

Tutela degli incanti: fattispecie a vocazione omnicomprensiva

Nicola Madia*

Ricevuto 23 aprile 2026 – Accettato 13 luglio 2026

Sommario

L'autore esamina i reati posti a protezione delle gare pubbliche, analizzandone i profili critici, anche in relazione a possibili contrasti della disciplina con alcuni principi fondamentali su cui si erge il diritto penale, e dando atto delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza a taluno degli aspetti problematici della materia.

Parole chiave: Gare pubbliche, analogia, divieto, corruzione, differenze, discrezionalità amministrativa

The microcosm safeguarding public tenders in the era of pan-penalism: a paradigmatic example of 'no-limits' criminal law

Abstract

The author examines the offences designed to protect public tenders, analysing their critical aspects – including in relation to possible conflicts between the legislation and certain fundamental principles underpinning criminal law – and acknowledging the solutions offered by case law to some of the problematic aspects of the subject.

* Università degli studi di Roma-Tor Vergata. nicola.madia@uniroma2.it.

De Iustitia et Iure (ISSNe 3103-2761), 1/2026
DOI: 10.3280/ius2026oa22639

Keywords: Public tenders, analogy, prohibition, corruption, differences, administrative discretion

1. Lo scopo della tutela delle gare pubbliche

La tutela della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche ha da sempre beneficiato di attenzione nel diritto positivo. La predisposizione sin nell'assetto originale del codice attualmente in vigore di un apposito apparato repressivo per gli illeciti commessi negli incanti – formato dal binomio composto dal delitto di turbativa d'asta di cui a CP 353 e da quello di astensione dagli incanti di cui a CP 354 –, insieme alla presenza di fattispecie analoghe nel codice Zanardelli e, ancora più indietro nel tempo, in taluni codici preunitari, segnalano la persistente attenzione del legislatore alla cura di questo determinato settore di operatività dei pubblici poteri.

Attenzione che si è poi nuovamente manifestata, dimostrando la sua perdurante esistenza, per il tramite dell'intervento novellatore, dovuto alla L 136/2010, con cui è stato bruscamente inasprito il carico sanzionatorio collegato al delitto di turbativa d'asta – se prima era stabilita una pena detentiva non superiore a due anni di reclusione, ora risulta delineata una nuova cornice edittale che prevede la reclusione da sei mesi fino cinque anni – ed è stato introdotto il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta di cui al nuovo CP 353-bis.

La particolare considerazione riservata alla salvaguardia degli incanti in epoche anche diverse non può che collegarsi alla funzione assegnata dall'ordinamento ai processi di individuazione dei contraenti con la pubblica amministrazione.

Il legislatore ha reputato meritevoli di una specifica guarentigia le gare pubbliche in quanto tali procedure, e il principio di libera concorrenza che le impernia, si atteggiano a meccanismi strumentali ad assicurare ai pubblici poteri una contrattazione giusta e vantaggiosa, di talché la loro protezione si rifrange direttamente sul perseguimento del fondamentale interesse a una corretta allocazione delle risorse dello Stato.

D'altro canto, se nell'*humus* culturale che ha fatto da sfondo alla genesi del codice Rocco, in cui imperava un'idea pervasiva dello Stato nella vita economica e in cui, quindi, il concorso del privato alla gestione delle pubbliche ricchezze era giudicato di scarsa importanza – e da ciò la benevola cornice edittale in principio disegnata per la violazione di CP 353 –, nell'era contemporanea balza ancora più evidente la dignità attribuita dall'ordina-

mento giuridico al ruolo dei procedimenti in questione e al principio di libertà di concorrenza su cui i medesimi si fondano.

Infatti, il legislatore, anche in adempimento a obblighi di origine comunitaria (e questo a riprova della funzione strategica riconosciuta alla libertà di concorrenza financo a livello sovranazionale) e al culmine di un processo di riforma della materia le cui tracce erano già visibili in altri precedenti interventi normativi, ha “rotto qualsiasi indugio”, aumentando a dismisura, mediante il varo dei diversi Codici degli appalti, i casi in cui alla pubblica amministrazione viene precluso di affidare le proprie commesse in via diretta, senza avvalersi di sistemi di selezione delle offerte scanditi da regole predefinite volte a garantire che l’aggiudicazione del contratto sia la risultante di una sana e libera competizione tra le parti.

Insomma, se lo scopo ultimo, implicito alle gare pubbliche, è quello di consentire una gestione efficace e produttiva delle finanze della comunità, allora si intuisce agevolmente la *ratio* istitutiva del microcosmo normativo oggetto della nostra ricerca e la progressiva rilevanza ascrivita al medesimo anche in sede applicativa.

Tra l’altro, il disvalore delle condotte indirizzate a turbare la regolarità delle procedure è acuita dai riverberi negativi che le stesse producono sulla legittima aspettativa di tutti i partecipanti a un’equa valutazione delle rispettive offerte.

Pur trattandosi di un interesse coinvolto solo indirettamente e di riflesso nelle fattispecie in esame – le quali sono pensate e calibrate su profili di danno di natura prettamente pubblicistica, mirando a tutelare la libera concorrenza in funzione del buon andamento dei pubblici poteri – non si può certo trascurare l’importanza che la libera concorrenza finisce per assumere anche in una prospettiva più ampia, tendente al corretto svolgimento di una libertà di iniziativa economica che ormai si esplica in un contesto globalizzato in cui la dimensione quantitativa delle risorse pubbliche investite assorbe quote di mercato talmente elevate da annacquare la distinzione tra l’aspirazione dei pubblici poteri a un loro efficiente impiego e quella dei privati a una loro distribuzione sulla base di ferree logiche concorsuali.

L’attività economica pubblica e quella privata, in definitiva, non appaiono più due mondi contrapposti, essendo giunte a condividere, viceversa, le medesime finalità e, per questo, a uniformare entrambe il proprio *modus operandi* alle regole della libera concorrenza¹. Si comprende pertanto ancora

¹ Morone (2021) p. 18 ha sottolineato l’impatto sull’economia pubblica che le turbative possono determinare.

meglio la sempre più marcata centralità acquisita dalla tutela della regolarità delle gare pubbliche agli occhi del legislatore.

2. Le fattispecie a tutela degli incanti quali strumenti di “lotta” al fenomeno corruzione

Le fattispecie incriminatrici preposte alla protezione della regolarità delle procedure selettive a cui la pubblica amministrazione ricorre per individuare le proprie controparti contrattuali, oggetto di scarsa applicazione sino a qualche anno fa, sono state riscoperte.

La tendenza si connette all’onda repressiva che investe il fenomeno (lamentevolmente inteso) della corruzione e di quei “tipi d’autore” del “corrotto” e “del corrotto”².

Effettivamente, a causa delle dilaganti potenzialità espansive congenite a moduli legali costruiti in guisa da favorire e ispirare sovraesposizioni esegetiche oltre il reticolato della tipicità e della prevedibilità, queste fattispecie si sono rivelate utili strumenti di “combattimento” avverso qualsiasi irregolarità consumata all’interno delle procedure selettive indette dai pubblici poteri.

In questo senso, il ripreso vigore di tali modelli precettivi ha lasciato affiorare una serie di aspetti critici che li circondano.

Innanzitutto, come si vedrà di qui a poco, in ragione della stessa morfologia astratta di queste fattispecie, congegnata in termini vaghi e onnicomprensivi, è emersa la loro intrinseca capacità onnivora.

D’altronde, atteso il terreno operativo su cui sono state trascinate nella prassi, la loro area d’incidenza è stata ulteriormente incrementata in contrasto col divieto d’analogia *in malam partem*.

3. Tecniche di contenimento di una tipicità a maglie larghe

Le fattispecie poste a tutela delle gare pubbliche sono dunque andate incontro ad una crescente applicazione che ne ha lasciato emergere anche gli aspetti problematici.

Questo fenomeno d’espansione applicativa è stato favorito in primo luogo dalla presenza dell’«evento-turbamento» nel costruito delle fattispecie legali.

² Su questo tema, in generale, Manes (2018a).

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

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

La genericità del dato linguistico rende dunque di per sé difficoltosa la ricerca dell'ambito denotativo delle disposizioni, confermando come, sotto quest'aspetto, la tecnica di redazione normativa utilizzata consenta al giudice, in un più che sospetto contrasto coi principi di precisione e/o determinatezza della fattispecie, nonché di prevedibilità, in senso convenzionale, della legge penale, di ampliarne a dismisura e in modo incontrollabile lo spazio applicativo: la vaghezza del termine «turbamento» si traduce, insomma, nella vaghezza dell'enunciato prescrittivo. Tale vaghezza, a sua volta, come già notato in dottrina, apre la strada a un fenomeno di sovraestensione del tipo legale (c.d. "overbreadth")³.

Il termine «turbamento» presenta un significato neutro e polivalente, con contorni talmente labili da rendere sostanzialmente imprecisabile la gamma dei casi annoverabili nello schema qualificativo della norma⁴. Parliamo, infatti, di un lemma indeterminato anche nel linguaggio corrente che, come tale, non consente di percepire con sufficiente chiarezza il concetto espresso, delegando all'interprete l'opera di concretizzazione del suo contenuto.

La tendenza espansiva delle fattispecie in disamina risulta accentuata dal ricorso anche alla clausola di chiusura dell'elenco delle condotte incriminate degli «altri mezzi fraudolenti»⁵.

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

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

³ Manes (2018) b pp. 1143 ss.

⁴ Venturati (2002) p. 307.

⁵ Si sofferma sulla problematica, Santangelo (2023) pp. 106 ss.

Non è dato comprendere con immediatezza, in effetti, quali comportamenti scorretti assumano rilievo penale. Non si capisce, in particolare, se debba essere colpito qualsiasi sotterfugio o mezzo sleale e subdolo per il cui tramite venga penalizzato un offerente a vantaggio di un altro, come nel caso, ad esempio, di contestazioni d'irregolarità semplicemente formali da parte di un occhiuto e zelante, quanto interessato, preposto agli incanti.

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

L'assenza di un *genus* indicato dal legislatore al quale comparare «gli altri mezzi fraudolenti» provoca, quindi, l'insorgenza di fattispecie ad analogia espressa⁶, il cui campo applicativo finisce per essere viepiù rimesso alla discrezionalità dell'interprete. Per tentare di sopperire dunque alla patologica *vis attractiva* delle fattispecie a tutela degli incanti è necessario svolgere un complesso lavoro che, rivolgendo lo sguardo al bene giuridico tutelato e alla *ratio* della norma, riesca a spazzare via quell'alone d'incertezza che grava sul significato penalistico delle espressioni linguistiche utilizzate.

E questo tenendo presente che le fattispecie in analisi proteggono la libera concorrenza in funzione, però, del perseguimento del buon andamento della pubblica amministrazione⁷, con la conseguenza che la lesione del bene protetto non è suscettibile d'ingenerare un'offesa penalmente rilevante laddove non si correli ad un reale pericolo per lo scopo finale perseguito, ovvero l'interesse dei pubblici poteri al reclutamento della migliore controparte contrattuale⁸. Il discorso vale tanto più adesso, giacché il nuovo Codice degli appalti, contenuto nel DLGS 36/2023, ha consacrato il principio del “risultato” a *caveat* di base delle procedure di gara, nel senso che le regole della concorrenza devono essere intese in senso funzionale al perseguimento del buon andamento dell'attività amministrativa: «contemperando la concorrenza e l'efficienza della spesa pubblica»⁹.

La corretta valorizzazione del nucleo assiologico su cui si fondano le incriminazioni dovrebbe portare, pur a fronte di condotte suscettibili di minare l'ordinato svolgimento della procedura d'assegnazione di una commessa pubblica, ad escludere le stigmate e i tratti distintivi di un illecito nei casi di esclusivo perseguimento del pubblico interesse a che l'affidamento avvenga

⁶ Così, testualmente, Manes (2018b) p. 20.

⁷ Si è espressa in senso analogo, Santangelo (2023) p. 35.

⁸ Così, Madia (2012) pp. 26 ss.

⁹ Santangelo (2023) p. 37.

in favore dell'operatore economico munito delle esperienze e delle competenze confacenti alla proficua soddisfazione dell'ente appaltante.

Insomma, facendo leva sui profili contenutistici delle fattispecie è possibile arginare le esondazioni applicative derivanti da testi legislativi costruiti a maglie larghe, evitando il rischio di colpire qualsiasi irregolarità interna alla procedura sfornita dell'attitudine d'incidere sugli interessi protetti dalla norma.

In quest'ambito, infatti, la libertà di concorrenza risulta mediata da una disciplina amministrativa che le imprime una fisionomia peculiare, non tanto come tutela del diritto di ogni operatore economico di accedere al mercato, quanto, più propriamente, come processo di formazione dell'offerta più vantaggiosa per la pubblica amministrazione. All'interno della fattispecie si individuano, quindi, un "bene strumentale" e una "finalità particolare": la tutela della libertà di concorrenza si legittima in vista dello scopo di perseguire il buon andamento della pubblica amministrazione, inteso, quest'ultimo, nel contesto in analisi, come aspirazione dei pubblici poteri a stipulare contratti a condizioni vantaggiose e convenienti in rapporto alle loro specifiche esigenze e prospettive operative.

Non sussiste, in definitiva, un interesse fine a sé stesso a garantire la regolarità e la trasparenza della gara, essendo la tutela della mera disciplina formale dell'asta non il bene tutelato dall'addentellato normativo in analisi, ma un presidio per la libera concorrenza strumentale al perseguimento dell'interesse della stazione appaltante.

Dunque, la misura della *vis attractiva* del precetto formale deve essere contenuta attribuendo il giusto rilievo al precetto sostanziale e negando la turbativa in assenza di una lesione, anche potenziale, agli scopi economici dei pubblici poteri, dovendosi comunque guardare alla realizzazione delle condizioni per la migliore soddisfazione delle loro esigenze utilitaristiche.

4. Fattispecie soggette a libere interpretazioni *in malam partem*

Altro elemento contemplato in CP 353 ss. che ha funzionato da grimaldello utile per allargare l'area d'incidenza di questo comparto è costituito dalla nozione di «gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni».

In questo caso, il legislatore ha impiegato una terminologia puntuale e precisa, pienamente rispettosa del principio di determinatezza nel descrivere l'oggetto materiale del reato.

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

Nella prassi si è in effetti inclini a ricondurre sotto il dominio di CP 353 e di CP 354 – per quanto concerne CP 353-*bis* il discorso è diverso come si vedrà – anche meccanismi selettivi “diversi” dai pubblici incanti (nel Codice degli appalti ribattezzati procedure aperte) e dalle licitazioni private (nel Codice degli appalti ribattezzate procedure ristrette), quali la trattativa privata (nel Codice degli appalti ribattezzata procedura negoziata) e l'appalto – concorso (nel Codice degli appalti ribattezzato dialogo competitivo).

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

Per questo, la giurisprudenza penalistica, per non rassegnarsi ad ammettere un sostanziale scollamento tra la prassi amministrativa e le fattispecie poste a presidio degli incanti, con la conseguente inapplicabilità delle stesse a situazioni sempre più ricorrenti, ha costantemente affermato che queste procedure, benché non espressamente indicate nello schema qualificativo delle disposizioni in discussione, ove precedute da una qualche forma di competizione per selezionare i soggetti con cui avviare le contrattazioni (definita, con terminologia varia, «gara ufficiosa», «informale», «esplorativa», «di sondaggio», «privata» o di «consultazione»), godessero comunque della tutela apprestata da CP 353 e da CP 354 ai pubblici incanti e alle licitazioni private¹⁰.

Come accennato, l'esegesi incline a comprendere nell'alveo delle disposizioni in esame gli arbitri commessi in occasione di procedimenti sprovvisti di un riferimento esplicito nei testi normativi, lungi dal mantenersi entro i limiti di una lettura estensiva delle fattispecie, rispettosa del canone della legalità, sconfinava nel campo dell'analogia¹¹.

¹⁰ In argomento, ci sia ancora consentito il rinvio a Madia (2012) pp. 321 ss.

¹¹ Analizza la questione, Santangelo (2023) pp. 58 ss.

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

D'altronde, le nozioni di «pubblici incanti» e di «licitazioni private» sono dotate soltanto di un significato tecnico, per giunta preciso e limitato, insuscettibile, quindi, di riformulazioni finalizzate a comprendere al loro interno altre procedure, a loro volta definite con una terminologia specialistica puntuale, che non si presta a essere confusa in un magma concettuale indistinto. I compilatori hanno chiaramente circoscritto il perimetro della tutela penale solo ad alcuni dei meccanismi di cui si può avvalere la pubblica amministrazione per individuare le proprie controparti contrattuali, estromettendo, con formule inequivocabili, gli altri.

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

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

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

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

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

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

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

È vero che la legge non deve essere interpretata in base alla volontà storicamente data del legislatore che ha formulato la disposizione, bensì avendo riguardo alla sua volontà "oggettiva", affrancata dal suo autore, così come la stessa si è obiettivizzata nel precetto normativo¹².

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

Tuttavia, questo discorso cede o vede attenuata la sua efficacia persuasiva laddove, all'epoca di emanazione di una norma incriminatrice, un certo

¹² Così, Gizzi (2008) p. 189.

fenomeno o una certa materia – come avvenuto nel caso di specie – potevano essere perfettamente noti al legislatore, di talché il non averli presi in considerazione nel contesto di fattispecie espressamente ed esclusivamente deputate a regolare situazioni in qualche modo assimilabili, ma diverse, è indice di una possibile volontà dei compilatori che non può essere trascurata.

Su un piano sistematico, poi, occorre considerare che il testo di CP 353-bis, introdotto con la L 136/2010, contrariamente a quello di CP 353 e CP 354, consente di applicare questa disposizione agli abusi consumati nelle procedure di redazione dei bandi o di altri atti equipollenti che precedono “qualsiasi” tipo di meccanismo selettivo dei contraenti con la pubblica amministrazione, proprio perché non restringe il suo raggio d’azione agli illeciti commessi nella fase di preparazione di bandi che precedono un pubblico incanto o una licitazione privata. In CP 353-bis si menziona genericamente il «procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente», segno evidente che quando il legislatore ha inteso proteggere anche sistemi diversi dai pubblici incanti e dalle licitazioni private ha utilizzato una terminologia onnivora e omnicomprensiva.

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

In Germania, il § 298 dello “Strafgesetzbuch”, inserito nel titolo ventiseiesimo, tra i reati contro la libera concorrenza (“freier Wettbewerb”), rubricato «Accordi restrittivi della concorrenza nelle gare d’appalto», ha apportato una generale tutela alle aste, siano esse licitazioni private, pubblici incanti, appalti-concorso o trattative private precedute da gare soggette a regole predeterminate e siano esse organizzate da un soggetto pubblico o privato. Il legislatore tedesco parla, infatti, in generale, di “gare d’appalto”, utilizzando il generico termine «Ausschreibungen»¹³, indizio ulteriore che quando si è inteso confezionare un precetto a vocazione omnicomprensiva lo si è forgiato scevro da riferimenti tecnici a specifiche procedure selettive.

In definitiva, l’indirizzo esposto, invocando considerazioni di natura teleologica per ampliare l’orizzonte applicativo delle ipotesi di reato in analisi, travalica palesemente i limiti indicati dalla lettera della legge. La stretta osservanza del principio di legalità preclude all’interprete di abbandonare quel lido sicuro rappresentato dal reticolato della norma incriminatrice e dal suo significato semantico, per avventurarsi in mare aperto alla ricerca di profili

¹³ In argomento, Otto (2020) p. 325.

in grado di denotare il disvalore dell'illecito oltre la circonferenza che conclude la stessa fattispecie astratta.

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

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

Dovrà essere il legislatore a colmare zone franche, magari adeguando, anche sul piano nominalistico, come auspicato in dottrina¹⁴, il contenuto e l'estensione delle fattispecie a tutela delle gare alle tipologie di procedure oggi enucleate nel Codice degli appalti pubblici.

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

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

E questo, anche laddove il turbamento sia illegittimamente volto proprio a impedire la gara, magari attraverso l'artificioso frazionamento dei lavori da assegnare onde evitare il superamento della soglia comunitaria che obbliga al ricorso alla procedura competitiva.

Infatti, hanno annotato i Supremi giudici, risolvendo un contrasto interno alla stessa sesta sezione e mostrando questa volta particolare sensibilità verso il rispetto del canone della tassatività, il legislatore, quando in CP 353-*bis* ha parlato di «bando o altro equipollente», non può che essersi riferito alla

¹⁴ Santangelo (2023) p. 5.

manipolazione di procedimenti di redazione di atti da cui si dipana un congegno fondato su logiche “agonistiche”¹⁵.

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

5. L’opera di contenimento che esclude le turbative nei concorsi pubblici

In controtendenza rispetto alla deriva espansionistica illustrata in precedenza in relazione all’inclusione nell’area d’incidenza della tutela penale degli incanti di procedure diverse da quelle espressamente protette, la giurisprudenza di legittimità ha prontamente arginato indirizzi emersi a livello d’indagini giudiziarie volti a perseguire irregolarità commesse nell’ambito di concorsi per il reclutamento, soprattutto, di personale universitario.

Rispetto a tale allargamento del raggio d’azione del precetto, in dottrina si è parlato di un: «(...) caso [che] neanche evoca una vera cripto-analogia. Prima dell’analogia vengono infatti le interpretazioni sbagliate»¹⁶.

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

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

Il legislatore ha menzionato unicamente le “gare pubbliche”, ovvero le procedure di cui si avvale la pubblica amministrazione per cedere un bene ovvero affidare all’esterno l’esecuzione di un’opera o la gestione di un

¹⁵ Cass. Pen. Sez. VI 5536/2022.

¹⁶ Donini (2020) p. 6.

servizio. Si tratta, come già osservato, di nozioni tecniche, provviste, pertanto, di un significato unico e infungibile, reperibile esclusivamente nella normativa di settore e, in particolare, nei RRDD 2440/1923 e 827/1924, nonché nel nuovo Codice degli appalti di cui al DLGS 36/2023.

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

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

I concorsi per il reclutamento di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni danno luogo a *iter* completamente diversi, che non possono essere assimilati ai pubblici incanti e alle licitazioni private, venendo quindi inquadrati in quest’ambito punitivo soltanto al prezzo di un’autentica “slabbratura” delle maglie del diritto penale, in antitesi ai limiti segnati dalla lettera della legge.

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

Del resto, come si è già segnalato in dottrina: «Il sistema dei reati contro la pubblica amministrazione ha sempre distinto tra la scelta delle persone e la valutazione delle cose: eventuali alterazioni o violazioni da parte di commissioni di concorso rilevano ex art. 323 c.p., salve ipotesi di corruzione etc.»¹⁷.

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

Quando il legislatore ha inteso infatti ricomprendere nello spettro applicativo di queste fattispecie i concorsi per l’accesso a impieghi pubblici lo ha dichiarato in via espressa, come è avvenuto in Portogallo. In questo sistema, perlomeno secondo la dottrina maggioritaria, CP 230, rubricato «Turbativa di vendita all’incanto» e collocato nel Libro II, Titolo II, dedicato ai delitti

¹⁷ Donini (2020) p. 6.

contro il patrimonio, Capo IV, al cui interno risultano inseriti i delitti contro i diritti patrimoniali, tutela, esplicitamente e a dimostrazione dell'eterogeneità delle procedure citate, l'aggiudicazione giudiziale o di altra pubblica vendita all'incanto autorizzata o imposta dalla legge nonché di ogni altro concorso regolato dal diritto pubblico.

Come premesso, la Cassazione ha ormai aderito a tale lettura garantista del sistema, affermando che non sono configurabili i reati in questione nel caso di procedura di concorso pubblico in quanto l'*iter* di valutazione comparativa tra i candidati a tal fine prevista non è preordinata all'individuazione di un "contraente" per cessione di beni né all'affidamento all'esterno dell'esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio¹⁸.

Si è in particolare osservato come i delitti in disamina, nel riferirsi testualmente a nozioni tecniche dal significato infungibile, circoscrivano la tutela alle sole procedure finalizzate alla cessione di beni o all'affidamento all'esterno dell'esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio e non ai concorsi per il reclutamento del personale pubblico.

In questa prospettiva, si è aggiunto, all'indicata estensione applicativa osta il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale e il divieto di analogia ad essi connesso.

Invero, a differenza della ricomprensione nel concetto di "gare pubbliche e licitazioni private" delle competizioni informali, ammessa dalla giurisprudenza di legittimità sul presupposto che è la previsione di un meccanismo selettivo competitivo delle offerte a qualificare come gara la procedura d'individuazione del contraente attivata da una pubblica amministrazione, l'applicazione delle disposizioni incriminatrici in esame a procedure che non concernono l'acquisizione di beni e servizi da parte dei pubblici poteri eccede in modo evidente l'ambito dei significati attribuibili alla nozione "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni" utilizzato dal legislatore nella fattispecie incriminatrice.

6. Il concetto di "pubbliche amministrazioni"

Con il sintagma "gara per conto di pubbliche amministrazioni" il legislatore si è riferito alle procedure selettive indette dallo Stato, nelle sue articolazioni centrali e periferiche, e dagli altri enti pubblici.

Nell'attuale fase storica sono emerse "nuove" tipologie di persone giuridiche in campo amministrativo, le cui caratteristiche intrinseche e il cui

¹⁸ Tra le altre, Cass. Pen. Sez. VI 21104/2024.

nomen iuris sono suscettibili d'ingenerare dubbi in ordine alla riconducibilità delle turbative nelle gare svolte per loro conto all'interno dello spazio applicativo di CP 353, 1 e di CP 353-*bis*.

Nel DLGS 36/2023 figurano le nozioni di «organismo di diritto pubblico» e di «impresa pubblica».

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

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

Poiché sia gli organismi di diritto pubblico sia le imprese pubbliche sono soggetti di diritto privato, formalmente estranei ai pubblici apparati, le irregolarità commesse nelle procedure di assegnazione degli appalti eseguite per conto di queste entità non possono ricadere sotto l'egida repressiva di CP 353, 1 e di CP 353-*bis*.

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

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

È vero che la Cassazione, pronunciandosi in ordine ai limiti operativi del delitto di malversazione a danno dello Stato di cui a CP 316-*bis*, ovvero in ordine all'estensione della nozione di «ente pubblico» di cui a CP 640, 2, n. 1, ovvero in ordine alla stessa nozione di pubbliche amministrazioni enucleata in CP 353, ha ritenuto d'includere i finanziamenti accordati dagli organismi di diritto pubblico e dalle imprese pubbliche nella categoria degli ausili economici rilevanti ai fini del delitto di cui a CP 316-*bis*¹⁹, così come di ascrivere queste entità alla nozione di «ente pubblico» effigiata in CP 640,

¹⁹ Cass. Pen. Sez. VI 40830/2010.

2, n. 1²⁰, e di “pubbliche amministrazioni” contemplata in CP 353, 1²¹. Ma è altrettanto vero che tale interpretazione è stata sposata in base ad un’accezione “sostanziale” di pubblica amministrazione per la cui integrazione è sufficiente verificare, al di là della veste formale pubblica o privata di un soggetto collettivo e analogamente a quanto avviene in materia di qualifiche soggettive, i tratti caratteristici della sua “mission” statutaria, ovvero, più propriamente, la finalità di rilevanza generale che eventualmente la contraddistingue.

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

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

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

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

In questo senso, l’organismo di diritto pubblico e l’impresa pubblica, ancorché siano formazioni orientate all’appagamento di interessi collettivi, non sono inquadrabili all’interno del concetto di pubblica amministrazione a cui fanno rinvio CP 353, 1, e CP 353-bis. Queste disposizioni prendono in considerazione un “soggetto complesso” – la pubblica amministrazione – e non “attività” – come le norme che definiscono le qualifiche pubblicistiche –, con l’effetto che, onde stabilire la ricorrenza di una struttura facente parte dei pubblici apparati, a nulla rileva individuare la finalità di interesse collettivo delle funzioni svolte, quanto, piuttosto, la sua soggettività pubblica o privata.

²⁰ Cass. Pen. Sez. II 17889/2015, 14 aprile 2015.

²¹ Cass. Pen. Sez. VI 11366/2020.

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

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

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

Qui, il principio di legalità sbarra il passo all’ammissibilità di qualsiasi ipotesi di “analogia indiretta”, derivante dall’ingresso nel sistema penale di una terminologia tecnica emersa in parti dell’ordinamento dove risulta consentita simile metodologia interpretativa.

Da quanto argomentato discende che le turbative delle gare indette da queste entità giuridiche private potranno ricadere “unicamente” nel più benevolo ambito precettivo di CP 353, 3, laddove ne ricorrano le condizioni ivi stabilite, ovvero che si tratti di licitazioni private per conto di privati dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata²².

Onde verificare la ricorrenza di tali condizioni, occorre tenere presente che si è al cospetto di un’attività disciplinata da norme di diritto pubblico, giacché agli organismi di diritto pubblico e alle imprese pubbliche (perlomeno nei settori dove queste ultime sono titolari di diritti speciali o di esclusiva), in quanto erogatori di pubblici servizi essenziali, è imposto l’obbligo

²² Analogamente, Consulich (2024) p. 655.

di osservare minuziose procedure pubblicistiche nella ricerca del contraente, allo scopo di perseguire il superiore interesse alla stipula di un contratto alle condizioni migliori e più vantaggiose.

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

In quest'ottica, premesso che colui il quale dirige questo tipo di gare, operando al servizio di un soggetto privato, non coopera in alcun modo alla formazione e alla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione, bisognerà vedere se egli sia dotato di poteri autoritativi e/o certificativi, in relazione, ad esempio, alla predisposizione delle modalità di svolgimento del procedimento, alla verifica della sussistenza dei requisiti richiesti dal bando, alla decisione circa gli offerenti da ammettere *et similia*.

7. Rapporti con la corruzione

Attraverso l'evocazione di "doni" e "promesse", CP 353 e CP 353-bis sembrano contemplare condotte assimilabili a quelle necessarie ad integrare il paradigma corruttivo, in particolare modo allorché il destinatario dell'utilità sia il preposto alla gara.

Insomma, la struttura a maglie decisamente larghe di questo microcosmo normativo ingenera anche il rischio di sovrapposizioni con le fattispecie di corruzione capace di privare di spazio operativo autonomo le singole fattispecie in disamina, tutte le volte in cui (e sono la maggior parte) il vantaggio venga dato o promesso a un addetto alla procedura che, operando in un ambito regolato da norme di diritto pubblico, assume una qualifica pubblicistica.

Onde evitare, quindi, di dovere ammettere il sostanziale evaporarsi della tutela penale degli incanti nel ben più severo paradigma corruttivo, occorre un'attenta *actio finium regundorum* che accerti il reale significato dei termini "doni" e "promesse" all'interno delle fattispecie di turbativa d'asta.

Esaminando a fondo il significato di tali sostantivi anche alla luce del costruito linguistico in cui si trovano inseriti si scopre che gli stessi, all'interno di CP 353 ss., definiscono una situazione dalle sfumature, anche di

natura psicologica, peculiari, insuscettibile di essere ricondotta alla trama di altri moduli astratti e segnatamente a quello della corruzione.

In CP 353 ss., a differenza di quel che accade nella corruzione, i doni e le promesse non assumono il carattere di corrispettivo per il compimento dell'atto oggetto del *pactum sceleris*.

Qui, infatti, il legislatore non ha preteso che i doni e le promesse si connotino come una retribuzione in vista di una controprestazione. D'altronde, il termine "dono", dal punto di vista strettamente lessicale e contrariamente al denaro o ad altri tipi di utilità, denota un atto di conferire ad altri un *quid* spontaneamente e senza un ritorno. Mentre la consegna di denaro o di altra utilità – prevista nelle ipotesi di corruzione – allude immediatamente all'idea di retribuzione, ovvero di un'attività di scambio tesa a compensare qualcuno per un servizio, sottintendendo quindi un legame diretto, logico, funzionale e teleologico tra dazione e beneficio ricevuto, l'offerta di doni non possiede questa valenza semantica. Ed invero, in CP 353 ss. non si ritrovano quelle formule linguistiche – "per" omettere, "per" ritardare, "per" compiere – che nella corruzione esplicitano la necessaria sussistenza di un nesso teleologico forte tra due prestazioni.

Pertanto, la relazione tra dono, promessa e turbamento non può essere ricondotta al paradigma del sinallagma, dovendo, piuttosto, essere fondata sulla "connessione causale" della condotta rispetto alla manipolazione della gara; connessione desumibile dal sintagma «con doni, promesse... turba etc.» che, presente nel dettato legislativo, salda esclusivamente sul piano etilogico, e quindi solo oggettivamente, i due momenti della vicenda. La presentazione di un significativo dono effettuata a un preposto alla gara in occasione di una ricorrenza (per esempio un compleanno), finalizzata, però, ad attirarsene i favori in vista di un pubblico incanto, laddove si appuri che colui il quale ha ricevuto la regalia, pur non avendo "contratto" alcun impegno, si sia effettivamente lasciato suggestionare da tale gesto, integrerà una fattispecie riconducibile all'alveo di tipicità della turbativa d'asta. E questo, ancorché la dazione sia apparentemente disinteressata e non sia stata preceduta dalla conclusione di un accordo appositamente rivolto a stabilire un preciso nesso di strumentalità con l'atto illecito. Il dono, proprio perché costituisce un mero gesto di liberalità, per sua stessa natura non può essere immediatamente finalizzato a conseguire un profitto, a mercificare un altrui *facere*.

Il reato di cui a CP 353 e quello di cui a CP 353-bis, dunque, al contrario della corruzione, si caratterizzano, *in parte qua*, non tanto per la presenza di un rapporto di scambio, quanto, più propriamente, per la presenza di tre elementi posti in ordine sequenziale tra loro: una condotta attiva dell'agente/donante, una catena causale in movimento verso un determinato accadimento

e, infine, l'evento-turbamento. In definitiva, non è la costituzione di un compiuto sinallagma a segnare l'esistenza del delitto di turbativa d'asta quanto, più esattamente, l'innescio di un meccanismo causale tra la dazione del dono o l'esternazione della promessa e l'alterazione della procedura selettiva. Pertanto, soltanto ai fini dell'integrazione della corruzione il giudice deve rinvenire, al di là di ogni ragionevole dubbio, non soltanto una dazione o una promessa di denaro e un atto del pubblico ufficiale, ma anche, e soprattutto, un nesso intenso, incardinato sulla logica del *do ut des*, tra prestazione del privato e controprestazione del pubblico agente.

Segno ulteriore di tale fenomeno è la scelta di punire unicamente il donante o il promittente e non anche, come avviene nella corruzione, colui il quale turba la gara a seguito delle utilità erogate o annunciate, il quale, non essendo "parte attiva" della conclusione di un *pactum sceleris*, ma solo "passivo" percettore di "blandizie", ove ne ricorrano i presupposti, potrà essere perseguibili esclusivamente a titolo di concorso di persone nel reato ai sensi di CP 110.

8. Il significato dei termini collusioni e promesse

Quel che è certo è che le collusioni, nonostante l'intrinseca fluidità del termine, idonea a conferire viepiù una conformazione sfuggente alle fattispecie in disamina²³, non alludono a qualsiasi tipo d'intesa avente ad oggetto una gara pubblica, non potendo attrarre nella morsa del diritto penale mere conversazioni, suggerimenti o consigli tra persone a qualunque titolo coinvolte nella procedura²⁴.

Con questo termine, sul piano strettamente semantico, si definiscono piuttosto quegli accordi con la parte avversa volti alla conclusione di un accordo "occulto" e "fraudolento". In ciò si distinguono dalle promesse "accettate", che, invece, implicano una risoluzione ad agire come conseguenza dell'iniziativa di un altro individuo, il quale, per il tramite di influenze e interferenze di sua esclusiva provenienza, tende a esercitare una forma di condizionamento psicologico. Inoltre, mentre le promesse prevedono solo l'apporto di utilità in favore di chi le riceve (ricordiamo che qui le promesse non si collocano all'interno di un sinallagma), le collusioni, proprio perché sottendono la partecipazione di una pluralità di soggetti in posizione paritaria, hanno ad

²³ Sul punto, Santangelo (2023) pp. 96 ss.

²⁴ Esattamente in questi termini, Bisceglia (2022) p. 2218.

oggetto non solo mutui benefici ma altresì l'insorgenza di reciproche obbligazioni.

La promessa non va poi confusa con la semplice proposta. Con quest'ultima il soggetto, lungi dal prospettare l'apporto unilaterale di una futura utilità, propone ad altri la stipula di un accordo – eventualmente collusivo – che include il vicendevole scambio di favori.

Se l'intesa, pur avente un oggetto illecito (l'alterazione di una procedura di gara), non è clandestina – magari perché, come realmente accaduto, pubblicizzata sulla stampa²⁵ –, allora non si inverano i presupposti del reato, mancando uno dei connotati idonei a distinguere un "normale" accordo *contra legem* da una collusione.

Tali osservazioni rilevano per misurare anche entro quali limiti possano rientrare nella nozione di "collusioni" i "patti limitativi della concorrenza", che non possono essere automaticamente ritenuti assimilabili ad accordi collusivi. Per accertare la ricorrenza d'intese collusive occorrerà verificare: i) se si sia trattato o meno di accordi stipulati in guisa da restare clandestini: si pensi a quelle imprese che, ai sensi di 13 L 287/1990, decidano di comunicare l'esistenza dell'intesa all'Autorità Antitrust, elidendone la segretezza; ii) se si sia trattato di intese che esplicitamente o implicitamente, direttamente o indirettamente, abbiano ad oggetto l'atteggiamento da tenere nell'ambito di un pubblico incanto o di una licitazione privata.

Si pensi a un cartello tra imprenditori che operano al medesimo livello del processo produttivo o commerciale (c.d. restrizione o intesa orizzontale), diretto alla spartizione geografica del mercato (questa tecnica di cartellizzazione è denominata "divisione dei mercati") e quindi a impedire alle imprese consociate di agire in Paesi diversi da quelli di competenza. Con tale tipo di intesa, espressamente vietata da L 287/1990, 2, 2, lett. c) si determina una convergenza di interessi che, invece, dovrebbero muoversi in autonomia, stimolando, per l'appunto, la libera competizione. È ovvio che, in siffatta ipotesi, anche laddove l'intesa non contempli espressamente il divieto di ostacolare, attraverso una concorrenza efficace, l'affidamento dei lavori all'operatore economico affiliato titolare della zona ove si svolge la gara, risulterà comunque sotteso l'obbligo di astenersi da comportamenti idonei a configurare una "indebita" invasione di campo.

²⁵ Cass. Pen. Sez. VI 32237/2014.

9. Rapporti tra turbativa d'asta e corruzione

Incroci “problematici” si possono indubbiamente verificare tra la condotta di “collusione” e il paradigma corruttivo, nel caso l'accordo illecito coinvolga il preposto agli incanti e includa la consegna o la promessa di denaro o di altre utilità.

Tra la corruzione e i reati di turbativa non intercorre un nesso di specialità, trattandosi di fattispecie strutturalmente eterogenee. Infatti, le figure di turbativa, contrariamente alla corruzione, con cui il legislatore ha punito la semplice conclusione di un *pactum sceleris*, a prescindere dall'effettivo compimento dell'attività oggetto di scambio, che pacificamente rappresenta un *post factum*, e che, dunque, non si atteggia nemmeno a requisito tacito della fattispecie, si realizzano al completo dei loro elementi costitutivi solo a condizione che la procedura di gara, ovvero quella diretta alla redazione del bando, subiscano un reale turbamento.

In giurisprudenza, per questo motivo, e in ragione delle diversità tra le oggettività giuridiche protette (secondo quest'indirizzo, la corruzione tutela la fedeltà e l'onestà dei pubblici funzionari e, dunque, i principi di corretto funzionamento, buon andamento e imparzialità nell'amministrazione pubblica, la turbativa d'asta la libera dialettica economica nelle gare pubbliche), si è in modo consolidato optato per la ricorrenza di un concorso effettivo di reati.

Ricorrendo, invece, come si pensa sia opportuno, ai criteri di valore onde discernere gli intrecci tra norme, è possibile scorgere tra tali disposti una relazione da leggersi al lume del principio di consunzione o di assorbimento. Invero, si può immaginare il caso riguardante la perfezione di un *pactum sceleris* tra un privato e un pubblico funzionario, nel cui ambito il primo dia o prometta al secondo denaro o altre utilità in vista del turbamento di una gara che poi effettivamente si verifica: prima gli agenti daranno vita a un accordo criminoso e solo successivamente si adopereranno per attuare lo stesso mediante l'alterazione del meccanismo di gara. Ebbene, ancorché si sia al cospetto di fatti cronologicamente scissi, ciascuno dei quali idoneo ad integrare gli estremi di una fattispecie astratta di reato, impiegando le nozioni di antefatto e postfatto non punibili, resta ferma la possibilità che una sola figura d'illecito presenti le potenzialità richieste per accentrare in sé l'intero disvalore del fatto concreto. Sarebbe infatti ingiusto e iniquo punire un fatto che, in ragione di canoni di esperienza, rappresenta la normale premessa o il naturale sviluppo di un altro reato, costituendo lo strumento che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, serve per commettere un più grave crimine posto a tutela di un interesse omogeneo, oppure per conseguire lo scopo in vista del

quale è stato perpetrato un primo e più serio reato, anch'esso previsto a salvaguardia di un interesse in qualche misura uniforme.

Orbene, l'*id quod plerumque accidit* insegna che il *pactum sceleris* è destinato a ricevere attuazione, di talché la turbativa non rappresenta altro che il consolidamento di un accordo sinallagmatico già intervenuto. Insomma, la turbativa d'asta consente all'accordo corruttivo di prendere corpo e di materializzarsi, rivelandosi, per tale via, ad esso funzionale; di talché, la manipolazione dell'asta rappresenta il normale sviluppo della corruzione, qualificandosi quindi alla stregua di un postfatto non punibile. Sul terreno positivo si rinvencono chiari indici sintomatici di tale rapporto di assorbimento. Infatti, da un lato, sul piano letterale, è stato lo stesso legislatore, laddove ha espressamente sanzionato le collusioni, a includere in CP 353 e CP 353-bis condotte assimilabili al modello della corruzione, facilmente immaginando che la turbativa d'asta venga anticipata da intese clandestine; dall'altro, le fattispecie di corruzione e quelle di turbativa si collocano su una stessa linea di svolgimento, convergendo verso un fine unico, poiché, lungi dall'essere rivolte al perseguimento di finalità completamente eterogenee tra loro, sono tutte portate, in definitiva, ad assicurare l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione; infine, sempreché non si voglia pensare che il legislatore abbia inteso "giocare a dadi" allorquando ha calibrato la reazione punitiva per i delitti di corruzione (i cui livelli edittali raggiungono ormai vette elevatissime), si deve, all'opposto, più logicamente inferire che in questi paradigmi si confonda il disvalore penale di altre figure di reato aventi ad oggetto conegni identici e con una medesima impostazione teleologica, che si atteggiino alla stregua di reati-fine e la cui comminatoria edittale risulta inferiore; tanto più se risulti notevolmente inferiore.

Gli artt. CP 353 ss., pur punendo condotte uguali a quelle represses nella corruzione (collusioni), collegano pene di gran lunga più miti ai fatti ivi descritti, di talché è consequenziale arguire che il loro significato antiggiuridico sia compiutamente espresso in CP 318 ss. In queste disposizioni è contenuto l'intero apprezzamento negativo di un fatto di turbativa connotato dai tratti distintivi anche della corruzione, con l'effetto che appare sproporzionata l'applicazione congiunta a carico del colpevole di tutte e due le prescrizioni astratte.

Perlomeno in un'occasione, la Cassazione, seppur indirettamente, ovvero confermando le statuizioni formulate in sede di appello, ha avallato, in base ai sopra indicati assunti, la pronuncia impugnata *in parte qua* dalla pubblica accusa in relazione al ritenuto assorbimento nell'ambito della più grave fattispecie incriminatrice ex CP 319 del reato di cui a CP 353-bis (così

riqualificata l'originaria imputazione di cui a CP 353), escludendo il concorso fra le due ipotesi di reato²⁶.

10. Discrezionalità amministrativa ed esercizio di diritti

I reati in questione, rinviando alle nozioni di “pubblici incanti” e “licitazioni private”, affondano le radici su un substrato di illiceità amministrativa. Per comprendere se nelle singole contingenze storiche si siano inverati i presupposti del precetto, è necessario insomma esplorare questo formante *extra-penale* che impregna le fattispecie²⁷.

In questa prospettiva, ci si domanda se alcune prassi assai ricorrenti nell'esperienza comune si prestino a venire incluse nell'ampio concetto di “altri mezzi fraudolenti”, in quello di “collusioni” ovvero, se effetto di uno dei contegni incriminati, nel generico e indeterminato “evento-turbamento” o in quello di “impedimento della gara”.

Si pensi all'inserimento nel bando di clausole particolari, dirette a favorire la successiva aggiudicazione a un predeterminato concorrente, ovvero a provocare il restringimento del novero dei partecipanti attraverso la previsione di requisiti calibrati per escludere determinati operatori economici. Si rifletta, inoltre, sull'esclusione di un interessato attraverso la contestazione di inosservanze puramente formali, quali, ad esempio, la mancata indicazione del luogo e della data di nascita di colui che presenta la domanda e altre ipotesi simili. Infine, si immagini che il preposto abbia deciso di estromettere dalla procedura un'impresa in quanto il certificato d'iscrizione all'albo costruttori risulta rilasciato in data anteriore rispetto ai tre mesi indicati nella pubblicazione del bando.

In rapporto alla nozione di “altri mezzi fraudolenti” si deve, anzi tutto, notare come i comportamenti indicati configurino, in generale, dei mezzi sleali e subdoli per il cui tramite viene penalizzato un offerente a vantaggio di un altro. Tuttavia, tranne talune eccezioni, non siamo al cospetto di un'azione diretta a irretire la psiche altrui, bensì di un'attività volta semplicemente a creare i presupposti per sfavorire, attraverso la sua esclusione, un concorrente, affinché altri ne possano trarre beneficio. Per di più, con specifico riferimento al rilievo di irregolarità semplicemente formali, si deve negare che tale provvedimento ricalchi un mezzo fraudolento, nella misura in

²⁶ Cass. Pen. Sez. VI 51126/2019.

²⁷ Sui rapporti tra reati contro la P.A. e il “formante amministrativo”, Donini (2020) pp. 2 ss.

cui sia la stessa disciplina che governa la procedura a prescriverne l'adozione. E questo, in quanto la frode è incompatibile con il rispetto, seppure pedissequo e interessato (magari ad aiutare un parente, un amico o ad assicurarsi prebende per il futuro), delle regole.

Simile atteggiamento non si converte neanche in una "collusione". In questi casi, l'intesa tra il privato e lo zelante burocrate, subito pronto a eccepire qualsiasi, pur marginale irregolarità in cui sono incappati avversari scomodi, avrebbe ad oggetto un *facere* conforme alla legge, ossia un *quid* capace di compromettere in radice la tipicità della condotta: l'oggetto dell'accordo non sarebbe illecito.

Sensibilmente diverso è il discorso in ordine alla predisposizione del bando con termini, condizioni e clausole oggettivamente ritagliate su misura a beneficio di uno degli interessati alla gara, ovvero confacenti a non consentire la partecipazione di taluni soggetti.

In questo caso, la condotta dell'addetto alla stesura del bando provoca negli operatori economici e negli altri preposti alla gara la fallace impressione di una contesa in cui vige il principio della *par condicio*, inducendo i primi a non prendere parte a una competizione nella convinzione di non possedere i requisiti adatti, oppure ad aderire a una procedura dall'esito, in realtà, scontato in partenza; i secondi a selezionare il vincitore nell'erronea certezza di avere potuto assumere questa decisione in maniera imparziale, essendo nelle condizioni di valutare l'intera platea degli offerenti, oppure a decretare l'ingiusta esclusione di un interessato.

In astratto ci troveremmo, dunque, di fronte a un atto riconducibile alla categoria degli "altri mezzi fraudolenti".

Allo stesso tempo, si tratta anche dell'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto dalla legge in favore della pubblica amministrazione a cui, seppure con spazi di manovra sempre più ristretti, soprattutto in materia di appalti pubblici, vengono attribuiti degli ambiti di autonomia nella redazione del bando.

In casi simili, l'atto amministrativo viziato concorre a integrare, in concreto, la fattispecie della turbativa d'asta.

Occorre dunque verificare entro quali limiti sia ammissibile l'ingerenza del giudice nell'attività discrezionale della pubblica amministrazione onde evitare, di nuovo, che un'eccessiva invadenza di campo comporti un'applicazione sproporzionata delle fattispecie in disamina.

E questo anche considerando quanto ampio potrebbe rivelarsi l'intervento del giudice penale in un settore dominato da un vasto utilizzo della discrezionalità amministrativa nell'opera di selezione dei contraenti con i pubblici

poteri in una prospettiva di “risultato” volta a consentire l’individuazione dell’offerta più vantaggiosa per gli interessi generali²⁸.

Insomma, l’attività istituzionale della pubblica amministrazione potrebbe risultare viepiù esposta ad incertezze nella misura in cui l’ontologico tasso di opinabilità delle sue scelte dovesse inesorabilmente avere dei riflessi penalistici²⁹, così incentivando il fenomeno della burocrazia difensiva che alimenta irrigidimenti e inefficienze³⁰.

In dissenso da quell’indirizzo che tende a negare “tout court” al giudice penale il controllo sull’uso della potestà discrezionale da parte dei pubblici poteri³¹, crediamo che sia necessario accertare se questo potere sia stato usato o meno in ossequio alle finalità in relazione alle quali la legge lo ha devoluto, ovvero, calando tali considerazioni nel nostro contesto di riferimento, al fine di garantire la libera concorrenza, intesa nel senso di processo competitivo volto a consentire alla pubblica amministrazione di stipulare un contratto a condizioni giuste e vantaggiose.

Se il soggetto ha impiegato le prerogative a lui conferite in sintonia con gli scopi di pubblico interesse indicati dalla disposizione attributiva del potere, anche se si è mosso con il segreto intento di favorire uno tra gli offerenti, il suo agire, non essendo contrario alla legge, non appare qualificabile in termini di frode: si pensi, per esempio, al preposto che decida di inserire nel bando ulteriori informazioni rispetto a quelle imposte *ex lege* al fine di rendere edotto, in modo chiaro e non equivocabile, uno specifico offerente (di cui s’intenda agevolare la partecipazione per le più svariate motivazioni) di essere in possesso dei requisiti necessari a concorrere.

A esiti differenti si dovrebbe pervenire ove le informazioni aggiuntive, ingenerando confusione sui requisiti occorrenti per partecipare, ovvero sulla tipologia delle prestazioni richieste, lascino pensare a taluni interessati, dotati, invece, delle capacità per formulare un’offerta competitiva, di non potere gareggiare. In tali casi, infatti, si realizza una deviazione funzionale dell’esercizio delle facoltà discrezionali riservate alla stazione appaltante, in quanto il processo decisionale viene obiettivamente diretto verso uno scopo contrastante con le sue finalità.

Donde, anche in presenza dell’esercizio di una potestà discrezionale, il giudice penale, al fine di accertare la realizzazione di una frode rilevante a titolo di turbativa d’asta, dovrebbe controllare la legalità dell’atto, ossia la

²⁸ In questi termini Maiello (2025) p. 365.

²⁹ Maiello (2025) p. 365.

³⁰ Ancora Maiello (2025) p. 374.

³¹ In tema, Gambardella (2004) p. 3.

sua rispondenza agli obiettivi in relazione ai quali la legge ha assegnato il potere.

A conclusioni analoghe si deve giungere in rapporto alle “collusioni” ovvero all’“evento-turbamento”. La tipicità della condotta di “collusioni” e dell’evento dipendono dai connotati di base dell’accordo, di talché, se l’intesa diretta, per esempio, a concordare le clausole da inserire nel bando non travalica i confini di un uso corretto della discrezionalità amministrativa, risolvendosi in un fisiologico e proficuo dialogo tra stazione appaltante e privati in un’ottica di risultato secondo gli stilemi d’azione amministrativa in questi ambiti, la stessa non si presta a venire inclusa nello schema qualificativo della disposizione astratta, in quanto l’oggetto dell’accordo sarebbe lecito, con l’effetto che anche gli effetti dell’intesa non sarebbero idonei ad integrare un’ipotesi di turbamento della gara.

Si pensi ancora al caso di ricorso a procedure di ricerca del contraente non caratterizzate da una gara e alla possibilità che tale accadimento sia ricondotto alla nozione d’“evento-impedimento”³². Come osservato in dottrina, se la scelta dei pubblici poteri è giustificata in maniera razionale, non si può ammettere l’estensione dell’incriminazione, mancando la messa a repentaglio degli interessi tutelati e risultando l’opzione punitiva sproporzionata.

La legalità non abbraccia, però, il merito dell’atto (si pensi ai criteri di assegnazione dei punteggi alle diverse offerte), ovvero, detto altrimenti, la sua “opportunità”. Tuttavia, non si può in assoluto escludere che il giudice penale, a determinate condizioni, s’impegni in un sindacato sul c.d. merito amministrativo, al fine di accertare la ricorrenza delle “collusioni”, degli “altri mezzi fraudolenti”, dell’“evento-turbamento”.

Difatti, la formula “merito amministrativo” denota una zona di libertà dell’agire amministrativo, tale per cui, quando diverse opzioni siano tutte parimenti coerenti con le finalità istituzionali della pubblica amministrazione e siano altresì ragionevoli, la scelta concretamente adottata diventa intangibile da parte del giudice penale.

Ma il “merito amministrativo” postula le scelte, da un lato, rispettose del fine a cui la pubblica amministrazione tende; dall’altro, uniformi a quei canoni di ragionevolezza a cui si deve conformare l’agire amministrativo³³.

Per stabilire questo il giudice penale deve giocoforza valutare l’opportunità della decisione assunta allo scopo, non tanto di sindacare il merito

³² Il ragionamento che ci accingiamo a esporre è già stato sviluppato da Gambardella (2004) p. 6. Sulla materia, Borsari (2012) p. 127.

³³ Così, Padovani (1989) pp. 86 ss.

amministrativo, quanto, più propriamente, di verificare se, in realtà, non si tratti di un apparente “merito amministrativo”, dietro il quale si nasconde un giudizio dettato solo da ragioni privatistiche e quindi criminose.

Trasferendo queste osservazioni nel nostro campo di studio, il giudice potrà certamente investigare in ordine alle modalità seguite per attribuire i punteggi alle diverse offerte in caso, per esempio, di aggiudicazione dell'appalto mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previsto da DLGS 36/2023, 108, che, per sua stessa natura, implica il ricorso a parametri commisurativi rimessi a valutazioni di merito di una commissione esaminatrice.

Scelte irragionevoli e antinomiche rispetto al pubblico interesse, volte solo a favorire un concorrente vicino a danno di altro meritevole, sono indice della presenza di un contegno fraudolento, perché idoneo a ingannare gli offerenti circa la trasparenza della procedura e l'ente relativamente alla vantaggiosità dell'offerta vincitrice e perché in contrasto con la legge.

Se simile illecito *modus operandi* ha formato addirittura oggetto di una precisa intesa segreta si configurano gli estremi della collusione.

In entrambi i casi, l'effetto di tali contegni è un turbamento della gara.

Infine, si deve sottolineare come il fatto diretto alla tutela o all'esercizio di un diritto soggettivo o di altro interesse legittimo, sempreché non si traduca in un “abuso” di tali prerogative³⁴, evenienza che può dare vita ad una condotta addirittura intimidatoria, non possa mai essere assimilato a un *quid* ascrivibile allo spettro qualificativo delle figure di turbativa. Perciò, non commette il delitto in parola il debitore il quale, prima dell'asta, onori il suo debito certo e liquido al creditore, dissuadendolo così dal prendervi parte, ovvero colui il quale, in veste di creditore, durante la fase dell'esecuzione, rinunci alla procedura d'asta, per procedere direttamente alla vendita degli immobili attraverso una trattativa privata. In realtà, con specifico riferimento agli esempi richiamati, a identica soluzione si sarebbe potuti pervenire, più che enfatizzando l'esercizio di una propria prerogativa da parte dell'agente, confrontando queste condotte con quelle descritte in CP 353 e in CP 353-bis. Da tale raffronto si sarebbe potuto agevolmente scorgere come nessuna delle azioni incriminate si attagliasse a queste fattispecie: il debitore e il creditore, per un verso, non elargiscono doni, facendo, il primo, solo fronte a una pendenza; per l'altro, non pongono in essere alcun inganno limitandosi, il primo, a distogliere un concorrente dal perseverare nel suo intento di aggiudicarsi un bene, il secondo, a rinunciare all'esperimento dell'asta.

³⁴ Cass. Pen. Sez. II 11979/2017, 17 febbraio 2017.

11. Considerazioni conclusive

Le figure poste a protezione degli incanti risultano dunque plasmate in modo da favorire letture omnicomprendenti, difficilmente conciliabili coi principi di determinatezza e tassatività.

Per fare fronte a questo fenomeno patogeno, da un lato, è necessario evitare di perpetuare la violazione del principio di tassatività che si consuma nella prassi, attraverso il ricorso all'analogia *in malam partem* per colmare vuoti di tutela in nome di esigenze di politica criminale la cui cura dovrebbe restare prerogativa esclusiva del legislatore; dall'altro, dove tale operazione è favorita dalla vaghezza del precetto, dovranno fungere da argini l'interesse sotteso a questo addentellato normativo (la libera concorrenza) e lo scopo finale in forza del quale quell'interesse viene protetto (il buon andamento della pubblica amministrazione). Questi fattori "contenitivi" devono indurre ad escludere dall'area d'incidenza del diritto penale contegni suscettibili di arrecare solo disturbo all'interno di un sistema selettivo senza mettere a repentaglio gli obiettivi di pubblico rilievo perseguiti attraverso simili procedure.

In questo stesso senso, occorre anche astenersi da eccessive ingerenze nella discrezionalità pubblica e nell'autonomia privata, in un'ottica di "proporzionalità", volta a non conculcare oltre il necessario il diritto alla libera iniziativa economica³⁵.

Si devono evitare automatiche assimilazioni tra l'impiego, ancorché interessato, dei regolari spazi decisionali e d'azione accordati dall'ordinamento ai pubblici poteri (si pensi al non arbitrario né irragionevole inserimento di specifiche clausole nel bando volte a prevenire l'assegnazione del servizio a operatori economici estranei al territorio di appartenenza della stazione appaltante³⁶) e ai privati (si pensi all'autonoma decisione di non partecipare alla gara in base a valutazioni di convenienza economica, anche se frutto di consultazioni con gli altri offerenti) e condotte penalmente rilevanti.

Occorre in breve accertare se le scelte operate dai pubblici poteri siano state ragionevoli³⁷.

Insomma, il vigore acquisito dalla tutela penale degli incanti rischia di aprire le porte a una fase di compressione delle garanzie e solo un'attenta opera esegetica volta a suggerire strade alla giurisprudenza per autolimitarsi nella sua applicazione può fronteggiare questa deriva, prevenendo l'illegit-

³⁵ Santangelo (2023) pp. 139 ss.

³⁶ Borsari (2012) p. 175.

³⁷ Santangelo (2023) p. 140.

tima sovraestensione di queste fattispecie con connessi effetti paralizzanti sull'azione in campo economico dei pubblici poteri e intuitive ripercussioni negative sulla crescita del Paese³⁸.

Riferimenti bibliografici

- Bisceglia F.P. (2022). *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*. In: Cadoppi A. e Canestrari S. e Manna A. e Papa M. (diretto da), *Diritto penale*. 1. Torino.
- Borsari R. (2012). *Discrezionalità amministrativa e controllo del giudice penale. La tutela penale dei pubblici appalti paradigma delle esigenze di riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione*. In: Riondato S. e Borsari R. (a cura di), *Diritto penale degli appalti pubblici*. Padova.
- Consulich F. (2024). *Appalti, pubblica amministrazione e concorrenza: le tre dimensioni dell'inerzia penalistica nel settore del public procurement*. In: *RIDPP*.
- Donini M. (2020). *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*. In: *AP*, 2.
- Gambardella M. (2004). *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. Pen.)*. In: *EGT*, A 13.
- Gizzi L. (2008). *Il getto pericoloso di cose*. Napoli.
- Madia N. (2012). *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*. Napoli.
- Maiello N.M. (2025). *Il controllo penale sull'attività amministrativa. Un percorso tra modelli dell'agire amministrativo e confini dell'intervento punitivo*. Torino.
- Manes V. (2018a). *Corruzione senza tipicità*. In: *RIDPP*.
- Manes V. (2018b). *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*. In: *DPC*, 17 gennaio 2018.
- Morone A.F. (2021). *La tutela penale delle gare pubbliche*. Torino.
- Otto H. (2020). *GrundkursStrafrecht. Die einzelnen Delikte*. Berlin.
- Padovani T. (1989). *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*. In: *RIDPP*.
- Santangelo A. (2023). *Uno studio sui delitti studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*. Bologna.
- Venturati P. (2002). *Incanti (frodi negli)*. In: *DDP*, 6.

³⁸ Santangelo (2023) pp. 176 ss.; Consulich (2024) p. 652.