a risultare debole sul piano della tipicità, presentando elementi marcatamente elastici ovvero modellati su di una disciplina extrapenale ormai obsoleta, la giurisprudenza continuerà ad avere spazio per la sua operazione di supplenza interpretativa, affermando – da un lato – la centralità della «legalità della legge»<sup>153</sup>, ma perpetuandone – dall’altro – una malcelata violazione.

Ineludibile sembra, dunque, l’esigenza di una «soluzione accentrata che conferisca razionalità al sistema delle turbative»<sup>154</sup>, esigenza che passa necessariamente per una riformulazione della fattispecie idonea a «riport[are] i fatti penalmente rilevanti nell’alveo della tipicità nonché di bilanciamenti costituzionalmente orientati»<sup>155</sup>.

6. La deriva expansionista che ha tradizionalmente caratterizzato i delitti di turbativa, rispetto alla quale solo di recente la giurisprudenza di legittimità ha assunto un atteggiamento di *self restraint*, dimostra a nostro avviso come il profilo rispetto al quale è più urgente un intervento correttivo del legislatore sia quello del richiamo al concetto di “gara pubblica”, operato – esplicitamente o implicitamente – tanto dall’art. 353 quanto dall’art. 353-bis Cp; è proprio quest’ultimo elemento infatti a costituire – come si è visto – la principale matrice di *overbreadth* della fattispecie, in ragione di un referente testuale che si dimostra, nel caso dell’art. 353 Cp, “fossilizzato” su di una normativa extra-penale ormai obsoleta, e, con riferimento all’art. 353-bis Cp, costruito in modo eccessivamente elastico e omnicomprensivo.

Nel prospettare una tale, futuribile, revisione dei delitti di turbativa, di fronte al legislatore – a noi pare – si aprono due fondamentali alternative in ordine alla tecnica

---

<sup>151</sup> V. *supra*, nota n. 149.

<sup>152</sup> A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 169.

<sup>153</sup> V. *supra*, nota n. 84.

<sup>154</sup> A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., 183.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

di formulazione della fattispecie da privilegiare: quella della *normazione casistica*, da un lato, e quella della *normazione sintetica*, dall'altro<sup>156</sup>.

Con la prima opzione intendiamo fare riferimento alla possibilità di mantenere il modello attuale, improntato a un espresso richiamo “tecnico” e «specialistico»<sup>157</sup> alle procedure amministrative rilevanti in chiave penalistica, aggiornando però il novero dei meccanismi di selezione alla vigente disciplina degli appalti pubblici.

In questa prospettiva, immaginando una riformulazione dell'anacronistico rinvio ai «pubblici incanti» e alle «licitazioni private», si pone la questione della scelta in ordine ai procedimenti selettivi da ricomprendere espressamente nell'ambito applicativo delle norme incriminatrici, così da delimitare puntualmente il perimetro operativo di queste ultime. A tal proposito, riprendendo le riflessioni svolte in precedenza in ordine al canone della proporzionalità e guardando al novero delle «procedure di scelta» richiamate all'art. 70 del d.lgs. 36/2023<sup>158</sup>, ci sembrerebbe ragionevole limitare il riferimento testuale alle «procedure aperte» e alle «procedure ristrette», escludendo quindi i modelli di selezione negoziati del «dialogo competitivo», della «procedura competitiva con negoziazione», del «partenariato per l'innovazione», della «procedura negoziata senza pubblicazione del bando». Come già si è avuto modo di sottolineare, infatti, nelle ipotesi da ultimo richiamate la pubblica amministrazione contempla espressamente alcuni limiti al principio della concorrenza, favorendo un dialogo diretto con gli operatori economici più vicino a modelli dello *ius privatorum*<sup>159</sup>.

Un siffatto *restyling* delle fattispecie di turbativa, oltre a dimostrarsi coerente con la scelta originale del codice di attribuire rilievo espresso solo a procedimenti fondamentalmente riconducibili al modello “meccanico”<sup>160</sup>, risulterebbe senza dubbio maggiormente conforme al canone della determinatezza, specie laddove intendesse inserire nella struttura della norma penale un riferimento testuale alle disposizioni del

---

<sup>156</sup> Con riferimento alla differenza tra la tecnica della normazione casistica e quella della normazione sintetica v., nella manualistica recente, D. Petrini, *Principio di determinatezza*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023, 144 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2023, 94, ove si contrappone la «normazione descrittiva» alla «normazione sintetica».

<sup>157</sup> V. *supra*, nota n. 53.

<sup>158</sup> Sul punto v., in chiave di sintesi, M. Traina Duccio, *Art. 70*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, 2023, 378 ss.; R. Dipace, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2024, 175 ss.

<sup>159</sup> V. *supra*, nota n. 152.

<sup>160</sup> O. Di Giovine, *op. cit.*, 812.

vigente codice degli appalti che disciplinano le procedure da ricomprese nel perimetro delle fattispecie<sup>161</sup>, così come – eventualmente – anche di quelle escluse<sup>162</sup>.

D'altro canto, è innegabile come la strada della normazione casistica presenti alcuni profili problematici, essenzialmente connessi all'utilizzo della tecnica del rinvio. Su tutti, il rischio che dietro alla determinatezza testuale del riferimento extra-penale si celi una scarsa accessibilità sul piano sostanziale della fattispecie, specie laddove il legislatore penale volesse limitarsi ad una elencazione degli articoli del codice degli appalti relativi alle procedure rilevanti, così da non rendere immediatamente percepibile l'estensione applicativa della fattispecie. Ancora, una norma così costruita rimarrebbe immancabilmente esposta a quello stesso processo di obsolescenza che ha consumato la capacità denotativa delle attuali disposizioni incriminatrici, richiedendo quindi un costante sforzo di aggiornamento testuale affinché la fattispecie penale "tenga il passo" della retrostante disciplina amministrativa. Infine, non è evidentemente da escludere che la giurisprudenza, anche a fronte dell'avvenuta riformulazione in chiave tassativizzante del richiamo testuale alle singole procedure, operi un "recupero" del previgente assetto ermeneutico estensivo, continuando ad attribuire credito – ad esempio – al test della "gara informale": un atteggiamento di sterilizzazione interpretativa delle novità legislative che, come è noto, non sarebbe inedito per il settore dei reati contro la pubblica amministrazione<sup>163</sup>.

Una seconda opzione di intervento, ispirata al modello della normazione sintetica, è quella volta a prescindere da un richiamo espresso alle procedure di selezione del contraente, e ispirata invece a una descrizione (appunto) di sintesi, attraverso criteri di tipo sostanziale, dei meccanismi di selezione cui attribuire penale rilevanza.

Si tratta di una tecnica di formulazione della norma che, evidentemente, supera alcune delle criticità sottese a un approccio "casistico" (si pensi, in particolare, al rischio di obsolescenza e alla necessità di continuo aggiornamento), ma che impone

---

<sup>161</sup> In questo senso la norma potrebbe essere riformulata nei seguenti termini: «Chiunque, con violenza o minaccia [...] impedisce o turba la gara *nelle procedure di scelta di cui agli artt. 71 e 72, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito [...]».

<sup>162</sup> Così, si potrebbe ipotizzare l'introduzione di un ulteriore periodo, o comma, che specifichi come «La disposizione di cui al precedente comma/al periodo precedente *non si applica in relazione alle procedure di scelta di cui agli artt. 73, 74, 75 e 76, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*».

<sup>163</sup> Si pensi, ad esempio, alle resistenze opposte dalla giurisprudenza rispetto alla ri-perimetrazione della fattispecie di abuso d'ufficio operata dal legislatore con il d.l. 16.7.2020 n. 76, resistenze che hanno portato ad una «parziale ricolloca[zione], non senza incertezze, [de]i confini applicativi dell'art. 323 c.p.», tanto rispetto al mancato richiamo alla violazione dei regolamenti, quanto in relazione all'espresso riferimento a specifiche regole di condotta che non lascino margini di discrezionalità all'agente pubblico: sul punto, per tutti, v. M. Pelissero, *op. cit.*, 616 ss.

allo stesso tempo uno sforzo maggiore nell'individuare i tratti e le caratteristiche "sintetiche" da riportare nel dato letterale, al fine di predeterminare un filtro testuale sufficientemente selettivo.

Uno spunto utile per il futuro legislatore che volesse, in ipotesi, seguire questa opzione di riforma può essere tratto – a nostro avviso – da quella stessa giurisprudenza di legittimità che ha elaborato la teorica della "gara informale".

In questo senso occorre innanzitutto ricordare quanto già si è detto nel paragrafo precedente in ordine alla necessaria valorizzazione del principio di offensività, chiamato evidentemente a operare anche nella dimensione "astratta" della formulazione della norma penale<sup>164</sup>: per i delitti di turbativa, si è detto, risulta imprescindibile una declinazione in senso sostanziale dell'interesse alla concorrenza, inteso anche come accesso degli operatori economici al «libero "gioco" della maggiorazione delle offerte»<sup>165</sup>, nella prospettiva del raggiungimento degli obiettivi della pubblica amministrazione<sup>166</sup>.

Ora, sembra evidente come una tale concezione della concorrenza, letta in funzione strumentale rispetto al "risultato" che l'amministrazione persegue, non venga in considerazione laddove sia la stessa autorità pubblica a intraprendere una procedura selettiva che, limitando proprio quel "gioco" concorrenziale dianzi evocato, la lasci libera di scegliere il proprio contraente secondo una valutazione discrezionale, tipica della contrattazione tra privati. È proprio quindi la dicotomia tra *scelta discrezionale-negoziabile*, da un lato, e *scelta vincolata-meccanica*, dall'altro, che a nostro avviso merita – qui, più che in relazione ad altre fattispecie contro la pubblica amministrazione<sup>167</sup> – di essere valorizzata in chiave di descrizione sintetica del fatto penalmente rilevante.

---

<sup>164</sup> Con riferimento alla distinzione tra offensività in astratto e offensività in concreto, oltre ai contributi già richiamati *supra*, nota n. 138, v. anche C. Fiore, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale al principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, 91 ss., 91 ss.; M. Pelissero, *Fatto tipico e offensività*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale*, cit., 279 ss.; G. Riccardi, *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *IP* 1999, 711 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, in particolare, per la prima elaborazione di siffatta distinzione v. C. cost., 24.7.1995 n. 360, in *CP* 1995, 2820 ss.; C. cost., 11.7.2000 n. 263, in *CP* 2000, 2951 ss.

<sup>165</sup> V. *supra*, nota n. 142.

<sup>166</sup> V. *supra*, nota n. 144.

<sup>167</sup> Il riferimento è, ancora una volta, alla riformulazione della fattispecie di abuso d'ufficio operata con il d.l. 76/2020: in questo senso, in termini critici rispetto al rilievo attribuito alla dicotomia "attività discrezionale versus attività vincolata", v. E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta*, Trento 2022, 265, ad avviso della quale «la via della radicale ma generica distinzione tra attività discrezionale e vincolata, e quindi della limitazione dell'abuso d'ufficio per violazione di legge alla seconda, [...] non [...] sembra molto incoraggiante come soluzione normativa».

Tale dicotomia, come anticipato, non è peraltro nuova nella prassi ermeneutica dei delitti che ci interessano, essendo stata in effetti presa in considerazione dalla giurisprudenza sulla “gara informale” alla quale abbiamo in precedenza fatto riferimento<sup>168</sup>. In questo senso abbiamo già avuto modo di ricordare come i giudici di legittimità abbiano specificato che una «reale e libera competizione tra più concorrenti» difetta laddove «l’Amministrazione rest[i] libera di scegliere il proprio contraente secondo criteri di convenienza e opportunità propri della contrattazione tra privati»<sup>169</sup>. Ci sembra significativo il fatto che tale precisazione si rinvenga già in una delle prime pronunce che hanno inaugurato l’orientamento in parola: si tratta, in particolare, della sentenza “De Simone” del 1998<sup>170</sup>, nella quale peraltro, pur venendo in rilievo un caso ove l’amministrazione aveva inviato una lettera di invito a una pluralità di soggetti la quale prevedeva «alcuni adempimenti formali che dovevano caratterizzare le offerte», «la specializzazione nel settore specifico delle ditte invitate», «un termine perentorio per la presentazione delle offerte», nonché una procedura di valutazione contestuale delle offerte stesse «con redazione del relativo verbale»<sup>171</sup>, è stata comunque esclusa la sussistenza di una “gara” (e dunque l’applicazione dell’art. 353 Cp), posto che la p.a. non risultava meccanicamente vincolata alla selezione del contraente, mantenendo un potere discrezionale di scelta, in sé tipicamente negoziale.

È dunque possibile rinvenire anche nell’orientamento che offre rilievo al test della “gara informale” una capacità selettiva che, se adeguatamente valorizzata alla stregua del canone dell’offensività e nei termini in precedenza enunciati, ben potrebbe essere trasposta – in chiave sintetica – nell’enunciato normativo.

Così, ad esempio, recuperando già sul piano testuale la necessaria presenza di un pericolo concreto per l’interesse protetto, si potrebbe immaginare una riformulazione dell’art. 353 Cp che, *in primis*, contempli una descrizione in positivo dei procedimenti rilevanti per la fattispecie, tale da individuare l’oggetto della condotta nei seguenti termini: «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 [...]». Nell’ottica poi di valorizzare la predetta dicotomia tra scelta discrezionale o vincolata del contraente, si potrebbe successivamente prevedere, in

---

<sup>168</sup> V. *supra*, nota n. 63.

<sup>169</sup> V. *supra*, nota n. 65.

<sup>170</sup> Cass. 30.9.1998, cit.

<sup>171</sup> *Ibidem*.



negativo, una clausola di delimitazione del tipo<sup>172</sup> 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*».

Così tratteggiate le caratteristiche della “gara” la cui turbativa o il cui impedimento integra l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 353 Cp, sembrerebbe infine opportuno estendere tale riferimento alla fattispecie di cui all'art. 353-bis Cp, al fine di superare l'attuale asimmetria descrittiva tra le due ipotesi delittuose. Si potrebbe, in questo senso, interpolare il testo della norma puntualizzando come il «bando o altro atto equipollente» debba essere «*funzionale all'espletamento di una gara ai sensi dell'art. 353, primo comma*».

L'opinione volta a riformulare in chiave sintetica la fattispecie, certamente, comporta il rischio di risolversi in un'opera di mera cosmesi normativa laddove la giurisprudenza dovesse intendere l'intervento legislativo come una semplice “ratifica” dell'orientamento oggi (ancora) ampiamente diffuso della gara “informale”. Di questo orientamento, tuttavia, occorre salvare lo spunto selettivo dato dall'attenzione riservata al binomio “scelta discrezionale *versus* scelta vincolata”, che si candida quale momento di emersione sul piano normativo di una rinnovata lettura sostanziale del concetto di concorrenza, consentanea rispetto all'evoluzione della disciplina amministrativa e significata anche dalla clausola del pericolo concreto.

Resta ad ogni modo ferma l'esigenza che una eventuale, futura, riformulazione delle fattispecie di turbativa, volta a superare l'attuale immobilismo legislativo, sia accompagnata da un approccio ermeneutico-giurisprudenziale che rifugga protagonismi suppletivi e che si impegni – piuttosto – in un'opera di reale *prudentia iuris*<sup>173</sup>, avendo cura di mantenere l'esercizio interpretativo entro il solco della legalità penale. In questo senso, proprio i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità dimostrano come, pur essendo ancora lunga la strada, la via possa considerarsi tracciata.

---

<sup>172</sup> Sulla categoria delle clausole di delimitazione del tipo, per tutti, M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano 2006, 1721 ss.

<sup>173</sup> F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in [ww.sistemapenale.it](http://ww.sistemapenale.it) 26.4.2020, par. 3.

