

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXIX

ALESSANDRA SANTANGELO

UNO STUDIO
SUI DELITTI DI TURBATIVA
La tutela della concorrenza tra tipicità
e proporzionalità dell'intervento penale

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXIX

ALESSANDRA SANTANGELO

UNO STUDIO
SUI DELITTI DI TURBATIVA
La tutela della concorrenza tra tipicità
e proporzionalità dell'intervento penale

Bologna
University Press

Il volume beneficia di un contributo per la pubblicazione da parte del Dipartimento di Scienze giuridiche - Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons CC BY-4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-300-0
ISBN online 979-12-5477-291-1
DOI 10.30682/sg329

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: giugno 2023

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Marco Dugato, professore di Diritto amministrativo, Università di Bologna

Prof.ssa Emanuela Fronza, professoressa di Diritto penale, Università di Bologna

Prof. Corrado Caruso, professore di Diritto costituzionale, Università di Bologna.

a mio zio Elio

INTRODUZIONE

I reati di turbativa sono stati protagonisti di un'evoluzione normativa ed ermeneutica che desta interesse sotto una pluralità di angolature. Sebbene per lungo tempo abbiano trovato applicazioni piuttosto modeste, il diritto vivente ha gradatamente posto l'attenzione su tali fattispecie, attraverso il consolidarsi di un indirizzo estensivo incentrato sulla *ratio* delle scelte di tutela. Tale processo interpretativo risulta particolarmente rilevante per – almeno – due ordini di ragioni. Il settore degli appalti pubblici, infatti, riveste un'importanza decisiva per promuovere obiettivi strategici legati allo sviluppo del mercato unico europeo e del benessere della collettività¹. Lo statuto penale della pubblica amministrazione assume, co-

¹ La centralità del tema per segnare la direzione che vuole assumere l'Unione riguardo alle politiche economiche e sociali, nonché per definire gli equilibri con il diritto interno, affiora espressamente dalle parole della stessa Commissione europea nella comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione, 2021 C-91/01, in part. § 1.3. Al pari, si veda la Comunicazione Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa, COM 2017 [572] del 2017, ove si ha cura di precisare che occorre “sviluppare strumenti e iniziative per affrontare il problema e sensibilizzare a riguardo, al fine di ridurre al minimo i rischi di comportamenti collusivi sui mercati degli appalti. Tali strumenti e iniziative comprenderanno azioni volte a migliorare la conoscenza del mercato delle autorità aggiudicatrici, a sostenere le autorità aggiudicatrici nell'attenta pianificazione e definizione delle procedure di appalto e a migliorare la cooperazione e la condivisione delle informazioni tra le autorità garanti della concorrenza e le autorità responsabili degli appalti pubblici”.

sì, profili di unicità, trovandosi al crocevia tra gli interessi europei di tutela della concorrenza e la necessità di assicurare imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa². Il contrassegno d'illiceità penale s'interseca con la disciplina amministrativa, con il rischio di confondere regole di condotta che meritano specifici presidi punitivi con inconsistenti paradigmi di "mera disobbedienza"³. La legittimazione dell'intervento penale richiede, del resto, un bilanciamento quanto mai complesso, coerente con gli obiettivi di innovazione e coesione sociale che ispirano i più recenti percorsi di regolazione degli appalti pubblici e della concorrenza in sede nazionale ed europea. Viceversa, il dilagare incontrollato di norme afflittive dal perimetro instabile alimenta il pericolo di una sorta di "forum shopping" della giustizia penale, capace di indirizzare gli investimenti degli operatori economici verso quei mercati che offrono maggiori certezze sui confini tra lecito e illecito.

In seconda battuta, non è da tralasciare il contegno inerte del legislatore, il quale ha finora ignorato le critiche indirizzate alla debolezza del tipo sanzionato penalmente ed evitato d'impegnarsi in un intervento sistematico di riforma dei reati di turbativa. La reticenza legislativa, invero, ha finito per spronare le derive analogiche di alcuni orientamenti interpretativi condivisi – persino – dal giudice di legittimità⁴, attraverso fattispecie di scopo tese a colmare le lacune del dato positivo⁵. A fronte di condotte tipiche costellate di profili ambigui, il giudice penale non ha incontrato argini capaci di contenere il dilagare del diritto vivente in ambiti del tutto eccentrici rispetto al tipo legislativo e, quindi, in contrasto con il *nullum crimen*. Il perimetro testuale di applicazione dei delitti di turbativa, peraltro, si presenta oltremodo

² F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, II, I, Milano, 1997, 2399 ss.

³ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, in part. 228 ss.

⁴ Su questi aspetti s'incentra il secondo capitolo del lavoro, cui si fa interamente rinvio con particolare riguardo alla disamina del diritto giurisprudenziale.

⁵ Con riguardo all'impossibilità di tollerare la figura del giudice "di scopo" in un ordinamento "soggetto al governo della legge penale": Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24.

obsoleto, continuando a richiamare un modello di regolazione degli appalti pubblici anacronistico. Vero è che si potrebbe prospettare una prima soluzione, modificando la descrizione dei comportamenti tipici ai sensi degli artt. 353, 353-bis e 354 c.p., così da “formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell’intellegibilità dei termini impiegati”⁶. La responsabilità penale sarebbe configurabile nelle sole ipotesi che assicurano al “destinatario della norma ‘una percezione sufficientemente chiara ed immediata’ dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta”⁷. Si potrebbe, quindi, elencare espressamente tutte le serie procedimentali previste dal codice degli appalti, aggiornando periodicamente le disposizioni penali per risolvere le difficoltà di coordinamento tra i due rami dell’ordinamento. Un simile rimedio, tuttavia, lascerebbe in ombra le perplessità sorte in relazione alla proporzionalità dell’intervento penale, da riservare alle devianze economiche il cui disvalore giustifichi la grave limitazione dei diritti fondamentali imposta alla persona e alle sue “libertà economiche”. In questo scenario *fuzzy*, il controllo di proporzionalità, adattato alle particolarità della materia penale⁸, consente di verificare la razionalità delle valutazioni compiute nel rapporto tra i mezzi impiegati e le finalità perseguite dal legislatore⁹, rafforzando il livello di trasparenza e ragionevolezza nel settore degli appalti pubblici¹⁰.

La posta in gioco è alta. Come scrive il Presidente dell’autorità antitrust, “la concorrenza serve a consolidare [...] il modello di

⁶ Corte cost., 9 aprile 1981, n. 96.

⁷ Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, richiamando i giudici le precedenti decisioni n. 327 del 2008 e n. 5 del 2004.

⁸ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 122 ss.

⁹ D’altro canto, l’“appello alla ragione continua a esercitare un fascino potente tra i penalisti. Nella ragione si rinviene una sorta di prolegomeno fondativo della narrazione sulle garanzie (gli scudi, che respingono o attutiscono il fendente della spada), un discorso che – preso sul serio – diventa il rimedio più efficace per allontanare lo spettro di scelte sbagliate: del legislatore, del giudice, dei funzionari dell’amministrazione della giustizia”: M. CAPUTO, *Occasioni di razionalità nel diritto penale. fiducia nell’“assolo della legge” o nel “giudice compositore”?*, in *Jus*, 2015, 227.

¹⁰ G. SILVESTRI, *Diritto penale, democrazia, costituzione*, in *Quad. Ann. Fac. Giur. Uni. Cam.*, 2013, 40.

sviluppo delle democrazie europee fondato sull'economia sociale di mercato"¹¹. Emerge, così, l'irragionevolezza e la latente contraddizione di una normativa nazionale che aderisca ai precetti europei sul fronte amministrativo per poi vanificarne gli effetti su quello punitivo. La minaccia penale "totale" incentivata dal formante giurisprudenziale tradisce il principio di legalità e, al contempo, genera preoccupanti effetti di *overdeterrence* difficili da contenere in assenza di puntuali referenti positivi¹². L'incombere di incriminazioni giurisprudenziali "a sorpresa" comporta, vieppiù, un doppio *chilling effect*: *in primis*, ai danni degli operatori economici, restii a partecipare a procedure a evidenza pubblica su cui pesa un diritto penale incerto dagli "effetti voluti, non voluti o 'perversi'"¹³. I funzionari pubblici, inoltre, sono incoraggiati da tale contesto al "non fare rispetto al fare", intimiditi dalle conseguenze "a deflagrazione anticipata" che dipendono dalla sola apertura del procedimento penale (cfr. *infra*, cap. IV, § 4)¹⁴.

In tale contesto, non sembra possibile indugiare oltre, nell'attesa di un progressivo *self-restraint* da parte del giudice penale. La Corte costituzionale ha ribadito, anche di recente, che il divieto di analogia rappresenta un "limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo"¹⁵. Altrimenti, all'interprete sarebbe attribuito "un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito"¹⁶. Per scongiurare il pericolo di ulteriori sottofattispecie *judge-made*, occorre ripensare i delitti di turbativa alla luce dei limiti che il *nulum crimen* pone all'azione penale. In parallelo, è utile approfondire l'esame delle scelte di tutela in relazione al principio di proporziona-

¹¹ AGCM, Relazione annuale, Presentazione del Presidente Roberto Rustichelli, 18 luglio 2022, in part. 2.

¹² Sul punto, non si può che rinviare a F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, in part. 23 ss. Con particolare riguardo, invece, all'uso "politico-populistico" della legge penale, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 98.

¹³ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1198.

¹⁴ S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 7.

¹⁵ Così, la citata pronuncia Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98.

¹⁶ Corte cost., 1° agosto 2008, n. 327.

lità, così da prospettare una selezione delle sottofattispecie legittime in prospettiva sostanziale.

Provando a ordinare il tracciato dell'argomentazione che s'intende condurre, la prima parte del lavoro s'incentra sulle diverse dottrine proposte per identificare il bene giuridico dei delitti di turbativa e la rispettiva efficacia sul piano applicativo. Più nel dettaglio, sembra opportuno considerare le varie teorie in rapporto con la nozione di concorrenza e con i limiti prospettati a livello europeo e costituzionale, così da valorizzare l'esame della tipicità dei reati nell'assetto originario e nel nuovo modello elaborato dalla riforma del 2010. L'incremento del trattamento sanzionatorio e l'anticipazione della leva penale ai casi di turbativa nel procedimento di scelta del contraente avrebbero dovuto spingere l'interprete a contenere le sottofattispecie sanzionate penalmente, in ragione degli obiettivi di contrasto ai più gravi fenomeni di criminalità organizzata¹⁷. Tutto l'opposto, insomma, della continua dilatazione ermeneutica del perimetro delle incriminazioni, su cui si ostina buona parte del diritto giurisprudenziale nazionale.

Nel secondo capitolo, s'indagano le oscillazioni del diritto vivente e, in particolare, i canoni di accertamento prospettati dalla dottrina della c.d. "gara informale", ideata dal giudice di legittimità per sanare l'obsolescenza del testo di legge¹⁸ e applicare i reati di turbativa ai nuovi sistemi di regolazione degli appalti pubblici¹⁹. Tale approdo ermeneutico, del resto, è tanto più rilevante se messo a confronto con i profondi cambiamenti che hanno attraversato la disciplina di settore sia sul versante amministrativo che di tutela della concorrenza²⁰. Lo studio dei principali passaggi dell'evoluzione

¹⁷ Il riferimento è, in particolare, alla l. 13 agosto 2010, n. 136, adottata proprio nell'ambito di un piano straordinario di contrasto alle associazioni di stampo mafioso.

¹⁸ O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 2008, 794.

¹⁹ Quanto alla possibilità di rinvenire la responsabilità penale in presenza di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, si veda Cass., sez. VI, 10 ottobre 2017, n. 49266.

²⁰ Con riguardo all'evoluzione che ha visto protagonista l'azione amministrativa, specialmente in relazione alla valorizzazione dei principi costituzionali, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, III ed., Milano, 1993, in part. 87 ss. Per appro-

normativa – a livello nazionale ed europeo – consente di acquisire maggior consapevolezza sulle duplicazioni e incongruenze presenti in prospettiva sistematica²¹.

Sulla scorta di tali considerazioni, si prosegue nella terza sezione esaminando le carenze in punto di tipicità, che a partire dalle incertezze della formulazione di legge dilatano il perimetro di applicazione dei delitti in esame. Al di là delle incongruenze semantiche, gli attriti con il principio di legalità si manifestano con particolare evidenza in relazione all'approccio *case-by-case* dell'interprete, portato a designare "tipi giurisprudenziali" nuovi per adattarsi alle peculiarità del reale escluse dai casi paradigmatici di turbativa²² e applicare retroattivamente il *novum* ermeneutico²³. Così, i fatti di collusione sono contestati nelle ipotesi di mera comparazione dei *curricula* di più candidati²⁴, nelle gare "esplorative"²⁵ oppure a prescindere dalla verifica sul contenuto sostanziale delle offerte²⁶. Attesa la debolezza dei contrassegni di tipicità delle fattispecie in esame, il giudice, peraltro, si accontenta di quadri indiziari a carattere sommario, riconducibili al paradigma del sospetto e oltremodo distanti dall'elevata credibilità razionale che contraddistingue il processo penale²⁷. Di qui, il rilievo del più recente indi-

fondire con riguardo alla disciplina delle svariate serie procedimentali a disposizione delle stazioni appaltanti quali strumenti sufficientemente malleabili per rispondere alle diverse esigenze del reale, S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, III ed., Milano, 2022, 49 ss.

²¹ A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, 2022, in part. 89 ss.

²² E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 253 s.

²³ Con particolare riguardo all'affidamento che il cittadino ripone non più solo sul "tipo legislativo" bensì sul "tipo giurisprudenziale", si veda R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sistema penale*, 3, 2020, 157.

²⁴ Si rinvia, sul punto, alle considerazioni, che sconfessano l'orientamento estensivo propugnato dai giudici di merito nella decisione Cass., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603.

²⁵ Si veda, a titolo di esempio, Cass., sez. VI, 28 gennaio 2008, n. 13124.

²⁶ Cass., sez. VI, 25 ottobre 2004, n. 44618.

²⁷ Solo si pensi alla debolezza dell'impianto accusatorio che ha portato a contestare i reati in esame in ragione delle particolari modalità di spedizione delle offerte, a prescindere da un accertamento sostanziale sul contenuto delle stesse: sul punto, Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 1319.

rizzo di segno restrittivo²⁸: ancorché limitato alle ipotesi di affidamento diretto, infatti, la Corte di cassazione ha compiuto un deciso *revirement* a favore dell'argomento testuale, condividendo l'approccio ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale che identifica nel *nullum crimen* un principio che “segna l'identità costituzionale” dell'ordinamento²⁹. Se non è possibile punire i “fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”³⁰, è strappato il velo che copre i tratti analogici tollerati in precedenza. Piuttosto, si ribadisce il limite insuperabile indicato dal perimetro testuale della fattispecie, a maggior ragione in un settore particolarmente complesso per la pluralità d'interessi in gioco. Prende avvio un nuovo corso d'impronta nomofilattica³¹, che sposa convintamente il criterio letterale nel tentativo lungimirante di attuare al massimo grado i presidi della legalità.

È proprio nel solco tracciato dai giudici di legittimità che s'intende procedere con l'analisi delle sottofattispecie di turbativa in relazione al controllo di proporzionalità, ossia valorizzando i limiti sostanziali all'intervento punitivo. Il principio di proporzione, in particolare, rappresenta uno strumento prezioso per verificare *ex post* la legittimità delle scelte di tutela, misurando le finalità perseguite rispetto all'intensità della lesione inflitta ai diritti fondamentali.

Si attinge, così, a un percorso argomentativo, solido in punto di metodo, che accerta la ragionevolezza delle singole scelte di tutela nel bilanciamento tra interessi contrapposti. Diviene possibile ripensare il sistema delle turbative in prospettiva sistematica, selezionando quelle forme di aggressione³² che meritano l'interven-

²⁸ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536.

²⁹ Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.

³⁰ In questo senso, la menzionata pronuncia Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98.

³¹ Per approfondire, V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, in part. 2488.

³² F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 4.

to (anche) della sanzione penale nei casi di turbativa “nella scelta” (cfr. *infra*, cap. IV, § 3.4.4) oppure “nell’esecuzione” della gara (cfr. *infra*, cap. IV, § 3.4.5). Il metodo argomentativo del *proportionality check*, scandito da rigorosi passaggi che si susseguono in ordine progressivo, consente di ponderare una pluralità di fattori, inclusa l’analisi delle misure extra-penali che possono produrre in maniera meno invasiva risultati simili. Il tema riveste, quindi, particolare interesse per le ipotesi di turbativa, modulando l’esame in relazione alla varietà dei rimedi amministrativi a disposizione³³, così da evitare soluzioni superficiali e, piuttosto, valorizzare il fondamento e i limiti delle scelte d’incriminazione. Per completare l’analisi, le potenzialità offerte dalla proporzionalità sono da considerare nella veste di canone ermeneutico, apprezzando vantaggi e svantaggi di un controllo “diffuso” di legittimità che dovesse intervenire per le singole ipotesi di turbativa (cfr. *infra*, cap. IV, § 5).

La premura con cui occorre completare lo scrutinio di tipicità e proporzionalità dei delitti oggetto di studio emerge, del resto, dalla constatazione di un progressivo “effetto valanga” (*snowball effect*): i giudici nazionali hanno, di recente, contestato le ipotesi di turbativa finanche in presenza di irregolarità nella selezione del personale pubblico, forzando il testo delle norme incriminatrici a prescindere dal “tipo legislativo” di riferimento. L’atteggiamento di tolleranza riservato nel tempo alle interpretazioni di segno estensivo – o, meglio, cripto-analogico – ha avallato ulteriori degenerazioni³⁴, allargando le maglie della materia punitiva nella direzione di fattispecie che “*cover everything and decide nothing*”³⁵. Per contro, occorre rinforzare gli argini offerti dalla Costituzione, così da riportare la respon-

³³ M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di “public” e “private” enforcement in materia di antitrust*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 171 ss., precisando l’A. che è “necessario affiancare all’azione amministrativa un corredo di rimedi civili contro gli illeciti antitrust, al fine di incentivare l’azione diretta dei portatori di interessi privati”.

³⁴ Con riguardo alla c.d. burocrazia difensiva, G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. giur. ec.*, 2020, 118 ss.

³⁵ W.J. STUNTZ, *The Patological Politics of Criminal Law*, in *Mich. L. Rev.*, 2001, 509.

sabilità penale nell'alveo della legalità, bilanciando le scelte di tutela rispetto al perseguimento degli scopi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione quale "espressione di grandi esigenze morali e pratiche, che presiedono alla lettura ed allo svolgimento dinamico della realtà amministrativa, entro uno stato che si vuole [...] ispirato a canoni di libertà e solidarietà"³⁶.

³⁶ U. ALLEGRETTI, voce *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 139.

CAPITOLO I

LA PROGRESSIVA DILATAZIONE NORMATIVA DELLE IPOTESI DI TURBATIVA D'ASTA

SOMMARIO: 1. Premessa: l'evoluzione dei profili di offensività-tipicità dei reati di turbativa. – 1.1. Il bene giuridico contestato: dalla regolarità del procedimento alla fattispecie plurioffensiva. – 1.2. La concorrenza come strumento per assicurare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. – 1.3. (*segue*): la nozione di concorrenza alla prova del diritto costituzionale ed europeo. – 1.3.1. Una gara a "evidenza europea": il *favor participationis* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 1.3.2. Libertà di concorrenza come libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi. – 1.3.3. La nozione di concorrenza consolidata nella giurisprudenza costituzionale e i suoi limiti. 1.4. Il principio del risultato (rinvio). – 2. Il ruolo "centrale" di un sistema di reati a vocazione ancillare. – 2.1. La formulazione "polisenso" del reato di turbata libertà degli incanti. – 2.2. La peculiare ipotesi di concorso mediante omissione in caso di astensione dagli incanti. – 2.3. Un incremento proporzionato del trattamento sanzionatorio? – 3. Una fattispecie ad ampio spettro. L'espansione dei fatti penalmente rilevanti nelle fasi preparatorie della gara. – 3.1. L'introduzione dell'art. 353-bis c.p. quale forma di anticipazione dell'intervento punitivo. – 3.2. La nuova formulazione incriminatrice: profili critici.

1. *Premessa: l'evoluzione dei profili di offensività-tipicità dei reati di turbativa*

Prima di procedere esaminando i profili di tensione tra i delitti di turbativa e i limiti – formali e sostanziali – che la Costituzione pone all'incriminazione, occorre analizzare la struttura dei reati sul piano normativo, a partire dalla difficoltà di definire lo stesso bene

giuridico protetto dalle sanzioni penali. A dispetto del ruolo primario gradualmente assunto dalle fattispecie di turbativa nel sistema dei reati contro la pubblica amministrazione (cfr. *infra*, cap. I, § 2)¹, infatti, il dibattito sul bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici è tutt'altro che sopito². Accanto alle tesi tradizionali, incentrate sulla regolarità o sulla libertà nel procedimento di evidenza pubblica³, si sono diffuse impostazioni ermeneutiche tese ad ampliare i beni presidiati dall'art. 353 c.p., espandendo – seppur indirettamente – la portata applicativa delle singole previsioni incriminatrici (cfr., *infra*, cap. III, § 2).

La dottrina del bene giuridico non ha dato buona prova di sé sul piano della selezione delle sottofattispecie meritevoli di sanzione penale. Ciò nondimeno, sembra utile avviare la trattazione proprio dall'analisi delle diverse tesi che si sono succedute nel corso del tempo. Le riflessioni sui beni protetti dalle norme incriminatrici, infatti, mettono in luce l'intricata trama di interessi che copre il settore degli appalti pubblici e la sua instabilità nel tempo, innescando – quanto meno – il dubbio che siano da percorrere nuove strade. Se l'amministrazione non è più “un treno [...] collocat[o] su binari ben definiti”⁴ e assume, specialmente nel settore degli appalti pubblici, una

¹ In senso critico rispetto all'inarrestabile espansione delle norme incriminatrici, *inter alia*, N. MAZZACUVA, *Il diritto penale “massimo” tra incremento dei tipi punitivi e “addizioni” giurisprudenziali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 312.

² Si tratta di un aspetto di primario interesse nella prospettiva penalistica, giacché “[l]’idea stessa di politica criminale diviene possibile – e naturale – nel processo di laicizzazione delle istituzioni penali, di emancipazione dei loro presupposti, strumenti, funzioni, da una matrice religiosa, e comunque sottratta alla critica razionale. Fondazione ‘politica’ del diritto penale significa, in questo senso, ricerca di un fondamento e di finalità razionali, quindi controllabili e modificabili attraverso una consapevole azione dell'uomo di cui il diritto è, secondo i casi, oggetto e/o strumento”: D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 7.

³ O. CAMPO, *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen.*, 1966, 279. I contratti d'appalto, è noto, sono “espressione dell'attività strumentale o indiretta della pubblica amministrazione, attraverso la quale questa si procura i beni ed i mezzi necessari all'esercizio delle funzioni di amministrazione attiva tese al diretto soddisfacimento dell'interesse pubblico”: G. PITTALIS, voce *Appalto pubblico*, in *Dig. disc. Pubb.*, I, Torino, 1987, 292.

⁴ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, ove l'A. osserva che secondo il modello tradizionale la regolarità dell'attività amministrativa era da pre-

fisionomia dinamica e flessibile, capace di adattarsi alle esigenze del reale, appare sempre più anacronistico un sistema punitivo che ricalca invece modelli obsoleti. Le norme incriminatrici potrebbero, piuttosto, essere ripensate nella direzione di metodo offerta dal canone di tipicità e proporzionalità, così da non vanificare sul piano sanzionatorio i progressi conquistati sul versante amministrativo (cfr. *infra*, capp. III e IV, § 3 ss.). Per provare a sostenere tale tesi, occorre anzitutto passare in rassegna le svariate ricostruzioni proposte rispetto al bene giuridico, esaminando i riflessi che ne sono conseguiti sul piano ora normativo (cfr. *infra*, cap. I, § 3 ss.) ora ermeneutico (cfr. *infra*, cap. II, § 2 ss.).

1.1. *Il bene giuridico contestato: dalla regolarità del procedimento alla fattispecie plurioffensiva*

Nel tentativo di valorizzare la collocazione sistematica delle fattispecie di turbativa⁵, la prima ricostruzione dogmatica che insisteva sulla tutela della regolarità formale della gara⁶ ha presto lasciato il

sumere in base al mero rispetto delle regole fissate *ex lege* giacché come un treno sui binari “una volta che sia stato dato il segnale di partenza, non v’è che da controllare il rispetto delle norme, che dettano regole di guida e orari da rispettare”.

⁵ Non è, del resto, da tralasciare il significativo cambio di passo che ha adottato il codice Rocco, atteso che il reato di turbata libertà degli incanti era previsto nella legislazione antecedente tra le fattispecie poste a tutela della fede pubblica (art. 299). Sul punto, invero, si è osservato che il codice Zanardelli intendeva le norme incriminatrici in esame come presidio per assicurare il “diritto sociale del commercio”: R. ROSSI, *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen.*, 1982, 552.

⁶ Così, N. LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1935, 474. A ben guardare, tra i sostenitori della regolarità della gara quale interesse protetto dal reato di turbativa si distinguono alcuni autori che individuano, come bene protetto in via mediata, la libertà di concorrenza: S. RICCIO, voce *Incanti e licitazioni (frode negli)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, rist. 1982, 492, nonché A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 527, ove l’A. individua nella concorrenza l’oggetto di una tutela solo indiretta. Le critiche mosse a tale ricostruzione, tuttavia, insistono sul fatto che la protezione della mera regolarità formale rischia di tradursi nel rilievo penale di qualsivoglia inosservanza delle norme amministrative che regolano l’asta o la licitazione privata, ampliando in maniera considerevole il sindacato del giudice penale sui meccanismi interni all’amministrazione. Per approfondire, in argomento, si veda P. VENTURATI, voce *Incanti (frode negli)*, in *Dig. disc.*

campo a una diversa visione, tesa a valorizzare la libera partecipazione all'asta pubblica⁷. Al fine di definire con maggior precisione il confine applicativo rispetto agli illeciti compiuti dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione⁸, si è argomentato che il bene giuridico coincideva con la libertà dei privati di prendere parte ai pubblici incanti e alle licitazioni private⁹, sollevando però non poche obiezioni da parte della letteratura penalistica¹⁰. Tenendo in considerazione la complessità degli interessi sottesi ai reati in esame¹¹, allora, si è proposto di declinare la libertà di partecipazione non come

pen., VI, Torino, 1992, 307, osservando l'A. che "non c'è tanto un interesse fine a sé stesso della pubblica amministrazione a garantire la regolarità e la trasparenza delle gare, quanto un interesse prevalentemente patrimoniale a evitare manovre e speculazioni fraudolente, a salvaguardare la genuina dialettica economica, il libero gioco di interessi". D'altronde, è stato altresì affermato che tale impostazione non consentirebbe di contestare il reato di turbativa in mancanza di atti specifici che integrino formali violazioni di legge, ancorché si siano verificati comportamenti sostanzialmente tipici: N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, 20.

⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, VI ed., Bologna, 2021, 336, chiarendo tuttavia gli autori che è altresì da considerare tutelata, in via mediata, la libertà di concorrenza.

⁸ Con riguardo alla sovrapposizione tra le condotte previste *ex art.* 353 c.p. e le altre fattispecie del capo I, titolo II, in caso di valorizzazione quale bene giuridico della mera regolarità formale della gara, si rinvia a V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 90 ss., precisando l'A. che "[l]a generale tutela della imparzialità, correttezza, buon andamento [...] a cui si potrebbe, con qualche forzatura, ricondurre la stessa regolarità amministrativa della gara, rappresenta, in definitiva, un interesse giuridico tutelato da tutte le disposizioni contenute nel titolo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.", non potendosi, però, ignorare la collocazione delle norme in esame tra i reati dei privati contro la pubblica amministrazione.

⁹ D'altronde, seguendo il precedente orientamento i giudici di merito erano arrivati a configurare il reato nel caso in cui un'impresa era stata ammessa a partecipare a un'asta nonostante un provvedimento di segno negativo dell'autorità prefettizia: Trib. Messina, 18 marzo 1965, Barbera *et al.*, in *Arch. pen.*, 1966, II, 276. Per contro, qualora si ritenga che il delitto protegga, piuttosto, la libertà di partecipazione dei privati alla gara, l'allargamento dello spettro dei candidati non può che realizzare l'interesse della pubblica amministrazione ed essere considerato un comportamento lecito.

¹⁰ Con riguardo ai profili di contrasto che emergono in relazione alla rubrica della disposizione e al suo tenore testuale, si rinvia a N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 21.

¹¹ Di particolare rilievo, peraltro, è la tesi secondo cui le fattispecie di turbativa costituiscono un presidio sia per la regolarità della gara sia per la libertà di partecipazione: S. SEMINARA, sub *Art.* 353, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 1150.

bene giuridico rilevante di per sé, bensì “come presupposto necessario perché la PA sia posta in condizione di valutare congruamente le prestazioni che meglio potrebbero soddisfare le ragioni di pubblico interesse da essa perseguite”¹².

Non sono, peraltro, mancate letture delle disposizioni *de qua* come reati plurioffensivi¹³, posti a presidio della libertà d’impresa, dell’interesse pubblico alla fedeltà dei propri dipendenti nonché dello specifico interesse patrimoniale per cui la gara è stata predisposta¹⁴. Sennonché, la ricostruzione in chiave plurioffensiva non convince pienamente¹⁵: a fronte dello scarso grado di tipizzazione dei precetti di cui si discute, ricondurre le turbative a un novero particolarmente articolato di interessi potrebbe agevolare letture eccessivamente ampie, legittimando la tendenza ad attrarre i più svariati comportamenti nell’area del penal-

¹² A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Torino, 2008, 437.

¹³ Si veda, in particolare, G. AMATO, *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen.*, 1999, 544. Del resto, in senso conforme si è espressa anche una parte della giurisprudenza di legittimità: *Cass.*, sez. VI, 27 marzo 2007, n. 20621, riconoscendo i giudici la qualifica di parte offesa agli operatori economici che sporgano denuncia contro i concorrenti per comportamenti collusivi penalmente rilevanti; in senso analogo, del resto, *Cass.*, sez. VI, 29 aprile 1999, n. 9062. Tuttavia, contro la stessa configurabilità di reati plurioffensivi, A. PAGLIARO, *Studi sul delitto di calunnia*, Palermo, 1961, 110.

¹⁴ G. RUGGIERO, voce *Incanti (turbativa ed astensione)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 908, interrogandosi sull’interesse da considerare preminente tra quelli presidiati dalle norme incriminatrici. Osserva, sul punto, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, IV ed., Milano, 2015, 242, che tanto l’art. 353 quanto l’art. 354 c.p. sono posti a protezione dell’organizzazione delle gare, del loro regolare svolgimento e, al contempo, del libero mercato nonché del diritto dei singoli a condizioni di eguaglianza competitiva. Scrive, peraltro, Francesco Consulich che “[l]a dimensione plurioffensiva del reato è, infatti, evidente, posto che la tutela delle libertà economiche e degli interessi patrimoniali dei partecipanti attuali e potenziali della gara si affianca all’interesse pubblico all’efficienza e buon andamento della PA”: *Delitti a tutela degli incanti*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2015, 666.

¹⁵ Con riguardo alla distinzione tra casi paradigmatici, casi centrali non paradigmatici, casi dubbi, casi marginalissimi e, infine, casi esterni, costruita in base al rapporto tra il possibile significato dell’enunciato e il comune impiego nel linguaggio di una certa comunità di riferimento, si veda E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 253 s.

mente rilevante¹⁶. Di qui, l'opportunità di identificare un rapporto di sussidiarietà tra i beni giuridici rilevanti, che sia capace di esaurire il disvalore della condotta e, a un tempo, giustificare tali sanzioni rispetto alla prospettiva costituzionale (ed europea), come si andrà ad approfondire nel paragrafo che segue.

1.2. *La concorrenza come strumento per assicurare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione*

Un'alternativa che mira a contenere la forza espansiva delle norme incriminatrici e, al contempo, valorizzare il disvalore tipico delle turbative insiste sulla protezione della concorrenza¹⁷ non quale fine in sé¹⁸, bensì quale strumento attraverso cui la pubblica amministrazione realizza al massimo grado l'interesse pubblico¹⁹. Con maggior impegno esplicativo, la collocazione sistematica delle norme in esame renderebbe chiara la scelta di proteggere la regolarità della com-

¹⁶ Per approfondire, si veda O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 2008, 799.

¹⁷ Quanto alla possibilità di ricondurre la libertà di concorrenza all'art. 41, Costituzione, si veda, con particolare riguardo alla ricostruzione del bene giuridico penalmente rilevante, N. MAZZACUVA, *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 1979, 258. In prospettiva comparata, del resto, si è osservato come l'ordinamento tedesco inserisca i comportamenti di turbativa tra i reati contro la concorrenza (*Wettbewerb*), confinando il rilievo penale a quelle condotte collusive che determinino l'aggiudicazione della gara: sul punto, si rinvia a A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 444.

¹⁸ Si tratta, del resto, di una posizione condivisa da una parte della giurisprudenza di legittimità: si veda Cass., sez. II, 27 febbraio 2008, n. 12266, esaminando la possibilità di contestare i reati di turbativa in concorso con le fattispecie d'estorsione.

¹⁹ Si osserva che "si può individuare una rete composita di interessi protetti dalla disposizione in commento in cui quelli della PA sopravanzano, però, come principale quello recessivo della concorrenza, nonché quelli dei singoli privati che, accidentalmente, incorrano nelle trame illecite del perturbatore della procedura": F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., 667. D'altro canto, la teorizzazione della concorrenza come mezzo di contrasto al fenomeno corruttivo incontra ampio seguito: per una ricostruzione sul punto, si veda R. BORSARI, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, Torino, 2020, 37 ss.

petizione privata come mezzo per selezionare l'offerta migliore²⁰, ossia l'offerta capace di realizzare l'imparzialità²¹ e il buon andamento²² della pubblica amministrazione²³.

Questa prospettazione, peraltro, ben si è adattata al noto indirizzo giurisprudenziale – vero ampiamente condiviso – secondo cui i fatti di turbativa sono da contestare in presenza di qualsivoglia “gara informale”²⁴. Rinviando per gli opportuni approfondimenti al capitolo che segue²⁵, è utile anticipare fin d'ora qualche considerazione sui condizionamenti che la valorizzazione in chiave sostanziale della concorrenza ha esercitato sul bene giuridico²⁶. A prescindere dal *nomen* della procedura, infatti, l'orientamento maggioritario

²⁰ È, del resto, chiaro alla dottrina amministrativa il nesso tra istituzioni nazionali e attività di promozione oppure freno dello sviluppo economico: M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 161.

²¹ Con riguardo alla nozione di imparzialità, ci si limita a fare cenno alla concezione ampia da riferire non solo, in termini negativi, all'eliminazione del dato politico insito nella funzione amministrativa, bensì a un contenuto positivo “come precetto che impone ad ogni autorità pubblica nell'esercizio delle attività amministrative di considerare in modo oggettivo i vari interessi pubblici e privati che è chiamata a valutare”, rilevando quindi come divieto di favoritismi: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, III ed., Milano, 1993, 91.

²² U. ALLEGRETTI, voce *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 132. Quanto al carattere originale del buon andamento nel disegno costituzionale, si rinvia, *inter alia*, a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, in part., 77, 82 ss., nonché, con specifico riguardo al valore precettivo sostanziale, A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 147 ss., precisando l'A. che il buon andamento non deve limitarsi al momento di organizzazione bensì espandersi in prospettiva normativa.

²³ F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., 671, ove l'A. identifica il soggetto passivo dei reati di turbativa nella pubblica amministrazione “[i]n considerazione degli interessi del buon andamento e imparzialità dell'amministrazione pubblica quali beni preminenti e indefettibili oggetto di tutela”. In questa prospettiva, d'altronde, la sanzione punitiva è da modellare a seconda del bilanciamento che legittima ciascuna procedura a evidenza pubblica, così da non annichilire – sul piano applicativo – gli scopi di razionalizzazione e semplificazione dell'attività pubblica: sul punto, cfr. *infra*, cap. IV.

²⁴ Si rinvia, in termini esemplificativi, alla decisione Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536: sul punto, più diffusamente *infra*, cap. II, § 4 ss.

²⁵ Si tratta del profilo ermeneutico su cui s'incentra il secondo capitolo del lavoro; per evitare inutili ripetizioni, sembra opportuno limitarsi in questa prima fase a qualche cenno e, piuttosto, rinviare al prosieguo per una più accurata trattazione.

²⁶ In questo senso, N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 28 ss.

condiviso dalla giurisprudenza nazionale contesta le ipotesi di turbativa in presenza di forme di comparazione – anche informali o ufficiose – tra i diversi offerenti, al fine di consentire la miglior “cura concreta dell’interesse pubblico”²⁷.

Il divario tra “gara pubblica” e “gara privata” creato dall’interprete – e ampiamente discusso in dottrina – insiste, tuttavia, su valutazioni di pregnante discrezionalità: tale criterio non convince nella misura in cui estende in termini significativi l’ambito di applicazione delle fattispecie in esame, pur in assenza di referenti oggettivi adeguati che garantiscano il rispetto dei limiti imposti dal *nullum crimen*. Al di là dei profili che attengono alla legalità dell’interpretazione, tali letture ermeneutiche eccessivamente lasche alterano la capacità selettiva della dottrina del bene giuridico, a maggior ragione considerando la funzione assegnata alla concorrenza in sede europea e costituzionale²⁸.

Questo aspetto sembra decisivo. Non v’è dubbio sul fatto che il settore degli appalti pubblici sia dirimente per preservare la regolarità degli scambi commerciali e, vieppiù, consentire la migliore attuazione degli interessi collettivi, al riparo da contaminazioni di fonte illecita. Nondimeno, il raggiungimento di tali ambiziosi obiettivi è stato costantemente ostacolato da espansioni arbitrarie del diritto punitivo, che oscurano il tipo criminologico proprio delle fattispecie di turbativa a prescindere dalle direttrici dettate dal contesto euro-

²⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., 83 ss., approfondendo peraltro l’A. le riflessioni critiche sollevate sulla funzione ed estensione di tale nozione. Emerge, in particolare, una prima distinzione ermeneutica tra gara formale e informale, decisiva per discernere il confine dei comportamenti penalmente rilevanti e, al contempo, priva di qualsivoglia riscontro positivo: in argomento, si rinvia, anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici, al capitolo II del presente lavoro.

²⁸ Del resto, è la stessa Corte costituzionale ad aver chiarito – invero attraverso un orientamento ormai consolidato – che “la nozione di ‘concorrenza’ di cui al comma 2, lettera e), dell’art. 117 Cost., non può non riflettere quella operante in ambito europeo [...]. Essa comprende, pertanto, sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza ‘nel mercato’), ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza ‘per il mercato’)”: sent. 27 giugno 2018, n. 137.

peo e recepite – almeno in prospettiva pubblicistica – dallo stesso legislatore nazionale (cfr. *infra*, cap. II).

1.3. (segue): la nozione di concorrenza alla prova del diritto costituzionale ed europeo

È evidente che gli appalti pubblici rappresentano un settore chiave non solo a livello nazionale ma europeo nell'attività di promozione di obiettivi strategici legati tanto al mercato quanto al benessere della collettività. Per un verso, i contratti pubblici intercettano un segmento significativo del prodotto nazionale²⁹; per altro verso, le contaminazioni criminali aggravano i costi di lavori e forniture, comportando un danno diretto per la comunità di riferimento³⁰. Ne deriva una sempre più articolata sovrapposizione d'interessi nell'interazione tra autorità pubblica e operatori privati, da cui discendono rilevanti conseguenze nella sfera punitiva³¹.

Provando a ricostruire tale scenario limitatamente ai profili d'interesse per la presente trattazione, le misure a sostegno della concorrenza³² devono eliminare a livello transnazionale gli ostacoli al pie-

²⁹ In questo senso la stessa Commissione europea nella Comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione, 2021 C-91/01, in part. § 1.1.

³⁰ Così, l'AGCM nel *Vademecum per le stazioni appaltanti* adottato il 18 settembre 2013. Sul punto, si tornerà *infra*, cap. III, § 3.3.2.

³¹ Sul punto, non è da tralasciare che il rapporto tra diritto della concorrenza e diritto costituzionale è tutt'altro che agevole da ricostruire. La dottrina nazionale, infatti, ha elaborato una pluralità di ricostruzioni che vanno dalla perfetta sostituzione della Costituzione economica europea a quella nazionale, alla necessità che prevalga la Costituzione economica nazionale o, ancora, all'esigenza di analizzare in concreto l'interazione tra i due livelli: per approfondire, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quad. cost.*, 2019, 597 s., osservando l'A. che sussiste una relazione d'influenza reciproca che non ha carattere gerarchico ma, piuttosto, circolare.

³² Con riguardo alle difficoltà che si riscontrano, sia in dottrina che nella giurisprudenza costituzionale, per elaborare una definizione di concorrenza, si veda A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., 102, 106, ove l'A. considera che “la tutela della concorrenza funziona più come competenza tra-

no esercizio della capacità d'impresa (concorrenza nel mercato) e, al contempo, dotarsi di meccanismi che permettano la più ampia partecipazione al mercato (concorrenza per il mercato)³³. In questi termini, la concorrenza interseca le libertà di circolazione su cui si fonda il mercato unico, e specialmente nel settore degli appalti pubblici la libertà di stabilimento e dei servizi. Anche a livello sovranazionale, però, la libertà di concorrenza resta strumentale alla realizzazione di preminenti interessi di rango primario³⁴, tra cui non si può che annoverare la trasparenza, l'efficacia, l'economicità e la regolarità dell'azione amministrativa. Detto altrimenti, è ben possibile che il *favor participationis* subisca limitazioni, stabilite dalla legge, se necessario per consentire il perseguimento di obiettivi ulteriori di interesse generale³⁵. Se la concorrenza è strumentale alla realizzazione delle finalità che legittimano l'azione publi-

versale che come bene costituzionale la cui tutela richiede l'intervento di tutte le istituzioni di governo”.

³³ Si veda, di recente, Corte cost., 26 maggio 2020, n. 56, con particolare riguardo al riparto di competenze Stato-regioni in materia di trasporto pubblico locale. In senso conforme, si veda, *inter alia*, Corte cost., 12 febbraio 2010, n. 45, in part. *Considerato in diritto*, § 4.1, con commento di R. BIN, *Lavori pubblici: quanto “intangibili” sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, in *Le Regioni*, 5, 2010, 1148 ss., soffermandosi l'A. sui profili inerenti al riparto di competenza nella materia delle procedure a evidenza pubblica. Quanto al noto dibattito in materia demaniale, E. VERDOLINI, *Oltre la “tutela della concorrenza”. Ruolo delle Regioni, valori sociali e ambientali nella gestione del patrimonio demaniale marittimo*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti*, Macerata, 2022, 119.

³⁴ Il dibattito che si è sviluppato attorno agli scopi che persegue – o dovrebbe perseguire – la libertà di concorrenza è quanto mai vasto e articolato: limitandoci a ricordare solo alcuni tra i tanti contributi, quindi, si veda C. TOWNLEY, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford, 2009, in part. 113 ss., mettendo l'A. in luce le incerenze e incertezze che derivano da politiche europee e indirizzi interpretativi non sempre omogenei quanto agli interessi di carattere non economico capaci di prevalere sul principio concorrenziale; D. ZIMMER (a cura di), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham-Northampton, 2012; O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law. Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*, Londra, 2017, nonché R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, X ed., Oxford, 2021, 18 ss.

³⁵ Quanto alla necessità che le scelte “politiche” che limitano la concorrenza abbiano carattere “*content neutral*”, R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., 69, richiamando peraltro l'A. la dottrina statunitense elaborata in materia di libertà d'espressione.

ca³⁶, quei comportamenti – che pur determinano effetti anticoncorrenziali – non contrastano con il diritto dell’Unione laddove siano funzionali alla cura di contrapposti interessi pubblici³⁷. In questa prospettiva, la tutela della concorrenza assume una connotazione relativa da bilanciare, già a livello europeo, con contrapposte esigenze di pari importanza come si andrà meglio a considerare nei paragrafi che seguono.

1.3.1. *Una gara a “evidenza europea”: il favor participationis nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

Considerato in relazione alle quattro libertà fondamentali su cui è costruito il mercato unico³⁸, il principio di concorrenza rappresen-

³⁶ Con particolare riguardo alla possibilità di concepire il mercato come “democrazia economica” “sottoposta a limiti e a vincoli non meno della democrazia politica”: L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Bari, 2021, 311.

³⁷ Simili argomenti, del resto, sono portati a supporto della linea di analisi che individua la libertà di concorrenza come strumentale ad assicurare la tutela del consumatore e l’efficienza economica: rilevante, in merito, il cambio di passo segnato dalla decisione *State Oil Co v Khan* (522 US 3 [1991] 21). Per approfondire, invece, la rilettura delle concezioni elaborate dalla scuola economica neoclassica, si rinvia, con particolare riguardo alle posizioni della Scuola di Chicago, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Ann. III, 2010, 227 ss., nonché, O. BUDZINSKI, *Pluralism of Competition Policy Paradigms and the Call for Regulatory Diversity*, in *Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften*, 2003, 8 s. Quanto, invece, all’evoluzione proposta dalla c.d. “neo-Brandeisian School” per superare l’approccio eccessivamente restrittivo indotto dalla valorizzazione del benessere dei consumatori in relazione alla mera contrazione dei prezzi, si veda L. M. KAHN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, in *Yale L. J.*, 2017, 564 ss. Per approfondire, si rinvia alle riflessioni di O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 158 ss.

³⁸ Del resto, Margrethe Vestager ha affermato, in un intervento del 13 ottobre 2015, che “[t]he founding fathers of Europe understood that there would be no genuine integration without a Single Market – and no functioning Single Market without a strong competition policy enforced by a central competition authority”, come riportato da P.F. TODD, *Vertical Restraints, The Single Market Imperative and UK Competition Policy after Brexit*, in *Compet. Law J.*, 2019, 4. Si tratta, invero, di un settore in continua evoluzione come dimostrano i recenti interventi che dichiarano l’intenzione di estendere la disciplina europea della concorrenza rispetto al c.d. *Internet of Things* nonché alle piattaforme digitali: *Comunicato stampa della Commissione europea IP/20/2347*, 15 dicembre 2020.

ta uno dei semi da cui è germogliata l'Unione in prospettiva sia economica³⁹ che politica⁴⁰.

Nonostante la centralità che riveste nel sistema, però, la tutela della competizione tra gli operatori privati non ha portata assoluta⁴¹, bensì subisce deroghe significative ogni qual volta sia necessario per soddisfare contrapposti interessi fondamentali degli Stati membri⁴².

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, il *favor participationis* ha trovato ampio riconoscimento ma non come fine ultimo dell'azione pubblica⁴³, bensì come mezzo per

³⁹ Quanto alla difficoltà, specialmente negli anni più risalenti, di saldare studi economici e regolazione della concorrenza, si veda W.E. KOVACIC, C. SHAPIRO, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, in *J. Econ. Perspect.*, 14, 2000, 43 ss.; A.C. WITT, *The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning?*, in *Antitrust Bull.*, 64, 2019, 172 ss.

⁴⁰ A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni*, cit., 109. Con riguardo all'esplosione dei sistemi di concorrenza – anche grazie al contributo offerto dal *International Competition Network* – in relazione ai profondi cambiamenti che hanno interessato il pensiero politico ed economico, si rinvia a R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., 1 ss.

⁴¹ Con riguardo alla distinzione tra il sistema concorrenziale europeo e statunitense proprio in ragione dell'insussistenza, nel primo, di accordi anticoncorrenziali illeciti di per sé, si rinvia ancora a R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., 158. Quanto, poi, alla possibilità di ricondurre tali limitazioni del principio concorrenziale alla dottrina della *rule of reason* ("regola di applicazione ragionevole"), declinata in termini autonomi rispetto all'elaborazione statunitense, L. VOGEL, *European Competition Law*, III ed., Parigi, 2020, 147. Al riguardo, nondimeno, non può tralasciarsi quell'indirizzo ermeneutico che esclude l'applicabilità di tale dottrina nel contesto europeo della concorrenza: Corte Giust., 30 gennaio 2020, C-307/18, *Generics (UK) Ltd e al.*, § 104, ove si fa richiamo alla "giurisprudenza consolidata della Corte, secondo la quale nel diritto europeo della concorrenza non si ravvisa una 'regola di applicazione ragionevole', secondo la quale gli effetti favorevoli per la concorrenza e quelli anticoncorrenziali di un accordo andrebbero soppesati nel classificare quest'ultimo come 'restrizione della concorrenza' ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE".

⁴² Per una ricostruzione d'insieme, si veda R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, V ed., Torino, 2022, 370 ss.

⁴³ In un certo numero di decisioni, in particolare, la Corte di Giustizia ha riconosciuto in astratto la possibilità che il principio di concorrenza subisca delle eccezioni secondo quanto previsto dall'art. 101 (3), TFUE, senza però riconoscere nel caso concreto rilevanti profili tali da giustificare la limitazione della pari partecipazione al mercato. Per citare alcuni giudizi emblematici, si considerino i casi Corte Giust., 19 luglio 1994, T-19/93, *Matra Hachette SA*, § 85; 20 novembre 2008, C-209/07, *Beef Industry Development Society*, § 21; C-439-09, 13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, §§ 49-50. Non mancano, però, pronunce che riscontrano l'operati-

raggiungere altri obiettivi⁴⁴, come nel caso della tutela dei consumatori⁴⁵.

Le limitazioni alla concorrenza, dunque, possono essere giustificate dal perseguimento di obiettivi ulteriori⁴⁶, avendo i giudici chia-

vità di tali deroghe in prospettiva empirica, giustificando la scelta delle autorità nazionali di contrarre il *favor participationis*. Con riguardo a quest'ultima ipotesi, si veda la sentenza E-3/16, 22 dicembre 2016, *Ski Taxi SA v Norwegian Government*, ove i giudici sono chiamati a decidere se l'accordo tra due operatori economici particolarmente affermati in un certo mercato rilevante è da considerare contrario all'art. 101, TFEU, nella misura in cui sia dichiarato alle competenti autorità e appaia ragionevole in ragione del particolare contesto normativo ed economico in cui è stato adottato. La Corte, sul punto, esclude che sia intervenuta una violazione del principio concorrenziale se l'accordo tra le imprese private trova giustificazione in ragione di particolari istanze di efficienza imposte dalla natura del servizio, legittimandosi la deroga ex art. 101, § 3, TFEU (in part., §§ 56-66). Del resto, nello stesso caso *AirFrance/Alitalia* la Commissione europea ha autorizzato la cooperazione strategica tra le due società perché proprio compatibile con le norme del trattato sul principio di concorrenza: decisione della Commissione del 7 aprile 2004, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 81 del trattato CE, riguardante il caso COMP/A.38284/D2 *Société Air France/Alitalia Linee Aeree Italiane SpA*, ove si riconosce "che, nel complesso, l'alleanza contribuisce a migliorare la produzione e la distribuzione dei servizi di trasporto e a promuovere il progresso tecnico ed economico. L'accordo di cooperazione è in grado di generare benefici grazie alla creazione di una rete mondiale più ampia che consentirà di offrire alla clientela un servizio migliore in termini di un numero maggiore di voli diretti e indiretti. Sebbene l'ampliamento delle dimensioni delle compagnie aeree non consenta necessariamente una riduzione dei costi in ragione delle costanti economie di scala, si possono comunque realizzare risparmi grazie all'aumento del traffico su tutta la rete, alla migliore programmazione delle frequenze, al più elevato coefficiente di carico".

⁴⁴ Definisce, del resto, l'individuazione delle finalità che si perseguono attraverso la concorrenza "il tema principale" del dibattito, G. AMATO, *Relazione generale*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., 28.

⁴⁵ Del resto, è il presidente dell'autorità antitrust italiana ad affermare "[i]n primo luogo, la concorrenza serve a tutelare i consumatori. È una tutela sempre importante, ma ancor più necessaria quando il potere di acquisto si riduce, per cui è indispensabile contrastare eventuali condotte collusive o sfruttamenti abusivi del potere di mercato, che potrebbero amplificare ulteriormente gli effetti negativi delle dinamiche inflazionistiche": Relazione annuale, Presentazione del Presidente Roberto Rustichelli, 18 luglio 2022, in part. 2. Con riguardo, nondimeno, all'esigenza di evolvere ulteriormente le finalità perseguite dal principio concorrenziale così da perseguire l'equità del mercato unico, N. DUNNE, *Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better*, in *Mod. L. Rev.*, 2021, 230 ss.

⁴⁶ Con particolare riguardo al "re-packaging" imposto alla disciplina europea degli appalti pubblici per tutelare gli interessi ambientali, R. CARANTA, *Clause sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in C. MARZUOLI,

rito che non sono da considerare illecite le sole condotte che influenzano il prezzo al consumo⁴⁷ ma, altresì, i diversi accordi che ostacolano il raggiungimento del bene comune da intendere in termini più estesi rispetto al mero profitto economico. Se si ammette un'interpretazione ampia dell'art. 101, § 3, TFEU⁴⁸, anche l'interesse pub-

S. TORRICELLI, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, 127 ss. Secondo quanto previsto dal Considerando n. 9, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato (Testo rilevante ai fini del SEE), del resto, la disciplina europea "non osta a che gli Stati membri applichino nei rispettivi territori una legislazione nazionale che tutela altri legittimi interessi, a condizione che essa sia compatibile con i principi generali e con le altre disposizioni del diritto comunitario. Nella misura in cui tale legislazione nazionale persegue prevalentemente un obiettivo diverso da quello della protezione della concorrenza sul mercato, le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri possono applicare tale legislazione nei rispettivi territori". Con riguardo ai profili applicativi si tenga conto della decisione nel caso REIMS II in cui la Commissione europea ha ritenuto che l'accordo tra i due operatori economici del settore postale fosse in linea con il diritto dell'Unione perché funzionale, tra gli altri benefici, a implementare il livello di accesso e la qualità del servizio (15 settembre 1999, l. 275/17, in part. § 70 s.). In termini analoghi, del resto, si è espressa la Commissione europea nella decisione del 24 luglio 2002, relativa a un procedimento a norma dell'art. 81 del trattato CE e dell'art. 53 dell'accordo SEE, *Visa International - Commissione interbancaria multilaterale*. Tra i diversi vantaggi considerati ai sensi dell'art. 101, § 3, TFEU, in particolare, emerge l'utilità dell'accordo nel contrasto alle frodi finanziarie quale elemento da tenere in considerazione per giustificare il contenimento della concorrenza (in part., § 100).

⁴⁷ Corte Giust., 4 giugno 2009, C-8/08, *T-Mobile*, in part. §§ 36-38, precisando i giudici che l'art. 81 CE "non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale", nonché Corte Giust., 19 marzo 2015, C-286/13, *Dole v Commission*, § 125.

⁴⁸ Del resto, una simile tendenza trova conferma nella pluralità di interessi non economici che hanno giustificato restrizioni della concorrenza. Solo per citare alcuni esempi, si pensi alle limitazioni ammesse per proteggere l'ambiente – come, per esempio, rafforzare l'efficienza energetica (Commissione, dec. 14 gennaio 1999, *CECED*, 2000/475/CE) – o tutelare prerogative giuslavoristiche in relazione ai "contratti di cooperazione" (25 ottobre 1977, C-26/76, *Metro v Commission*). Si può considerare, del resto, quanto affermato dalla stessa Commissione europea in relazione a obiettivi complementari alla concorrenza, così da "far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità": Libro Verde, *Sulla*

blico può giustificare la restrizione della concorrenza⁴⁹, così da consentire un'elevata qualità del servizio⁵⁰ e ridurre le diseguaglianze per una maggiore coesione sociale. Ebbene, se la concorrenza soffre eccezioni in sede europea per lasciar spazio a preminenti interessi di carattere generale⁵¹, a maggior ragione tale ipotesi deve inverarsi a livello interno, atteso il prioritario rilievo di valori personali e collettivi di rango costituzionale⁵².

modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM (2011) 15 def., 5. Per approfondire in argomento, L. VOGEL, *European Competition Law*, cit., 153, 157 ss.

⁴⁹ Quanto agli obiettivi "esterni" al mercato, si è osservato che "[s]ono il frutto di scelte politiche che decidono di privilegiare 'valori' da porre al riparo dalla competizione concorrenziale": R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, cit., 67. Il riferimento, nondimeno, è al superamento di un test che assicuri la natura indispensabile della restrizione attraverso un doppio livello di accertamento: anzitutto, occorre che la misura appaia ragionevolmente idonea a conseguire lo scopo diverso dalla tutela della concorrenza; inoltre, la riduzione della partecipazione deve apparire necessaria per il raggiungimento di tale effetto positivo, che non avrebbe potuto raggiungersi attraverso strumenti meno invasivi: Corte Giust., 11 settembre 2014, C-382/12, *Mastercard*, §§ 92-94.

⁵⁰ Si consideri, a titolo di esempio, la decisione 11 luglio 1996, T-528/93, *Metropole télévision SA v Commission*, § 118, ove i giudici affermano che "[l]a Commissione può certamente basarsi, nell'ambito di una valutazione globale, su considerazioni inerenti al perseguimento dell'interesse pubblico al fine di concedere un'esenzione in forza dell'art. 85, n. 3, del Trattato". D'altra parte, nella menzionata presentazione del Presidente Rustichelli che accompagna la relazione annuale AGCM si legge che "il mercato può operare efficientemente solo se si attribuisce ai cittadini quella sovranità economica diffusa che è indice di autentica libertà civile" (in part., 2). La concorrenza, infatti, "serve a consolidare, anche nel nuovo contesto geo-politico, il modello di sviluppo delle democrazie europee fondato sull'economia sociale di mercato", come anticipato nell'introduzione al presente lavoro.

⁵¹ Per approfondire, R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., 79.

⁵² Non si deve, a contrario, tralasciare che la disciplina europea a tutela della concorrenza può soffrire limitazioni proprio in ragione delle peculiari esigenze di tutela che vengono in rilievo nella materia penale. Emblematici, in tal senso, sono i casi Gambelli (6 novembre 2003, causa C-243/01, *Gambelli*) e Placanica (Corte Giust., 6 marzo 2007, cause riunite C-358/04, C-359/04 e C-360/04, *Placanica*) in materia di raccolta abusiva di scommesse *on-line*. L'opzione punitiva in vigore a livello nazionale, infatti, imponeva significative limitazioni alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi dei *bookmaker* attraverso un meccanismo autorizzatorio sanzionato penalmente, così da proteggere gli investitori dai pericoli di frode e preservare l'ordine pubblico. In Gambelli, in particolare, i giudici europei hanno riconosciuto ampi margini di valutazione al giudice nazionale per verificare se le previsioni incriminatrici nazionali fossero proporzionate alla tutela dell'ordine pubblico (in part., § 75 ss.). Tuttavia, a fronte della resistenza delle autorità na-

1.3.2. *Libertà di concorrenza come libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi*

Con riguardo alla nozione di concorrenza, occorre soffermarsi su un ulteriore aspetto significativo per lo sviluppo della presente trattazione. La Corte costituzionale italiana, infatti, è costante nel ribadire che “la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario”⁵³. La concorrenza è, allora, da intendere anche a livello interno come “l’altra faccia dell’economia”⁵⁴: non un valore dal significato neutrale e omnicomprensivo, bensì il presupposto indefettibile per assicurare in termini efficaci la libera circolazione delle persone, delle merci e, per quanto maggiormente interessa il settore delle gare, la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento.

Potrebbe sembrare una constatazione scontata, se non fosse che le ipotesi di turbata libertà degli incanti sono state contestate a livello nazionale in riferimento a fatti del tutto estranei alle relazioni industriali, ricomprendendo finanche ambiti – come quello dei contratti di lavoro per il pubblico impiego – eterogenei rispetto alla nozione europea e costituzionale di *favor participationis* (cfr. *infra*, cap. III, § 4).

zionali restie a disapplicare le fattispecie incriminatrici, la Corte di Giustizia interviene una seconda volta, indicando criteri più restrittivi giacché “gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nelle cause principali, che impone una sanzione penale a soggetti quali gli imputati nelle cause principali per aver esercitato un’attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non hanno potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro” (§ 71). Per approfondire, si veda V. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 16 ss., ove l’A. considera la pluralità di esiti che possono seguire alle pronunce del giudice europeo (*revolving door*), indispensabili per proteggere un sufficiente margine di apprezzamento in capo alle autorità nazionali.

⁵³ In questi termini, Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, *Considerato in diritto*, § 4. Sul punto, si tornerà con maggior approfondimento nel paragrafo che segue.

⁵⁴ A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni*, cit., 102

Procedendo con ordine, il principio concorrenziale rappresenta il presupposto indefettibile per la realizzazione delle libertà di scambio transnazionali. È in questa prospettiva, allora, che la libertà di stabilimento e dei servizi acquistano rilievo primario in materia di appalti, ossia con l'obiettivo di smantellare le barriere che possono ostacolare il libero mercato⁵⁵. In linea di continuità rispetto alle politiche concorrenziali, però, interessi preminenti a carattere non economico possono giustificare restrizioni significative alle libertà di circolazione⁵⁶, dovendosi riconoscere un certo margine di discrezionalità agli Stati membri nell'identificazione in concreto di tali confini applicativi⁵⁷. In altri termini, il principio concorrenziale è da declinare in rapporto alle relazioni industriali che possono condizionare – finanche in senso restrittivo – il mercato del lavoro⁵⁸ non, invece, a relazioni contrattuali di segno individuale.

Più nel dettaglio, in un primo momento, le questioni inerenti alla tutela del lavoro erano state collocate al di fuori della sfera presidiata dalla concorrenza, enfatizzando una differenza di obiettivi e com-

⁵⁵ Sul punto, del resto, Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, nonché Corte cost., 14 gennaio 2022, n. 4, *Considerato in diritto*, § 4.1.

⁵⁶ In particolare: Corte Giust., 10 marzo 2009, C-169/07, *Hartlauer*, § 44, precisando la Corte che “una restrizione alla libertà di stabilimento, che sia applicabile senza discriminazioni basate sulla nazionalità, può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che essa sia atta a garantire la realizzazione dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo”. Emblematico, in tal senso, è il caso Corte Giust., 5 dicembre 2013, C-159/12, *Venturini*, § 55, ove i giudici si sono occupati della legittimità della scelta posta in essere dalle autorità italiane di non distribuire determinate tipologie di farmaci – ossia, nel caso *de quo*, quelli soggetti a prescrizione medica – alle parafarmacie. La restrizione della libertà di stabilimento, di cui all'art. 49, TFUE, è da giustificare, infatti, per assicurare la tutela della salute garantendo un servizio di distribuzione sicuro e di qualità, apparendo la normativa interna necessaria e proporzionata.

⁵⁷ Questa consapevolezza, del resto, emerge con chiarezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale che, proprio in materia di tutela della salute, ribadisce – in linea con la giurisprudenza, peraltro riccamente richiamata, della Corte di Giustizia – che “le ragioni di tutela della salute, declinate secondo le peculiarità della normativa nazionale, ben consentono di derogare all'ampia nozione di libertà di stabilimento e, di conseguenza, di libertà di impresa”, così la decisione Corte cost., 18 luglio 2014, n. 216, su cui anche *infra*, cap. I, § 1.3.3.

⁵⁸ In questa prospettiva, C. KILPATRICK, *British Jobs for British Workers? UK Industrial Action and Free Movement of Service in EU Law*, LSE Working Paper, 16, 2009, 1 ss.

petenze tra i due settori⁵⁹. Il cambio di rotta intervenuto con le note sentenze *Viking*⁶⁰ e *Laval*⁶¹ ha messo fortemente in discussione la possibilità di rinvenire “zone franche” rispetto alle logiche del mer-

⁵⁹ Solo si pensi a quanto chiarito dai giudici europei già nella nota decisione Corte Giust., 21 settembre 1999, C-67-96, *Albany International BV*, § 59 s., in materia pensionistica. La Corte, in particolare, afferma che “[v]ero è che taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tuttavia, gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all’art. 85, n. 1, del Trattato nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro”. Pertanto, “[d]a un’interpretazione utile e coerente dell’insieme delle disposizioni del Trattato risulta quindi che gli accordi conclusi nell’ambito di trattative collettive tra parti sociali al fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 85, n. 1, del Trattato”.

⁶⁰ Corte Giust., 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line ABP*. Di particolare interesse, per i temi trattati, sono le considerazioni svolte nell’opinione dell’avvocato generale M. Poiares Maduro secondo cui, escludendo possibili analogie con il caso *Albany*, “l’interesse pubblico connesso alle politiche sociali può giustificare talune restrizioni alla libera circolazione, purché le stesse non vadano oltre il necessario. La Corte non ha tuttavia mai ammesso che tali restrizioni ricadano del tutto all’esterno dell’ambito applicativo delle norme sulla libera circolazione. Infatti, per citare soltanto alcuni esempi ricavati dalla giurisprudenza, i provvedimenti volti alla tutela dell’ambiente, dei consumatori, del pluralismo della stampa e della salute sono stati considerati rientranti nell’ambito applicativo delle norme sulla libera circolazione. Sarebbe certamente curioso ritenere che i provvedimenti assunti per perseguire politiche sociali debbano invece sottrarsi alla verifica sulla base delle norme sulla libera circolazione”, richiamando tra gli altri i casi *Schmidberger* e *Omega*.

⁶¹ Corte Giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri*. Anche in questo caso, infatti, hanno trovato particolare risonanza le osservazioni dell’avvocato generale Paolo Mengozzi, che osserva, in particolare, con riguardo alla tesi secondo cui il settore sociale esula dalla concorrenza che “una simile posizione sarebbe [...] palesemente indifendibile ed anacronistica; infatti, da un lato, le norme sociali degli Stati membri non godono di alcuna deroga generale all’applicabilità delle regole del Trattato, in particolare rispetto a quelle sulle libertà di circolazione che lo stesso introduce, dal momento che la competenza che gli Stati membri conservano in tale settore deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario”. Del resto, aggiunge, “[e]scludere in ogni caso l’applicabilità delle libertà di circolazione del Trattato per garantire la tutela dei diritti fondamentali significherebbe in realtà fissare una gerarchia fra regole o principi di diritto primario che, pur non essendo necessariamente priva di pertinenza, non è accettabile allo stato attuale del diritto comunitario”. In senso sostanzialmente conforme, si veda peraltro Corte Giust., 9 luglio 2009, C-319/07, *3F v Commission*.

cato unico⁶² ma ha, al contempo, confermato la dimensione “macro” che interessa il bilanciamento *ex art.* 101 TFUE. A prescindere dai più recenti approdi che lasciano presagire una sorta di ritorno alle origini⁶³, quindi, eventuali limitazioni alla libertà di scambio e di prestazioni dei servizi sono da tenere distinte rispetto alle questioni inerenti alla parità di trattamento nelle assunzioni per il pubblico impiego, a meno di non accettare che le fattispecie di turbativa battono “bandiera di comodo”⁶⁴.

1.3.3. *La nozione di concorrenza consolidata nella giurisprudenza costituzionale e i suoi limiti*

Tra le diverse tesi sviluppate nel tempo in relazione al principio concorrenziale⁶⁵, non si può tralasciare la contrapposizione tra coloro che ritengono si tratti di un profilo proprio dell’assetto costitu-

⁶² Per approfondire, si veda S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge, 2018, 91 ss., osservando come questi casi “portray a divide in Member States’ resilience whenever EU constitutional traditions are at stake” nonché approfondendo l’analisi nei confronti dell’“effetto valanga” che è seguito, in particolare, al caso *Laval* in relazione alla legislazione nazionale.

⁶³ Si vedano, sul punto, i toni divergenti che connotano la giurisprudenza della Corte di Strasburgo con riguardo all’art. 11, CEDU: per approfondire, si veda ancora S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, cit., 118 ss.; S. GIUBBONI, *Crisi pandemica e solidarietà europea*, in *Quad. cost.*, 2021, 218 ss.; F. COSTAMAGNA, S. GIUBBONI, *Free Movement of Persons and Transnational Solidarity – The Legacy of Market Citizenship*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, 2 s.

⁶⁴ Per approfondire, con particolare riguardo all’interpretazione estensiva posta in essere dalla giurisprudenza nazionale e alle relative criticità in prospettiva costituzionale ed europea, si rinvia a quanto considerato *infra*, cap. III, § 4.

⁶⁵ Quanto alla complessità della nozione di concorrenza e, al contempo, all’esigenza di “giungere a una definizione della stessa, come bene giuridico tutelato, che sia idonea a fornire un criterio di coerente soluzione dei problemi che si pongono in materia”: M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 198 ss. Si considerino, del resto, le posizioni radicali secondo cui non è possibile identificare nei monopoli una condizione negativa di per sé, atteso che comportamenti che sfruttano la posizione di vantaggio acquisita in un certo mercato altro non sarebbero che esercizio di una libertà imprenditoriale conquistata in seguito a duri scontri con le imprese concorrenti: per approfondire, si veda D.L. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *Am. J. Comp. L.*, 1994, 73. Quanto alle interconnessioni con il percorso di evoluzione del potere pubblico in economia, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1997, in part. 320 ss.

zionale⁶⁶ e chi, per contro, lo considera un elemento esterno⁶⁷, tendenzialmente imposto dal diritto dell'Unione⁶⁸. In ogni caso, non è possibile “dubitare del rango ‘costituzionale’ della politica e delle norme poste a tutela [della concorrenza]”⁶⁹. D'altronde, il testo costituzionale offre due referenti distinti. Nel riconoscere la libera iniziativa economica all'art. 41, la Costituzione non implica la rimozione di tutte le barriere d'ingresso al mercato⁷⁰ ma, piuttosto, consente di modulare l'indirizzo e il coordinamento pubblico a fini sociali, laddove emergano ragioni legate all'utilità sociale⁷¹, alla sicurezza, alla dignità, alla libertà umana⁷². In seguito alla riforma del titolo V,

⁶⁶ Sul punto, A. PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in AA.VV., *La costituzione economica*, Padova, 1997, 179.

⁶⁷ G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. soc.*, 2010, 343, affermando – per l'appunto – l'A. che “per quanto riguarda l'interrogativo della compatibilità fra l'originaria costituzione economica e principi comunitari, limitandoci al basilare principio di concorrenza, cioè a una chiara individuazione della essenzialità del mercato competitivo, occorre ammettere senza equivoci che vi è stato in passato un contrasto tra le due costituzioni: quella italiana implicitamente legittimava l'uso di politiche protezionistiche mentre quella europea lo negava decisamente”.

⁶⁸ In questa prospettiva, si rinvia a G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La costituzione economica*, cit., 18 s., approfondendo l'esigenza di tener conto di interessi “non realizzabili partendo dal mercato e bisognosi, anzi, di essere difesi dall'espansione delle sue regole”.

⁶⁹ Sul punto, B. CARAVITA DI TORITTO, *I fondamenti europei della concorrenza*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., 38, precisando l'A. la necessità di ricondurre il principio concorrenziale all'art. 3, § 3, TUE, nonché di riconoscerne il fondamento costituzionale in senso sostanziale. D'altra parte, “la libertà di concorrenza importa anche la libertà di autolimitazione della propria iniziativa economica, ma questa non può superare i limiti fissati dall'ordinamento giuridico nell'interesse individuale o nell'interesse della collettività”: G. FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, 532.

⁷⁰ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, III ed. 2003, 100.

⁷¹ D'altro canto, si afferma, “il richiamo dell'art. 41 all'“utilità sociale” ben può riferirsi alla concorrenza quale strumento per promuovere l'utilità sociale”: C. PINELLI, T. TREU, *Introduzione. La Costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione*, in C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 9. Si è, peraltro, osservato che “se la concorrenza ha uno spazio costituzionale, questo va ricercato all'interno della nozione di ‘utilità sociale’ come limite ai diritti di iniziativa economica privata”: O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 128.

⁷² Così, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2011, 54, precisando l'A. l'impossibilità di bilanciare concorrenza e utilità sociale trattandosi, la prima, di un mezzo

poi, il riconoscimento della competenza esclusiva in materia di “tutela della concorrenza” intende conformare il mercato interno agli *acquis* del diritto europeo⁷³, ossia in direzione effettivamente concorrenziale⁷⁴.

Nello sforzo di riportare a unità tali istanze apparentemente contrastanti, i giudici costituzionali hanno promosso un indirizzo particolarmente significativo ai fini della presente indagine⁷⁵. Nel discorso costituzionale si ritrova, *in primis*, l’affermazione costante secondo cui “la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario”⁷⁶. Il giudice delle leggi, poi, dimostra particolare attenzione per le politiche per la concorrenza ribadendo tre riferimenti: gli interventi regolativi, la disciplina antitrust e le misure destinate a promuovere un mercato aperto e libero, sostenendo una visione dinamica della competizione tra

e, la seconda, lo sfondo assiologico di riferimento dei fini istituzionali; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XVIII ed., Bologna, 2022, 643 ss.

⁷³ Quanto alla possibilità di intendere il riferimento di cui all’art. 117, comma 2, lett. e), Costituzione, quale norma precettiva che impone al legislatore interno un obbligo costituzionalmente fondato di tutela della concorrenza, si rinvia a G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (dello Stato e delle Regioni)*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2002, 982 ss. Per contro, si obietta, il perseguimento dell’utilità sociale ben può giustificare misure anticoncorrenziali: O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 229.

⁷⁴ Con riguardo ai condizionamenti provenienti dalla sfera sovranazionale, è stato, del resto, affermato che la previsione di cui all’art. 41, Costituzione, ha subito una “torsione interpretativa” prescindendo dalla utilità sociale ed enfatizzando la libertà di concorrenza come libertà del mercato che regola i rapporti economico-sociali: così, F. CINTOLI, *L’art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in G. BUONOMO (a cura di), *La libertà d’impresa tra l’articolo 41 e l’articolo 118 della Costituzione*, Servizio studi del Senato, ottobre 2010, n. 244, 179 ss.

⁷⁵ Con riguardo, invero, alla pluralità di significati attribuiti alla concorrenza dalla giurisprudenza costituzionale, tanto che “la ‘tutela della concorrenza’ si risolve in una delle lege più significative per riconoscere ed assicurare alla politica nazionale il potere di limitare qualsiasi intervento nell’economia e nel mercato da parte delle autonomie territoriali”, A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni*, cit., 101. Con riguardo al difetto di omogeneità nelle interpretazioni che si sono susseguite in materia di concorrenza, si veda altresì M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell’ultimo decennio*, in *Mercato conc. reg.*, 3, 2014, 503 ss.

⁷⁶ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, cit., *Considerato in diritto*, § 4.

imprese di peculiare rilievo macroeconomico⁷⁷. Per quanto qui più interessa, la giurisprudenza costituzionale ha nel tempo conservato intatta tale tripartizione sostituendo, nondimeno, agli interventi regolativi la categoria delle norme che disciplinano le procedure a evidenza pubblica e le gare per la fornitura di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni⁷⁸. La concorrenza è quindi da intendere, a un tempo, “in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto”, nonché dinamico giustificando “misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”⁷⁹.

In particolare, ad avviso della Corte, occorre assicurare al mercato la più ampia apertura⁸⁰, così da permettere “il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza”. Resta, nondimeno, saldo l’assunto per cui sono legittime le limitazioni del mercato che si rivelino necessarie per

⁷⁷ *Ibidem*. In questo senso, del resto, anche la nota pronuncia Corte cost., 16 aprile 2014, n. 97, *passim*. Con particolare riferimento, poi, al problema degli aiuti di Stato, si veda per una conferma del medesimo indirizzo interpretativo la decisione 20 aprile 2018, n. 83, *Considerato in diritto*, § 1.3. Per approfondire con riguardo agli effetti normativi derivanti da una nozione dinamica di concorrenza, si rinvia a R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., 6 ss.

⁷⁸ Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, cit., *Considerato in diritto*, § 6.7. Del resto, con particolare riguardo alla materia degli appalti pubblici, affermano i giudici altresì che “attraverso la ‘tutela della concorrenza’, vengono perseguite finalità di ampliamento dell’area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi”, nel rispetto della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento: Corte cost., 14 gennaio 2022, n. 4, cit., *Considerato in diritto*, § 4.1.

⁷⁹ Così, con particolare riguardo agli aiuti di Stato, Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, *Considerato in diritto*, § 4. Per approfondire rispetto al “disegno politico-costituzionale” che sta dietro alle concezioni statica e dinamica, si veda M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 233, nonché più di recente M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2019, 321 ss.

⁸⁰ Come puntualmente chiarito, infatti, “[l]a concorrenza [...] non è un “valore” o un “interesse” che entri nel discorso giuridico come un fattore che chiede di essere bilanciato con altri, ma è la funzione stessa del diritto in ordinamenti che si ispirino alla cultura liberal-democratica”: R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, cit., 66.

proteggere diversi valori costituzionali⁸¹, specialmente di rilievo collettivo, che siano da ritenere prevalenti in ossequio al canone di ragionevolezza⁸².

Tale presidio, allora, non è fine a sé stesso bensì attua “[le] stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l’azione della pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 97 Cost.”⁸³. Trova, così, conferma la natura strumentale della libertà di concorrenza⁸⁴, che subisce limitazioni in ragione di preminenti scopi d’interesse pubblico⁸⁵.

⁸¹ Del resto, non mancano le riflessioni sulla possibilità di riscontrare già a livello europeo, in antitesi con il modello statunitense, una funzionalizzazione della concorrenza “non solo al buon funzionamento dei mercati, ma altresì al buon funzionamento della democrazia”: G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c’è dell’altro oltre l’efficienza economica?*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., 23.

⁸² Emblematica, in tal senso, è la decisione Corte cost., 18 luglio 2014, n. 216, decidendo i giudici della legittimità di previsioni nazionali che non consentivano a determinati esercizi commerciali (le c.d. parafarmacie) la vendita di medicinali di fascia C soggetti a prescrizione medica. Sul punto, i giudici delle leggi hanno ritenuto che la tutela della salute ben potesse giustificare una contrazione della concorrenza, risultando una simile scelta di opportunità in linea sia con il dettato costituzionale (*Considerato in diritto*, § 6.2) sia con il diritto europeo (*Considerato in diritto*, § 7). In particolare, si osserva, “le ragioni di tutela della salute, declinate secondo le peculiarità della normativa nazionale, ben consentono di derogare all’ampia nozione di libertà di stabilimento e, di conseguenza, di libertà di impresa”.

⁸³ Si veda ancora Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, *Considerato in diritto*, § 6.7, precisando la Corte che “l’osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell’efficacia e dell’efficienza dell’attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell’aggiudicazione”.

⁸⁴ Sul punto, si è osservato che “la ‘Costituzione economica’ italiana [...] continu[a] a essere ‘aperta’, lasciando una significativa discrezionalità al potere politico di adattarsi ai diversi contesti storici”, con la conseguente legittima espansione e contrazione dell’intervento pubblico in economia: F. SAIITTO, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, Milano, 2018, 163. Il tema è estremamente complesso e non può certo essere affrontato in questa sede, sembrando tuttavia opportuno – quanto meno – far riferimento alla precisazione secondo cui la liberalizzazione è da ricondurre a puntuali sforzi di ri-regolazione piuttosto che a un generalizzato *laissez-faire*: con particolare riguardo alle novità introdotte sul punto dal decreto legge n. 1 del 2012, si rinvia a AGCM, *Relazione annuale sull’attività svolta nel 2012*, Roma, 2013, 24.

⁸⁵ Con riguardo all’opportunità di conservare il carattere relativo del principio concorrenziale attese le profonde criticità connesse al modello della massima

1.4. Il principio del risultato (rinvio)

Senza voler anticipare aspetti che saranno approfonditi nel prosieguo⁸⁶, sembra utile osservare fin d'ora che, al momento in cui si scrive, è stato perfezionato l'iter di approvazione a livello nazionale di nuovo "testo unico" in materia di appalti⁸⁷. In attuazione di una specifica delega legislativa⁸⁸, in particolare, lo schema di decreto elaborato dalla Commissione speciale presso il Consiglio di Stato si apre con un principio generale innovativo, destinato a modulare il canone della concorrenza *per* il mercato quale fine del settore degli appalti⁸⁹ e pienamente recepito dal nuovo corpo normativo⁹⁰. Più nel dettaglio, la pubblica amministrazione è chiamata a perseguire "il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza"⁹¹. Si precisa, quindi, che mentre la concorrenza è "funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti", il principio del

par condicio tra operatori economici, si rinvia a M.E. STUCKE, A. EZRACHI, *Competition Overdose-How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, New York, 2020, *passim* nonché R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., 11. D'altronde, è stato affermato che "[l]'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale": Corte cost., 20 luglio 2012, n. 200. Quanto alla natura finalistica e trasversale della concorrenza, del resto, si veda altresì Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 291.

⁸⁶ Si veda, in particolare, *infra*, cap. II, § 3.3 e cap. IV.

⁸⁷ Il riferimento è al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

⁸⁸ La menzionata legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al governo in materia di contratti pubblici anche al fine di adeguare la disciplina nazionale "al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali" (art. 1). Non si deve tralasciare, del resto, che le tempistiche particolarmente contingentate derivano dalla necessità di attuare la riforma nel quadro degli interventi PNRR da perfezionare entro il 30 marzo 2023.

⁸⁹ Art. 1, schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici, trasmesso alla Presidenza il 5 gennaio 2023.

⁹⁰ Art. 1, d.lgs., 31 marzo 2023, n. 36.

⁹¹ *Ivi*, comma 1.

risultato implica altresì il rispetto del canone di legalità e trasparenza, “funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del [...] decreto [...] e ne assicura la piena verificabilità”⁹². L’esplicito riconoscimento del principio del risultato, che peraltro costituisce criterio interpretativo dell’intero *corpus normativo*⁹³, conferma che (a maggior ragione) nel settore degli appalti pubblici “la legalità non è soddisfatta con il solo rispetto formale delle regole ma con il suo buon andamento sostanziale”⁹⁴, contemperando la concorrenza e l’efficienza della spesa pubblica⁹⁵. Occorre, pertanto, “fornire all’amministrazione gli strumenti necessari per adempiere al nuovo compito con possibilità di successo”⁹⁶. Si perfeziona, così, un rilevante ancoraggio tra il principio di legalità e l’amministrazione del risultato⁹⁷, nella direzione di una più agevole realizzazione dei fini istituzionali che guidano l’azione pubblica.

Laddove il percorso di implementazione della nuova normativa abbia successo, l’azione negoziale pubblica deve tendere al “miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti”. Il principio del risultato costituisce, infatti, criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale⁹⁸ quale “attuazione, nel

⁹² *Ivi*, comma 2.

⁹³ Si veda, in particolare, l’art. 4 del nuovo decreto.

⁹⁴ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 142.

⁹⁵ Non si può, in questa sede, che limitarsi a fare cenno al problema che attiene alle modalità con cui il principio di legalità opera riguardo ai poteri e alle attività delle pubbliche amministrazioni: F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 85 ss.

⁹⁶ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, cit., 142.

⁹⁷ La questione, del resto, è stata puntualmente esaminata anche in relazione al *corpus normativo* antecedente: esaminando i margini di discrezionalità che la pubblica amministrazione esercita nella selezione delle imprese da invitare alle procedure ristrette, in particolare, si è precisato che “nella acclamata amministrazione di risultato, l’interesse pubblico in concreto definito a monte della gara non costituirebbe già un parametro rispetto al quale ancorare una parte delle valutazioni circa la scelta delle imprese più idonee da invitare? Non è forse questa la migliore saldatura tra il principio di legalità e il risultato amministrativo?”: E. GUARNIERI, *Procedura ristretta, forcilla e scelte negoziali: interrogativi sul rilancio di una procedura poco utilizzata*, in *Munus*, 2019, 452.

⁹⁸ Art. 1, comma 4.

settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità⁹⁹. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea¹⁰⁰. Se così è, il solco tra la regolamentazione pubblica del settore degli appalti e la lettura che orienta la giurisprudenza penale si fa sempre più profondo. Mentre la prima promuove nuovi schemi dinamici e snelli¹⁰¹, che consentono di modulare la parità di partecipazione per perseguire “il principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità” della gara, la seconda si ostina in un orientamento estensivo miope ai progressi della sfera amministrativa e in evidente tensione rispetto alle stesse garanzie costituzionali poste a presidio della sfera penale (cfr. *infra*, cap. III, § 2 ss. e cap. IV, § 3).

⁹⁹ Del resto, non c'è dubbio che l'attività amministrativa debba tendere all'economicità quale capacità di procurarsi le risorse necessarie con il minimo investimento di mezzi, all'efficacia quale conseguimento degli scopi prefissati e all'efficienza raggiungendo tali obiettivi con il minor dispendio di mezzi: G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, cit., 547, con particolare riguardo all'attività discrezionale. Nondimeno, sono state sollevate diverse perplessità in relazione all'efficienza delle serie procedurali a fronte dei rallentamenti – soprattutto interfase – imposti dal pericolo percepito di esporsi alle misure sanzionatorie: S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 294 ss. Sul punto, si veda *infra*, cap. IV, § 4.

¹⁰⁰ Art. 1, comma 3.

¹⁰¹ M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione. Come è cambiata ai tempi della spending review*, Bologna, 2014; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 86 ss. In questa direzione, del resto, l'evoluzione normativa del codice degli appalti appare in linea con il mutamento seguito dalla stessa nozione di interesse legittimo. La dottrina amministrativa, invero, discute da tempo sull'impossibilità per l'amministrazione di perseguire interessi asettici e pre-stabiliti a monte dal legislatore, dovendo nella gran parte dei casi confrontarsi con interessi “concreti”, frutto del bilanciamento che viene in essere in un particolare contesto quale “interesse pubblico finale, che non è dato dalla legge ed è il risultato di un'operazione di composizione (mediante valutazione positiva o negativa, selezione, combinazione, e così via) di vari interessi pubblici (tenendo presente anche gli interessi privati)”: F.G. SCOCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1999, 1274. Per approfondire, con particolare riguardo alle conseguenze di questa diversa prospettiva sulla regolazione degli appalti pubblici, E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, in part. 57 s.

2. Il ruolo “centrale” di un sistema di reati a vocazione ancillare

Alla luce di tali considerazioni di massima sul contesto europeo e costituzionale che orienta la disciplina e i limiti della concorrenza nel settore degli appalti pubblici, è bene tornare alla materia punitiva, così da vagliare simmetrie e contrasti presenti anzitutto sul piano normativo. Il legislatore penale ha, infatti, esteso il novero di sottofattispecie riconducibili ai delitti di turbativa nelle forme dell'art. 353-*bis* c.p., senza tuttavia intervenire su due questioni centrali e, peraltro, ampiamente scandagliate dalla dottrina penalistica.

In primo luogo, si è scelto di non mutare la formulazione “obsoleta” dell'art. 353 c.p.¹⁰², che fa espresso riferimento a un sistema arcaico di gestione dei procedimenti a evidenza pubblica. La questione è, allora, stabilire se si tratti di un segnale di mera noncuranza legislativa o, piuttosto, di una scelta di opportunità a tutela della sussidiarietà della sanzione punitiva (cfr. *infra*, cap. I, § 2.1 e cap. II, § 2). In secondo luogo, si è evitato di precisare il nucleo di tipicità delle norme incriminatrici, fin dalle origini estremamente incerto. Non è una novità, infatti, che si riscontri una notevole difficoltà nel distinguere *in action* le modalità della condotta positivizzate dal legislatore, talvolta finanche sovrapposte agli eventi del reato, e la stessa nozione di “gara” penalmente rilevante. Allo scopo di comprendere a fondo tali problematiche, occorre passare in rassegna gli aspetti che contraddistinguono il “tipo legislativo” con riguardo ora alle norme introdotte nel 1930 ora alle successive integrazioni legislative attuate dalla riforma del 2010. Nella descrizione delle regole di condotta, specialmente se osservate in rapporto al trattamento sanzionatorio, affiorano *in nuce* la quasi totalità dei profili critici che attengono ai limiti formali dell'incriminazione, assumendo il piano normativo connotazioni fortemente ambigue e foriere d'incertezze difficili da risolvere in sede interpretativa.

¹⁰² O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., 794.

2.1. La formulazione “polisenso” del reato di turbata libertà degli incanti

Il legislatore del 1930 ha costruito la fattispecie di cui all’art. 353 c.p. come reato a forma vincolata, punendo chiunque attraverso violenze o minacce, oppure con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisca, turbi oppure allontani altri operatori economici dai “pubblici incanti” e dalle “licitazioni private”. Qualora la condotta sia realizzata da un soggetto preposto dalla legge o dall’autorità allo svolgimento della competizione pubblica¹⁰³, la sanzione è aggravata in conformità a quanto previsto dal comma 2. Per contro, la pena più lieve prevista dal comma 3 dell’art. 353 c.p. si riferisce a un reato autonomo per l’ipotesi di licitazioni private liberamente compiute per conto di privati e dirette da un pubblico ufficiale oppure da altro soggetto autorizzato *ex lege*¹⁰⁴.

Rimandando alla trattazione che segue l’esame delle gare rilevanti *ex art.* 353 c.p.¹⁰⁵, è utile soffermarsi fin d’ora sulla descrizione delle regole di condotta, così da vagliare le principali asperità che si presentano già sul piano testuale. Tale norma a più fattispecie¹⁰⁶, infatti, richiama determinati comportamenti, peraltro ricorrenti nella parte speciale, la cui interpretazione non pone particolari difficoltà come nel caso di violenze o minacce che possono alterare la competizione tra le offerte¹⁰⁷. Il riferimento ai doni e alle promesse, invece, crea ambiguità non trascurabili in relazione alle ipotesi di “mera

¹⁰³ Per approfondire, con riguardo alle qualifiche soggettive, A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., 534.

¹⁰⁴ Nel caso in cui si trattasse di licitazioni obbligatorie, infatti, sarebbe configurabile la più grave ipotesi di cui all’art. 353, comma 1, c.p.: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 340.

¹⁰⁵ Il riferimento è, in particolare, a quanto si dirà *infra*, cap. III, § 3.

¹⁰⁶ M.M. ALMA, sub *Art.* 353, in G. LATTANZI, E. LUPO (diretto da), M.M. ALMA, E. APRILE, G. ARIOLLI, F. D’ARCANGELO, D. FEDERICI, M. GAMBARDELLA, V. MONGILLO, A. PANTANELLA, E. PIVIDORI, M. POGGI D’ANGELO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2022, 688.

¹⁰⁷ A ben guardare, invero, non mancano discussioni dottrinali sulla necessità o meno di ricomprendere le violenze a carattere non fisico ma psicologico: si veda, sul punto, M. CASSANO, *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, in G. LATTANZI, E. LUPO (diretto da), G. ANDREAZZA, E. APRILE, G. ARIOLLI, M. CASSANO, M. GAMBARDELLA, V. MONGILLO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2015, 1035.

proposta”. Detto altrimenti, in base al testo della disposizione non è chiaro se, a fronte della proposta di conferire una qualche utilità al funzionario pubblico, l’interprete possa riferirsi alla nozione di “dono”, così da escludere il rilievo di comportamenti che prescindono da una dazione apprezzabile sul piano empirico. In alternativa, la più malleabile definizione di “promessa” consente di estendere la previsione punitiva, anticipando in maniera significativa l’intervento penale. D’altro canto, neppure è agevole distinguere tra “promesse” e “collusioni”¹⁰⁸: così, la scelta del legislatore di enumerare referenti polisenso ha ulteriormente indebolito la capacità selettiva del tipo, incoraggiando l’interprete a supplire *ex post* ai contrassegni vaghi che si ritrovano nel testo di legge. Non solo la nozione di collusioni è tutt’altro che determinata, consentendo alla norma di attrarre qualsivoglia favoritismo¹⁰⁹; bensì, il legislatore chiude l’elenco con una clausola ad analogia implicita ricomprendendo nell’area di punibilità ogni “altro mezzo fraudolento”¹¹⁰. Pertanto, anche in presenza delle migliori intenzioni, è estremamente complesso identificare le modalità di lesione che giustificano la pena. I reati di turbativa assumono l’aspetto di fattispecie onnicomprensive, la cui legittimità costituzionale solleva – per l’appunto – profonde perplessità già sul piano della tipicità (cfr. *infra*, cap. III, § 3).

Pur tralasciando le incertezze dovute alla descrizione della condotta tipica, la qualificazione di “turbamento”, “impedimento” e “allontanamento” dalla gara pone altrettanti problemi in prospettiva semantica e, perfino, dogmatica. Senza soffermarsi sulla tesi che propone di riconoscere ai casi di allontanamento natura peculiare, non mancano posizioni antitetiche sulla possibilità di ricondurre tali enunciati alla descrizione della condotta tipica o, piuttosto, conside-

¹⁰⁸ Con particolare riguardo alla possibilità di utilizzare l’origine dell’accordo quale criterio risolutivo, O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., 805. Sul punto, si tornerà più diffusamente *infra*, cap. III, § 2.1.

¹⁰⁹ A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., ove l’A. ha cura di argomentare contro la possibilità di rinvenire una collusione *ex art.* 353 c.p., neppure in forma tentata, nell’ipotesi in cui l’operatore economico offra invano ad altri di ritirarsi dalla competizione promettendo di pagare loro le spese di partecipazione alla gara.

¹¹⁰ F.P. BISCEGLIA, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, A. MANNA, M. PAPA, S. CANESTRARI, *Diritto penale*, Milano, 2022, 2220.

rarli evento del reato, rafforzando l'accertamento di responsabilità attraverso la prova del collegamento eziologico¹¹¹ ma, al contempo, aprendo alla possibilità di contestare il reato in forma tentata¹¹². L'ambiguità del precetto *ex art. 353 c.p.*, peraltro, è amplificata dalla presenza di un'ulteriore norma incriminatrice, a più voci considerata superflua come si tenterà di illustrare nel paragrafo che segue.

2.2. *La peculiare ipotesi di concorso mediante omissione in caso di astensione dagli incanti*

A tutela della concorrenza nelle gare pubbliche, il codice Rocco presenta un impianto punitivo particolarmente ricco: il reato di turbativa d'asta, infatti, è accompagnato da una fattispecie a "condotta complementare", che sanziona l'astensione dalle gare motivata da ragioni di arricchimento proprio o altrui¹¹³. Si tratta di un reato proprio configurabile in capo agli offerenti, che volontariamente si astengono dalla competizione per ragioni di lucro¹¹⁴. Ad avviso della dottrina, nondimeno, la norma di cui

¹¹¹ Non v'è dubbio, del resto, che la previsione di un evento "in cui si appunti il contenuto di disvalore del fatto e si rifletta l'atteggiamento soggettivo dell'autore" rafforza la costruzione dell'illecito in chiave oggettiva: N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, 122.

¹¹² La configurabilità del reato in forma tentata è osteggiata da quanti ritengono che la qualificazione della turbativa d'asta come reato di pericolo precluda una simile possibilità. Tuttavia, non mancano voci contrarie secondo cui escludere la configurabilità del tentativo "non pare [...] cogliere la cifra semantica del turbamento, che implica la verifica di un evento naturalistico": F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., 675, nonché 681, con particolare riguardo al tentativo in caso di turbativa nel procedimento di scelta del contraente. In senso conforme alla possibilità di contestare il reato *ex art. 353 c.p.* in forma tentata, Cass., sez. VI, 2 ottobre 2012, n. 118, considerando invero nell'ipotesi *sub iudice* integrato un caso di tentativo inidoneo.

¹¹³ Secondo quanto previsto dall'art. 354 c.p., in particolare, "[c]hiunque, per danaro, dato o promesso a lui o ad altri, o per altra utilità a lui o ad altri data o promessa, si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa fino a euro 516". Sul punto, per approfondire, A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 445.

¹¹⁴ Con riguardo all'opportunità di considerare il delitto in esame come reato proprio, estendendone la portata applicativa non solo nei confronti di chi abbia presentato offerte in occasione di una gara pubblica ma, vieppiù, di chi abbia in-

all'art. 354 c.p. integra un'ipotesi di concorso omissivo nel reato di cui all'art. 353 c.p.¹¹⁵, presentando, a sua volta, non poche criticità. L'aver inserito una previsione normativa *ad hoc*, infatti, deroga alle regole generali d'imputazione della responsabilità per i reati plurisoggettivi, esplicitando un'incriminazione che avrebbe potuto trarsi dalla disciplina generale del concorso di persone nel reato¹¹⁶. Sul punto, si è affermato, questa "disposizione penale *senza storia*"¹¹⁷ risponde a istanze di certezza, avendo avuto il legislatore cura di escludere ogni dubbio sulla rilevanza penale dei comportamenti di mera astensione¹¹⁸. Del resto, si osserva, il comportamento rilevante *ex art. 354 c.p.* ben può prendere le forme non di un'omissione bensì della rinuncia a partecipare alla gara, assumendo così carattere commissivo e sfuggendo – in potenza – alla rete tesa dall'art. 110 c.p.¹¹⁹. Sennonché, a discapito dell'originario intento di razionalizzazione, i casi di astensione contribuiscono ad esasperare il "caos" interpretativo: attesa la considerevole differenza sanzionatoria, il problema di distinguere i comportamenti rilevanti *ex art. 354* piuttosto che *ex art. 353 c.p.* è tutt'altro che secondario.

In origine, si era proposto di eleggere a criterio risolutore della disputa la priorità di chi prendeva l'iniziativa, valorizzando il profilo soggettivo quale confine tra le due fattispecie incriminatrici. La giurisprudenza, tuttavia, ha in seguito superato tale orientamento, ritenendo che sia piuttosto da prendere in esame il comportamen-

tenzione di presentarle (c.d. offerenti), ancora A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 439.

¹¹⁵ In argomento, si rinvia, *inter alia*, alle riflessioni di O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., 844.

¹¹⁶ In questi termini, espressamente, Cass., sez. III, 22 novembre 2013, n. 3907.

¹¹⁷ V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, cit., 6 (corsivi originali).

¹¹⁸ F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., 683.

¹¹⁹ *Ibidem*. Si tratta, nondimeno, di un aspetto non del tutto pacifico in letteratura, atteso che non mancano autori che hanno sostenuto la natura esclusivamente omissiva del reato in esame: in argomento, A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., in part. 536; P. VENTURATI, voce *Incanti (frode negli)*, cit., 308, ove l'A. osserva che "[I]a previsione di una figura autonoma si può spiegare con l'esigenza di comminare una pena più lieve e di affermare esplicitamente la rilevanza di una condotta negativa".

to posto in essere dall'offerente¹²⁰. Qualora il soggetto attivo non si sia limitato ad una mera astensione ma abbia posto in essere comportamenti qualificabili come collusione con l'autore del reato *ex art. 353 c.p.*, è da contestare il concorso di persone nella turbata libertà degli incanti. Al contrario, si tratterebbe dell'ipotesi di cui all'*art. 354 c.p.* in caso di mero rifiuto a partecipare per conseguire il vantaggio economico prospettato dal *competitor*¹²¹. Tuttavia, individuare nella prassi i casi in cui l'astensione sia "fine a sé stessa" e non integri, piuttosto, un'ipotesi collusiva richiede virtuosismi funambolici, che denotano scarsa aderenza con il dato reale e destano particolare preoccupazione in ragione della decisiva discriminazione nei limiti edittali che dipende dalla rispettiva qualificazione giuridica del fatto. Si tratta, è evidente, di un aspetto centrale per saggiare la rispondenza del tipo ai livelli minimi imposti dalle garanzie costituzionali, su cui sembra preferibile tornare nel corso dell'analisi – per l'appunto – dei profili che attengono alla tipicità dell'incriminazione (cfr. *infra*, cap. III).

¹²⁰ Cass., sez. VI, 13 novembre 1997, n. 911, ove si precisa, infatti, che "[i]l criterio che vale a far distinguere tra loro l'ipotesi di concorso nel reato di cui all'*art. 353 c.p.*, dall'astensione dagli incanti punibile a norma dell'*art. 354 c.p.*, da parte di colui che non partecipa alle gare, per danaro o per altra utilità, non è dato dalla priorità di chi ha assunto l'iniziativa dell'illecito accordo, essendo questo un elemento del tutto equivoco, come tale privo di rilievo. Esso si incentra, invece, sulla condotta tenuta dal soggetto. Ricorre, infatti, l'ipotesi di concorso nel delitto di turbata libertà degli incanti, *ex art. 353 c.p.*, allorché il destinatario della promessa o dell'offerta non si sia limitato ad astenersi dal concorrere agli incanti o alla licitazioni ma abbia collaborato con il soggetto attivo, colludendo con esso. Si versa invece nell'ipotesi delittuosa di cui all'*art. 354 c.p.*, allorché il soggetto si limiti a tenere il comportamento omissivo descritto dalla norma con coscienza e volontà e nella consapevolezza del favore reso al corruttore e del corrispettivo pattuito".

¹²¹ Così, Cass., sez. III, 22 novembre 2013, n. 3907, cit., ove la Corte osserva che "la rinuncia a partecipare alla gara assume, alla luce del coacervo degli elementi acquisiti, la connotazione di comportamento commissivo idoneo a turbarne la libertà, in quanto l'astensione dal partecipare non rappresentava una mera condotta omissiva fine a se stessa, ma rientrava in un più ampio, e concordato, piano oggetto di programmazione finalizzato ad alterarne l'esito in favore dell'ATI, piano nel quale le astensioni concertate costituivano altrettanti comportamenti 'attivi' in vista della buona riuscita dell'illecita operazione".

2.3. Un incremento proporzionato del trattamento sanzionatorio?

La scelta di esacerbare il trattamento sanzionatorio dei reati di turbativa rileva sotto una pluralità di angolature, atteso che al possibile effetto di *overdeterrence*¹²² si affiancano conseguenze rilevanti sulla stessa legittimazione dell'intervento punitivo¹²³. La questione richiede, pertanto, qualche ulteriore considerazione, così da poter meglio inquadrare lo studio del progressivo arretramento degli strumenti punitivi condotto nel paragrafo successivo. In seguito alla modifica del 2010¹²⁴, in particolare, disposizioni sussidiarie e di scarso rilievo applicativo – anche in ragione del *quantum* sanzionatorio piuttosto contenuto – hanno acquisito una posizione di primo piano nel sistema dei reati contro la pubblica amministrazione.

Per quanto la versione prescelta dal legislatore del 1930 già sollevasse rilevanti perplessità in punto di tipicità, la nuova formulazione – che fa corrispondere *ex art.* 353 c.p. ai medesimi comportamenti un trattamento punitivo di gran lunga più incisivo – ha portato la discussione su un piano diverso. A fronte dell'aumento di pena, una maggiore precisione nella descrizione delle fattispecie tipiche sarebbe stata non solo auspicabile ma necessaria. In omaggio al principio di proporzionalità della sanzione, specialmente se inteso come divieto di esporre il cittadino a sanzioni punitive sproporzionate, una

¹²² Con particolare riguardo alle ipotesi di turbativa, V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, 1145. Per una riflessione ampia sull'esigenza di preservare la razionalità del trattamento sanzionatorio, si rinvia a M. CAPUTO, *Occasioni di razionalità nel diritto penale. fiducia nell'“assolo della legge” o nel “giudice compositore”?*, in *Jus*, 2015, 229 ss.

¹²³ Quanto all'inadeguatezza del trattamento sanzionatorio in relazione al *quantum* di pena antecedente alla riforma, A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 435.

¹²⁴ Ai sensi di quanto previsto dall'art. 9, legge 13 agosto 2010, n. 136, infatti, la precedente sanzione stabilita dall'art. 353 c.p. “fino a due anni” è stata portata all'intervallo “da sei mesi a cinque anni” di reclusione, lasciando invariata la sanzione pecuniaria. Ai sensi dell'art. 71, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, la pena è, peraltro, aumentata da un terzo alla metà se il reato è commesso da persona sottoposta a una misura di prevenzione personale, nell'ipotesi in cui si trovi in costanza di esecuzione o l'illecito sia commesso nei tre anni successivi se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione.

simile cornice edittale imporrebbe un serio ripensamento delle condotte punibili, da restringere ai soli casi “meritevoli” di pena in chiave retrospettiva¹²⁵. Se il legislatore non ha dimostrato particolare attenzione al tema, gli indirizzi interpretativi elaborati dalla giurisprudenza interna sono stati, per lungo tempo, affatto in linea con tali istanze restrittive (cfr. *infra*, cap. II, § 2 ss.). Eppure, letture ampliative di norme incriminatrici punite così severamente comportano significativi disequilibri. Anzitutto, il vistoso effetto distorsivo che deriva dalla possibilità di accomunare, all’interno della stessa cornice edittale, condotte dal disvalore significativamente diverso. Non è conforme al canone di ragionevolezza, infatti, l’eventualità di esporre a conseguenze punitive elevate “tanto turbative distorsive della procedura, quanto ipotesi non influenti in alcun modo sull’esito finale”¹²⁶. Inoltre, avendo riguardo alla nuova cornice edittale, è ancor più intollerabile configurare le fattispecie di turbativa in presenza di fatti scarsamente offensivi, che incidono sui procedimenti a evidenza pubblica in termini di mero pericolo astratto. Posto un simile scenario, rimane da chiedersi se tali incriminazioni rispettino il disegno costituzionale della pena o, piuttosto, la materia richieda una *clarity tax*¹²⁷, in omaggio al principio di proporzionalità dell’intervento punitivo non solo riguardo alla sanzione ma, ancor prima, alla selezione delle condotte incriminatrici (cfr. *infra*, cap. III, § 3 ss.).

¹²⁵ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 257 ss., ove l’A. afferma, per l’appunto, che “[l]’elevatezza della pena costituisce infatti un segnale della particolare gravità del fatto che il legislatore ha inteso contrastare; sicché – a meno di ipotizzare una sempre possibile questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il minimo edittale, proprio in relazione alla sua manifesta sproporzionalità rispetto a classi di ipotesi pure ricomprese nell’ambito della fattispecie astratta – potrà presumersi che il legislatore abbia inteso tenere fuori dal tipo quelle particolari sottofattispecie che siano connotate da un disvalore assai meno significativo, tale da non giustificare una pena così elevata”.

¹²⁶ F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., 675, aggravandosi il quadro, secondo l’A., in ragione della scelta dell’interprete di qualificare il reato di turbata libertà degli incanti come fattispecie di pericolo. Sono richiamate, *inter alia*, le decisioni Cass., sez. VI, 11 marzo 2013, n. 12821, nonché Cass., sez. VI, 27 settembre 2013, n. 41365.

¹²⁷ S.R. HOPWOOD, *Clarity in Criminal Law*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2017, 736.

3. Una fattispecie ad ampio spettro. L'espansione dei fatti penalmente rilevanti nelle fasi preparatorie della gara

A dispetto dei dubbi che animavano il dibattito dottrinale¹²⁸, il legislatore ha scelto di estendere la tutela penale attraverso una nuova fattispecie posta a presidio del procedimento di scelta del contraente¹²⁹. Il Parlamento nel 2010 ha, così, accantonato i precedenti tentativi di contenere l'espansione dei reati di turbativa¹³⁰, in nome del contrasto alle pressanti contaminazioni del mercato degli appalti da parte della criminalità organizzata¹³¹. La legge 13 agosto 2010, n.

¹²⁸ È stato, in particolare, argomentato che l'introduzione del nuovo delitto non avrebbe colmato alcun vuoto di tutela attesa la possibilità, pacificamente ammessa anche in base al regime previgente, di riscontrare la rilevanza penale di condotte antecedenti alla gara in base a diverse fattispecie poste a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, come nel caso dei reati di corruzione o di abuso d'ufficio: N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 300.

¹²⁹ Secondo quanto previsto dall'art. 10, l. 13 agosto 2010, n. 136, infatti, dopo l'art. 353 c.p. è stata inserita la previsione, rubricata turbata libertà di scelta del contraente, secondo cui “[s]alvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032”.

¹³⁰ Si consideri, in particolare, la decisione Cass., sez. VI, 26 febbraio 2009, n. 11005, Mautone, ove i giudici, nonostante le pulsioni ermeneutiche di segno contrario, hanno avuto cura di chiarire in relazione alla fattispecie di cui all'art. 353 c.p. che “[p]rima che la procedura di gara abbia inizio, non può configurarsi, nemmeno a livello di tentativo, il reato *de quo*, mancando il presupposto oggettivo per la realizzazione delle condotte da esso previste. Ora, non c'è dubbio che una gara non può considerarsi iniziata prima che sia pubblicato il relativo bando, attraverso il quale la P.A. regola il procedimento e assume un impegno *de contrahendo* con i concorrenti prescelti al suo esito”.

¹³¹ A ben guardare, l'utilità dell'intervento di riforma è stata messa in dubbio anche in ragione della progressiva estensione applicativa posta in essere da certa giurisprudenza di legittimità. Al di là di letture restrittive, invero, piuttosto isolate (si consideri, a titolo di esempio, la menzionata decisione n. 11005 del 2009), i giudici della sesta sezione penale sono arrivati ad applicare il delitto *ex art.* 353 c.p. a condotte che anticipavano la gara a condizione che fossero finalizzate a turbarla od ostacolarne il regolare svolgimento (Cass., sez. VI, 21 marzo 2003, n. 25705) nonché ai casi di anomalie nel momento di predisposizione dei requisiti per la partecipazione alla gara (Cass., sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 653). Per approfondire, su tali tendenze ermeneutiche e sull'utilità dell'intervento riformatore, si rinvia a G. GIOR-

136, mira proprio a evitare che il tessuto economico sia avvelenato dalle più gravi infiltrazioni criminali: il legislatore ha, infatti, espressamente richiamato la necessità di combattere non certo condotte illecite isolate e occasionali, bensì la preoccupante tendenza delle associazioni di stampo mafioso ad avvelenare sistematicamente gli scambi tra imprese alterando le regole della concorrenza¹³². Riprova ne è la scelta del trattamento sanzionatorio di un certo impatto quantitativo¹³³. Sicché, il *novum* legislativo potrebbe rappresentare l'occasione per ripensare il tipo criminologico ritagliato per i delitti di turbativa, considerando meritevoli di pena le sole condotte che presentino sufficienti margini di disvalore. In aggiunta, il consolidarsi di significativi problemi ermeneutici in relazione alla precedente formulazione avrebbe potuto incoraggiare il Parlamento a prendere posizione sulle questioni controverse, avocando a sé le decisioni di politica criminale assunte per lungo tempo dal formante giurisprudenziale. Dei due profili, nessuno trova però riscontro positivo nel nuovo testo di legge come si andrà a esaminare di seguito.

3.1. *L'introduzione dell'art. 353-bis c.p. quale forma di anticipazione dell'intervento punitivo*

La decisione di legittimare l'aggravio punitivo per i delitti di turbativa nel contesto della "lotta" alle associazioni di stampo mafioso non è priva di contraccolpi¹³⁴. Il rischio di pericolose generalizzazioni, in particolare, è tutt'altro che remoto. Non v'è dubbio che la

DANENGO, S. VALENTINI, *Le fattispecie di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento alla luce della L. 163/2010*, in *Urb. e app.*, 2, 2011, 150.

¹³² V. MORMANDO, *Appunti sulla nuova fattispecie di turbativa del procedimento amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2011, 403. In senso emblematico, Cass., sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 11366, con riguardo a fatti di collusione rilevanti ex art. 353 c.p.

¹³³ Al riguardo, è stato puntualmente osservato come l'innalzamento delle cornici edittali consenta di utilizzare più efficaci mezzi di ricerca della prova a partire dalle intercettazioni telefoniche: R. LOTTINI, *Delitti concernenti i pubblici incanti e le forniture*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in S. MOCCIA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Napoli, 2011, 701.

¹³⁴ Sul punto, G. PIGNATONE, *Le nuove fattispecie corruttive*, cit., 10.

scelta d'incriminazione sia dovuta al tentativo di contrastare le sistematiche contaminazioni dell'economia pubblica per il tramite di faccendieri vicini alle consorzierie, pericolose per la tenuta stessa degli apparati democratici¹³⁵. Ciò nonostante, all'indomani della riforma, il reato di cui all'art. 353-bis c.p. è stato contestato in relazione a fatti avulsi dal crimine organizzato, connotati da tipologie criminologiche differenti e da disvalori incommensurabilmente inferiori¹³⁶. Del resto, si è autorevolmente rilevato, "l'affermazione che tende a legare indissolubilmente mafia e corruzione organizzata è falsa in punto di fatto ed è estremamente pericolosa perché fa perdere al concetto di mafia la sua tragica specificità"¹³⁷.

Passando a considerare più nel dettaglio la nuova disposizione, l'elemento che l'identifica s'incetra sul fatto che il reato è configurabile prima del¹³⁸, e a prescindere dal, procedimento di gara¹³⁹. In questo modo, si osserva, è possibile osteggiare il fenomeno dei c.d. "bandi-fotografia"¹⁴⁰, evitando a monte forme indebite di favoritismo. A ben guardare, il Parlamento altro non ha fatto se non positivizzare l'indirizzo estensivo proposto dalla Corte di legittimi-

¹³⁵ È stato, del resto, puntualmente messo in luce il fatto che l'art. 353-bis c.p. non fosse presente nell'originario impianto della riforma approvata nel 2010, venendo aggiunto nel corso dei lavori parlamentari per proteggere le fasi antecedenti alle gare da condotte capaci di configurare vantaggi competitivi sfruttando l'infedeltà dei pubblici funzionari: in argomento, M.C. PARMIGGIANI, *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale*, I, Milano, 2022, 2228.

¹³⁶ In argomento, si veda *infra*, cap. II, § 2 ss.

¹³⁷ G. PIGNATONE, *Le nuove fattispecie corruttive*, cit., 10.

¹³⁸ Come accennato in precedenza, infatti, non è mancato l'indirizzo interpretativo che ha riconosciuto configurabile il reato di cui all'art. 353 c.p. anche in relazione ad atti compiuti nelle fasi antecedenti alla pubblicazione del bando, a condizione tuttavia che quest'ultimo fosse pubblicato: Cass., sez. VI, 5 aprile 2012, n. 18161, ove i giudici precisano che "[i]n materia di turbata libertà degli incanti, la turbativa può realizzarsi non solo nel momento preciso in cui la gara si svolge, ma anche nel complesso procedimento che porta alla gara, del quale sono protagonisti gli stessi concorrenti, o fuori della gara medesima, assumendo rilievo la sola lesione della libera concorrenza che la norma penale intende tutelare a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione".

¹³⁹ Si veda, in particolare, Cass., sez. VI, 5 febbraio 2013, n. 27719. Con riguardo alle distorsioni indotte da tale lettura estensiva della norma incriminatrice si rinvia, per ulteriori approfondimenti, alle considerazioni sviluppate nel secondo capitolo del presente lavoro.

¹⁴⁰ Cass., sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 6259.

tà¹⁴¹, confermando l'utilità della sanzione punitiva quale principale strumento di contrasto alle contaminazioni del mercato interno. Si tratta, invero, di una pratica sempre più frequente: alle istanze che emergono nella società risponde, in prima battuta, non già una strategia politica discussa innanzi all'opinione pubblica bensì il formante giurisprudenziale, attraverso sforzi interpretativi che si spingono al limite dell'analogia vietata (cfr. *infra*, cap. III, § 3), creando *ex novo* ora una fattispecie¹⁴² ora una sottofattispecie penalmente rilevanti¹⁴³. Il Parlamento si limita a ratificare il risultato raggiunto nella

¹⁴¹ In tal senso, la menzionata pronuncia Cass., sez. VI, 5 febbraio 2013, n. 27719.

¹⁴² Tra gli svariati esempi cui è possibile attingere, sembra particolarmente emblematico il caso dei reati ambientali: il vuoto legislativo – nonostante la progressiva enfasi acquisita dalla tutela del bene ambiente a livello sia nazionale che europeo – è stato colmato in via interpretativa dal potere giudiziario attraverso l'evoluzione di un dialogo particolarmente articolato tra il giudice delle leggi e il giudice di legittimità in relazione al c.d. disastro innominato. La formulazione ipotizzata dalla Corte costituzionale nella nota pronuncia Corte cost., 1° agosto 2008, n. 327, infatti, è stata significativamente estesa dalla giurisprudenza successiva tanto in occasione della vicenda Porto Marghera (Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini et al.) quanto rispetto al processo Eternit (Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, Schmidheiny). Coglie nel segno, pertanto, la riflessione secondo cui la disposizione di cui all'art. 434 c.p. sia stata interpretata come *catch all provision*: F. CONSULICH, *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in *Legisl. pen.*, 27 luglio 2018, 14. Proprio in relazione a tale operazione ermeneutica, del resto, è stato puntualmente affermato – già con riguardo alla prima lettura prospettata dal giudice delle leggi – che “l'analogia è palese, non occulta, e la Corte costituzionale l'ha eseguita alla lettera, ricostruendo un tipo basilico di disastro, individuando una *eadem ratio* [...]”. Peccato che ciò violasse due volte l'articolo 25 cpv. Cost.: perché era indeterminata la fattispecie d'origine e perché per l'appunto imponeva procedimenti analogici espressi”: M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, 94.

¹⁴³ Solo si pensi alla configurabilità del reato di peculato in caso di rimborsi disposti *ex post* (sul punto, N. MAIELLO, *Determinatezze e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cass. pen.*, 2020, 2755) nonché alla vicenda che ha portato a riformare l'art. 318 c.p. così da ricomprendere nella disposizione incriminatrice le ipotesi di accordo corruttivo prive di uno specifico atto conforme ai doveri d'ufficio già ampiamente ricomprese dall'indirizzo estensivo della Corte di legittimità: *inter alia*, si rinvia a A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il “sentiero interrotto” della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2014, 1034, nonché, con specifico riguardo al pericolo di *overbreadth* interpretativo, V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES, V.

prassi, rinunciando così al potere di scelta politica e incrinando pericolosamente le istanze democratiche poste a fondamento del *nulum crimen*¹⁴⁴.

I primi commenti dottrinali descrivevano il reato di cui all'art. 353-bis c.p. come un'“arma spuntata”, atteso il carattere sussidiario della disposizione¹⁴⁵ e il fatto che “le condotte che reprime sono sistematicamente riconducibili ad altre e più gravi fattispecie”¹⁴⁶. Sennonché, la giurisprudenza di legittimità ha negli anni successivi fortemente incrementato il tasso di applicazione della norma in esame, con effetti profondamente distorsivi rispetto all'originario carattere residuale (cfr. *infra*, cap. II, § 2 ss.). D'altronde, la scelta lessicale che contraddistingue l'art. 353-bis c.p. non pone significativi argini alla fantasia dell'interprete¹⁴⁷; si tratta di un aspetto particolarmente rilevante per ricostruire le ragioni delle letture estensive a lungo perpetrate dalla giurisprudenza di legittimità e che, quindi, merita uno specifico approfondimento prima di passare all'analisi del formante giurisprudenziale.

NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 372.

¹⁴⁴ Quanto all'evoluzione della fattispecie di corruzione impropria, su cui, *inter multis*, A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il “sentiero interrotto” della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1034; nonché alle intricate vicende del peculato per distrazione, L. RISICATO, *La distrazione come appropriazione? Un dubbio vincibile in materia di peculato*, in *Giur. it.*, 12, 2019, 2749 ss. Con specifico riguardo ai profili che attengono ai rapporti tra legislatore e giudice, F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Sistema penale*, 10 aprile 2020, 2.

¹⁴⁵ Con riguardo ai rapporti tra il reato di cui all'art. 353-bis c.p. e le diverse fattispecie incriminatrici, del resto, si è osservato che, in ragione del *quantum* sanzionatorio, il reato “dovrebbe applicarsi solo nelle ipotesi in cui il comportamento dell'imprenditore integri i presupposti di una istigazione alla corruzione”: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 335. Quanto, però, alla possibilità di contestare sia il delitto *ex art.* 629 che 353-bis c.p. in ragione del diverso bene giuridico tutelato, si veda V. MORMANDO, *Appunti sulla nuova fattispecie di turbativa del procedimento amministrativo*, cit., 402.

¹⁴⁶ F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., 680, osservando in relazione all'art. 353-bis c.p. come l'effetto preventivo fosse “depotenziato sin dall'origine”.

¹⁴⁷ Sul punto, è stato del resto puntualmente osservato che “è deludente, per non dire deplorabile, che il legislatore del 2010, dopo i plurimi, perduranti, non implausibili dubbi sollevati in dottrina riguardo alla sua formulazione, non abbia esitato a lasciare intatto nella struttura l'art. 353 [...] limitandosi ad affiancargli un laconico art. 353-bis [...]”: M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 249.

3.2. La nuova formulazione incriminatrice: profili critici

La nuova disposizione a carattere sussidiario sanziona chiunque, attraverso i medesimi mezzi richiamati dall'art. 353 c.p., turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente, al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione. A differenza della "matrice", l'art. 353-bis c.p. è costruito sul modello dei reati a dolo specifico¹⁴⁸, avendo il legislatore cura di introdurre un contrassegno restrittivo rispetto alle condotte meritevoli di pena¹⁴⁹. Al contempo – e nonostante l'aggravio sanzionatorio – con l'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice, il legislatore si è ben guardato dal risolvere i nodi interpretativi che da tempo attanagliano i delitti di turbativa. Anzi, la previsione di cui all'art. 353-bis c.p. ha, se possibile, esacerbato le criticità in essere, aggravando la penombra in cui versa la tipicità dei delitti in esame. Costruita come fattispecie di pericolo tesa a prevenire ogni "anomalia procedimentale"¹⁵⁰, la nuova disposizione ricalca la condotta tipica – e le conseguenti debolezze congenite – di cui all'art. 353 c.p., indirizzando gli atti perturbativi non alla gara bensì alle fasi che portano al bando o ad "altro atto equipollente". Il *discrimen* tra le due disposizioni, quindi, insiste sulla pubblicazione della c.d. *lex specialis* o, meglio, sull'avvio della gara quale presupposto oggettivo per contestare il reato di turbativa d'asta¹⁵¹. In questa prospettiva, le

¹⁴⁸ Non manca, in realtà, chi considera la fattispecie in esame come reato a dolo generico, integrato in presenza della coscienza e volontà di turbare la procedura amministrativa attraverso i mezzi tipizzati dal legislatore: M. CASSANO, *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, cit., 1037.

¹⁴⁹ N. MADIA, *Note sugli aspetti caratteristici del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui al nuovo art. 353-bis c.p.*, in D. BRUNELLI, *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 509.

¹⁵⁰ G. MARCONI, *Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, in M. CATENACCI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO, M. PELISSERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2022, 376.

¹⁵¹ Cass. sez. V, 13 aprile 2021, n. 26556, ove i giudici precisano che "l'art. 353-bis cod. pen. è stato introdotto dal legislatore, con la legge n. 136 del 2010, al dichiarato scopo di prevedere espressamente la rilevanza penale delle condotte di turbamento (specificamente indicate) anche nella fase precedente alla gara, proprio per ovviare ad interpretazioni che si andavano apparentemente assestando in dire-

due norme incriminatrici si pongono (quanto meno) in progressione criminosa, escludendo la configurabilità di doppie contestazioni¹⁵². D'altronde, ammettere il concorso tra le due disposizioni sugellerebbe, già in punto di logica, l'accusa di interpretazione analogica di quella giurisprudenza precedente al *novum* legislativo, che aveva contestato il reato di cui all'art. 353 c.p. anche in momenti antecedenti alla gara¹⁵³.

È bene ribadire, infine, che le condotte ricomprese nella nuova disposizione non erano, in precedenza, sprovviste di tutela penale¹⁵⁴. Nondimeno, la scelta di ampliare le fasi dei procedimenti pubblici direttamente attinte dalle ipotesi di turbativa ha profondamente inciso sugli equilibri interni al sistema dei reati contro la pubblica amministrazione¹⁵⁵, agevolando la creazione di delitti-ostacolo vicini a paradigmi di sospetto e difficilmente conciliabili – come subito si vedrà – con le garanzie costituzionali¹⁵⁶.

zione diversa, nel senso di negare la rilevanza delle “turbative”, sia pur in termini di tentativo, in assenza del presupposto della gara”.

¹⁵² M.C. PARMIGGIANI, *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, cit., 2232. Secondo una parte della dottrina, invece, le due fattispecie potrebbero concorrere a meno che il fatto non sia compiuto da un soggetto preposto alla gara, dovendo in quel caso applicarsi il solo art. 353, comma 2, c.p.: per approfondire, N. MADIA, *Note sugli aspetti caratteristici del delitto di turbata libertà del procedimento*, cit., 513 s.

¹⁵³ F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., 681.

¹⁵⁴ Con riguardo alle sovrapposizioni tra il reato in esame e le altre fattispecie poste a tutela della pubblica amministrazione in relazione alla clausola di riserva che apre l'art. 353-bis c.p., si rinvia a M.C. PARMIGGIANI, *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, cit., 2235.

¹⁵⁵ G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353-354 c.p.)*, in M. CATENACCI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO, M. PELISSERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2022, 377.

¹⁵⁶ Sul punto, più diffusamente *infra*, cap. III, § 2.4.

CAPITOLO II

IL SISTEMA DELLE TURBATIVE *IN ACTION*: DISTONIE APPLICATIVE E RIMEDI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. Premessa: il graduale sviluppo di un “antagonismo” interpretativo. – 1.1. Un’impostazione radicale: la tesi abolizionista. – 1.2. La tesi restrittiva incentrata sull’argomento testuale. – 1.2.1. Gli argomenti a sostegno delle tecniche letterali-contestuali: la distinzione tra procedimenti “meccanici” e “negoziati”. – 1.2.2. Il graduale indebolirsi dell’orientamento più favorevole al reo. – 2. Il test negativo elaborato dalla Corte di legittimità. – 2.1. Il nodo della “gara informale”. – 2.2. Gli effetti del “test negativo” sulla tenuta del *nullum crimen*. – 3. La distanza tra diritto penale e procedure amministrative è ragionevole? – 3.1. Verso una “nuova” disciplina degli appalti pubblici. – 3.1.1. L’assetto consolidato nel codice degli appalti pubblici. – 3.1.2. Il cambio di rotta deciso a livello europeo. – 3.2. Il quadro normativo attuale. – 3.3. Il quadro normativo promesso. – 4. I più recenti tentativi di temperamento in via interpretativa (rinvio).

1. *Premessa: il graduale sviluppo di un “antagonismo” interpretativo*

Come si è accennato, le fattispecie di turbativa destano particolare interesse per l’evoluzione ermeneutica che hanno sperimentato nel corso del tempo, nonostante l’immobilismo delle disposizioni di legge¹.

¹ Come indicato nel capitolo precedente, infatti, al di là dell’aumento del trattamento sanzionatorio, la formulazione di cui all’art. 353 e 354 c.p. è rimasta invariata, nonostante i profondi mutamenti che hanno interessato sia la disciplina delle gare pubbliche sia le regole sulla concorrenza che sovrintendono al mercato unico europeo. Si veda, in particolare *retro*, cap. I, § 1.3 nonché § 2 ss.

Pur trovandosi, infatti, nell'intersezione tra sistemi estremamente dinamici e cangianti, la cui regolazione è stata protagonista di vere e proprie scosse telluriche che ne hanno rivoluzionato l'impianto normativo, le previsioni incriminatrici si sono conservate inalterate nel tempo. I reati di turbativa ostentano un immobilismo comune ad altre fattispecie che occupano un posto centrale nello statuto penale della pubblica amministrazione, e che sono analogamente costruite su una strutturale "accessorietà amministrativa"². Sicché, si alimenta una congenita dipendenza dalle evoluzioni del diritto pubblico che, viceversa, il legislatore penale ha paradossalmente ignorato, come ricorda la definizione delle sfere "giuridiche soggettive" di cui agli artt. 357 e 358 c.p. e, vieppiù, la nozione di servizio pubblico penalmente rilevante³.

In estrema sintesi, le continue modifiche che hanno interessato la disciplina degli appalti pubblici hanno inteso sincronizzare struttura e funzione delle gare con il volto moderno della pubblica amministrazione, "casa di vetro" aperta alla più ampia partecipazione nonché al servizio della comunità di riferimento (cfr. *infra*, cap. II, § 3 ss.)⁴. D'altra parte, come accennato, le stesse regole poste a presidio della libertà di concorrenza hanno subito significativi cambiamenti sulla spinta dell'evoluzione del mercato unico europeo e della sensibilità politica dell'Unione (cfr. *retro*, cap. I, § 1.3 ss.). Eppure, la formulazione alquanto anacronistica delle norme incriminatrici è rimasta inalterata: sono state, piuttosto, tollerate vere e proprie forzature ermeneutiche per collegare la visione remota della legislazione del 1930 ai più recenti approdi del diritto amministrativo ed europeo.

In questo processo, che rappresenta di per sé una (certo non in-

² In senso critico rispetto alla teoria della c.d. dipendenza della materia penale dal diritto amministrativo, si rinvia a A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in S. MOCCIA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Napoli, 2011, in part. 734.

³ Per approfondire, anche rispetto agli opportuni riferimenti bibliografici, si veda V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, in part. 65, 178 ss. Sul carattere decisivo degli elementi integrativi per individuare la disciplina rilevante, G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013, 27.

⁴ Quanto all'evoluzione che porta il procedimento a rappresentare la "forma della funzione amministrativa", M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, III ed., Milano, 1993, 101.

frequente) torsione dei canoni del *nullum crimen*, s'innesta un ulteriore elemento di rottura. Mentre, in un primo momento, i reati in esame corrispondevano a fattispecie "senza storia" in ragione della scarsa applicazione nelle aule dei tribunali, il carattere sussidiario delle turbative si è progressivamente attenuato. La crescente attenzione riservata dall'interprete a sanzioni che avrebbero dovuto intervenire quale *extrema ratio* è tuttavia indice di un preoccupante disequilibrio tra le scelte di politica criminale e il diritto vivente⁵, segnando – persino in un settore così delicato – una considerevole distanza tra la promessa di un diritto penale a vocazione costituzionale e la concreta attuazione dell'architettura punitiva.

Sembra, pertanto, utile soffermarsi nei paragrafi che seguono sugli indirizzi interpretativi diffusi in giurisprudenza⁶, così da sondare l'atteggiarsi della prassi in materia di protezione dell'imparzialità e del buon andamento delle gare pubbliche⁷ e ricostruire le "linee di precedenti" su cui innestare la discussione riguardo ai possibili modelli alternativi.

⁵ Si tratta, del resto, di un fenomeno tutt'altro che isolato: anche rispetto ai fatti di corruzione, è stato puntualmente osservato che l'incapacità di rispondere a livello normativo e sistematico alle nuove istanze di contrasto rispetto a comportamenti illeciti diffusi e diversi dal passato ha portato la giurisprudenza a forzare il tipo criminoso: F. CINGARI, *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 29, osservando l'A. che "la distanza tra il modello di tutela vigente e la fisionomia assunta negli ultimi vent'anni dalla criminalità politico-amministrativa ha finito per incidere profondamente sulla dimensione applicativa dei delitti di corruzione, spingendo la giurisprudenza a forzare [...] la tipicità delle fattispecie incriminatrici per soddisfare le emergenti esigenze di tutela".

⁶ D'altro canto, è stato puntualmente osservato che, a fronte della crisi del modello tradizionale di taglio legalistico, se "la giurisprudenza è fonte del diritto, nel senso non già che è abilitata a creare norme astratte, bensì che produce diritto concretizzato casisticamente", ne deriva che la dottrina deve estendere la sua analisi "alla verifica critica delle tecniche di ragionamento utilizzate per giustificare le soluzioni interpretativo-applicative nei diversi casi concreti": G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1723.

⁷ Quanto alle possibili interazioni tra i due principi nella prospettiva del penalista, si veda F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, II, I, Milano, 1997, 2399 ss.

1.1. Un'impostazione radicale: la tesi abolizionista

Una prospettazione piuttosto estrema, che s'incetra sui riferimenti testuali dell'art. 353 c.p., sostiene che il sistema dei reati di turbativa sarebbe stato abrogato tacitamente, in ragione della mancata rispondenza tra le procedure tipizzate nella disposizione incriminatrice e i procedimenti attualmente a disposizione della pubblica amministrazione per la stipula dei contratti pubblici⁸.

L'argomento abolizionista, che pure ha il pregio di enfatizzare l'obsolescenza della lettera della legge, non sembra, in ogni caso, decisivo. Qualora il legislatore intervenisse per inserire nel testo dell'art. 353 c.p. l'intera compagine di procedure attualmente cristallizzate nel codice appalti, la questione controversa troverebbe immediata soluzione. Il fulcro del dibattito sembra, piuttosto, verificare il perimetro attuale delle norme incriminatrici e, quindi, stabilire se realmente ogni procedimento a evidenza pubblica debba rientrare nella sfera del penalmente rilevante o, piuttosto, si debba selezionare tra le alternative disponibili quelle in cui si riscontri una ragionevole prevalenza dell'interesse all'imparzialità dell'azione pubblica (cfr. *infra*, cap. IV, § 3 ss.).

Tale teoria non ha, invero, incontrato eccessivo successo sia in dottrina che in giurisprudenza. Si obietta, infatti, che è la stessa lettera dell'art. 353 c.p. a fondare l'interpretazione estensiva caldeggiata dal giudice penale. L'idea è quella di intendere i riferimenti testuali ai "pubblici incanti" e alle "licitazioni private" in senso a-tecnico, così da poterli estendere alle diverse procedure elaborate dal legislatore nel corso del tempo. Il carattere a-tecnico degli enunciati penali troverebbe conferma nel fatto che lo stesso comma 3 dell'art. 353 c.p. si riferisce alle licitazioni private per conto di privati non per richiamare una puntuale previsione pubblicistica bensì per ricomprendere nell'area del penalmente rilevante le procedure poste in essere dai privati, nell'esercizio – di

⁸ Con riguardo alla categoria dei contratti a evidenza pubblica individuata dalla prevalente dottrina e giurisprudenza amministrativa nell'ambito dell'attività privatistica della pubblica amministrazione, si veda S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, III ed., Padova, 2008, 115.

fatto – delle funzioni d’interesse generale. A ben guardare, però, neppure questa obiezione convince pienamente. Vero è che l’intento storico del legislatore può essere fuorviante nell’interpretazione della disposizione. Ciò nondimeno, sembra indubbio che i referenti cristallizzati nel 1930 coincidessero – per l’appunto – con le procedure al tempo regolate dalla legge di contabilità dello Stato esattamente corrispondenti, per struttura e funzione, alla formulazione dell’art. 353 c.p. Quanto all’argomento che insiste sul comma 3, si è precisato che trattandosi di una fattispecie autonoma, risulta difficile accettare condizionamenti obbligati sul piano ermeneutico in relazione alla previsione del comma 1⁹.

1.2. *La tesi restrittiva incentrata sull’argomento testuale*

Non stupisce certo che la giurisprudenza nazionale abbia elaborato una pluralità d’indirizzi ermeneutici in relazione ai reati di turbativa. Al di là del frequente sopraggiungere di letture contrastanti delle disposizioni penali¹⁰, i reati in esame si distinguono per la peculiare debolezza del *tipo*. Come osservato nel capitolo precedente, già a partire dalla descrizione della condotta e degli eventi colpiti dalla sanzione punitiva, la genericità dei referenti positivi, lo scarso contributo offerto dagli argomenti sistematici e la pluralità disomogenea di accadimenti potenzialmente riconducibili alle diverse fattispecie astratte ha fortemente ostacolato l’identificazione di signi-

⁹ D’altro canto, non mancano pronunce del giudice di legittimità che escludono che l’argomento testuale consenta di ricomprendere, almeno formalmente, le ipotesi di trattativa privata: così, già Cass., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 12238.

¹⁰ Con particolare riguardo ai contrasti interpretativi – finanche nelle forme di contrasti sincronici inconsapevoli – quale fattore endogeno di crisi dell’“ideale” tradizionale di legalità, si rinvia, *inter multis*, a V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, in part. 22 ss. Si tratta, del resto, di un aspetto di palese violazione degli standard qualitativi imposti dall’art. 7 CEDU: per approfondire, sul punto, si veda F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, 2016, 216.

ficati condivisi¹¹ e, per l'effetto, generato contrasti “significativi e persistenti”¹².

Nel tentativo di identificare il perimetro delle norme incriminatrici, pertanto, sembra utile ricostruire l'antitesi di massima che guida gli argomenti delle corti interne in relazione alla nozione di “gara”. Nel binomio classico tra tecniche estensive e restrittive¹³, limitando l'analisi alle pronunce di legittimità¹⁴, si riscontra un rilevante

¹¹ Rispetto alla “confusione” ermeneutica che comporta la stessa identificazione del bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici, si rinvia alle considerazioni svolte *retro*, cap. I, § 1.1 ss., nonché, in relazione all'estensione dei sottotipi penalmente rilevanti, § 3 ss. Quanto, invece, ai profili che attengono al canone di tipicità, *infra*, cap. III.

¹² La persistenza di indirizzi antitetici, è noto, genera problemi non solo con riguardo alla riconoscibilità del precetto punitivo sul piano interno, bensì rispetto agli standard di protezione imposti dall'art. 7 CEDU, con particolare riguardo alla prevedibilità delle sanzioni inerenti alla materia penale: per approfondire, si veda, di recente, F. MAZZACUVA, *Art. 7*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Torino, 2022, 299 ss.

¹³ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 113, nonché, proponendo l'introduzione di un divieto di interpretazioni estensive in materia penale, E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 111. Si tratta, del resto, di una contrapposizione che supera i confini del modello giuridico continentale, trovando riscontri affini nei paradigmi di *common law* con riguardo ora al diritto statutario ora al diritto giurisprudenziale. Per approfondire con riguardo allo sviluppo della dottrina dello *strict constructivism*, si rinvia a Z. BANKOWSKI, D.N. MACCORMICK, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting statutes. A comparative study*, Aldershot, 1991, 391 ss.; quanto invece all'alternativa tra *strict constructivism* e *liberal constructivism*, si veda già L. HALL, *Strict or Liberal Construction of Penal Statutes*, in *Harv. L. Rev.*, 1935, 748 ss.

¹⁴ Non si vuol certo trascurare la funzione propulsiva esercitata dai giudici di merito nello sviluppo dei diversi orientamenti interpretativi. Tuttavia, sembra preferibile concentrare l'analisi sulle posizioni assunte dalla Corte di cassazione, così da soppesare le conseguenze di letture antitetiche prospettate dall'organo cui è demandata la funzione nomofilattica nella materia punitiva. Il graduale indebolimento del contributo offerto dalla Corte di legittimità a interpretazioni unitarie e omogenee, del resto, ha giustificato la rivoluzione attuata dall'art. 618, comma 1-bis, c.p.p., sulla scorta di riflessioni da lungo tempo presenti nella dottrina più attenta a questi profili: *inter alia*, si rinvia a G. SPANGHER, *Nomofilachia “rinforzata”: serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2018, 985 ss., R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione “politica” delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2017, 2596 ss., nonché G. FIDELBO, *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 133 ss. Con riguardo alla necessità di sviluppare la Corte di ultima istanza nella direzione del *ius constitutionis*, così da promuovere la prevedibilità

cambio di passo nella giurisprudenza più recente, segno di un deciso ripensamento sulla disponibilità dell'interprete ad accettare il ruolo e le responsabilità costituzionalmente riservati al potere legislativo.

1.2.1. *Gli argomenti a sostegno delle tecniche letterali-contestuali: la distinzione tra procedimenti "meccanici" e "negoziati"*

Procedendo con ordine, è utile anzitutto osservare il posizionamento recessivo che è stato, *expressis verbis*, assegnato al significato testuale della disposizione da una giurisprudenza – per lungo tempo – pressoché unanime.

Fin dalle prime pronunce che hanno preso in esame l'ambito applicativo del reato di turbata libertà degli incanti, infatti, il giudice penale ha dovuto decidere sull'incerto rilievo penale degli affidamenti disposti attraverso appalto-concorso e trattativa privata, entrambi esclusi dalla lettera dell'art. 353 c.p. Più nel dettaglio, le ipotesi di appalto-concorso, quali figure "mediane", sono state tendenzialmente considerate affini alle licitazioni private e, quindi, ricomprese nella sfera della sanzione penale¹⁵. Diverso è il caso della trattativa privata. I giudici di legittimità, in particolare, hanno riconosciuto apertamente che le connotazioni di struttura e funzione delle assegnazioni che si svolgono mediante trattativa privata non sono in alcun modo

dei "precedenti" in materia penale, si veda A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014, 74 ss. Quanto, però, all'opportunità di resistere al "mito" del precedente per non snaturare il paradigma di *civil law*, M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017, 91.

¹⁵ Si considerino gli argomenti sinteticamente raccolti in Cass., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 12238, ove si precisa in relazione al reato di cui all'art. 353 c.p. che "la lettera della norma non è, in assoluto, ostativa a una estensione della tutela penale, che, avendo per oggetto la 'gara', può certo ricomprendere – secondo i più – l'appalto-concorso, altra procedura prevista dalla disciplina sulla contabilità di Stato e non menzionata nel testo dell'articolo, ma è anche vero che la legittimità di tale operazione ermeneutica riposa sul presupposto di un'assimilazione dell'appalto-concorso alla licitazione privata, che è una delle due procedure espressamente previste dalla norma penale, assimilazione condivisa da gran parte della dottrina amministrativistica, che, quanto alla natura giuridica dell'appalto-concorso, parla di una figura 'mediana' tra licitazione privata e trattativa privata".

riconducibili alle ipotesi tipiche¹⁶. Le procedure elencate dal legislatore penale hanno carattere “meccanico”¹⁷: la scelta del contraente non avviene attraverso una fase negoziale con la parte privata, bensì per mezzo di una gara formale¹⁸, costruita secondo previsioni di dettaglio – prestabilite *ex lege* – che illustrano come selezionare le offerte dei privati posti in posizione di parità di fronte alla stazione appaltante. All’opposto, nella trattativa privata la ricerca del contraente avviene “senza norma o forma prefissa”¹⁹ e il contenuto del contratto dipende da una “forma di contrattazione diretta tra la P.A. e i soggetti privati”, secondo un antitetico procedimento “negoziato”²⁰.

Ferma la distinzione tra procedure meccaniche e negoziate, che continua a comparire pressoché identica nella giurisprudenza di ultima istanza, il giudice penale ha scelto di ignorare i profili selettivi che emergono dall’argomento letterale²¹ e, piuttosto, ha preferito un approccio sostanzialistico, teso a valorizzare in prospettiva teleologica la sussistenza – di fatto – di una “gara informale” (cfr. *infra*, cap. II, § 2 ss.)²².

¹⁶ *Ibidem*, osservando i giudici che la trattativa privata “conserva sempre e sicuramente un carattere del tutto eccezionale, proprio per la posizione peculiare che occupa nel quadro delle procedure previste dalla normativa sulla contabilità. In tale sistema, a differenza che negli altri previsti per la scelta del contraente, di norma, manca una procedura amministrativa, non imponendo la legge alcuna regola specifica per il suo svolgimento, al di là del rispetto del principio generale, costituzionalmente garantito, dell’imparzialità dell’attività amministrativa”.

¹⁷ Si tratta, del resto, di una distinzione ampiamente consolidata nella dottrina amministrativistica: M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958, 988. Per approfondire, si veda *infra*, cap. II, § 3.1.

¹⁸ Limitandosi il privato a un’asettica dichiarazione sulle condizioni economiche dell’offerta: così, ancora M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 379 ss.

¹⁹ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, II, Torino, 1955, 352.

²⁰ Cass., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 12238, cit. In senso analogo, altresì Cass., sez. VI, 22 settembre 2004, n. 44829.

²¹ Con riguardo, però, alla necessità di valorizzare la descrizione degli elementi di fattispecie per saggiare la tenuta costituzionale dell’incriminazione, si veda G. FIANDACA, *Sui “giudizi di fatto” nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in M. BERTOLINO, G. FORTI, L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 266, precisando l’A. che “l’esistenza di una corrispondenza la più ampia possibile tra fattispecie normative e sottostanti realtà empiriche costituisce, in linea di principio, presupposto indispensabile di una politica criminale informata a criteri razionali e interessata a produrre effetti positivi nel mondo esterno”.

²² Così, già Cass. sez. VI, 12 aprile 1994, n. 7511, esplicitando i giudici che il reato di cui all’art. 353 c.p. non è da applicare solo nell’ipotesi in cui gli offeren-

Eppure, la dottrina ha censurato per anni, per quanto con diversi gradi d'intensità²³, la scelta di svalutare l'interpretazione letterale-contestuale²⁴, fedele al testo di legge e, al contempo, sensibile alla struttura e alla funzione delle diverse procedure che operano nel sistema di regolazione degli appalti²⁵. La tecnica testuale rafforza la riconoscibilità del precetto, consentendo al singolo di autodeterminarsi nella prospettiva di tutela che orienta il dettato costituzionale. L'argomento che valorizza i referenti positivi, inoltre, consente di armonizzare la sanzione penale con la disciplina che il legislatore – anzitutto europeo – ha stabilito per le gare pubbliche. La predisposizione di una pluralità di procedure amministrative che assolvono scopi diversi, scomponendo la rigidità formale degli *iter* “meccanici” per assicurare maggiore flessibilità alla cura degli interessi pubblici, sarebbe sostanzialmente vanificata da un impianto sanzionatorio che si applica “a tutti i costi”, alimentando così un pericoloso modello di amministrazione difensiva. D'altronde, in letteratura il manca-

ti non abbiano contezza della partecipazione reciproca per aver l'amministrazione provveduto a interpellare ciascuna parte privata l'una all'insaputa dell'altra.

²³ Esclude che il reato si configuri nelle procedure diverse da pubblici incanti e licitazioni private, ricomprendendo quindi nell'area esente da sanzioni penali sia le trattative private che l'appalto-concorso, A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Torino, 2008, 440, precisando l'A. che, pur trattandosi di una grave lacuna legislativa, non sia colmabile dall'interprete. In questa direzione, si veda altresì A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 529 s. Per contro, ritiene il reato configurabile nelle ipotesi non di trattativa privata bensì di appalto-concorso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, IV ed., Milano, 2015, 246.

²⁴ Con riguardo al carattere “materialmente costituzionale” degli artt. 1 e 199 c.p. e 14 disp. prel., A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, IX ed., Milano, 2020, 108. Rispetto, nondimeno, all'impossibilità di ricostruire il perimetro della norma incriminatrice attraverso la sola struttura lessicale delle norme incriminatrici, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine. Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino, 2011, 113.

²⁵ In questa prospettiva, si veda già O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 2008, 830, ricostruendo l'A. l'argomento teleologico a sostegno della tesi secondo cui è da privilegiare un'interpretazione testuale delle fattispecie di turbativa giacché le ragioni che giustificano la sanzione penale vengono meno allorché la pubblica amministrazione agisca come soggetto privato.

to richiamo delle procedure “non-meccaniche” è stato qualificato a più voci come lacuna legislativa²⁶.

Lo sviluppo di questi argomenti, centrali per chiarire la portata applicativa dei delitti di turbativa e il prosieguo dell’analisi²⁷, richiede un preliminare ulteriore approfondimento sulle oscillazioni del formante giurisprudenziale giacché, specialmente negli ultimi anni, è possibile riscontrare una spiccata sensibilità proprio per le criticità or ora accennate²⁸. Nei paragrafi che seguono, pertanto, si procederà passando in rassegna la lettura estensiva ormai ampiamente maggioritaria nella giurisprudenza di ultima istanza, mettendo in risalto i profili di tensione sia con il principio di legalità e tipicità delle fattispecie incriminatrici sia con il c.d. *chilling effect*. Preso atto dei più recenti mutamenti che hanno interessato la disciplina che regola il settore degli appalti pubblici, si terrà, quindi, in considerazione l’indirizzo interpretativo più recente che, all’opposto, ha tentato di contenere la portata applicativa dei reati di turbativa, tornando a valorizzare il testo delle disposizioni e rifiutare interpretazioni analogiche intollerabili, vieppiù in seguito agli ultimi approdi della giurisprudenza costituzionale.

1.2.2. *Il graduale indebolirsi dell’orientamento più favorevole al reo*

Nonostante la costante allerta di matrice dottrinale, la Corte di cassazione ha progressivamente insistito sull’interpretazione esten-

²⁶ Così, per l’appunto, A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 440, facendo l’A. riferimento a una “grave lacuna della repressione penale, [che] non pare colmabile in via interpretativa”.

²⁷ Su questo aspetto, del resto, s’incentra buona parte dell’analisi condotta nel terzo capitolo del lavoro, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

²⁸ Sarebbe, del resto, difficile per i giudici di legittimità ignorare i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale che ha ribadito la centralità del divieto di analogia nel disegno della Carta fondamentale per la materia punitiva: con particolare riguardo alla decisione n. 98 del 2021, si vedano, *inter alia*, V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell’interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 1233 ss., C. CUPPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell’interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 4, 2021, 1807 ss.

siva dei reati di turbativa²⁹, proponendo un criterio ermeneutico non scritto ma indispensabile per allargare la portata della norma incriminatrice fino a ricomprendere le procedure di affidamento “non meccaniche” attuate dall’amministrazione.

Prima di esaminare nel dettaglio come è stato costruito il test giurisprudenziale e verificarne l’utilità applicativa, sembra utile soffermarsi su alcune considerazioni di carattere generale. In primo luogo, come accennato, la scelta compiuta dal giudice penale di prediligere una tecnica ermeneutica estensiva è alquanto risalente e costante nel tempo³⁰: si ritrovano alcune elaborazioni del criterio in parola già nel periodo in cui le gare pubbliche erano disciplinate dalla legge di contabilità dello Stato³¹ e ricalcavano l’autoritarismo di un modello “primitivo”, incentrato sull’interesse dell’amministrazione alla prestazione economicamente più favorevole e, solo in via occasionale, coincidente con l’interesse dei privati a una corretta valutazione delle offerte. Tale indirizzo non ha subito modifiche nel corso degli anni, ancorché la disciplina in materia di appalti pubblici sia stata interamente ripensata con riguardo alla stessa *ratio* del sistema, condizionato dall’evoluzione del processo d’integrazione europea e da una moderna visione di amministrazione antitetica rispetto al modello tradizionale.

L’orientamento interpretativo di segno estensivo, in particolare, è rimasto invariato nonostante l’approvazione del c.d. codice degli

²⁹ Si veda, per l’appunto, quanto chiarito da M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, 92, ove l’A. afferma che “il problema dell’analogia, oggi, è di individuare le interpretazioni estensive vietate: ma non vietate perché sbagliate – se una interpretazione fosse sbagliata dovrebbe essere rifiutata a prescindere – quanto vietate perché analogiche. Analogie spesso ben fondate politicamente, connesse a vere ‘lacune di tutela’ avvertite come profondamente ingiuste”.

³⁰ Solo si pensi alla decisione Cass. sez. VI, 26 settembre 1991, n. 11531, pubblicata all’indomani della celebre legge 7 agosto 1990, n. 241, che ha rivoluzionato il procedimento amministrativo e, per l’effetto, la stessa *ratio* che legittima l’esercizio del potere pubblico da parte dell’amministrazione. Non potendo in questa sede approfondire tali aspetti come sarebbe opportuno, ci si limita a rinviare a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 96 ss.

³¹ Il riferimento è, in particolare, al r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e al relativo regolamento, r.d. 23 maggio 1924, n. 827.

appalti pubblici³² e delle successive revisioni. Neppure i macroscopici cambiamenti perfezionati dall'intervento di riforma del 2016³³, e significativamente rivisti negli ultimi mesi³⁴, hanno persuaso i giudici penali dell'opportunità di fare un passo indietro e rivedere l'indirizzo teleologico che, al contrario, è stato man a mano adattato dall'interprete ai nuovi procedimenti che pur sono antitetici rispetto alle categorie tipizzate dall'art. 353 c.p.

Senonché, questo moto "a valanga" ha incontrato nuove forme di resistenza nelle più recenti decisioni di legittimità, che dimostrano una spiccata consapevolezza sul rischio che letture analogiche³⁵ strumentalizzino le disposizioni penali per scopi diversi rispetto a quelli individuati dall'organo legislativo³⁶. È in questa direzione, quindi, che si scorge un terreno fertile per ripensare in termini sistematici gli indirizzi interpretativi finora assecondati dal tribunale di ultima istanza, così da valorizzare un'ermeneutica "tassativizzante e tipizzante" delle norme incriminatrici in relazione a quelle condotte che siano dotate del necessario disvalore e rientrino nei "casi

³² Come meglio si vedrà nell'*incipit* del paragrafo che segue, non v'è alcun dubbio che il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, abbia rappresentato un cambiamento epocale nella struttura e funzione delle gare pubbliche, adattando la disciplina nazionale all'impostazione decisa dal legislatore europeo per promuovere la trasparenza, l'efficacia, l'efficienza, la tempestività e, in particolare, la concorrenza in materia di appalti. Per evitare superflue ripetizioni, ci si limita, quindi, a rinviare alle considerazioni che seguono, anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici: cfr. *infra*, cap. II, § 2.

³³ Proprio allo scopo di recepire una serie significativa d'innovazioni indotte dal legislatore europeo (il riferimento è, in particolare, alle direttive (UE) 2014/23, 2014/24 e 2014/25), è noto, il codice degli appalti pubblici ha subito rilevanti modifiche attraverso il decreto 18 aprile 2016, n. 50, e i successivi provvedimenti attuativi. Nonostante gli auspici della dottrina e giurisprudenza amministrativa, però, la nuova disciplina non è riuscita a consolidarsi nel tempo, rimanendo vittima di continui interventi di modifica, fortemente criticati quale fonte di ulteriore incertezza e disincentivo agli investimenti nel territorio nazionale.

³⁴ Solo si pensi ai profondi cambiamenti predisposti dalla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, su cui *infra*, cap. II, § 3.2.

³⁵ D'altronde, la dottrina ha chiaramente identificato la significativa lacuna della legislazione penale riscontrando, pertanto, l'impossibilità di risolvere il problema in via interpretativa: così, per l'appunto, A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 440.

³⁶ Quanto al rischio che gli scopi dell'interprete sostituiscano quelli del legislatore, G. INSOLERA, *Il limite della legge*, in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Milano, 2019, 118 ss.

paradigmatici” delle fattispecie incriminatrici³⁷. Per esaminare questo scenario, quindi, occorre analizzare più nel dettaglio il test giurisprudenziale a carattere estensivo e, per l’effetto, la reazione correttiva che è stata prospettata dalla giurisprudenza di legittimità, così da valutare l’opportunità di ulteriori futuri sviluppi di tale filone ermeneutico.

2. Il test negativo elaborato dalla Corte di legittimità

Come accennato in apertura (cfr. *retro*, cap. I, § 2.1), è possibile ricostruire l’indeterminatezza e il carattere vago che contraddistingue le fattispecie di turbativa in termini diversi dal mero difetto di tecnica legislativa, giacché la scelta di indulgere in precetti ambigui ben può indicare la volontà di “generare responsabilità individuale attraverso l’incertezza”³⁸. In questo scenario, il sistema sanzionatorio assume le forme di una rete malleabile in via interpretativa, strumentale ad attuare politiche di *overdeterrence* a tutto discapito delle attività economiche e imprenditoriali (cfr. *infra*, cap. IV, § 3)³⁹.

Tale descrizione riflette piuttosto fedelmente il caso dei reati di turbativa: pur in assenza di alcun riferimento testuale, il giudice penale ha forzato i confini delle fattispecie attraverso argomenti teleologici tanto consolidati quanto in tensione con il *nullum crimen* e il principio di tipicità. Prima di esaminare il più recente orientamento che ha smascherato le passate derive di segno analogico⁴⁰, allo-

³⁷ E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 253 s.

³⁸ In questi termini, già F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1199, ove l’A. precisa che “l’incertezza favorisce la crescita spirituale dei cittadini che devono capire da soli cosa è lecito e cosa è illecito. *Il diritto penale diventa deontologia*. Poi, l’incertezza del diritto sostanziale trasferisce la prevenzione generale nel processo penale, che diventa la sede della educazione collettiva” (corsivi originali).

³⁹ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 277.

⁴⁰ Del resto, è stato puntualmente osservato che “l’interpretazione ‘estensiva’, come ai tempi di Binding, spesso è solo una ‘maschera’ sotto la quale si nasconde ‘pudicamente’ l’analogia”, per cui “è dovere dei giuristi smascherare questo camuffamento, ma il dovere di evitarlo o almeno di ridurne la portata incombe in-

ra, sembra necessario approfondire ulteriormente l'interpretazione di segno estensivo e gli specifici profili di contrasto con le garanzie fondamentali che assistono la sfera penale.

2.1. Il nodo della "gara informale"

È piuttosto risalente l'orientamento ermeneutico che contesta i reati di turbativa, pur in assenza di una gara in senso formale⁴¹. Più nel dettaglio, il giudice penale aveva a disposizione due strade. Per un verso, si poteva sostenere in chiave estensiva che le norme incriminatrici dovessero configurarsi "in ogni caso", a prescindere dal *nomen* e dalle caratteristiche della procedura seguita per conseguire il contratto pubblico. Per altro verso – e si tratta dell'opzione preferita dalla giurisprudenza nazionale – la configurabilità delle fattispecie tipiche era da condizionare a una serie di presupposti capaci di costituire una "gara ufficiosa"⁴².

Secondo quest'ultimo approccio, quindi, i reati di turbativa possono configurarsi in caso di gara informale allorché sussistano due condizioni. Anzitutto, è necessario che il giudice rinvenga qualche forma di antagonismo, ossia che gli offerenti siano consapevoli del fatto che più operatori economici sono in contatto con la pubblica amministrazione per l'esecuzione del contratto⁴³. Laddove si accer-

nanzitutto sul legislatore [...]": G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1268.

⁴¹ La dottrina penalistica, del resto, ha puntualmente osservato la creazione di fattispecie "a formazione processuale", qualificando il fenomeno come procedimentalizzazione del diritto penale: T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 539 ss.

⁴² In questa direzione, già Cass., sez. VI, 12 aprile 1994, n. 7511.

⁴³ Emblematica, al riguardo, è la decisione Cass., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603. Il caso riguardava, infatti, l'affidamento di un servizio di consulenza da parte di un ente riconducibile alla Regione Lombardia: il procedimento previsto dall'amministrazione prevedeva la comparazione tra almeno tre *curricula* di professionisti iscritti in un apposito elenco, in ragione della propria competenza professionale. La Corte di legittimità negava la possibilità di configurare una fattispecie tipica *ex art.* 353 c.p., atteso che nessuno dei candidati selezionati per la comparazione era consapevole del fatto che il proprio profilo era stato preso in considerazione per l'assegnazione della consulenza. Al contrario, si era "trattato [...] della procedimentalizzazione di una selezione comparativa rimasta di esclusiva pertinen-

ti che i privati siano stati interpellati singolarmente, infatti, viene meno la *ratio* che legittima la sanzione incriminatrice⁴⁴, atteso che non occorre tutelare la pari partecipazione all'attività amministrativa. Le forme in cui tale "gara ufficiosa" può manifestarsi sono le più varie: i fatti di turbativa sono stati contestati in presenza di "sondaggi", "gare esplorative"⁴⁵, "gare di consultazione"⁴⁶, "competizioni informali"⁴⁷, ancorché il contraente fosse poi individuato all'esito di una trattativa diretta con il privato. Ne deriva che lo spazio di libertà, privo di sanzioni incriminatrici, è stato ridotto alle sole ipotesi in cui sia possibile provare la totale assenza di interlocuzioni tra imprese: occorre, quindi, che gli offerenti siano del tutto ignari dei contatti eventualmente intrapresi dalla stazione appaltante con terzi, perché il comportamento sia ritenuto lecito.

In secondo luogo, la stazione appaltante deve aver – anche solo di fatto – predeterminato i criteri attraverso cui selezionare le imprese interessate alla conclusione dell'accordo⁴⁸. Anche rispetto a tale ulteriore requisito, però, i giudici si sono accontentati di determinazioni estremamente lasche, configurando i reati in esame in presenza di qualsivoglia meccanismo selettivo prestabilito a monte dalla parte pubblica. Il *Leitmotiv*, che si ripete pressoché identico nella linea di precedenti incentrati sul presupposto della "gara ufficiosa", afferma che non si tratta di un'interpretazione analogica del reato di turbativa "in quanto non ne allarga l'ambito di applicazione, bensì concreta una interpretazione estensiva, sulla base dell'*eadem ratio* che la sorregge e che è unica, cioè quella di garantire il regolare svolgimento sia dei pubblici incanti e delle licitazioni private sia delle gare infor-

za interna all'ente stesso, riguardante oltre tutto nemmeno vere e proprie offerte quanto profili professionali di candidati rimasti all'oscuro della procedura di selezione e valutazione". La procedura *sub iudice*, pertanto, era stata esclusa dall'area di rilevanza penale del fatto.

⁴⁴ Cass., sez. VI, 6 dicembre 2018, n. 57000.

⁴⁵ Cass., sez. VI, 28 gennaio 2008, n. 13124.

⁴⁶ Cass., sez. VI, 12 aprile 1994, n. 7511.

⁴⁷ Cass., sez. VI, 3 novembre 1997, n. 11483.

⁴⁸ Con riguardo ai rapporti tra imparzialità e legalità da esprimere mediante la previa determinazione dei criteri che seguirà l'azione amministrativa, così da assicurare al massimo grado l'eguaglianza tra i destinatari, si veda L. COEN, *Art. 97*, in S. BARTOLE, R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 885.

mali o di consultazione, le quali finiscono con il realizzare, sostanzialmente, delle licitazioni private⁴⁹.

Così argomentando, tuttavia, il giudice penale ha introdotto *ex novo* un elemento di fattispecie, che solleva non poche perplessità sulla legittimità dell'intera operazione ermeneutica⁵⁰: riconoscere la norma incriminatrice è sempre più arduo tanto che, con riguardo al diritto vivente "più ci si informa e più si è disorientati"⁵¹.

Si distinguono, allora, almeno tre profili di frizione con le garanzie costituzionali che meritano una particolare attenzione. *In primis*, il principio di legalità. Mentre si afferma che la soluzione giurisprudenziale integra un'ipotesi in linea con il testo della fattispecie, la Corte espressamente si riferisce allo svolgimento "sia dei pubblici incanti e delle licitazioni private sia delle gare informali o di consultazione", aggiungendo un presupposto che evidentemente manca nel dettato legislativo. Tenendo a mente, invero, il rilievo centrale della riserva di legge per la tenuta costituzionale delle norme incriminatrici, è quanto meno in dubbio che il criterio giurisprudenziale sia in linea con il principio di legalità.

⁴⁹ Emblematica la decisione Cass., sez. VI, 24 maggio 2011, n. 29581, ove i giudici, richiamando, del resto, il precedente Cass., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 12238, cit., estendono il reato di cui all'art. 353 c.p. a una procedura negoziata senza pubblicazione del bando. Con riguardo alla distinzione in esame, si rinvia a G. VASSALLI, voce *Analoga nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, Torino, 159, secondo cui "interpretazione estensiva è il risultato della scoperta, fatta dall'interprete, che sotto l'espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio, che per quanto non chiaramente enunciato vi è appunto incluso, e ricorso all'analogia è invece l'operazione che si compie risalendo da una norma espressa ad un principio in essa contenuto e dal quale è dato ridiscendere alla formulazione di una norma inespressa, quale quella che appunto contiene la regola del caso 'analogo' a quello espressamente disciplinato".

⁵⁰ Per approfondire, con particolare riguardo ai profili di tensione con il principio di legalità e tipicità dell'indirizzo ermeneutico di segno estensivo, si veda V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, in part. 2488.

⁵¹ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., 1199, precisando l'A. che il diritto penale incerto ha portato a convertire il diritto punitivo da "educazione all'informazione", secondo gli schemi condivisi dal giudice delle leggi nella nota pronuncia n. 364 del 1988, a "educazione dei cittadini alla produzione giuridica", per orientarsi in una realtà normativa "incert[a], inattingibile, incomprensibile" (corsivi originali).

Se ciò non bastasse, la soluzione interpretativa ignora l'articolata gamma di strumenti che il diritto amministrativo mette a disposizione per la conclusione dei contratti di appalto. Il *vulnus* di tipicità dei comportamenti ascritti al sistema dei reati di turbativa rischia, così, di vanificare *ex post* la complessità del disegno ideato dal legislatore europeo e nazionale, generando "doppi" effetti di congelamento nei confronti sia dell'imprenditoria privata che dei pubblici funzionari. Ne risulta, del resto, un'intricata trama di sottofattispecie, che si diramano a coprire (quasi) interamente le serie procedurali in cui si articolano le gare, in contrasto con il principio di proporzionalità che governa la materia penale. In ragione di tali aspetti critici, sembra opportuno approfondire, fin d'ora, i profili legati al *nullum crimen* e alla sfuggente tipicità delle norme incriminatrici, rinviando alla quarta parte del lavoro alcune considerazioni in tema di proporzionalità che paiono particolarmente utili per prospettare una diversa ricostruzione dei reati oggetto di studio.

2.2. Gli effetti del "test negativo" sulla tenuta del *nullum crimen*

Con riguardo ai profili di contrasto con il *nullum crimen*, vero è che il criterio letterale non esaurisce gli strumenti a disposizione del giudice per individuare il significato rilevante ai sensi dell'art. 353 c.p. Non v'è dubbio, infatti, che le tecniche ermeneutiche indicate dalle disposizioni preliminari al codice civile manchino, allo stato attuale, di una espressa gerarchia⁵², anche solo nelle forme di meta-regole interpretative appositamente elaborate per la sfera punitiva⁵³.

⁵² F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 518, considerando l'A. le criticità che derivano dal fatto che la pretesa di maggiore fedeltà alla legge non si concretizzi in speciali regole interpretative bensì rimanga un "generale criterio di valutazione dell'operato del giudice".

⁵³ Negli ordinamenti di *common law*, è noto, si è storicamente sviluppata per l'interpretazione degli statuti penali la dottrina dello *strict constructivism* (Z. BANKOWSKI, D.N. MACCORMICK, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, cit., 391 ss.). L'elaborazione derivata dal modello inglese, peraltro, è stata ulteriormente arricchita nel paradigma statunitense, così da valorizzare al massimo grado il *rule of law* e i principi riconducibili al *due process*. Sul punto, si veda, *inter alia*, S. NEWLAND, *Notes. The New Rule of Lenity*, in *Harv. L. Rev.*, 2006, 2424. Si trat-

Ciò nonostante, non si può ignorare che è la stessa Corte costituzionale ad avere ribadito in più occasioni la centralità del testo delle incriminazioni quale riferimento imprescindibile per assicurare il rispetto della riserva di legge e della separazione tra poteri. In particolare, in ossequio al disegno costituzionale della sfera penale, il testo legislativo rappresenta un “limite insuperabile” per le opzioni a disposizione dell’interprete⁵⁴.

È il testo della disposizione, peraltro, che “deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte”, scongiurando interventi a sorpresa delle sanzioni penali⁵⁵.

Se tali presupposti condizionano la legittimità delle norme incriminatrici, sembra difficile che fatti riferibili alla, quanto mai generica, nozione di “gara informale” possano essere dal linguaggio comune – continuando a prendere a prestito le parole della Corte – “ricond[otte] al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”. La dottrina penalistica, del resto, ha opposto una consistente resistenza alla configurabilità delle norme incriminatrici in termini eccessivamente estesi, valorizzando il dato positivo e, al contempo, ricostruendo la *ratio* della previsione incriminatrice in modo antitetico rispetto alla giurisprudenza maggioritaria. In particolare, si osserva, i precetti penali mirano a tutelare la libertà di concorrenza quale strumento per raggiungere la soluzione negoziale che meglio promette di realizzare il fine imposto *ex lege* alla pubblica amministrazione. Ne deriva la necessità di proteggere attraverso lo strumento punitivo quei comportamenti che possono distorcere i procedimenti di selezione dei contraenti a carattere precostituito

ta di un paradigma che naturalmente non è esente da criticità (F.A. ALLEN, *Erosion of Legality in American Criminal Justice: Some Latter-Day Adventures of the Nulla Poena Principle*, in *Ariz. L. Rev.*, 1987, 398 ss.), ma presenta spunti interessanti in relazione alla funzione da attribuire nella sfera punitiva ai canoni ermeneutici sostanziali. Con particolare riguardo a struttura, scopi e legittimazione della *rule of lenity*, A.R. GLUCK, R.A. POSNER, *Statutory Interpretation on the Bench: a Survey of Forty-two Judges on the Federal Courts of Appeal*, in *Harv. L. Rev.*, 5, 2018, 1332.

⁵⁴ Così, espressamente, i giudici costituzionali nella menzionata decisione 14 maggio 2021, n. 98, *Considerato in diritto*, § 2.4.

⁵⁵ *Ibidem*.

e automatico⁵⁶. Detto altrimenti, le fattispecie incriminatrici si rivolgono alle c.d. “gare pubbliche”. L’interpretazione letterale delle norme incriminatrici consente di ricomprendere quei (soli) procedimenti che si esauriscono nell’individuazione del candidato più idoneo a realizzare gli scopi della stazione appaltante, selezionato attraverso il canone dell’offerta economicamente più vantaggiosa oppure del miglior prezzo.

Per contro, nell’ipotesi in cui la pubblica amministrazione non si limiti a individuare l’impresa capace di eseguire un certo contratto ma, piuttosto, realizzi un’attività paritetica sul contenuto e sulle modalità con cui realizzare il fine pubblico, lo scenario di riferimento esorbita dal perimetro della norma incriminatrice e perde, quindi, rilevanza per il giudice penale. In queste ipotesi, storicamente riconducibili alla trattativa privata⁵⁷ ma nel tempo ampiamente sviluppate dal legislatore per soddisfare il buon andamento dell’amministrazione⁵⁸, si tiene una “gara privata”, in cui la stazione appaltante intesse un vero e proprio negoziato con gli operatori economici operando come fosse un privato cittadino. La distinzione tra “gare pubbliche” e “private” consente al giudice di rispettare il canone di frammentarietà dell’azione punitiva, evitando di assumere scelte di politica criminale che spettano al Parlamento⁵⁹. All’opposto, l’orien-

⁵⁶ V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 15, ove l’A. considera che “il legislatore ha voluto fare riferimento alla libera attività di concorrenza” pertanto la previsione di cui all’art. 353 c.p. è da riferire a “solo due delle procedure di scelta del contraente da parte della P.A., caratterizzate dall’esperimento di gare formali o pubbliche regolate, cioè, da selezioni di tipo precostituito o automatico”.

⁵⁷ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, I, XIV ed., Milano, 2021, 1099. Con riguardo all’opportunità di tenere distinte le ipotesi di trattativa privata dagli altri procedimenti di aggiudicazione delle gare, giacché la prima presuppone il concorso del privato nella predisposizione del rapporto negoziale, un significativo contributo è stato peraltro offerto dalla dottrina amministrativistica: si veda, in particolare, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 390 ss., ove l’A. afferma che “[g]li elementi di complicazione della trattativa privata sono dati dall’evidenza pubblica; essi sono molto diversi da quelli della gara pubblica, data la diversa struttura tecnica del modo di formazione del contratto (metodo negoziato)”. Per approfondire con specifico riguardo alle ipotesi di appalto-concorso e ai rapporti con le altre serie procedimentali, G. PITTALIS, voce *Appalto-concorso*, in *Dig. disc. Pubb.*, I, Torino, 1987, 287.

⁵⁸ Su quest’aspetto, si rinvia alle considerazioni svolte *infra*, cap. IV.

⁵⁹ Così, A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 440.

tamento estensivo comporta il graduale allontanamento della giurisprudenza penalistica dalle soluzioni interpretative condivise dal giudice amministrativo e determina conseguenze non trascurabili in punto di certezza del diritto e corretto estrinsecarsi dell'attività amministrativa come si andrà ad approfondire di seguito.

3. *La distanza tra diritto penale e procedure amministrative è ragionevole?*

Un argomento particolarmente ficcante speso per giustificare l'assimilazione tra le procedure a evidenza pubblica compiuta dal giudice penale si basa sulla progressiva "procedimentalizzazione" delle diverse alternative⁶⁰ a disposizione della stazione appaltante sul piano amministrativo⁶¹.

Tale constatazione, che livella le varie alternative in prospettiva strutturale, consente al giudice penale un controllo pervasivo sulle scelte compiute, anche a monte, dall'amministrazione, incoraggiando quei controlli "intrinseci" di cui ci si occuperà nel terzo capitolo del lavoro⁶². Al momento, ultimando una prima riflessione sull'indirizzo estensivo preferito dai giudici di legittimità, sembra opportuno soffermarsi – per quanto in sintesi – sulle alternative attualmente disponibili per la conclusione dei contratti d'appalto, non prima di aver ripercorso in pillole i capisaldi dell'evoluzione normativa che ha rivoluzionato la materia. Alla luce del quadro normativo di riferi-

⁶⁰ Quanto alla scomposizione delle procedure a evidenza pubblica nella fase negoziale, governata dalle norme generali di diritto privato, e nella fase procedimentale di diritto pubblico, si veda S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 115, nonché 119 ove gli autori approfondiscono il problema della "fuga" dalle procedure di evidenza pubblica alla ricerca di forme organizzative più agili di quelle sottoposte alla direzione dello Stato.

⁶¹ Per approfondire, con specifico riguardo alla materia punitiva O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., 829.

⁶² Il tema, come si sa, è sterminato e ampiamente sondato in letteratura. Non potendo in questa sede ricostruire in termini compiuti il dibattito, ci si limita quindi a rinviare alla ricostruzione dei profili di maggior interesse compiuta da B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, cit., in part. 90 ss.

mento, infatti, meglio si comprendono le ragioni che hanno giustificato il più recente indirizzo restrittivo, promuovendo un nuovo corso per l'interpretazione dei reati di turbativa.

3.1. Verso una “nuova” disciplina degli appalti pubblici

Il settore degli appalti pubblici rappresenta plasticamente il cambiamento che ha attraversato la pubblica amministrazione, sviluppando nuovi profili aperti alla partecipazione dei cittadini⁶³ e profondamente distanti dal modello originario in cui lo Stato “*elargiva il servizio*”⁶⁴, prestava l'attività di pubblica utilità alle proprie condizioni, insindacabili e indiscutibili da parte dei privati, meri terminali del servizio, dell'attività”⁶⁵.

I contratti pubblici, è noto, rientrano “nell'attività mediante la quale [l'amministrazione] si procura i beni necessari per l'attuazione delle sue finalità” e, di conseguenza, “non è diretta alla soddisfazione immediata di interessi pubblici: essa è intesa solo a procacciare i mezzi per siffatto fine”⁶⁶. L'attività amministrativa, infatti, soggiace a un vincolo di scopo⁶⁷, che impone un *minimum* pubblicistico

⁶³ È, del resto, manifestazione della c.d. “attività amministrativa di diritto privato” distinta dalla discrezionalità *intuitus personae* del soggetto privato dal momento che all'amministrazione “è attribuita la cura dell'interesse pubblico canonizzato dalla norma, e che utilizza risorse pubbliche”: S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, III ed., Milano, 2022, 42 s.

⁶⁴ M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 441 ss.

⁶⁵ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1966, 140 (corsivi originali).

⁶⁶ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 273. Per approfondire, sul punto, S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 16 s.

⁶⁷ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 197 ss. In argomento, si veda altresì S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto; profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 64. D'altro canto, non è da tralasciare il potere dell'amministrazione di esprimere un diniego di aggiudicazione all'esito di un procedimento di gara allorché “nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto” *ex art.* 95, comma 12, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché già art. 81, comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Per approfondire, sul punto, si veda A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1526 ss.

intangibile e inattaccabile⁶⁸. Sicché è la procedura di evidenza pubblica che lascia trasparire la finalità ultima perseguita dall'amministrazione⁶⁹ e merita particolare attenzione quanto al regolare esplicarsi dell'attività d'interesse pubblico⁷⁰.

È stato, d'altra parte, puntualmente osservato che “[c]on sempre maggiore insoddisfazione e diffidenza si guarda ad un'amministrazione di forma che non produce sostanza. Almeno con riferimento a certi tipi di attività [...], metro principale di giudizio dell'azione pubblica sono divenuti il suo risultato, la sua efficienza, la sua efficacia”⁷¹.

3.1.1. *L'assetto consolidato nel codice degli appalti pubblici*

Passando in rassegna, in pillole, il percorso seguito dalla regolamentazione interna⁷², l'approvazione del già citato codice degli appalti nel 2006 ha fortemente innovato la materia in risposta alla c.d. “fuga dalle gare”⁷³, ristabilendo funzioni e legittimazione dei con-

⁶⁸ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 44. Il principio di legalità, così, si riflette non tanto in una “regola del contenuto” quanto in una “regola di limite” dell'attività amministrativa: M.S. GIANINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., 89.

⁶⁹ *Ivi*, II, 676 ss. In argomento, si veda altresì S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 45, ove gli autori osservano che l'evidenza pubblica “serve a formare un assetto di interessi idoneo a curare l'interesse pubblico, in aderenza al criterio del buon andamento [...] e dell'imparzialità [...]”.

⁷⁰ Si prospetta, così, un modello antitetico alla visione tradizionale di attività amministrativa autoritativa e preminente rispetto ai bisogni dei cittadini, che si esprimeva principalmente attraverso i provvedimenti amministrativi capaci di modificare unilateralmente la sfera giuridica dei privati ed espressamente negava ultronee esigenze di risultato: G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 258 ss., ove l'A. precisa, infatti, che nel paradigma originario “la pubblica amministrazione in Italia è un'amministrazione *non di risultati*, ma di atti” (corsivi originali).

⁷¹ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 140.

⁷² Anche prima dell'entrata in vigore del c.d. codice appalti, infatti, la normativa di settore aveva subito rilevanti modifiche: solo si pensi alle c.d. leggi Merloni, e ai relativi regolamenti attuativi, che miravano – per l'appunto – ad arginare i fenomeni di corruzione sistemica che avevano gravato sul funzionamento della “prima repubblica”.

⁷³ Ricostruendo, invero, il percorso particolarmente articolato di revisione della disciplina degli appalti pubblici quale reazione al fenomeno di fuga dalle com-

tratti pubblici nel contesto del mercato unico⁷⁴. Nell'impresa di "favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici"⁷⁵, il legislatore nazionale ha – per quanto più interessa in questa sede – fortemente diversificato le procedure a disposizione delle stazioni appaltanti, introducendo in particolare il dialogo competitivo e le procedure negoziate. Atteso il rilievo che tali aspetti rivestono per i fatti di turbativa, sembra utile ripercorrere brevemente i caratteri che le contraddistinguono, così da porre le basi per un confronto critico con la disciplina attuale.

Tra le alternative cristallizzate grazie al principio del *numerus clausus* nella disciplina del 2006, la pubblica amministrazione può disporre, in via ordinaria⁷⁶, delle procedure aperte o ristrette e, nei

petizioni a evidenza pubblica, A. FIORITTO, *La corruzione nei lavori pubblici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 78 ss.

⁷⁴ Le direttive c.d. "di prima generazione" 77/52/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE con riguardo ai contratti di fornitura e la direttiva 92/50/CEE in materia di servizi sono state, infatti, superate dall'entrata in vigore del significativo corpo di legislazione derivata del 2004: il riferimento è, in particolare, alle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, inerente ai settori speciali, che hanno razionalizzato e fortemente innovato la regolamentazione degli appalti pubblici per far fronte al progredire tecnologico e alle esigenze di efficienza e semplificazione dei mercati. Per approfondire, sul punto, si veda A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 356. Con riguardo, invece, ai ritardi "storici" della normativa nazionale rispetto al bisogno di conformarsi alle innovazioni europee così che "il contrasto e il connesso raffronto in sede comunitaria ha fatto emergere l'arretratezza non sempre casuale del nostro sistema normativo e l'interesse politico a non far chiarezza sulle vere cause dell'arretratezza": S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 311 s. Al riguardo, tuttavia, è stato altresì osservato che il codice degli appalti è andato al di là di quanto richiesto dalla sfera europea: in ossequio a quanto previsto dalla legge delega n. 65 del 2005, il decreto attuativo si è preoccupato di coordinare la materia degli appalti con la disciplina del procedimento amministrativo, la digitalizzazione dell'amministrazione e le disposizioni antimafia: F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, III ed., Torino, 2021, 8.

⁷⁵ Così la legge comunitaria 18 aprile 2005, n. 62, che all'art. 25 ha conferito delega al governo per adottare un decreto legislativo che adattasse – per l'appunto – l'ordinamento interno alla nuova disciplina europea.

⁷⁶ Secondo quanto previsto dall'art. 54, commi 2, 3 e 4, infatti, le modalità ordinarie di aggiudicazione seguivano la procedura aperta o ristretta, potendo la stazione appaltante optare per il dialogo competitivo, introdotto *ex novo* nel 2006, o le procedure negoziate in presenza delle particolari condizioni prestabilite *ex lege*.

casi tassativamente previsti, di procedure negoziate, con o senza pubblicazione del bando⁷⁷, del dialogo competitivo e, in termini autonomi, della finanza di progetto⁷⁸. Emerge un paradigma in cui il “vincolo di scopo – che si ricollega al principio di legalità – e attività negoziale delle amministrazioni non sono in contrasto”, conservando quest’ultime il potere di scelta sugli strumenti con cui agire⁷⁹. Il legislatore nazionale, così, ha recepito le indicazioni che provengono dall’ordinamento europeo incline a promuovere una gestione elastica e dinamica del settore degli appalti pubblici, consentendo il raggiungimento delle finalità d’interesse collettivo attraverso una pluralità di strumenti che permettano all’amministrazione di agire come fosse un contraente privato allorché si riveli la strategia migliore in chiave di imparzialità e buon andamento (cfr. *infra*, cap. II, § 3.2).

Ritornando alle norme incriminatrici, quindi, mentre i riti “ordinari” sono stati riferiti rispettivamente ai pubblici incanti e alle licitazioni private⁸⁰, le procedure negoziate sono state assimilate alla disciplina antecedente della trattativa privata, ponendo maggiori problemi in relazione ai confini applicativi dell’art. 353 c.p.

⁷⁷ Le nuove procedure negoziate prendono il posto della trattativa privata ma presentano caratteri piuttosto diversi: il legislatore, infatti, regola anzitutto l’alternativa di riferimento con o senza pubblicazione del bando e, in aggiunta, stabilisce tutta una serie di presupposti che contengono la libertà della stazione appaltante: si vedano, in particolare, gli artt. 56 e 57 del codice appalti.

⁷⁸ I casi di *project financing* disciplinati dagli artt. 152-160 del codice appalti mantengono un rilievo autonomo dal momento che si rivolgono, in caso di concessioni di lavori o servizi, a progetti a elevato rischio economico-imprenditoriale e fortemente debitori da capitali privati: l’istituto solleva la pubblica amministrazione dal rischio e dagli oneri relativi al finanziamento dell’opera della cui utilizzazione commerciale, però, beneficia il privato. Con riguardo alle variazioni rispetto alla disciplina originale, in particolare considerando le procedure a “doppia gara” e a “gara unica”, si rinvia, *inter alia*, a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 374 ss.

⁷⁹ S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto; profili sostanziali e processuali*, cit., 63. Per approfondire, con particolare riguardo all’attività interpretativa necessaria per identificare il o i vincoli di scopo, si veda G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 198 ss.

⁸⁰ Si tratta, è noto, di procedure che si distinguono in ragione della contestualizzazione temporale della presentazione delle offerte da parte dei concorrenti (immediata nelle procedure aperte e successiva alle lettere d’invito nelle procedure ristrette) ma che consentono, al massimo grado, la parità di trattamento tra gli operatori economici.

In altri termini, lo sviluppo dei negoziati diretti tra amministrazione e operatori privati nella legislazione del 2006 ha comportato ulteriori sforzi di segno estensivo da parte del giudice penale, dovendo ricondurre all'immutata *littera legis* delle fattispecie di turbativa le procedure (anche solo in parte) nuove. Così, le procedure negoziate, con o senza pubblicazione del bando⁸¹, sono state considerate meritevoli di pena in presenza di una "gara anche informale e atipica"⁸².

Non basta. Fin da subito, la regolamentazione amministrativa è parsa "una fonte instabile e non unitaria"⁸³: continue modifiche e aggiustamenti del dato positivo, ulteriormente integrato da fonti secondarie⁸⁴, hanno alimentato l'incertezza e le difficoltà del settore, generando l'urgenza – alquanto paradossale – di un nuovo corpo normativo che placasse le istanze che rimanevano senza tutela⁸⁵. D'altro canto, all'indomani del perfezionamento della strategia c.d. "Europa 2020"⁸⁶, è la stessa disciplina europea a domandare una revisione generale della normativa interna, per promuovere

⁸¹ Con particolare riguardo al rilievo penale di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, si veda Cass., sez. VI, 10 ottobre 2017, n. 49266, ma altresì la citata pronuncia Cass., sez. VI, 24 maggio 2011, n. 29581 (cfr. *retro*, cap. I, § 2.1).

⁸² Così, del resto, in riferimento alla c.d. "gara esplorativa", che aveva anticipato la trattativa privata turbata ai sensi dell'art. 353 c.p., secondo quanto stabilito da Cass., sez. VI, 28 gennaio 2008, n. 13124, cit.

⁸³ A. FIORITTO, *La corruzione nei lavori pubblici*, cit., 82. Quanto alle connessioni tra le modifiche normative e i fenomeni di crisi economica, F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, II ed., Roma, 2015, 28 ss.

⁸⁴ I problemi di moltiplicazione dei livelli normativi, del resto, sono stati articolati nei rapporti tra Stato e Regioni: sul punto, R. DE NICTOLIS, *La competenza legislativa e regolamentare di Stato e Regioni*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Bologna, 2012, 78 ss.

⁸⁵ Sulla tematica, è noto, sono state scritte intere biblioteche. In questa sede, tuttavia, non ci si può che limitare a rinviare anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici a G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI (diretto da), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013.

⁸⁶ Si veda, in particolare, la risoluzione del Parlamento europeo sul libro verde del 25 ottobre 2011, C-131-E/25, precisando che "un mercato degli appalti pubblici dell'UE correttamente funzionante è un motore essenziale per la crescita e un elemento fondamentale del Mercato Unico oltre che un fattore essenziale per stimolare la concorrenza e l'innovazione e far fronte alle sfide che continuamente si affacciano per la politica pubblica in materia ambientale e sociale e ai problemi di qualità del lavoro – fra cui l'adeguatezza della retribuzione – di eguaglianza, coe-

un'“economia intelligente, sostenibile e inclusiva, caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale”⁸⁷.

3.1.2. *Il cambio di rotta deciso a livello europeo*

È in questo scenario che sono state adottate le note direttive 2014/23/UE, sui contratti di concessione, 2014/24/UE in tema di appalti pubblici e 2014/25/UE riguardo ai settori speciali, fonte di profondi mutamenti nel sistema⁸⁸. Ai più tradizionali obiettivi di concorrenza transnazionale, è noto, si affianca una ghera di traguardi piuttosto ricca tra cui si può ricordare la tutela ambientale, la lotta contro i cambiamenti climatici, l'efficienza energetica, i fini sociali⁸⁹.

Per raggiungere tali ambiziosi risultati, il diritto derivato si concentra sull'incremento della negoziazione diretta con le imprese, ampliando la gamma di procedure di selezione attraverso (in parte)

sione e inclusione sociale, assicurando al contempo un valore ottimale per cittadini, imprese e contribuenti”.

⁸⁷ In questi termini si esprime, all'indomani della crisi economica e finanziaria che ha colpito l'eurozona, la Commissione europea nella Comunicazione del 3 marzo 2010, COM (2010) 2020 def.

⁸⁸ F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, cit., 2.

⁸⁹ Questi sono solo alcuni degli scopi cui deve tendere la regolamentazione dei contratti pubblici, promuovendo in particolare l'innovazione e la crescita delle piccole medie imprese quale cuore pulsante del mercato unico: per approfondire, in argomento, si veda R. CARANTA, D. COSMIN DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 493 ss., precisando gli autori che, se le direttive del 2004 si erano limitate a confermare l'esistente, il successivo corpo normativo ha invece previsto significative novità, anche lasciando alle autorità nazionali margini di discrezionalità per raggiungere gli obiettivi condivisi a livello europeo. D'altro canto, non stupisce il progressivo fiorire del novero di libertà fondamentali o interessi pubblici quale connotazione intrinseca alle c.d. Costituzioni lunghe: per approfondire, R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 12. Quanto, poi, alle carte internazionali che hanno incoraggiato – anche nella materia penale – una vera e propria *floraison de la fundamentalité*: V. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del “volto costituzionale” dell'illecito penale*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 40, osservando l'A. che proporzionalità e ragionevolezza servono proprio a contrastare tale fenomeno.

nuove procedure competitive con negoziazione o forme di partenariato per l'innovazione⁹⁰. Incrementando gli spazi di discrezionalità per le amministrazioni, si esprime, peraltro, un netto favore per il criterio di aggiudicazione delle offerte economicamente più vantaggiose: le assegnazioni in base al prezzo più basso non scompaiono ma diventano recessive, in favore di più articolate ponderazioni tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di compiere la migliore scelta con la massima economicità⁹¹. Il legislatore europeo assegna alla pubblica amministrazione ampi poteri di negoziazione con i privati, per conseguire la flessibilità operativa e un significativo riconoscimento sociale dell'attività pubblica.

Rimane da considerare se queste innovazioni si debbano riflettere, o meno, sulla sfera punitiva, tenendo in particolare considerazione la superiore esigenza che le sanzioni penali non neutralizzino – nella prassi dei tribunali – un'attuazione efficace del nuovo paradigma.

3.2. *Il quadro normativo attuale*

Vero è che rapidi processi di aggiornamento delle norme amministrative possono essere compresi considerando che “ogni amministrazione è al centro della società” e, pertanto, “se non ne eguaglia il dinamismo, diventa una forza frenante”⁹². Parte della sofferenza che affligge la sfera pubblica, del resto, trova origine nella scelta legislativa di contenerne la discrezionalità – e quindi la capacità di adattamento alle contingenze reali – fino a pretendere dall'amministrazione una “meccanica applicazione di norme”⁹³. È, del resto, configura-

⁹⁰ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 362. Il catalogo attualmente disponibile, anche tenendo conto delle ultime novità approvate sul finire del 2022, sarà esaminato più nel dettaglio nel paragrafo che segue.

⁹¹ *Ivi*, 363, ulteriormente approfondendo i profili innovativi in merito all'aggregazione della domanda e allo sviluppo di *governance* adeguate che curino i rapporti con le istituzioni europee. Il riferimento normativo, è noto, coincide con l'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016.

⁹² S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, cit., 4.

⁹³ *Ibidem*, osservando altresì come l'inflazione di provvedimenti legislativi dequati le fonti primarie e piuttosto richieda costanti adeguamenti da parte di amministrazione e giurisdizione chiamati così a una funzione “paranormativa” (*ivi*, 6).

bile un paradigma antitetico che non si accontenta del legittimo uso del potere, bensì persegue l'efficiente uso del potere "che necessariamente si lega all'attenta ponderazione degli interessi in gioco"⁹⁴.

Trainato dal legislatore europeo⁹⁵, infatti, il corpo normativo del 2016 sviluppa ulteriormente la dicotomia tradizionale tra serie procedurali meccaniche e negoziate, a tutto vantaggio di quest'ultime. S'insiste, così, sulla possibilità non di "individuare" il contraente attraverso un meccanismo pressoché automatico e, almeno in parte, casuale⁹⁶, bensì mediante una "scelta ragionata dell'amministrazione", che avvia un dialogo con gli operatori economici sulle condizioni e, talvolta anche, sul contenuto del contratto⁹⁷.

In tale cornice, il criterio generale di aggiudicazione coincide con l'offerta economicamente più vantaggiosa⁹⁸, da declinare in ossequio ai principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione⁹⁹; il canone del prezzo più basso assume, invece, carattere residuale¹⁰⁰. Del resto, il legislatore – per primo europeo – prende atto di una linea di tendenza piuttosto chiara: a fronte dell'incremento di complessità che caratterizza la sfera economica e della

Riguardo a un fenomeno di tale complessità, ci si limita in questa sede a ricordare che non ha carattere esclusivamente nazionale, come dimostra la diffusione oltreoceano di studi sulla retorica del c.d. "anti-administrativism": G.E. METZGER, *The Administrative State under Siege*, in *Harv. L. Rev.*, 2017, 4.

⁹⁴ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 143.

⁹⁵ F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, cit., 2.

⁹⁶ S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 410.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Art. 95, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Con riguardo all'ordine da seguire nel prioritario esame dell'offerta tecnica e, solo in un secondo momento, dell'offerta economica, così da non alterare la *par condicio* tra gli offerenti: Cons. St., sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287. La valorizzazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non rappresenta, certo, l'unico segnale della tendenza a riconoscere maggiori margini di discrezionalità alla stazione appaltante: si veda, per approfondire, M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, cit., 442 ss., ove gli autori considerano altresì la disciplina di valutazione delle offerte anomale, il regime derogatorio che opera per le ordinanze della protezione civile, la figura del contraente generale.

⁹⁹ Si veda, in particolare, quanto previsto dall'art. 95, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁰⁰ S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 98.

necessità di bilanciare un sempre crescente numero di interessi, l'attività contrattuale si rivolge con maggior frequenza a procedimenti snelli e veloci, massimizzando gli obiettivi di effettività ed efficacia dell'azione amministrativa. Negli ultimi anni, infatti, le procedure negoziate senza pubblicazione del bando e gli affidamenti diretti impegnano una buona parte delle serie procedimentali, tanto nel settore ordinario¹⁰¹ quanto in quello speciale¹⁰², rilevando con una certa evidenza le preferenze delle stazioni appaltanti specialmente per i contratti di modico valore¹⁰³.

¹⁰¹ Prendendo come riferimento i dati raccolti da ANAC nel *Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici*, I quadrimestre del 2022, in relazione alle "informazioni presenti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) aggiornati alla fine del mese di agosto 2022, in riferimento alle procedure di affidamento (bandi e inviti di importo a base di gara pari o superiore a 40.000 euro) c.d. perfezionate, per le quali cioè è stato pubblicato un bando (nel caso di procedure aperte) o è stata inviata una lettera di invito (nel caso di procedure ristrette o negoziate) ovvero è stata manifestata la volontà di affidare l'appalto (nel caso di affidamenti diretti)" (*ivi*, 3), si evince che le procedure aperte sono state nel 2021 12.330, valore in euro 27.067.095.391, rimanendo costanti nel 2022 in 12.428, con un aumento tuttavia del valore che corrisponde a euro 45.601.724.673. Le procedure ristrette, del resto, hanno subito un lieve calo da un anno all'altro – da 4.803 (valore in euro 13.210.765.294) a 3.796 (valore in euro 10.234.150.437). Mentre le procedure negoziate con pubblicazione del bando presentano numeri irrisori (234 nel 2021 e 213 nel 2022), le procedure negoziate senza pubblicazione del bando si distinguono per incidenza – nel 2021, 23.536 e nel 2022, 19.967 – al pari dei procedimenti per affidamento diretto – nel 2021, 21.272 e nel 2022, 25.262.

¹⁰² Se le procedure aperte risultano 1.163 nel 2021 e 1.081 nel 2022, il valore complessivo in riferimento al settore speciale raggiunge rispettivamente euro 2.545.649.757 ed euro 5.424.981.223. Desta interesse, invero, la decrescita qualitativa di cui sono protagoniste le procedure ristrette: a fronte di un quantitativo che varia in maniera considerevole (dalle 390 procedure del 2021 alle 244 del 2022), il valore in euro passa da 3.277.963.775 a 934.711.910. Il calo è quanto mai evidente se paragonato ai dati che si riferiscono alle procedure senza pubblicazione del bando (4.384 nel 2021 e 3.839 nel 2022 per un valore complessivo di euro 2.547.862.436 nel 2021 ed euro 2.857.812.839 nel 2022) e agli affidamenti diretti (2.040 procedure nel 2021 e 2.429 nel 2022, corrispondenti rispettivamente a euro 412.826.488 ed euro 436.930.696). Per quanto riguarda le procedure negoziate senza pubblicazione del bando il dato è più contenuto sia rispetto alla frequenza (514 nel 2021 e 571 nel 2022) sia rispetto al valore (rispettivamente euro 3.722.430.003 ed euro 4.516.677.403).

¹⁰³ Con riguardo, del resto, all'attività di vigilanza posta in essere dall'autorità amministrativa indipendente proprio per prevenire il fenomeno corruttivo nelle diverse procedure a evidenza pubblica, insieme peraltro alle singole amministrazioni e costruire una sorta di "controllo diffuso" anticorruzione, R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 905 ss.

Al di là della netta prevalenza quantitativa, infatti, il riferimento patrimoniale desta particolare interesse. Se confrontato con le informazioni riportate sulle procedure aperte¹⁰⁴, il valore dei contratti conclusi mediante procedure negoziate o affidamento diretto risulta più contenuto, a riprova dell'utilità di queste alternative ogni qual volta la pubblica amministrazione concluda contratti più modesti ottimizzando tempi e risorse della comunità (cfr. *infra*, cap. IV).

Si segnala, quindi, una distanza significativa dal punto di partenza¹⁰⁵, che implicava una generalizzata preferenza per i pubblici incanti ossia le procedure aperte¹⁰⁶. Quest'ultima è l'opzione che realizza al massimo grado l'imparzialità della selezione, nella misura in cui parifica gli operatori economici e allontana persino il sospetto di favoritismi da parte dei funzionari pubblici¹⁰⁷. Nelle procedure aperte, la discrezionalità dell'amministrazione si esaurisce, a monte, nella scelta del procedimento da seguire, atteso che l'"individuazione" del miglior candidato consegue in via pressoché automatica. Tale soluzione impone, però, alla stazione appaltante alti costi e lunghi tempi di attesa prima che il contratto possa entrare nella fase esecutiva.

Non sempre dette condizioni sono auspicabili: in caso di progetti di ridotte dimensioni o di mercati a forte specializzazione tecnica, il dispendio di risorse che implica la procedura aperta impone oneri superflui rispetto al raggiungimento degli scopi d'interesse pubblico. In aggiunta, neppure le procedure aperte permettono alla ammini-

¹⁰⁴ Sempre con riferimento al *Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici*, infatti, mentre per le procedure aperte i valori complessivi corrispondono a euro 27.067.095.391 nel 2021 (quadrimestre gennaio-aprile) ed euro 45.601.724.673 nel 2022 (quadrimestre gennaio-aprile), le procedure negoziate senza pubblicazione del bando raggiungono, nel 2021, il valore di euro 11.211.137.704 e, nel 2022, di euro 9.941.023.486. Discorso analogo vale, peraltro, per gli affidamenti diretti che ammontano a euro 6.926.721.268 nel 2021 e a euro 3.243.209.204 nel 2022.

¹⁰⁵ Scrive, del resto, C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., 350, che "tutti i contratti, sia che ne derivi un'entrata, sia una spesa per lo Stato, debbono essere preceduti dai pubblici incanti, salve le eccezioni [...]".

¹⁰⁶ In questo senso, infatti, l'art. 3 della legge sulla contabilità dello Stato e 37 del regolamento attuativo.

¹⁰⁷ Così, ancora C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., 351.

strazione di conseguire l'offerta migliore in assoluto¹⁰⁸. A differenza di quanto potrebbe offrire la libera negoziazione tra privati, la stazione appaltante deve selezionare l'alternativa preferibile tra quelle validamente presentante: quand'anche ottimale in prospettiva economica, resta da scartare l'offerta che manchi dei requisiti tecnici richiesti dal bando in vista dello scopo che legittima l'azione dell'amministrazione.

Nella disciplina vigente¹⁰⁹, l'amministrazione conserva un certo margine di discrezionalità nella scelta delle serie procedurali¹¹⁰, dovendo nondimeno motivare il ricorso alle procedure straordinarie in presenza delle condizioni di legge¹¹¹. Nel 2016, sono, peraltro, stati introdotti due strumenti contrattuali, che alimentano ulteriormente il ventaglio delle ipotesi di trattativa diretta tra privati e amministrazione¹¹²: in sostituzione della procedura negoziata con pubblicazione del bando¹¹³, infatti, compare la procedura competitiva

¹⁰⁸ Per approfondire, S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto; profili sostanziali e processuali*, cit., 90.

¹⁰⁹ Con riguardo all'iter di approvazione del decreto legislativo che attua la legge delega n. 77 del 2021, si rinvia al paragrafo che segue.

¹¹⁰ Quanto alla distinzione tra le modalità ordinarie e straordinarie di aggiudicazione, D. SENZANI, *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell'amministrazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 455. Ricostruire la normativa attualmente vigente, invero, è operazione tutt'altro che scontata, attese le continue integrazioni e modifiche che si sono avvicinate dall'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016: S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 366 ss. A discapito, peraltro, del fine che avrebbe dovuto guidare la disciplina nazionale. Ai sensi di quanto previsto dall'art. 218, infatti, in caso di aggiornamenti "[o]gni intervento normativo incidente sul presente codice o sulle materie dallo stesso disciplinate è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute".

¹¹¹ Sul punto, si veda ancora D. SENZANI, *Il procedimento ad evidenza pubblica*, cit., 455.

¹¹² A ben guardare, gli strumenti a disposizione della pubblica amministrazione si articolano in un novero ben più ricco: solo si pensi al caso degli accordi quadro (art. 54), delle aste elettroniche (art. 56) così come delle locazioni finanziarie (art. 187) o dei contratti di disponibilità (art. 188): sul punto, si rinvia a A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1101.

¹¹³ Guardando sempre ai dati riportati da ANAC nel citato *Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici*, la procedura in questione dimostra un impiego particolarmente risicato: a fronte delle 234 procedure nel 2021 e 213 nel 2022, il valore complessivo per il settore ordinario si attesta rispettivamente su 137.169.829 e 110.139.253, segnando un differenziale negativo del 19,7%.

con negoziazione¹¹⁴ e il partenariato per l'innovazione¹¹⁵, con lo scopo di consolidare un dialogo tra sfera pubblica e privata per lo sviluppo di prodotti innovativi¹¹⁶.

Al contempo, è fatto divieto agli Stati Membri di introdurre e conservare livelli di regolazione superiori rispetto ai minimi richiesti dalle direttive del 2014 (*gold plating*)¹¹⁷.

Un ultimo aspetto, che sembra rilevante in vista della successiva trattazione, attiene alla possibilità da parte dei privati di sindacare la scelta dell'amministrazione sulla procedura da eseguire. Superato il diniego iniziale¹¹⁸, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto in capo agli operatori economici l'interesse legittimo a che la scelta della procedura sia conforme al principio di legalità¹¹⁹. Allorché la determinazione con cui la stazione appaltante ha optato

¹¹⁴ Il riferimento è all'art. 59, comma 2, d.lgs. 50 del 2016.

¹¹⁵ Sul punto, con particolare riguardo al perimetro di riferimento in relazione agli appalti pre-commerciali, S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urb. e appalti*, 2016, 955 ss.

¹¹⁶ L'art. 65, d.lgs. 50 del 2016, stabilisce, infatti, che “[l]e amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti”. Con riguardo, poi, alle “procedure elettroniche” che si aggiungono in riferimento al mercato elettronico della pubblica amministrazione, D. SENZANI, *Il procedimento ad evidenza pubblica*, cit., 455.

¹¹⁷ In questo senso, del resto, l'art. 1, comma 1, lett. a, della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, che ha conferito al governo l'incarico di rivedere il codice appalti per uniformare la disciplina interna alle direttive europee.

¹¹⁸ Per approfondire, si veda ancora D. SENZANI, *Il procedimento ad evidenza pubblica*, cit., 455 ss.

¹¹⁹ Così, Cass., sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, riconoscendo in capo all'operatore economico l'interesse legittimo a ricorrere innanzi al giudice amministrativo per denunciare l'illegittimità degli atti inerenti alla propria esclusione in caso di scelta di trattativa privata; in senso conforme, Cons. St., sez. V, 18 gennaio 1984, n. 49, in *Foro it.*, 1984, 426 ss., precisando i giudici che “in sintonia con i canoni di correttezza e imparzialità ai quali deve costantemente ispirarsi l'azione amministrativa [...] può quindi dedursi che, atteggiandosi la discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni come deroga al principio del libero accesso alle gare pubbliche, il mancato invito a fare l'offerta a chi abbia presentato domanda di partecipazione debba essere assistito da congrua motivazione in ordine all'uso della anzidetta discrezionalità”.

per una certa procedura diviene impugnabile¹²⁰, si rafforzano in termini significativi i presidi posti a tutela del corretto esercizio del potere discrezionale nel settore dei contratti pubblici, assicurando già sul piano amministrativo rimedi efficaci per la tutela delle posizioni d'interesse qualificato dei privati (cfr. *infra*, cap. IV, § 3.4.1).

3.3. Il quadro normativo promesso

Nonostante le promesse di stabilità, la disciplina in materia di appalti è stata di recente in gran parte rivista. Anzi, il susseguirsi di regimi speciali ha ulteriormente accentuato “l’ideologia compromissoria sottesa alla polifunzionalità attribuita all’evidenza pubblica”¹²¹, cui è affidata la promozione della concorrenza e la prevenzione della corruzione¹²². In ragione delle peculiari condizioni emergenziali che hanno giustificato l’adozione del c.d. piano nazionale di ripresa e resilienza¹²³, allora, è stata accelerata la conclusione dello schema di

¹²⁰ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 2480 ss., osservando nondimeno gli autori che nelle procedure ordinarie la determina a contrarre ha natura endoprocedimentale e, per l’effetto, non risulta autonomamente impugnabile.

¹²¹ S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 80.

¹²² Con particolare riguardo alle potenzialità criminogene insite nelle svariate ipotesi di conflitto d’interessi, F. PALAZZO, *Politica, e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 525. Per approfondire, con particolare riguardo ai pubblici agenti, si veda B.G. MATTARELLA, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica*, cit., 63 ss. Con riguardo, invece, al duplice ruolo assegnato all’ANAC proprio con riguardo alla vigilanza e alla prevenzione del fenomeno corruttivo in materia di appalti, si veda G. PIPERATA, *L’attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 39.

¹²³ Non è da tralasciare, per i rilevanti problemi di coordinamento cui non si ha possibilità in questa sede che di fare cenno, il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “decreto semplificazioni”); 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 2021, n. 108, nonché il decreto 27 gennaio 2022, n. 4, convertito dalla legge 28 marzo 2022, n. 25, i quali hanno previsto (anche) alcune prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure per la realizzazione dei progetti previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), nel rispetto dei termini concordati con le istituzioni europee. Per approfondire rispetto alla frammentazione dei regimi giuridici in prospettiva sia sostanziale che temporale già in relazione alla precedente disciplina, C. CONTESSA, *Le*

decreto legislativo predisposto dalla Commissione speciale costituita presso il Consiglio di Stato¹²⁴ e confluito nel “nuovo” codice degli appalti¹²⁵. Tra le diverse innovazioni in corso di recepimento¹²⁶, ci si limita in questa sede a menzionare due aspetti che presentano particolare rilievo.

Desti, anzitutto, interesse la scelta di compilare i principi della materia in termini innovativi, precisando il carattere prioritario del principio del risultato: la concorrenza per il mercato non è certo il fine ultimo della contrattazione pubblica, diretta al “miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti”, per realizzare nel settore degli appalti “il principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità”¹²⁷. Ebbene, come si vedrà nei capitoli che seguono, sembra urgente che il giudice penale prenda atto di un simile cambio di passo. In altri termini, è necessario rivedere alla luce del *novum* normativo l’indirizzo estensivo consolidato sui reati di turbativa, in omaggio alle tecniche ermeneutiche di taglio sistematico e ai principi costituzionali che guidano le scelte d’incriminazione. D’altra parte, il nuovo paradigma di regolazione non promuove certo un modello di prevenzione securitaria che vede nei funzionari “nemici” da combattere. Per contro, “l’attribuzione e l’esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”¹²⁸.

In seconda battuta, occorre prendere in considerazione gli strumenti a disposizione della pubblica amministrazione in vista della conclusione del contratto. Si propone di affiancare alle serie “meccaniche” la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l’innovazione nonché la procedura ne-

novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice?”, in *Urb. e appalti*, 2020, 758 ss.

¹²⁴ Il riferimento è alla legge delega 21 giugno 2022, n. 78; lo schema di decreto, in particolare, è stato approvato dal Consiglio dei ministri il 16 dicembre 2022.

¹²⁵ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹²⁶ Sul punto, un primo cenno è stato già svolto *retro*, cap. I, § 1.4.

¹²⁷ Art. 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹²⁸ *Ivi*, art. 2.

goziata senza pubblicazione del bando per le ipotesi tassativamente previste¹²⁹. Si conferma, per un verso, la scelta di offrire una considerevole flessibilità negli strumenti negoziali, valorizzando la capacità della stazione appaltante di individuare la procedura migliore per il raggiungimento degli obiettivi prestabiliti dal legislatore nel bilanciamento tra tutela della concorrenza ed efficace impiego delle risorse pubbliche. Per altro verso, anche in caso di dialogo diretto con gli operatori economici, le previsioni di legge¹³⁰, le disposizioni attuative e gli atti di *soft law*¹³¹ stabiliscono presupposti e condizioni che regolamentano l'esercizio di potere discrezionale. Nelle procedure che seguono il metodo negoziato, del resto, "le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti; non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri"¹³².

Vero è, pertanto, che anche nelle soluzioni *iure privatorum* l'amministrazione si attiene a indicazioni precise, ponendo in essere una "azione amministrativa a mezzo di contratti"¹³³. Non sembra, tuttavia, opportuno desumere da tale postulato l'equiparazione tra le diverse serie procedimentali in punto di rilevanza sanzionatoria: le differenze di *ratio* e funzione che contraddistinguono le procedure, emergono platealmente dai dati che descrivono il settore e articolano i poteri dell'amministrazione imponendo un'analisi puntuale sulla tipicità e proporzionalità dell'intervento punitivo già in punto

¹²⁹ *Ivi*, art. 70.

¹³⁰ Con riguardo alle condizioni per procedere alle procedure negoziate senza pubblicazione del bando, il riferimento è all'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché all'art. 76, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹³¹ Solo si pensi alle linee guida ANAC per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili del 13 settembre 2017, precisando per esempio per evitare il rischio di *lock-in* che "per alcuni beni e servizi le decisioni di consumo si basano su un orizzonte pluriennale e richiedono un'adeguata ponderazione del rapporto costi-benefici in quanto il vincolarsi ad un determinato fornitore per un numero indefinito di anni implica spesso la rinuncia ai benefici, che possono derivare dal progresso tecnico e, quindi, dalla disponibilità di nuovi beni e servizi".

¹³² Secondo quanto disposto espressamente dal comma 7 dell'art. 70, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹³³ D. SENZANI, *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell'amministrazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 451 s.

di selezione delle condotte penalmente rilevanti. È in questa prospettiva, quindi, che si intende condurre la trattazione nel terzo e nel quarto capitolo, così da ultimare il raffronto con i profili nomofilattici e costituzionali della questione.

4. *I più recenti tentativi di temperamento in via interpretativa (rinvio)*

Provando a sintetizzare, il presupposto giurisprudenziale che condiziona la configurabilità delle ipotesi di turbativa insiste sulla nozione di “gara ufficiosa”¹³⁴, ossia sulla predisposizione – anche di fatto – delle condizioni di selezione degli offerenti¹³⁵ e sulla reciproca consapevolezza della pluralità di interlocuzioni condotte dalla stazione appaltante¹³⁶. Tale regola giurisprudenziale non scritta, tuttavia, contrasta con il *nullum crimen* nella misura in cui altera i confini del tipo penalmente rilevante, conferendo al giudice margini di discrezionalità che esorbitano la divisione tra poteri di cui all’art. 101, comma 2, Costituzione. I casi attratti nell’orbita delle norme incriminatrici non sono né paradigmatici né centrali¹³⁷, individuando i giudici confini “mobili” capaci di produrre interventi a sorpresa dell’azione punitiva. È, pertanto, da accogliere con estremo favore il *revirement* interpretativo elaborato dalla stessa giurisprudenza di legittimità negli arresti più recenti. Prendendo posizione sulle ipotesi “senza concorrenti”, i giudici hanno, infatti, conferito fisiologica attenzione agli argomenti letterali e sistematici, proponendo una lettura restrittiva dei reati di turbativa che segna un rilevante cambio di rotta nel settore.

Atteso il rilievo di tale arresto, con particolare attenzione alle prospettive di ulteriore sviluppo di un’ermeneutica *strict*, appare utile nel capitolo che segue passare in rassegna, anzitutto, le mag-

¹³⁴ Si rinvia alla più volte citata decisione Cass. sez. VI, 30 settembre 1998, n. 12238.

¹³⁵ Cass., sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 8044, ove la Corte esclude la configurabilità del reato in presenza di una libera comparazione di offerte che mancava, però, di precisi criteri di selezione.

¹³⁶ Cass., sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385.

¹³⁷ Per riprendere la suddivisione proposta da E. DICOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., 253.

giori criticità che emergono in relazione alla condotta tipica così da saggiare le alternative a disposizione per implementare il livello di tipicità e tassatività dei delitti in esame. Tanto chiarito, è opportuno rileggere il perimetro di applicazione delle sanzioni punitive, ricostruendo la nozione di gara penalmente rilevante alla luce dell'*overruling* promosso dalla Corte di cassazione in omaggio – per l'appunto – al *nullum crimen*.

CAPITOLO III

LO SCRUTINIO DI TIPICITÀ DEI DELITTI DI TURBATIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La condotta tipica nell'alveo del *nullum crimen*. – 2.1. Il problema della configurabilità di collusioni “atipiche” ex art. 353 c.p. – 2.2. Il confine delle collusioni rilevanti in relazione alle condotte “meramente” omissive. – 2.3. La tenuta del tipo legislativo nelle ipotesi di “altri mezzi fraudolenti”. – 2.4. La formulazione dell’art. 353-bis c.p. al vaglio di tipicità. – 3. La turbativa d’asta come delitto “obsoleto”. – 3.1. Le strumentalizzazioni di un *délit d’obstacle* nel sistema dei reati contro la pubblica amministrazione. – 3.2. Il cambio di rotta della giurisprudenza di legittimità nella prospettiva “tassativizzante e tipizzante”. – 3.2.1. Il caso delle aggiudicazioni “senza concorrenti”. – 3.2.2. Quale spazio per ulteriori orientamenti di segno restrittivo? – 4. La (paventata) sottofattispecie di turbativa nei concorsi per il pubblico impiego: un’ipotesi atipica.

1. Premessa

I delitti di turbativa sono emblema della tendenza – ormai piuttosto diffusa – a rifuggire dalla fattispecie, come contrassegno che identifica le condotte penalmente rilevanti¹. Il fenomeno, ampiamente studiato dalla dottrina penalistica², è essenziale per compren-

¹ G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 540, precisando l’A. che la tipicità s’identifica in materia penale con i caratteri di determinatezza e tassatività dell’incriminazione.

² V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, 2230, precisando l’A. che “in materia penale ogni ‘zona grigia’ – ogni ‘penumbra of meaning’ – dovrebbe essere esplorata e

dere i problemi che affliggono la riconoscibilità dei fatti di turbativa e, per l'effetto, la rispondenza dei reati in esame ai canoni costituzionali di tipicità. Se non è più la fattispecie tipica a orientare la sussunzione dei comportamenti nelle regole di condotta³, “[i]l criterio di selezione del penalmente rilevante [...] sta altrove, ed alla fattispecie ritorna soltanto per reperire un aggancio punitivo sufficiente a giustificare la condanna”⁴. Ebbene, nel caso dei delitti di turbativa, l’“altrove” è da ricercare nella discrezionalità – se non nell’arbitrio⁵ – del formante giurisprudenziale, il cui ingegno ha prodotto nel corso del tempo una pluralità di sottofattispecie, pur distanti dal significato comune del testo di legge (cfr. *retro*, cap. II, § 1.2.2 ss.)⁶.

Rinunciando alla tipicità quale “predeterminazione legale tassativa che delimita ed esaurisce l’insieme di ipotesi che possono assumere rilevanza giuridica per l’ordinamento”⁷, del resto, man-

sorvegliata con ‘approccio antianalogico’, prediligendo cioè una interpretazione ‘stretta’, secondo una direttiva – per *naïve* che possa apparire – ormai indicata (non solo da autorevole dottrina ma) da Corti e codici, e che del resto è principio di cui la tassatività è appunto guarentigia, e che, nei casi incerti, impone al giudice di propendere per l’analogia ed astenersi dal percorrerla (*in dubio pro analogia et abstine*) l’unica congeniale all’istanza di frammentarietà e al principio ‘*in dubio pro libertate*”.

³ Per approfondire, A. GARGANI, *Dal Corpus Delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 5 ss.

⁴ T. PADOVANI, *Il problema “Tangentopoli” tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 453, ove l’A. afferma che “mentre [il penalista] s’arrovella per eliminare qualche tacca dell’area penale, un fiume impetuoso la dilata e la espande in un moto inarrestabile”. Quanto alla contrapposizione tra premialità e repressione, M.N. MASULLO, *L’emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1259.

⁵ Con riguardo alla differenza tra discrezionalità e arbitrio in relazione alle decisioni giudiziarie, H.L.A. HART, *Discretion*, in *Harv. L. Rev.*, 2013, 665.

⁶ Non si può in questa sede che fare un minimo cenno alla nota disputa sulla necessità di valorizzare l’argomento testuale in relazione al linguaggio comune o, piuttosto, al linguaggio tecnico-scientifico, in relazione alla riconoscibilità del significato dei testi giuridici: in argomento, si veda, *inter alia*, B. PASTORE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2017, 117; R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., 147, nonché, con particolare riguardo alla dimensione punitiva, D. PULITANO, *Dommatica e Giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 12, 2015, 4285 ss., F. PALAZZO, *voce Legalità (dir. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, IV, 2006, 3380.

⁷ A. GARGANI, *Dal Corpus Delicti al Tatbestand*, cit., 15.

ca un referente oggettivo attraverso cui selezionare le responsabilità penali “entro limiti di stretta necessità”⁸. Sicché, il paradigma costituzionale, teso a sanzionare le modalità di lesione dei beni giuridici effettivamente meritevoli di pena, rischia di regredire “verso moduli repressivi di carattere medioevale”⁹. Per assicurare l’“esercizio responsabile della discrezionalità” dell’interprete¹⁰, occorre ripensare le norme incriminatrici alla luce del principio di legalità, identificando i confini di fattispecie tassative corrispondenti alle scelte di politica criminale che sono state effettuate (o meno) dal legislatore¹¹.

In ragione di tali considerazioni, sembra utile esaminare le sottofattispecie di turbativa in “difesa del senso letterale”¹², considerando le letture estensive della condotta descritta dal legislatore, la cui tipicità è pressoché evanescente specialmente riguardo alle ipotesi di “collusione” o all’impiego di “altri mezzi fraudolenti”. In seconda battuta, il perimetro di applicazione di tali norme incriminatrici è da rileggere tenendo in considerazione il recente *overruling* perfezionato dai giudici di legittimità, proprio allo scopo di “ricostruire il perimetro testuale della norma”¹³ in relazione alle “gare” penalmente rilevanti e, così, “superare letture disomogenee sull’art. 353-bis cod. pen.”¹⁴.

⁸ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 14.

⁹ T. PADOVANI, *Il problema “Tangentopoli” tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità*, cit., 453.

¹⁰ V. VELLUZZI, *L’interpretazione giuridica, la didattica universitaria e il ruolo del giudice penale: osservazioni a margine*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 46.

¹¹ Si veda, R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022, 43 ss.

¹² V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di “deontologia ermeneutica”, cit., 2227.

¹³ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536.

¹⁴ *Ibidem*.

2. *La condotta tipica nell'alveo del nullum crimen*

Come emerso nei primi capitoli, il giudice penale ha, fin dalle origini, elaborato letture piuttosto lasche delle condotte descritte *ex art. 353 c.p.*, trasferendo poi tali indirizzi di segno estensivo al reato di turbativa nel procedimento di scelta del contraente.

Tra i diversi enunciati ambigui, il riferimento ai comportamenti collusivi, insieme alla clausola ad analogia implicita che chiude il novero dei mezzi tipizzati, ha permesso una graduale moltiplicazione dei “favoritismi” penalmente rilevanti, adombrando i casi paradigmatici e alimentando incertezze applicative difficili da tollerare in un settore così rilevante per il progresso economico e il benessere della collettività¹⁵. Le continue oscillazioni che muovono i confini degli interessi penalmente rilevanti¹⁶, peraltro, hanno ulteriormente indebolito la dorsale di tipicità dei delitti di turbativa, acuendo le tensioni con il *nullum crimen* e, in particolare, con la tassatività dell'incriminazione come si andrà ad analizzare di seguito.

2.1. *Il problema della configurabilità di collusioni “atipiche” ex art. 353 c.p.*

Prendendo le mosse dalle “collusioni” di cui all'art. 353 c.p., il significato di tale enunciato rimane alquanto oscuro ancorché la dottrina¹⁷ e una parte della giurisprudenza di legittimità abbiano tentato in vario modo di trovare una soluzione unitaria¹⁸. De-

¹⁵ Così, l'AGCM nel *Vademecum per le stazioni appaltanti* adottato il 18 settembre 2013. Quanto alla volatilità dei domini semantici, G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2011, 1461.

¹⁶ Si rinvia, sul punto, alle considerazioni svolte *retro*, cap. I, § 1.1. ss.

¹⁷ Con riguardo alla possibilità di contestare un'ipotesi di collusione se gli operatori economici costituiscono una società non allo scopo di dividere i beni da acquistare bensì per ostacolare il procedere della gara e l'attribuzione al giusto prezzo, A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 533.

¹⁸ Si consideri, a titolo di esempio, la sentenza Cass., sez. VI, 23 marzo 2011, n. 16335.

criptare l'allusione a tali "accordi occulti"¹⁹, invero, è piuttosto arduo²⁰ anche con riguardo alle ipotesi di mera astensione dalla gara, ponendo la fattispecie omissiva problemi ulteriori che meritano particolare attenzione (cfr. *infra*, cap. III, § 2.2).

Al di là del numero dei partecipanti alla competizione, l'aspetto che desta maggiori perplessità concerne l'accertamento processuale dei fatti da sussumere nelle collusioni penalmente rilevanti²¹. In ragione del carattere necessariamente segreto del patto, infatti, la giurisprudenza non ha mancato di ritenere integrato il reato in presenza di mere componenti indiziarie: si pensi al caso in cui la stazione appaltante trasmetteva le lettere d'invito a cinque operatori economici, tra cui si contavano due imprese non interessate all'affidamento in ragione di una diversa dislocazione dell'attività e, invece, tre altre società che avevano spedito le buste il medesimo giorno, dallo stesso ufficio postale e una di seguito all'altra²². La scelta degli operatori da coinvolgere, insieme al "tempismo" nella presentazione delle offerte, sono stati considerati elementi di per sé idonei a dimostrare il previo accor-

¹⁹ Il carattere segreto degli accordi collusivi è peraltro identificato come uno degli aspetti più delicati per l'accertamento dei comportamenti antitrust già in prospettiva amministrativa: si veda, in particolare, la menzionata comunicazione della Commissione europea sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione, 2021 C-91/01, in part. § 1.2.

²⁰ O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., 804, 807, rilevando peraltro l'A. la possibilità di considerare gli atti collusivi come "prototipo" attraverso cui decifrare il significato degli "altri mezzi fraudolenti".

²¹ I fatti di collusione, invero, sono protagonisti di un ulteriore problema interpretativo che insiste sulla distinzione con i casi di accettazione della promessa indebita, altrettanto rilevante ma in attuazione di una diversa modalità di realizzazione della condotta. I criteri suggeriti dalla letteratura fanno riferimento all'origine dell'accordo, così da doversi rinvenire un'ipotesi di collusione solo ove si provi un avvio concertato del patto: V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, cit., 55. Sul tema, si veda, più di recente A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 438.

²² Cass., sez. VI, 25 ottobre 2004, n. 44618, osservando i giudici di legittimità, peraltro, il fatto che tra le due imprese operanti altrove una era "priva di domiciliatazione del responsabile".

do illecito pericoloso per la libera partecipazione alla gara²³. Nonostante alcune decisioni di segno contrario²⁴, la giurisprudenza di legittimità è, peraltro, arrivata a configurare le ipotesi collusive penalmente rilevanti per il mero fatto che due o più imprese avessero perfezionato un collegamento²⁵ o un accordo prima della presentazione delle offerte²⁶.

Si è rivelato, del resto, particolarmente complesso individuare le condizioni in base a cui distinguere – se possibile – i c.d. cartelli tra im-

²³ Nella motivazione, invero particolarmente succinta, di tale pronuncia si legge infatti che “[i]n ordine alla pretesa violazione di legge e al difetto di motivazione si deve osservare che gli elementi probatori evidenziati dalla sentenza impugnata appaiono adeguati alla dichiarazione di responsabilità per il reato ascritto. Infatti l’invito a partecipare alla licitazione privata rivolto ad almeno due imprese obiettivamente prive di interesse alla gara per la loro estraneità al territorio, una delle quali peraltro non raggiungibile per difetto di domiciliazione, e la sequenza della spedizione delle buste da parte di tre imprese (stesso giorno e una di seguito all’altra), dimostrano in modo inequivoco da un lato l’alterazione delle condizioni obiettive di parità fra le ditte invitate, dall’altro la predisposizione comune di offerte tale da impedire una effettiva concorrenza fra le offerte stesse”.

²⁴ In argomento, si veda la pronuncia del Tribunale di Milano del 14 dicembre 2012, n. 10301, disponibile in *ArchivioDPC*, 29 gennaio 2013, con nota di A.C. Tombesi. I giudici meneghini, in particolare, escludono la rilevanza ex art. 353 c.p. in ragione del mero collegamento formale tra imprese concorrenti.

²⁵ Con riguardo alle conseguenze dell’aggregazione tra offerte in termini di pericolo collusivo ma, al contempo, di strategia per contenere i rischi di marginalizzazione delle imprese, specialmente di contenute dimensioni, S. TORRICELLI, M. DELL’ANNO, *L’aggregazione dell’offerta tra tutela dell’autonomia negoziale delle imprese e sviluppo armonico del mercato*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, 195 ss., precisando gli autori che “alla contrattazione pubblica si richiede oggi di assolvere in modo molto marcato anche un ruolo di supporto alle politiche complessive di governo”.

²⁶ La giurisprudenza di legittimità in presenza di un collegamento sostanziale tra imprese che, pur presentando offerte diverse, siano riconducibili a un “unico centro di interessi”, presume che la connessione abbia condizionato tali offerte. La scelta di non accertare se le proposte delle società collegate siano state sottoposte a reciproci condizionamenti, quindi, allevia in maniera considerevole l’onere probatorio imposto alla pubblica accusa e, al contempo, sottrae agli imputati qualsivoglia argomento difensivo in punto di tipicità del comportamento: così, Cass., sez. VI, 16 gennaio 2012, n. 12298, nonché Cass., sez. VI, 5 aprile 2012, n. 18161, ritenendo i giudici che “il reato si determina quando i soggetti, come nella specie, presentano offerte formalmente diverse ma imputabili ad un unico centro di interessi, dissimulando il reale subdolo collegamento tra le offerte in parola, proposte con parvenza di un rapporto di concorrenza”.

prese penalmente rilevanti dai comportamenti leciti secondo la regolamentazione *antitrust*²⁷ e la stessa regolazione degli appalti²⁸. Eppure, si tratta di un aspetto decisivo per contrassegnare il particolare disvalore che connota la responsabilità penale²⁹.

Secondo una prima ricostruzione dottrinale, il *quid pluris* che legittima la sanzione penale coincide con il momento in cui sorgono gli accordi³⁰: sarebbero punibili solo le intese nate in seguito alla presentazione delle offerte e, quindi, in costanza di gara. Per contro, una diversa tesi ritiene che il criterio temporale non sia decisivo e, piuttosto, a caratterizzare l'offesa penale sia la componente soggettiva³¹, ossia il fine che muove la condotta nella direzione di turbare, impedire o allontanare gli altri operatori dalla competizione. Sennonché, polarizzare il contrassegno punitivo nella sfera delle intenzioni – come è ben noto – indebolisce la tipicità dell'offesa, ancorando la configurabilità del reato a un elemento difficile da accertare nella dimensione processuale. Anche per tale ragione, quindi, si può comprendere lo sforzo della giurisprudenza verso una terza alternativa: a prescindere dal tempo in cui è stato perfezionato il collegamento – formale o sostanziale che sia – occorre dimostrare che l'intesa abbia condizionato le offerte presentate o da presentare in occasione della gara³², comportando quanto meno il pericolo di alterare le regole della competizione³³. I giudici di

²⁷ V. DONATIVI, *Introduzione storica*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI, GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, 74 ss. Del resto, la questione è ulteriormente complicata dal fatto che gli illeciti *antitrust* sono giunti a proteggere – specialmente in presenza dei più pericolosi accordi orizzontali – gli interessi dei consumatori, replicando le sfumature assiologiche ricondotte dagli interpreti alle norme incriminatrici di cui all'art. 353 ss. c.p. Per approfondire, si rinvia a A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere e (il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, 1014 ss., a commento della pronuncia Cass., s. u., 4 febbraio 2005, n. 2207.

²⁸ Art. 80, d.lgs., 18 aprile 2016, n. 50.

²⁹ V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, cit., 53.

³⁰ *Ivi*, 58, osservando nondimeno l'A. che i comportamenti collusivi antecedenti alla presentazione delle offerte potrebbero altresì avere rilevanza penale ex art. 354 c.p.

³¹ Si veda, sul punto, G. RUGGIERO, voce *Incanti (turbativa ed astensione)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 908.

³² Si tratta, del resto, di un temperamento richiesto dal diritto europeo: Corte Giust., 19 maggio 2009, C-538/07.

³³ Così, Cass., sez. VI, 23 marzo 2011, n. 16333, cit., ove i giudici affermano, in punto di diritto, che “ciò che rileva non è il mero dato del collegamento – formale

legittimità, quindi, sembrano costruire un test che si compone di tre passaggi: anzitutto, l'accertamento di una connessione di fatto o di diritto tra gli operatori economici, in seconda battuta la presunzione secondo cui tale collegamento è "indice di irregolarità" e, da ultimo, la possibilità di fornire la prova contraria³⁴, dimostrando l'insussistenza di alterazioni reciproche nella sostanza delle offerte.

Ancorché convincente in astratto, e senza soffermarsi sull'effettiva possibilità di fornire prove negative, l'insufficienza di tale impostazione ermeneutica emerge dalle oscillazioni applicative, che caratterizzano la giurisprudenza di legittimità³⁵. Continuano a riscontrarsi, in particolare, decisioni che si accontentano di componenti indiziarie per giustificare il collegamento, formale o sostanziale³⁶ e ricavarne, in via

o sostanziale – in sé [...]. Esso, anche quando non consentito, rimane sempre solo un indice di irregolarità suscettibile di acquisire rilevanza penale quando si provi, avvalendosi ovviamente di tutti i possibili criteri di valutazione indicati dall'art. 192 c.p.p., che in concreto vi è poi stato un accordo sugli specifici contenuti delle singole e formalmente autonome offerte". Nondimeno, le conclusioni della Corte, ribaltando la soluzione più favorevole prospettata dal giudice di secondo grado, contestano il reato di cui all'art. 353 c.p., proprio valorizzando il fatto che "l'autonoma rilevanza penale dell'accordo preventivo sui contenuti, tra soggetti giuridici diversi che partecipano in via formalmente autonoma, ancorché collegati sostanzialmente o formalmente, rende manifestamente illogico dare rilievo al fatto della partecipazione di imprese del solo 'gruppo' – posto che ciascuna di esse rimane appunto soggetto giuridico autonomo e singolo partecipante – o all'inesistenza di un onere di autoesclusione ovvero al comportamento di coloro cui compete la verifica della regolarità della gara. In particolare, e in definitiva, l'aver respinto nel singolo caso la richiesta di esclusione non legittimava affatto la modalità di partecipazione consistita nella presentazione di offerte concordate nei loro contenuti".

³⁴ Negando espressamente che si tratti di una presunzione assoluta, Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 1319.

³⁵ Non mancano, in particolare, decisioni che hanno avuto cura di verificare la tenuta "fattuale" della tesi accusatoria, escludendo che la sentenza di condanna possa giustificarsi in base a dati inferenziali che manchino di riscontri oggettivi: si rinvia ancora a Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 1319, osservando i giudici che "[n]essun rilievo è stato attribuito, inoltre, al fatto, pur dedotto in sede di gravame da entrambe le difese, che le offerte non sono state aperte, in modo da poterne verificare anche sul piano comparativo il contenuto e l'entità".

³⁶ Si veda, nuovamente, la decisione Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 1319, in cui la Corte di legittimità sconfessa la lettura del giudice del merito considerando – per l'appunto – che "affermata esistenza di un unico centro di interessi, con domande di partecipazione che "erano il frutto di offerte concordate o comunque espressione di un accordo sottostante tra le due imprese, diretto a influire sul normale svolgimento delle offerte", costituisce un dato inferenziale solo apoditticamente enunciato nella motivazione, senza accertare se, in concreto, una condotta

deduttiva, la presenza di conseguenze tossiche sulla gara³⁷. Eppure, è lo stesso Consiglio di Stato a pretendere che i collegamenti tra imprese siano esaminati in ragione del contenuto sostanziale delle offerte presentate, così da isolare indebite affinità³⁸. A maggior ragione, una simile cura nel calibrare l'accertamento di responsabilità dovrebbe riscontrarsi nella dimensione penale.

D'altra parte, se è collusione "ogni accordo clandestino diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte e alla elusione dello schema incondizionatamente concorrenziale della gara"³⁹, non sorprende che sia considerato sufficiente il comportamento di un architetto che fornisce a uno dei concorrenti suggerimenti e consigli basati sulla propria esperienza professionale o su notizie riservate⁴⁰. Il

di tipo collusivo si sia realmente verificata nel contesto della gara pubblica presa in esame, attraverso una manovra clandestina concertata da un unico centro d'interessi – celatosi dietro l'apparenza di una pluralità di soggetti formalmente distinti – e volta ad alterarne a proprio favore l'esito, in spregio ai principi di trasparenza e di libera concorrenza".

³⁷ Si considerino, a titolo di esempio, gli argomenti che i giudici di legittimità, nella sentenza Cass., sez. VI, 13 giugno 2018, n. 3264, hanno ritenuto sufficienti, dimostrata la sussistenza sostanziale di un unico centro d'imputazione, per giustificare l'accordo collusivo, ossia: "g) le buste contenenti le offerte delle due imprese fossero state compilate con una 'medesima formattazione del destinatario e della procedura di gara' ed avessero la stessa formattazione del carattere ed un testo del tutto simile; h) nelle istanze le società avessero riportato una medesima sede amministrativa, con lo stesso numero di telefono ed un identico numero di fax; i) il versamento dei diritti previsti dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici risultasse effettuato nel medesimo giorno, presso la stessa sede postale e con numerazione successiva; l) le offerte fossero state compilate con modalità tali da indurre a ritenere che fossero state redatte da una medesima persona".

³⁸ Cons. St., sez. V, 24 novembre 2016, n. 4959, richiamando del resto quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella decisione 19 maggio 2009, in C-538/10, in part. § 32, giacché "la semplice constatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese considerate, risultante dall'assetto proprietario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, senza verificare se un tale rapporto abbia avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di questa procedura".

³⁹ Cass., sez. VI, 2 ottobre 2000, n. 8887.

⁴⁰ Cass., sez. VI, 16 maggio 2019, n. 4113, precisando i giudici che "l'accordo attuato mediante la fornitura di suggerimenti dal soggetto preposto alla gara, sulla base della propria esperienza e delle proprie competenze professionali, eventualmente avvalendosi di notizie riservate, ad uno dei concorrenti al fine di aiutarlo ad individuare il miglior contenuto dell'offerta per aggiudicarsi la gara costitui-

favoritismo illecito, infatti, sarebbe integrato dal vantaggio per l'operatore economico di predisporre in maniera più efficace la propria offerta⁴¹.

Tanto premesso, le ambiguità che si riscontrano riguardo alla descrizione tipica si moltiplicano rispetto alle nozioni di "impedimento", "turbamento" e "allontanamento" dalla gara, neppure sussistendo un'opinione unanime sull'opportunità di inquadrarle come evento⁴² o come comportamento che inverte il paradigma del reato di pericolo⁴³. Un "equivoco" da pagare a caro prezzo sul fronte della tipicità⁴⁴.

Così, l'elevato tasso di incertezza che contraddistingue il dato normativo implica, per un verso, la determinazione *ex post* delle condotte penalmente rilevanti, lasciando che siano le contingenze del processo penale a definire *case-by-case* gli elementi costitutivi del tipo criminoso⁴⁵; per un altro verso, la costruzione di criteri ermeneutici tanto lon-

sce condotta di collusione rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 353 c.p.; si tratta di un contributo conoscitivo indebito, offerto da chi dovrebbe garantire la correttezza e quindi la parità di condizioni dei concorrenti, a vantaggio di uno solo di essi, e, quindi, a danno degli altri, con modalità idonee ad influire sul normale svolgimento delle offerte".

⁴¹ In senso critico, osservando che tali suggerimenti e consigli non possono essere considerati penalmente rilevanti a meno di non dimostrare la puntuale intenzione di alterare il funzionamento della gara, F.P. BISCEGLIA, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, A. MANNA, M. PAPA, S. CANESTRARI, *Diritto penale*, Milano, 2022, 2218.

⁴² S. SEMINARA, sub *Art. 353*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 1150. Così, del resto, Cass., 2016, n. 43408.

⁴³ Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 42965; nonché Cass., sez. VI, 4 maggio 2016, n. 24477.

⁴⁴ In questo senso, per l'appunto, S. SEMINARA, sub *Art. 353*, cit., 1150, precisando che "se è evidente l'estraneità alla fattispecie di qualsiasi profitto legato all'esito della gara, l'impedimento, il turbamento e l'allontanamento degli offerenti – seppure finalisticamente proiettati su un ulteriore risultato – sono tipizzati come conseguenze della condotta e pertanto costituiscono l'evento".

⁴⁵ A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G. DE FRANCESCO, E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, 97. Non si tratta, del resto, di una prassi sconosciuta alla dimensione punitiva. È stato ampiamente osservato, infatti, il contributo centrale offerto dalla dimensione "probatorio-processuale" nel caso dell'ipotesi di concorso esterno in associazione di stampo mafioso i cui esemplari livelli di atipicità sono stati – per l'appunto – colmati in sede

tani dal dato di realtà quanto claudicanti nel momento applicativo. Ne derivano giudizi fondati su dati inferenziali incompatibili con l'elevata credibilità razionale che dovrebbe sostenere le sentenze penali⁴⁶, specialmente in caso di condanna.

Si conferma “[u]no dei tanti segni di stanchezza in una fattispecie che rivela, anche sul piano semantico, la sua età, nel confronto con la realtà contemporanea, caratterizzata da crescenti commistioni tra pubblico e privato e sempre più disposta a sacrificare la domanda di stabilizzazione degli assetti di tutela agli ideali di efficienza economicistica”⁴⁷. Le preoccupanti oscillazioni inerenti all'estensione effettiva delle fattispecie tipiche hanno, peraltro, esasperato le sovrapposizioni normative⁴⁸, attraverso una moltiplicazione delle condotte incriminatrici difficile da governare e che sospinge i reati di turbativa alla deriva, ben lontani dall'approdo originario che li designava come ipotesi ancillari per lo statuto penale della pubblica amministrazione⁴⁹.

2.2. *Il confine delle collusioni rilevanti in relazione alle condotte “meramente” omissive*

I confini cangianti della nozione di collusione consentono all'interprete di modulare, a seconda delle esigenze, i delitti di turbativa contestando per fatti sostanzialmente analoghi ora l'art. 353 ora l'art. 354 c.p. a seconda della cornice edittale “di volta in volta” preferita⁵⁰. Alle opzioni di politica criminale demandate al legislatore si sostituisce il giudice che, *case-by-case*, plasma referenti po-

giudiziale: G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2012, 2552 ss.

⁴⁶ Come ricorda puntualmente Giovanni Canzio nel presentare gli argomenti che ostano alla sostituzione del giudice penale con un mero “*machina sapiens*”: *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cass. pen.*, 3, 2021, 798.

⁴⁷ O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., 806.

⁴⁸ Come si è visto, le criticità ermeneutiche aumentano considerando l'evoluzione in senso sostanzialistico della nozione di pubblica amministrazione così come le innovazioni che hanno riguardato la disciplina del procedimento di evidenza pubblica, la tutela della concorrenza e dei consumatori: cfr. *retro*, cap. II, § 3 ss.

⁴⁹ Sul punto, più diffusamente *infra*, cap. IV, § 3.4.1.

⁵⁰ Fanno riferimento, del resto, a fattispecie penali in bianco, A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., 528.

sitivi pressoché “muti”. Così, sarebbe configurabile il reato *ex art.* 354 c.p. in caso di mero “mercanteggiare sul prezzo dell’astensione”, giacché mancherebbe “l’intesa clandestina tra due o più persone per il conseguimento di un fine illecito, mediante il tradimento della fiducia o l’elusione dell’attività legittima di terzi”⁵¹. Si tratterebbe, invece, di collusione punibile *ex art.* 353 c.p. laddove l’astensione coincida con un “tradimento della fiducia” o con “l’elusione dell’attività legittima di terzi”⁵². La distinzione è difficile da afferrare, specialmente in prospettiva applicativa⁵³: è piuttosto arduo, infatti, immaginare casi di astensione determinata da ragioni di profitto illecito che non si risolvano, per l’appunto, in tale “tradimento della fiducia o [nel]l’elusione dell’attività legittima di terzi”.

A fronte della contestazione sulla possibilità di applicare misure custodiali, i giudici di legittimità hanno confermato che l’accordo di non partecipare alla gara in vista di successive (più convenienti) opportunità è da qualificare come turbativa d’asta, escludendo il regime più attenuato di cui all’art. 354 c.p.⁵⁴. Aumentano allora i dubbi

⁵¹ In questo senso, la citata decisione Cass., sez. VI, 13 novembre 1997, n. 911.

⁵² Eppure, anche in tempi piuttosto recenti la Corte di legittimità ha ribadito, nell’ambito della quanto mai articolata vicenda giudiziaria nota come “Mafia Capitale”, che “[q]uando [...] come nel caso di specie, il destinatario della promessa o dell’offerta non si limiti ad astenersi dal concorrere agli incanti o alle licitazioni private in cambio della utilità, ma partecipi all’intesa illecita finalizzata ad impedire o turbare la gara ovvero ad allontanare gli offerenti, ricorre il reato previsto dall’art. 353 cod. pen.”: Cass., sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125, con commento di G. AMARELLI, C. VISCONTI, “*Mafia capitale*”: per la Cassazione non si tratta di vera mafia, in *Cass. pen.*, 10, 2020, 3604 ss.; E. ZUFFADA, *Non-mafia Capitale: l’ultima parola della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2, 2021, 420 ss.; nonché M.C. UBIALI, *Sul confine tra corruzione propria e corruzione funzionale: note a margine della sentenza della Corte di cassazione sul caso “mafia capitale”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2020, 662 ss.

⁵³ Si veda, in termini analoghi, la motivazione della decisione Cass., sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 1934, ove i giudici, attraverso un’argomentazione apodittica, ancora una volta contestano la più grave fattispecie di cui all’art. 353 c.p., escludendo di poter ravvisare un’ipotesi di mera astensione dalla gara. In senso analogo, *inter alia*, la menzionata decisione Cass., sez. VI, 2 ottobre 2000, n. 8887.

⁵⁴ Cass., sez. III, 22 novembre 2013, n. 3907, ove i giudici ritengono – per l’appunto – che “nel caso in esame vi fosse stato un previo concerto tra gli indagati, in quanto la turbativa dell’asta era stata concordata sin dall’inizio tra i ‘piccoli’ che chiedevano di vincere le gare ed i ‘grandi’ che si astenevano perché questo obiettivo fosse raggiunto”.

sulle ragioni che giustificano la sussistenza della fattispecie omissiva, potendo in ogni caso contestare il reato dal trattamento sanzionatorio più incisivo.

In aggiunta, è la stessa configurabilità del delitto di tentata astensione dalla gara a comportare le prese di posizione più disparate, a (ennesima) dimostrazione della debolezza sostanziale del tipo legislativo. Ancorché ipotizzabile sul piano astratto⁵⁵, infatti, il punto è definire se la trattativa cui non segua l'effettivo sottrarsi dalla competizione sia punibile *ex artt.* 56 e 353 c.p.⁵⁶ o, al contrario, quale tentata astensione, riservando il più elevato trattamento sanzionatorio di cui all'art. 353 c.p. al solo soggetto che dà o promette l'utilità indebita⁵⁷. Al di là delle significative conseguenze sul *quantum* di pena, si continua a insistere sulla nozione di atti collusivi, cartina di tornasole della scarsa qualità delle incriminazioni in esame. Si è sostenuto, infatti, che la linea di confine tra le due fattispecie sarebbe da ricercare in un terzo ulteriore profilo. Se la promessa o dazione indebita è stata accettata, il soggetto attivo dovrebbe rispondere di tentata collusione *ex art.* 353 c.p., configurandosi altrimenti un'ipotesi non punibile *ex art.* 115 c.p.

Nonostante lo scarso impiego applicativo, dunque, il delitto di cui all'art. 354 c.p. è foriero di ulteriori confusioni ermeneutiche⁵⁸

⁵⁵ Per approfondire, si veda S. SEMINARA, sub *Art.* 353, cit., 1152, precisando l'A. che “[i]l tentativo è configurabile quando l’attività diretta al turbamento della gara, per cause indipendenti dalla volontà dell’agente, non entra in contatto con l’iter procedimentale della gara stessa o comunque non riesca a influenzarla [...] ovvero, nel caso di offerta rivolta al concorrente affinché egli si allontani dalla gara, l’offerta sia respinta o non si verifica l’astensione”. In favore della configurabilità della fattispecie in forma tentata, peraltro, A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., 538.

⁵⁶ In questa direzione, P. VENTURATI, voce *Incanti (frode negli)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 305, 308.

⁵⁷ Sul punto, si rinvia ancora a S. SEMINARA, sub *Art.* 354, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, cit., 1154. Con riguardo, poi, alla non configurabilità del tentativo in relazione alla condotta omissiva, Cass., sez. VI, 3 dicembre 1999, n. 705.

⁵⁸ Con riguardo, invece, alla possibilità di individuare un confine puntuale tra le due norme incriminatrici, si veda F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2015, 684.

e rischia di risolversi in un trampolino di lancio per nuove anticipazioni dell'intervento penale nelle forme del tentativo. Ne discendono non poche perplessità rispetto alla scelta di conservare tale norma incriminatrice, specialmente laddove s'intenda contenere la portata applicativa dei delitti di turbativa nel rispetto dei principi di tipicità e tassatività dell'azione penale.

2.3. *La tenuta del tipo legislativo nelle ipotesi di "altri mezzi fraudolenti"*

La clausola che chiude l'elenco di mezzi tipizzati *ex art.* 353 c.p. mira a evitare che condotte di consistente disvalore siano escluse dal confine applicativo della fattispecie in ragione della descrizione rigorosa delle condotte tipiche⁵⁹. Sennonché, si è avuto modo di constatare che l'elencazione dei comportamenti rilevanti *ex art.* 353 e 354 c.p. è stata foriera di una pluralità di letture a carattere estensivo, alterando la stessa *ratio* della previsione "ad analogia implicita"⁶⁰. In altri termini, nel momento in cui le collusioni coprono qualsivoglia favoritismo che coincida con la disobbedienza alle regole di gara, è difficile giustificare l'ulteriore espansione del tipo attraverso il richiamo ad "altri mezzi fraudolenti".

Tale tesi trova conferma – a sua volta – negli orientamenti ermeneutici che hanno riscontrato la responsabilità penale finanche nella presentazione di certificazioni false, a prescindere dai condizionamenti per la stazione appaltante⁶¹. Del resto, gli altri mezzi fraudolenti consistono in "qualsiasi artificio, inganno o mendacio concretamente idoneo a conseguire l'evento del reato, configurabile anche in un danno potenziale e mediato"⁶². A meno che non si

⁵⁹ Per approfondire, P. VENTURATI, voce *Incanti (frode negli)*, cit., 305.

⁶⁰ Quanto all'esigenza di promuovere una lettura costituzionalmente orientata dei reati di turbativa, smascherando gli indirizzi analogici diffusi nel diritto giurisprudenziale, V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 1242.

⁶¹ Cass., sez. VI, 9 novembre 2017, n. 57251.

⁶² Cass., sez. VI, 8 giugno 2010, n. 40831, accontentandosi la Corte della falsa dichiarazione in merito all'assenza di rapporti con altre imprese partecipanti alla gara.

tratti di un'irregolarità così evidente da precludere la prosecuzione della competizione⁶³, le condotte idonee a configurare un mezzo fraudolento spaziano dalla soppressione dei mezzi di pubblicità della competizione⁶⁴ alle offerte economicamente ingiustificate⁶⁵ o anomale⁶⁶.

Sul punto, un orientamento piuttosto consolidato afferma che la condotta penalmente rilevante può coincidere con la presentazione di “una offerta in ribasso assolutamente anomala ed economicamente del tutto ingiustificata, effettuata nella consapevolezza che essa concorra in modo del tutto prevalente a determinare a livello minimo la cosiddetta offerta media, idonea ad identificare l'aggiudicatario della gara, può integrare l'artificio sufficiente ad impedire o turbare il regolare gioco della concorrenza”⁶⁷.

Ebbene, le criticità che sorgono in relazione alla turbata libertà degli incanti si amplificano ulteriormente in seguito all'entrata in vigore dell'art. 353-bis c.p.: il riferimento alla medesima condotta tipica, si traduce in ulteriori sottofattispecie dalla scarsa tassatività e proiettate in una fase anticipata della contrattazione, allontanandosi dal pericolo di alterare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. L'esigenza di una rilettura costituzionalmente orientata del reato “matrice” s'impone con maggior urgenza nel caso del procedimento di scelta del contraente, come dimostra l'attenzione riservata al *nullum crimen* e alla tipicità proprio in tale settore dalla più recente giurisprudenza.

⁶³ Cass., sez. VI, 2 ottobre 2012, n. 118.

⁶⁴ Cass., sez. VI, 11 giugno 1993, n. 8259. Solo si consideri, del resto, la pronuncia della Corte di legittimità che sconfessa la lettura estensiva del giudice di merito escludendo che possano sussistere mezzi fraudolenti idonei a configurare la responsabilità ex art. 353-bis c.p. se “l'adeguata informazione e pubblicità del contenuto degli atti, assunti collegialmente e muniti dei prescritti pareri di regolarità tecnica e contabile, erano elementi idonei ad escludere la sussistenza del requisito della fraudolenta alterazione del procedimento di scelta del contraente”: Cass., sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 14418, su cui più diffusamente nel paragrafo che segue.

⁶⁵ Così, già Cass., sez. VI, 29 aprile 1999, n. 9062.

⁶⁶ A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., 533.

⁶⁷ Cass., sez. VI, 15 maggio 2012, n. 20211.

2.4. La formulazione dell'art. 353-bis c.p. al vaglio di tipicità

Se il diritto giurisprudenziale ha progressivamente svuotato di significato gli elementi costitutivi del reato di turbata libertà degli incanti, il quadro generale ha assunto tinte – ancor più – fosche in seguito all'entrata in vigore dell'art. 353-bis c.p. Quella che avrebbe dovuto essere un'"arma spuntata"⁶⁸, ha riscontrato invece un certo successo applicativo, fagocitando ulteriori spazi di libertà prima e a prescindere dall'avvio della gara. Chiarito l'obiettivo di contrastare il fenomeno dei "bandifotografia", la scelta di intervenire attraverso l'ennesimo avanzamento della sanzione penale non solo solleva perplessità in punto di opportunità ma aggrava i profili di tensione con i principi di tipicità e tassatività dell'incriminazione. Come puntualmente osservato dalla dottrina, infatti, i comportamenti ricompresi nel perimetro dell'art. 353-bis c.p. non erano, in precedenza, sprovvisti di tutela: a prescindere dai rimedi amministrativi e civili, infatti, la previsione di cui all'art. 353 c.p. trovava spesso applicazione anche alle fasi antecedenti alla pubblicazione dell'avviso di gara, senza contare gli episodi più gravi riconducibili ad altri reati parte dello statuto penale dell'amministrazione.

Nondimeno, nel corso del tempo, non è stata riscontrata una riduzione del fenomeno criminale; anzi, è stato percepito un aggravamento del quadro tale da giustificare la riforma del 2010, incluso l'aumento del trattamento sanzionatorio. Non si vede, quindi, anzitutto in punto di logica, quali elementi lascino prefigurare che lo strumento penale possa "improvvisamente" dimostrarsi efficace per risolvere fenomeni estremamente complessi e che richiederebbero interventi regolatori sistematici, a prescindere dal livello sanzionatorio. In aggiunta, le fattispecie che colpiscono comportamenti antecedenti al bando comportano un ulteriore arretramento rispetto alla protezione del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, rendendo le scelte di tutela ancor più effimere, specialmente nelle ipotesi in cui la gara non si verifichi (cfr. *infra*, cap. IV, § 3.4.4).

Destano, pertanto, particolare interesse le pronunce di legittimità che, proprio in relazione all'art. 353-bis c.p., hanno proposto una lettura nuova delle fattispecie incriminatrici, nella direzione di

⁶⁸ Per approfondire, F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., 680.

un'interpretazione restrittiva dell'area penale. In un caso di affidamento diretto del servizio di gestione dei rifiuti per ragioni di "economicità nella gestione e produttività ed efficacia dei relativi risultati", in particolare, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la responsabilità penale non si configuri se la stazione appaltante motivi in termini ragionevoli la preferenza per l'opzione restrittiva della concorrenza e garantisca sufficiente pubblicità al processo⁶⁹, senza esporre a pericolo il buon andamento⁷⁰. Un simile approccio, del resto, si ritrova nella decisione che compie un radicale *overruling* rispetto ai precedenti ed esclude *tout court* dal confine dei delitti di turbativa i casi di affidamento diretto⁷¹, ulteriormente avanzando nel percorso di rinnovata attenzione alle garanzie di tipicità e legalità come si andrà ad approfondire nei paragrafi che seguono.

3. La turbativa d'asta come delitto "obsoleto"

Giunti a questo punto, è necessario indirizzare l'analisi di tipicità sull'estensione del perimetro testuale dei delitti di turbativa in relazione alla nozione di "gara" a rilevanza penale. Come accennato, nonostante le radicali modifiche che hanno attraversato la nozione e la funzione della pubblica amministrazione⁷², il settore degli appalti pubblici⁷³ non-

⁶⁹ Cass., sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 14418, precisando i giudici in relazione all'asserita responsabilità del sindaco del comune interessato che "in ragione della evidente notorietà dell'iniziativa (pubblicizzata anche attraverso l'istituzione di un albo comunale) e della oggettiva connotazione di peculiarità – espressamente riconosciuta anche nei provvedimenti amministrativi via via susseguiti nel tempo – del servizio pubblico loro affidato, e a suo tempo fatto oggetto di una specifica valutazione di fattibilità espressa con la delibera comunale che stabiliva il ricorso alla modalità 'dell'asinello porta a porta' per la raccolta dei rifiuti urbani".

⁷⁰ *Ibidem*, considerando peraltro la Corte l'affidamento ragionevolmente riposto sui pareri di regolarità tecnica e contabile da parte dei rispettivi responsabili municipali del servizio.

⁷¹ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, su cui V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, 2488 s.

⁷² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, III ed., Milano, 1993, 96 ss.

⁷³ F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, III ed., Torino, 2021, 8.

ché la regolamentazione civilistica della concorrenza⁷⁴, le disposizioni di cui agli artt. 353 e 354 c.p. non hanno subito alcuna evoluzione, se non in riferimento all'aggravio del trattamento sanzionatorio.

Eppure, non manca la consapevolezza sul fatto che il settore dei pubblici appalti rappresenti un perno nevralgico per contrastare le organizzazioni criminali⁷⁵, sempre più interessate ad avvelenare la rete economica per incrementare il proprio patrimonio e la corrispettiva capacità d'influenza⁷⁶. Sicché, sembra da escludere che il mancato adeguamento delle disposizioni penali sia dovuto alla trascuratezza di un legislatore poco attento alla predisposizione di efficaci strumenti di contrasto alle consorterie criminali. Piuttosto, la scelta di escludere interventi normativi *à la page* potrebbe giustificarsi proprio in ragione della lettura estensiva che il giudice penale ha consolidato nel tempo⁷⁷, aggirando l'"ostacolo" letterale attraverso argomenti "creativi" tesi a dilatare la sfera applicativa dei delitti in esame in nome dell'*eadem ratio*⁷⁸. Si tratterebbe dell'ennesimo caso di supplen-

⁷⁴ Si veda, recentemente, P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, in part. 28 ss.

⁷⁵ Con particolare riguardo alle fattispecie di turbativa, si veda A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 435.

⁷⁶ In argomento, si rinvia alla raccolta di saggi V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, II ed., 2019, 155 ss.; G. FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, 695 ss.; G. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss., precisando l'A. con riguardo ai limiti applicativi della fattispecie di concorso esterno che il reato *ex art. 416-bis* c.p. si riferisce al "consolidamento di strutture criminali a vasta diffusione territoriale e dotate di mezzi imponenti a livello di risorse economiche e di 'materiale umano' concretamente disponibile".

⁷⁷ Sul punto, F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, cit., 668 ss. Il tema è stato trattato più approfonditamente nel secondo capitolo del presente lavoro, cui si rinvia anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici.

⁷⁸ In questo senso, *inter multis*, si veda Cass., sez. VI, 24 maggio 2011, n. 29581, ove i giudici affermano che "il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione nella quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il *nomen iuris* conferito alla procedura ed anche in assenza di formalità [...] Peraltro, si tratta di interpretazioni che non integrano una applicazione analogica della fattispecie criminosa di cui all'art. 353 c.p., in quanto non ne allarga l'ambito di applicazione, bensì concreta una interpretazione estensiva, sulla base dell'*eadem ratio* che la sorregge e che è unica, cioè quella di garantire il regolare svolgimento sia dei pubblici incanti e delle licitazioni private

za giudiziaria⁷⁹, in cui le tecniche d'interpretazione teleologica⁸⁰ si sono sostituite ai lavori parlamentari⁸¹, incistando nel tempo il corpo estraneo al *nullum crimen* fino alla graduale accettazione della “nuova” conformazione *judge-made*⁸². Oltrepassare i “cancelli del-

sia delle gare informali o di consultazione, le quali finiscono con il realizzare, sostanzialmente, delle licitazioni private [...]”.

⁷⁹ F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 360. Con particolare riguardo al settore dei reati contro la pubblica amministrazione, V. MANES, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in S. CANESTRARI, F. CURTI, D. FONDAROLI, V. MANES, M.O. MANTOVANI, A. NISCO, S. TORDINI CAGLI, *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, Torino, 2023, 96.

⁸⁰ Del resto, forti del convincimento secondo cui il significato apparente non corrisponde alla (pretesa) volontà della legge, si è arrivati a sostenere non solo che gli argomenti teleologici sono da equiparare alle tecniche testuali (o con-testuali) bensì che possano avere priorità nella risoluzione della controversia ermeneutica: per approfondire la questione, si rinvia a R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, 314 ss., osservando nondimeno l'A. come tale operazione interpretativa presenti elevati tassi d'incertezza in prospettiva sia soggettiva sia oggettiva.

⁸¹ Le vicende giudiziarie che possono essere menzionate, a titolo di esempio, spaziano dal settore edilizio (Cass., S.U., 12 novembre 1993, n. 11635, Borgia et al.) agli stessi reati contro la pubblica amministrazione come nel caso del c.d. “funzionario infedele” (Cass., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 9883, Terenghi) o della concussione ambientale (Cass., sez. VI, 25 gennaio 2011, n. 14544). D'altro canto, si tratta di un problema ampiamente segnalato e discusso dalla dottrina nazionale che, sul tema, ha scritto preziosissime pagine; non potendo in questa sede che limitare il richiamo ad alcuni contributi, sembra utile ricordare, quanto alla possibilità di enfatizzare l'aspetto testuale come “esemplificazione” del tipo criminoso, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine. Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino, 2011, 118; V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, 2228 ss.; F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2, 2016, 81; R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 5, 2015, 1778 ss. Non si deve tralasciare, nondimeno, la possibilità che interpretazioni teleologiche comportino, per contro, la contrazione delle sottofattispecie riconducibili a una certa disposizione incriminatrice. È il caso, per menzionare una delle ipotesi più note, della qualificazione del fallimento nei reati di bancarotta non come condizione obiettiva di punibilità bensì come evento, innalzando gli standard probatori necessari per configurare la responsabilità penale: Cass., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, *Corvetta et al. Considerato in diritto*, § 8 s., su cui A. MELCHIONDA, *La labile “certezza interpretativa” della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 4, 2016, 75 ss.

⁸² A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, agg., 2017, in part. 425.

le parole”, tuttavia, si traduce in inaccettabili interventi a sorpresa della sanzione penale⁸³ e può, finanche, rivelarsi inconcludente. La prospettiva controfattuale, che mira a indovinare cosa il legislatore “*avrebbe voluto se si fosse posto il problema*”⁸⁴, infatti, è anzitutto illogica, a maggior ragione se il contesto giuridico di riferimento è stato interessato da una vera e propria rivoluzione normativa come – per l’appunto – nel caso dei pubblici appalti.

S’intravede, invero, un’alternativa speculare e opposta a tale prima ricostruzione. La decisione di non intervenire per aggiornare il testo dei delitti di turbativa si potrebbe, piuttosto, ricondurre a una valutazione di opportunità del legislatore, che intende contenere l’applicazione dei reati in esame alle sole fattispecie la cui struttura, funzione e legittimazione implicano il prevalere dell’interesse all’imparzialità dell’amministrazione sui confliggenti valori di portata generale. In questa prospettiva, che sarà ulteriormente approfondita nel quarto capitolo del lavoro, i reati di turbativa potrebbero applicarsi alle sole procedure aperte e ristrette, riferibili in termini di oggetto e scopo agli “antenati” degli incanti pubblici e della licitazione privata⁸⁵.

Del resto, la progressiva diversificazione delle procedure a evidenza pubblica con riguardo ai presupposti applicativi, ai requisiti delle offerte, alla libertà di negoziazione con i privati, ai criteri di

⁸³ La celebre immagine su cui vertono le brillanti riflessioni di Natalino Irti in *I ‘cancelli delle parole’. Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015, è stata, del resto, richiamata a più voci per riflettere sulla tendenza del formante giurisprudenziale a spingersi oltre i limiti imposti dal *nullum crimen*, travalicando il significato degli enunciati giuridici prescelti dal legislatore penale così da inseguire lo “spirito” del testo: per approfondire con riguardo alla dialettica tra interpretazione testuale e teleologica, ci si limita in questa sede a rinviare a R. BARTOLI, *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *Sistema penale*, 3, 2020, 144 ss., nonché alle considerazioni elaborate da V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell’interpretazione in materia penale*, cit., 1236. Con riguardo, poi, alla possibilità di valorizzare il “tipo legale tassativo” proprio allo scopo di ristabilire il primato della legge sull’interpretazione, V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020, 45.

⁸⁴ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 315.

⁸⁵ Quanto alla corrispondenza tra procedure aperte e ristrette e, rispettivamente, pubblici incanti e licitazioni private, D. SENZANI, *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell’amministrazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2021, 474.

aggiudicazione si comprende proprio nel tentativo di razionalizzare e semplificare l'azione amministrativa "negoziale"⁸⁶, così da evitare inefficienti dispendi di tempo e risorse laddove il fine ultimo di cura concreta dell'interesse pubblico può essere raggiunto attraverso modalità più agili di quelle "ordinarie"⁸⁷. Sarebbe vanificato *in action* il progetto di una amministrazione semplificata, razionale e trasparente, se i pubblici funzionari dovessero optare, costi quel che costi, per le serie procedurali che assicurano la massima imparzialità, temendo altrimenti di incorrere nella rete "smagliata" delle fattispecie di turbativa (cfr. *infra*, cap. IV, § 4).

3.1. *Le strumentalizzazioni di un délit d'obstacle nel sistema dei reati contro la pubblica amministrazione*

A fronte dei "costi megalici per l'economia e per la democrazia" costantemente ascritti ai numerosi scandali che si sono succeduti per fatti corruttivi⁸⁸, le conseguenze della "battaglia culturale"⁸⁹ intrapresa dal legislatore che, per far fronte all'"emergenza"⁹⁰, ha ceduto "alle

⁸⁶ Chiarendo, in ogni caso che, la procedimentalizzazione delle ipotesi di affidamento diretto non lo trasforma in una procedura di "gara pubblica": Cons. St., sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3287.

⁸⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 390 ss.

⁸⁸ Si veda, in chiave critica rispetto alla consueta "narrazione", V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., 1127.

⁸⁹ R. CANTONE, F. CARINGELLA, *La corruzione spuzza. Tutti gli effetti sulla nostra vita quotidiana della malattia che rischia di uccidere l'Italia*, Milano, 2017, in part. 19. La dottrina penalistica, tuttavia, ha avanzato rilevanti perplessità con riguardo al complesso normativo che ha, fino a tempi molto recenti, considerevolmente esteso la portata applicativa dei reati contro la pubblica amministrazione, aggravando i rispettivi trattamenti sanzionatori, individuando canali processuali preferenziali, inasprendo le disposizioni applicabili in fase esecutiva e gli ulteriori effetti sfavorevoli al reo che accompagnano le sentenze di condanna. Al riguardo, limitandosi a richiamare alcuni tra i contributi più significativi, si rinvia a T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 1 ss.; V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, 1126 ss.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 231 ss.

⁹⁰ I dati sul fenomeno corruttivo, nondimeno, sono tutt'altro che pacifici: con riguardo alle perplessità sollevate in ragione dei numerosi fattori che incidono su tali graduatorie, altresì G. PIGNATONE, *Le nuove fattispecie corruttive*, in *ArchivioDPC*, 3 aprì-

suggerzioni delle crociate”⁹¹, non hanno mancato di interessare i reati di turbativa⁹². Il settore delle commesse pubbliche, del resto, è funestato da una serie considerevole di procedimenti che hanno portato alla luce gravissimi episodi corruttivi capaci di distorcere, a fini di profitto, il perseguimento dell’interesse comune⁹³. In questo scenario, il ruolo del reato di turbata libertà degli incanti e, *a fortiori*, della nuova fattispecie *ex art. 353-bis c.p.* potrebbero assurgere a vero e proprio *délit d’obstacle* che, dotato di una tipicità meramente sintomatica⁹⁴, agevola l’avvio delle investigazioni e consente di congelare comportamenti che “potrebbero” aver integrato fatti di corruzione in assenza della “prova regina”, ossia della tangente corrisposta al pubblico ufficiale.

La tipicità delle fattispecie incriminatrici è, così, ridotta a pochi scampoli, sfrangiati nella direzione oscurantista del paradigma d’auto-reo⁹⁵, se non dei modelli eticizzanti dell’intervento punitivo⁹⁶. La triste-

le 2018, nonché in R. BARTOLI, M. PAPA (a cura di), *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto. Tra diritto vivente e prospettiva di riforma*, Torino, 2018, 1 s.

⁹¹ Con riguardo all’inasprimento dei reati corruttivi, infatti, si è auspicato che “il Parlamento torni a riconsiderare le proprie scelte sul versante sanzionatorio della corruzione e – mantenendo fermo l’impegno sul fronte della prevenzione amministrativa – si concentri sui profili di tecnica normativa, evitando di cedere alle suggestioni delle crociate e all’uso in chiave esasperatamente simbolica del diritto penale”: S. SEMINARA, *Riflessioni sulla corruzione, tra repressione e prevenzione*, in R. BARTOLI, M. PAPA (a cura di), *Il volto attuale della corruzione*, cit., 157.

⁹² G. PIGNATONE, *Le nuove fattispecie corruttive*, cit., 2, richiamando peraltro l’A. i sistemi di aggiudicazione “a tavolino” degli appalti pubblici smantellati all’indomani delle indagini sul c.d. sistema “tangentopoli”.

⁹³ Solo si pensi alle vicende tristemente note alla cronaca giudiziaria che hanno riguardato le indagini Mose, Mondo di mezzo, Grandi eventi, solo per citare alcuni esempi.

⁹⁴ A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., 93. Del resto, è stato puntualmente precisato, l’incertezza normativa nella descrizione dell’oggetto della prova si traduce nella stessa surrogazione dell’oggetto in sede processuale; eppure, “[i]l principio di legalità, riversato [...] sulla condanna, dovrebbe giocare in primo luogo come limite all’attività d’indagine, al potere di accusa; non foss’altro perché è a partire da questo limite che si erige ogni ulteriore limite processuale e si edifica la legalità processuale”: T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 535.

⁹⁵ V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., 1129; G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., 542, ove l’A. osserva rispetto alla dottrina del tipo d’auto-reo diffusa nel periodo nazista che “il carattere politico della proposta, con i suoi risvolti di odiosità, di ferocia e di rivendicazione dell’arbitrio rimangono evidenti a distanza di più di mezzo secolo”.

⁹⁶ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 10, ove l’A. chiarisce che “si assiste così, per un

mente celebre figura del “faccendiere” diviene strumento di piani investigativi più ampi, che a partire dalla contestazione di fatti minori ricercano elementi atti a provare un sistema corruttivo “più grave”, con un pericoloso ribaltamento dell’equilibrio tra apertura delle investigazioni ed esercizio dei corrispettivi poteri invasivi della sfera del privato⁹⁷.

Valorizzando questi “reati spia” improvvisamente al centro dell’attenzione giudiziaria⁹⁸, si insegue, peraltro, la protezione di beni giuridici spiritualizzati⁹⁹ e terribilmente sfuggenti nella prospettiva processuale (cfr. *retro*, cap. I, § 1.1. ss.)¹⁰⁰, generando contrasti difficilmente tollerabili sul piano della proporzione delle incriminazioni. D’altra parte, ancorché di più recente introduzione, la disposizione che sanziona i comportamenti di turbativa antecedenti alla gara ha, semmai, esacerbato l’evanescenza dei comportamenti tipizzati, acuendo i profili di tensione con il *nullum crimen* come si andrà ad approfondire nei paragrafi che seguono.

3.2. *Il cambio di rotta della giurisprudenza di legittimità nella prospettiva “tassativizzante e tipizzante”*

Per chiarire il perimetro testuale di applicazione dei delitti di turbativa, occorre concentrare l’analisi sulla nozione di “gara informale” e sulle avvisaglie di un possibile ripensamento nella più re-

verso, alla ‘concentrazione’ della potestà penale, che si identifica ormai nell’etica pubblica e, per un altro verso, alla sua frammentazione secondo l’inedito principio della divisione *del potere tra le forze in competizione e, spesso, in contrasto tra loro*. Sul punto, si veda altresì M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale “tipo d’autore”*, Modena, 2014, 34 ss.

⁹⁷ Sul punto, si richiamano ancora le riflessioni di Filippo Sgubbi secondo cui nel modello d’incriminazione attuale si verifica una vera e propria inversione dei canoni del giusto processo, in base alla quale “il processo precede il reato. L’organo di accusa [...] va alla ricerca di un fatto che possa poi rientrare nella previsione di norme penali, generalmente interpretate in maniera creativa”; ID., *Il diritto penale totale*, cit., 72 s.

⁹⁸ V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit., 1143, precisando l’A. che i fatti di turbativa sono piegati nella direzione tanto di fattispecie contro la pubblica amministrazione di maggior disvalore quanto delle ipotesi di criminalità associativa.

⁹⁹ *Ivi*, 1133.

¹⁰⁰ Per approfondire, con particolare riguardo alla distinzione tra fattispecie di sospetto, a tipicità improbabile, sintomatica o piuttosto “aperta” perché integrata dal formante giurisprudenziale, si rinvia di nuovo a A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., in part. 95.

cente giurisprudenza di legittimità. Del resto, lo stesso Consiglio di Stato ha valorizzato lo svolgimento di “gare informali” per precisare il doveroso rispetto dei principi generali in materia di appalti¹⁰¹. Si tratta, tuttavia, di un orientamento solo in parte sovrapponibile alla giurisprudenza penale¹⁰²: il giudice amministrativo, in particolare, distingue le gare ufficiose dai sondaggi esplorativi¹⁰³, tratteggiando confini diversi – e più puntuali – rispetto al novero di sottofattispecie penalmente rilevanti¹⁰⁴. L’indirizzo del Consiglio di Stato trova, peraltro, riscontro nelle linee guida ANAC: il provvedimento che fornisce indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato del 14 febbraio 2019 distingue le gare informali dalle consultazioni preliminari, quale fase eventuale che anticipa la gara allo scopo di acquisire informazioni utili specialmente nei settori tecnologici all’avanguardia¹⁰⁵. Ebbene, se un simile criterio di natura sostanziale acquisisce rilievo in ambito amministrativo, in ossequio al favore euro-

¹⁰¹ Tra le altre, si considerino le pronunce Cons. St., sez. V, 26 aprile 2005, n. 1873; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2003, n. 3856.

¹⁰² In termini paradigmatici, si veda la decisione Cass., sez. VI, 13 luglio 2021, n. 44700, secondo cui è configurabile il reato di turbata libertà nel procedimento di scelta del contraente se la turbativa riguarda l’avviso con il quale, nella procedura contrattuale di “*precommercial procurement*”, si dà inizio alla fase di ricerca e scelta del contraente, nonché il relativo allegato tecnico che descrive il contenuto del futuro contratto, trattandosi di atto equipollente al bando di gara. Nel caso di specie, infatti, la condotta perturbatrice aveva avuto a oggetto proprio detto allegato tecnico, predisposto dalla società che era risultata aggiudicataria del contratto.

¹⁰³ Cons. St., sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302, nonché Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2006, n. 1789, ove i giudici precisano che “deve essere rimarcata la differenza fra sondaggio esplorativo e gara ufficiosa istituiti entrambi utilizzabili nella trattativa privata: il primo tende solo ad acquisire una conoscenza dell’assetto del mercato e dunque dell’esistenza di imprese potenziali contraenti e del tipo di condizioni contrattuali che sono disposte a praticare; il secondo, oltre ad essere strumento di conoscenza implica una valutazione comparativa delle offerte, valutazione che è insita nel concetto stesso di gara e che pone l’obbligo per l’amministrazione di rispettare le prescrizioni assunte in sede di autovincolo, in ossequio ai canoni di trasparenza, buon andamento ed imparzialità”.

¹⁰⁴ Come osservato in precedenza, il giudice penale non fa differenza ai fini della configurabilità delle ipotesi di turbativa tra le gare ufficiose, le gare esplorative, le gare di sondaggio o di esplorazione: si veda, ancora, Cass., sez. VI, 28 gennaio 2008, n. 13124, cit., nonché *retro cap.* II, § 2 ss.

¹⁰⁵ Sul punto, richiamando la nozione di dialogo tecnico di matrice europea, si vedano le Linee guida ANAC, n. 14, *Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*, del 14 febbraio 2019, n. 445.

peo per la massima applicazione delle garanzie previste in materia di appalti¹⁰⁶, la questione dovrebbe essere profondamente diversa nella dimensione punitiva. Al contrario, l'orientamento di segno estensivo del giudice di legittimità neppure coincide con l'interpretazione – pur piuttosto ampia – del Consiglio di Stato. Attraverso il sovrapporsi di letture incongruenti nei diversi rami dell'ordinamento, si finisce per aggravare il livello d'incertezza sui segmenti che rientrano “di fatto” nella disciplina dei contratti pubblici.

In questo scenario, acquista peculiare rilievo l'indirizzo restrittivo più recente elaborato in presenza di affidamenti diretti. Pur senza rinnegare il criterio della “gara informale”, infatti, il reato di turbativa nel procedimento di scelta del contraente non è configurabile nei casi in cui la gara sia totalmente assente, come in occasione di affidamenti diretti al privato¹⁰⁷. I giudici di legittimità valorizzano l'argomento letterale e riconoscono espressamente il carattere illegittimo – perché analogico – del precedente contrario costruito sull'*eadem ratio*. La soluzione interpretativa richiede, quindi, ulteriore approfondimento, segnando un cambio di passo rilevante per il diritto giurisprudenziale.

3.2.1. *Il caso delle aggiudicazioni “senza concorrenti”*

La questione controversa attiene alle ipotesi di affidamento diretto, in cui la stazione appaltante dispone la stipula del contratto con il privato in assenza di una procedura competitiva. In particolare, l'ipotesi più spinosa riguarda la scelta di concludere il contratto mediante un negoziato diretto con l'operatore economico, in assenza – vera o supposta – delle condizioni di legge. Il favoritismo illecito coincide, così, con il mancato avvio di una serie procedimentale che avrebbe assicurato una maggiore partecipazione alle imprese.

In ossequio all'orientamento di segno estensivo elaborato con riguardo all'art. 353 c.p., e poi esteso al sintagma “altro atto equi-

¹⁰⁶ Quanto alla tendenza a massimizzare l'applicazione delle previsioni di regolamentazione delle gare pubbliche già a partire dalla nozione “ampia” di ente pubblico: A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, I, XIV ed., Milano, 2021, 405.

¹⁰⁷ Così, la più volte menzionata pronuncia Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536.

pollente” *ex art. 353-bis c.p.*, la giurisprudenza di legittimità riteneva che, ancorché la condotta perturbatrice fosse stata finalizzata non a inquinare bensì a evitare la gara, l’affidamento diretto intervenuto in assenza delle condizioni di legge era da considerare penalmente rilevante¹⁰⁸. Nonostante la linea di precedenti sul punto fosse particolarmente consolidata, nel 2021 la Corte di cassazione ha espunto i casi di utilizzo distorto dell’affidamento diretto dall’ambito delle sottofattispecie rilevanti per i delitti di turbativa¹⁰⁹. Trova conferma l’esigenza di contenere l’ambito applicativo delle previsioni incriminatrici in presenza di “segmenti concorrenziali” riconducibili a una gara ufficiosa¹¹⁰. Pur riconoscendo la possibilità di contestare il reato *ex art. 353-bis c.p.* in presenza di “atti funzionalmente tipici” rispetto al bando di gara, i giudici precisano che “[r]ispetto al dato letterale della norma incriminatrice, non sono [...] condivisibili torsioni interpretative volte a conformare il dato testuale per attribuirgli un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura”¹¹¹. Ne deriverebbe, altrimenti, un’estensione analogica della fattispecie tipica attraverso argomenti teleologici che varcherebbero “i paletti fissati dalla lettera della legge” in spregio alla legalità dell’intervento punitivo¹¹². Il *revirement* interpretativo messo in atto dai giudici di legittimità, quindi, smaschera le torsioni analogiche nascoste nei precedenti orientamenti asseritamente estensivi. Dietro lo schermo della *eadem ratio*, il giudice aveva oltrepassato i confini posti dalla lettera delle disposizio-

¹⁰⁸ Cass., sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431; ma, altresì, Cass., sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1.

¹⁰⁹ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, cit., ove i giudici sono impegnati a valutare se rientri nell’ambito di applicazione dell’art. 353-bis c.p. il caso di un affidamento diretto che sarebbe stato disposto in assenza dei presupposti di legge da parte del Dipartimento protezione civile della Provincia autonoma di Trento al fine di realizzare un sistema di sicurezza per le Universiadi del 2013. Per approfondire, si veda V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, 2488 s.

¹¹⁰ Questo aspetto è analizzato più nel dettaglio nel quarto capitolo del presente lavoro, cui ci si limita a rinviare anche per evitare superflue ripetizioni.

¹¹¹ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, cit.

¹¹² *Ibidem*.

ni, attraverso un'interpretazione "extratestuale"¹¹³ contraria al tipo criminoso previsto dal legislatore.

Tale indirizzo riprende – richiamandola peraltro espressamente – la giurisprudenza costituzionale: il divieto di analogia *in malam partem* impedisce di ascrivere alla disposizione significati estranei al testo, "limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo"¹¹⁴. Si privilegia, così, un'interpretazione "tassativizzante e tipizzante" della norma incriminatrice¹¹⁵, in linea con il carattere sussidiario e proporzionato dell'intervento punitivo (cfr. *infra*, cap. IV, § 3 ss.). D'altro canto, tale pronuncia non è certo rimasta isolata, segnando una tendenza ermeneutica nuova che, a fronte delle incertezze del dato testuale, privilegia un'interpretazione restrittiva delle norme incriminatrici, come si vedrà nel paragrafo che segue.

3.2.2. Quale spazio per ulteriori orientamenti di segno restrittivo?

Il carattere "materialmente nomofilattic[o]" della decisione del 2021 si apprezza in ragione di alcune considerazioni inserite *expressis verbis* nel testo della pronuncia. I giudici di legittimità, in particolare, hanno cura di precisare che la soluzione interpretativa è "espressione dell'orientamento condiviso della Sezione, emerso nel corso della riunione tenutasi, ai sensi dell'art. 47 *quater* R.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (ordinamento giudiziario), per superare letture disomogenee sull'art. 353-*bis* cod. pen.". La Corte rivela, così, una particolare attenzione per la propria funzione istituzionale: sottolineando la seria ponderazione che ha giustificato l'*overruling*, insieme al consenso raccolto all'interno della sezione sul nuovo orientamento. Ne derivano innegabili vantaggi in ragione del progressivo

¹¹³ V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, cit., 2489.

¹¹⁴ Questo un segmento della nota – e peraltro già menzionata – decisione Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98.

¹¹⁵ Con riguardo alla scelta dei giudici di legittimità di valorizzare il *nullum crimen* e, in particolare, l'interpretazione testuale in chiave di "selettività escludente", si rinvia ancora a V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, cit., 2488 (corsivi originali).

rafforzarsi della continuità interpretativa di segno restrittivo: il *novum* giurisprudenziale è destinato a restare, a tutto vantaggio della razionalità del percorso argomentativo e della maggiore fiducia da parte dei destinatari del comando normativo e degli operatori del settore, fortemente agevolati nella comprensione dell'andamento ermeneutico.

Tale considerazione, peraltro, trova conferma nella giurisprudenza successiva attenta a non contrastare con il nuovo "*leading case*"¹¹⁶. Del resto, le antecedenti interpretazioni, che hanno varcato "i paletti fissati dalla lettera della legge", sono state apertamente additate come analogia *in malam partem*¹¹⁷, svelando l'illegittimità dell'ennesima operazione ermeneutica "criptoanalogica"¹¹⁸. Si preclude, invero, alla giurisprudenza di legittimità un qualsivoglia ritorno alle origini, se non al prezzo di contrasti sincronici intollerabili, a maggior ragione perché insisterebbero sul confine dell'illegittimità costituzionale.

A riprova del superamento dell'orientamento analogico, del resto, i giudici di legittimità hanno in seguito escluso la possibilità di contestare il reato di turbativa nel procedimento di scelta del contraente che integri un'ipotesi di *mala gestio*¹¹⁹. La responsabilità penale è esclusa in presenza di "qualsivoglia" irregolarità; piuttosto, occorre riscontrare la sussistenza di un tipo criminologico distinto

¹¹⁶ V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, cit., 2487, mettendo – per l'appunto – l'A. in luce il metodo della decisione giacché "il Supremo Collegio abbia voluto rimarcare l'importanza della svolta interpretativa, presentandola quale 'orientamento condiviso della Sezione, emerso nel corso della riunione tenutasi ai sensi dell'art. 47-*quater*, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12', nell'ottica – tipica, per l'appunto, dell'agire nomofilattico – di 'superare letture disomogenee sull'art. 353-*bis* c.p.'".

¹¹⁷ Così, la stessa decisione n. 5536 del 2021.

¹¹⁸ Sui profili di criticità che le interpretazioni "cripto-analogiche" sollevano in materia penale, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 113 ss. e 182, particolarmente insistendo l'A. sui problemi che riguardano l'applicazione retroattiva delle sanzioni punitive e, per l'effetto, l'intervento a sorpresa dell'azione penale.

¹¹⁹ Cass., sez. VI, 11 gennaio 2022, n. 17876, ove i giudici hanno affermato, infatti, che il senso della norma incriminatrice si identifica nel fatto che "la condotta di turbamento [...] deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempra una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione".

dalle violazioni a carattere sistematico¹²⁰. Il procedimento penale, in particolare, si è sviluppato nei confronti di una sindaca *pro tempore* per aver reso dichiarazioni false che assicurassero copertura finanziaria a lavori già eseguiti in affidamento diretto. Ebbene, si osserva, in assenza di un “atto che pone le regole, le modalità di accesso, i criteri di selezione, che disciplini il modo con cui compiere una comparazione valutativa tra più soggetti”, non è configurabile il reato *ex art 353-bis c.p.* per estraneità del tipo penalmente rilevante¹²¹. Altrimenti, si finirebbe per “estendere l’ambito della norma incriminatrice e la tipicità della fattispecie con un procedimento analogico *in malam partem*”¹²².

Il nuovo orientamento interpretativo, inoltre, non sembra da confinare ai casi di affidamento diretto. Al contrario, la Corte di legittimità indica una precisa direzione metodologica che, in ossequio al “diritto vivente costituzionale”¹²³, nega rilievo penale a tutte le sottofattispecie che esorbitano dal significato testuale della disposizione e, anzitutto, alle vicende prive di gara. Sembra, pertanto, interessante il caso in cui il soggetto imputato, ritenendo erroneamente di non appartenere alla categoria degli enti pubblici tenuti al rispetto del codice appalti, abbia provveduto a concludere un contratto di fornitura attraverso una selezione tra più candidati, senza rispettare le regole previste per i procedimenti di evidenza pubblica¹²⁴. L’assenza – di fatto – di una competizione condotta secondo le regole pubblicistiche dovrebbe portare a escludere l’applicabilità dei reati di turbativa, superando anche in questo settore l’antecedente orientamento di segno estensivo¹²⁵. Nel caso in cui un soggetto agisca *iure*

¹²⁰ Quanto alle caratteristiche e alla funzione del “tipo criminologico legale”, G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., 541.

¹²¹ Cass., sez. VI, 11 gennaio 2022, n. 17876, cit.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, cit., 2491.

¹²⁴ Cass. 13 aprile 2017, n. 9385, interrogandosi i giudici sull’applicabilità dell’art. 353 c.p. in caso di consorzio privato che aveva concluso il contratto di fornitura in sostituzione della pubblica amministrazione aggiudicatrice a titolo di contraente generale. Per approfondire con riguardo alla figura del *general contractor*, si rinvia a S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 76.

¹²⁵ Nel caso di specie, infatti, la Corte ha ritenuto corretto l’argomento della difesa secondo cui la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio

privatorum, infatti, la “spinta agonistica”, che la Corte di legittimità identifica come requisito imprescindibile per configurare i delitti di turbativa, s’innesta in un contesto differente rispetto alla gara pubblica cui fa riferimento il testo della disposizione incriminatrice¹²⁶. Al più, supponendo la mala fede del privato, si potrebbe riscontrare un “inquinamento del procedimento finalizzato ad evitare la gara” pubblica e non, invece, il comportamento tipico che implica un “inquinamento volto a condizionare la gara”¹²⁷.

In sintesi, l’approccio “controcorrente” che ispira il nuovo indirizzo ermeneutico segna un netto cambio di passo¹²⁸, più aderente all’interpretazione costituzionale, e sembra destinato a erodere progressivamente le sottofattispecie ricondotte all’alveo penale da precedenti “creativi”. Appare utile, allora, sondare nel quarto capitolo quali siano le alternative a disposizione in prospettiva sostanziale, per razionalizzare il novero di sottofattispecie – in astratto e in concreto – riconducibili ai reati di turbativa, nel rispetto del canone di legalità così come di proporzionalità dei precetti penali.

4. *La (paventata) sottofattispecie di turbativa nei concorsi per il pubblico impiego: un’ipotesi atipica*

È, finora, rimasta in ombra una questione di rilievo per ricostruire i limiti dell’attività interpretativa in materia di turbativa. Tale scelta si giustifica in ragione del carattere a dir poco eccentrico dell’indiriz-

è presupposto indefettibile per contestare i reati di turbativa d’asta, in concorso nel caso in esame con il reato di corruzione propria. Sussistendo, nondimeno, gli elementi sintomatici del carattere pubblicistico dell’attività svolta, il ricorrente quale *general contractor* avrebbe dovuto applicare la normativa che regolamentava gli appalti pubblici. Pertanto, ancorché la parte privata sia convinta di dover agire *iure privatorum*, in presenza di attività sostanzialmente pubblica “qualora, per la scelta dei sub affidatari, si determin[i] a seguire una procedura concorrenziale, violandone le regole, ne rispond[e] non in qualità di soggetto privato bensì di incaricato di pubblico servizio”.

¹²⁶ Si veda ancora la sentenza della sesta sezione della Corte di cassazione n. 5536 del 2021.

¹²⁷ Cass., sez. VI, 11 gennaio 2022, n. 17876, cit.

¹²⁸ V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, cit., 2490.

zo giurisprudenziale, che pone svariati dubbi sul piano del *nullum crimen* prima ancora che in punto di proporzionalità (cfr. *infra*, cap. IV, § 6). Alcuni giudici penali, al momento invero solo di merito, hanno preso a contestare le ipotesi di turbativa anche in un settore del tutto estraneo alla tipologia criminologica di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p. Si è tentato, in particolare, di estendere le fattispecie incriminatrici ai contratti di assunzione per il pubblico impiego, a prescindere dal fatto che il bene giuridico protetto¹²⁹, così come le tecniche argomentative a disposizione del giudice penale non consentano una simile dilatazione ermeneutica. Le indagini hanno trovato, invero, una certa eco nella stampa locale¹³⁰. L'asserita collusione è gridata dai giornali in chiave promozionale¹³¹ e provoca moti d'indignazione collettiva, quale ulteriore manifestazione di un sistema corrotto e incapace di perseguire il benessere generale. Poco importa che tale "nuova" contestazione, di creazione giurisprudenziale, sia in contrasto con le categorie che sovrintendono all'esercizio dell'azione punitiva e, per l'effetto, violi i diritti fondamentali delle persone coinvolte.

Si tratta, a ben guardare, di una soluzione ermeneutica piuttosto

¹²⁹ Quanto al pericolo che il richiamo al bene giuridico finisca, invero, per fagocitare "i necessari (e, in realtà, mancanti) dati oggettivi di fattispecie o per fagocitare – nella prassi giudiziale o nelle interpretazioni dottrinali – gli stessi estremi obiettivi dell'incriminazione", N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, 119.

¹³⁰ È il caso dei concorsi universitari (si veda, per esempio, la cronaca riportata da *Corriere fiorentino* del 19 marzo 2019) o dei procedimenti per l'assunzione di personale sanitario (per esempio, *Corriere della sera*, Milano, 4 giugno 2020). Il problema, del resto, si è posto anche con riguardo ai giudizi accordati in sede di abilitazione scientifica nazionale, laddove la procura ha ipotizzato scambi di utilità accademiche per ottenere il voto dei commissari: per approfondire, M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, in *Arch. pen. web*, 3, 2020, 3, ove l'A. inquadra il fatto al più nell'abrogata fattispecie di interesse privato in atto dell'ufficio *ex art.* 324 c.p. Per una riflessione sulla funzione dello stigma che accompagna il procedimento penale e che, quindi, deve operare solo per gli "episodi più intollerabili dell'agire umano", A. CADOPPI, *Il "reato penale". Strategie di contenimento della "criminalizzazione"*, Napoli, 2022, 380.

¹³¹ Eppure, non è da condividere "la tendenza a considerare lo strumento penale come quello più idoneo a risolvere i principali problemi di una società in crisi ovvero ad affrontare aspetti che spesso sono la spia di disfunzioni istituzionali nonché di carenze delle discipline rispetto alle quali [...] il diritto penale rappresenta un *posterius*": F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 5 (corsivi originali).

sto sorprendente. Si è sempre pacificamente escluso che tali reati potessero essere contestati nel settore del pubblico impiego, neppure dedicando al tema eccessivi argomenti attesa la palese estraneità al tipo sanzionato dal legislatore¹³². Al contrario, le nuove prospettazioni accusatorie si propongono di supplire, quale vero e proprio “giudice di scopo”¹³³, all’assenza di una specifica norma incriminatrice¹³⁴. D’altro canto, i delitti di turbativa hanno trovato applicazione in ulteriori contesti, come in caso di aste fallimentari¹³⁵, altrettanto singolari rispetto al sistema dei contratti pubblici. Ebbene, la criminalizzazione *judge-made* in caso di procedure di reclutamento si spinge ben oltre i confini del testo, integrando un’ipotesi di analogia vietata¹³⁶. Più nel dettaglio, l’art. 353 c.p. fa riferimento a una

¹³² Così, N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, 21; O. CAMPO, *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen.*, 1966, 280.

¹³³ Sono ormai celebri le parole pronunciate dai giudici costituzionali nell’avvio della c.d. saga Taricco, secondo cui “[n]ell’ordinamento italiano, come anche nell’ordinamento europeo, l’attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest’ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece possibile che il diritto dell’Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest’ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell’ordinamento”: Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, *Considerato in diritto*, § 5.

¹³⁴ Sul punto, recentemente, N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d’asta: fattispecie a rischio overbreadth*, in *Arch. pen. web*, 2022, 15.

¹³⁵ Cass., sez. VI, 15 maggio 2012, n. 20211, ove i giudici prendono in esame il caso di una procedura esecutiva relativa alla vendita all’asta dei beni ricompresi nell’attivo del fallimento dei genitori. Ebbene, nonostante il giudice di *prime cure* avesse argomentato in favore dell’“irrelevanza penale” di comportamenti che potevano al più comportare conseguenze sul piano civile, i giudici di legittimità hanno sostenuto la configurabilità del reato di cui all’art. 353 c.p. nel contesto delle aste fallimentari, significativamente ampliando l’ambito di applicazione della norma incriminatrice.

¹³⁶ Anzi, si è argomentato “[i]l caso neanche evoca una vera cripto-analogia. Prima dell’analogia vengono infatti le interpretazioni sbagliate”: M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precepto*, cit., 5. Per approfondire, con riguardo alle ragioni politiche e giuridiche che impongono il rispetto dei referenti testuali e, per l’effetto, il divieto di analogia, non si può che richiamare G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1267 s.

“gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private”, richiamando due serie procedurali tipizzate per la conclusione degli appalti pubblici¹³⁷. Nonostante le rilevanti modifiche che hanno interessato le procedure a evidenza pubblica (cfr. *retro*, cap. II, § 3 ss.), sia il legislatore europeo¹³⁸ che nazionale¹³⁹ hanno continuato a prevedere un’espressa definizione delle competizioni del tutto inconferente con le selezioni di personale. Nell’un caso, infatti, si fa riferimento a un procedimento teso a stipulare un contratto che ha a oggetto l’esecuzione di lavori, servizi o forniture; nell’altro, l’oggetto del contratto è un rapporto di pubblico impiego, cui corrispondono discipline e interessi diversi e non sovrapponibili¹⁴⁰. Al pari, il diritto nazionale ed europeo tipizzano le procedure a evidenza pubblica, escludendo dall’ambito di applicazione i contratti di lavoro¹⁴¹.

Neppure può sostenersi che l’art. 353-*bis* c.p., in assenza di espresso richiamo alle procedure a evidenza pubblica, possa assumere un significato diverso: il legislatore penale, infatti, ha scelto di collocarlo tra le previsioni di cui all’art. 353 e 354 c.p., a riprova del comune ambito di applicazione¹⁴². In tal senso, del resto, già si orientano alcuni provvedimenti giudiziari che, proprio in ragione dei limiti testuali e sistematici all’interpretazione, escludono in radice che i delitti di turbativa possano applicarsi all’ambito dei concor-

¹³⁷ Il riferimento, in particolare, è alla legge sulla contabilità dello Stato e al relativo regolamento.

¹³⁸ Secondo quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE, si deve intendere per appalti pubblici “i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”.

¹³⁹ L’art. 2, comma 1, lett. dd), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, infatti, stabilisce che “i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l’acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l’esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti”.

¹⁴⁰ Sul punto, N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d’asta*, cit., 15 ss.

¹⁴¹ Si vedano in particolare le direttive UE/2014/24 e 25.

¹⁴² Con riguardo al rilievo dell’argomento sistematico per identificare il bene giuridico tutelato dall’art. 353-*bis* c.p., si veda la citata pronuncia Cass., sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267. Quanto, nondimeno, alla necessità di porre attenzione agli argomenti che “scivolano dal significato ‘letterale’ del testo interpretato a un significato diverso, ‘artificiale’”, anche in prospettiva sistematica, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, 63.

si pubblici trattandosi di “iter completamente diversi”¹⁴³. L’indirizzo antagonista, si osserva, integra un’analogia *in malam partem*, validando il significato testuale da ricondurre – ancorché nella prospettiva sostanziale – alle gare disciplinate dal codice degli appalti¹⁴⁴.

A fronte del contrasto sincronico in corso nelle aule giudiziarie¹⁴⁵, non residuano dubbi sul fatto che il diritto vivente che applica i delitti di turbativa ai concorsi pubblici dia corso a un’interpretazione analogica – o, meglio, cripto-analogica¹⁴⁶ – in contrasto con il *nullum crimen*¹⁴⁷. Eppure, la Corte costituzionale ha, di recente, ribadito che il divieto di analogia costituisce un “limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo”¹⁴⁸. Altrimenti, il giudice assumerebbe “un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito”¹⁴⁹. Tale prospettiva, di per sé altamente problematica, si aggrava nella misura in cui “l’evoluzione dell’etica pubblica mediante regole di *soft law* o di prassi o di norme extrapenalistiche di vario livello va a innestarsi nella pre-comprensione della fattispecie penale”¹⁵⁰. Come puntualmente osservato dalla dottrina, infat-

¹⁴³ Così, in particolare, la procura della repubblica presso il tribunale di Venezia nella richiesta d’archiviazione del 27 febbraio 2023.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Quanto alle tensioni che i contrasti interpretativi diacronici e – ancor più – sincronici generano sul piano delle garanzie individuali dei destinatari del comando normativo così come della divisione tra poteri, si rinvia, *inter alia*, a M. VOGLIOTTI, *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in *Legisl. pen.*, 19 ottobre 2020, 3, nonché con particolare riguardo al giudice di legittimità, E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e l’indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 921.

¹⁴⁶ Per approfondire, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, 113 ss., 182.

¹⁴⁷ Con riguardo alle contestazioni dei reati di turbativa in relazione ai concorsi pubblici, invero, è stato affermato che “[i]l caso neanche evoca una vera cripto-analogia. Prima dell’analogia vengono infatti le interpretazioni sbagliate”: M. DONINI, *Reati contro la P.A.*, cit., 5. Per approfondire in relazione alla differenza tra interpretazioni vietate e interpretazioni sbagliate, si rinvia a Id., *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, 92.

¹⁴⁸ Così, la già più volte menzionata pronuncia Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98.

¹⁴⁹ Corte cost., 1° agosto 2008, n. 327.

¹⁵⁰ M. DONINI, *Reati contro la P.A.*, cit., 2.

ti, l'estensione ermeneutica dei reati di turbativa può ricondursi a una "pre-comprensione etico-amministrativa", tanto più pericolosa in quanto successiva all'introduzione delle fattispecie incriminatrici¹⁵¹. In questa direzione muove, peraltro, la giurisprudenza di legittimità che ha escluso possa trattarsi di "gara" rilevante ex art. 353 c.p. nel caso di procedure concluse mediante accordi sostitutivi del provvedimento, recuperando un'interpretazione "tassativizzante e tipizzante" della fattispecie¹⁵².

D'altra parte, anche a voler ammettere questa possibilità e a voler considerare incerto il testo della disposizione riguardo alla nozione di gara¹⁵³, il giudice penale dovrebbe in ogni caso preferire l'alternativa restrittiva ed escludere il settore del pubblico impiego, in omaggio alla divisione tra poteri e al rispetto delle garanzie poste a presidio delle libertà personali¹⁵⁴. Una lettura *lenient* della fattispecie incriminatrice consente, infatti, libere scelte d'azione ed evita l'applicazione "a sorpresa" della sanzione punitiva come – per l'ap-

¹⁵¹ *Ivi*, 3 ss., ove l'A. precisa che tali letture di segno estensivo non sono da ricondurre a "nuovi" elementi normativi di un fatto già pregno di disvalore penale, bensì a una diversa sensibilità maturata rispetto alle previsioni di diritto pubblico e difficile da far confluire nelle ipotesi di abuso d'ufficio il cui ambito di applicazione è stato sensibilmente ridotto dai più recenti interventi di riforma. Con riguardo alle plurime riforme normative in materia di abuso d'ufficio e alle conseguenze in punto di "burocrazia difensiva", A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla burocrazia difensiva alla difesa della burocrazia? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Legisl. pen.*, 2020, 4 ss.

¹⁵² Cass., sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237, su cui N. MADIA, *I nebulosi confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private" enucleata nell'art. 353 c.p. tra eccessi "espansionistici" e tendenze "restrittive"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1347 ss.

¹⁵³ Sul punto, è stato altresì osservato che la lettura estensiva viola le regole d'imputazione delle fattispecie di cui all'art. 353 ss. c.p. dal momento che, al posto dei soggetti privati o degli operatori preposti dalla legge o dall'autorità alle gare (art. 353, comma 2, c.p.) tale indirizzo contesta il reato direttamente agli "amministratori-commissari" della selezione pubblica: così, M. DONINI, *Reati contro la P.A.*, cit., 6, approfondendo altresì l'A. le criticità che emergono in relazione all'applicazione retroattiva della soluzione ermeneutica sfavorevole.

¹⁵⁴ Con riguardo all'opportunità di stabilire, nella materia penale, un vero e proprio divieto d'interpretazione estensiva, si veda E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 111. Del resto, già in sede di "bicamerale" il tema è stato oggetto di ampio dibattito come riporta A. CADOPPI, *Sul divieto di interpretazione estensiva di cui all'art. 129*, in *Indice pen.*, I, 1998, 330 ss. Per approfondire, sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte retro, cap. II, § 1.1.

punto – avvenuto nei procedimenti in esame¹⁵⁵. A favore di un'interpretazione restrittiva, peraltro, muove l'argomento comparatistico. Il legislatore portoghese, si osserva, ha espressamente regolato il caso delle collusioni nei concorsi per il pubblico impiego in una fattispecie a tutela dei diritti patrimoniali, a dimostrazione dell'eterogeneità di tale sottofattispecie rispetto a quanto previsto per i contratti pubblici e del bisogno – nel caso – di esplicitarne il rilievo penale¹⁵⁶.

¹⁵⁵ È noto che il modello d'interpretazione restrittiva delle norme penali elaborato nel contesto anglosassone (*strict constructivism*) ha rappresentato il fondamento su cui sviluppare, nell'ordinamento statunitense, la regola sull'interpretazione, *rule of lenity*, difesa dalla Corte Suprema federale come diretta emanazione del *rule of law* in materia penale. In estrema sintesi, tale canone interpretativo sostanziale impone, quanto meno nella sua accezione forte, al giudice di scegliere la soluzione più favorevole al reo ogniqualvolta sussista un ragionevole dubbio sul significato da ricondurre a un certo enunciato giuridico. Si tenta, così, di individuare una regola di metodo sull'interpretazione e definire le fasi attraverso cui condurre la qualificazione dei fatti penalmente rilevanti, allo scopo di rendere il momento interpretativo più conoscibile e, quindi, controllabile. Non stupisce, allora, che tra gli interessi posti a fondamento della *rule of lenity* si trovi proprio il principio di riconoscibilità delle norme incriminatrici, il *nullum crimen* e la divisione democratica tra poteri. Per approfondire, si veda, *inter multis*, A.R. GLUCK, R.A. POSNER, *Statutory Interpretation on the Bench: a Survey of Forty-two Judges on the Federal Courts of Appeal*, in *Harv. L. Rev.*, 5, 2018, 1302, nonché I.A. RABB, *Response. The Appellate Rule of Lenity*, in *Harv. L. Rev.*, 8, 2018, 181 ss. Del resto, parte della dottrina italiana ha preso in esame tale regola sull'interpretazione, valorizzando il canone del *in dubio pro reo* nell'ordinamento penale nazionale: sul punto, M. CATERINI, "Osso, Mastrosso e Carcagnosso": *l'affiliazione rituale alle associazioni di tipo mafioso alla prova dei principi di offensività, proporzione e ragionevole dubbio interpretativo*, in *Arch. pen.*, 3, 2021, 41 s., nonché ID., *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol. dir.*, 2, 2019, 329 ss.

¹⁵⁶ Così, N. MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta*, cit., 17.

CAPITOLO IV

LE PROCEDURE DI GARA “PENALMENTE RILEVANTI” AL VAGLIO DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. Profili di metodo: il principio di proporzionalità per la selezione delle condotte penalmente rilevanti in materia di appalti. – 1.2. Le peculiarità di un’analisi “in astratto” delle sottofattispecie penali proporzionate. – 2. Il sistema dei reati di turbativa: un’architettura sanzionatoria a due velocità. – 3. Alla ricerca di una dimensione punitiva proporzionata. – 3.1. I diritti fondamentali incisi dalle norme incriminatrici. – 3.2. Il giudizio di idoneità. – 3.3. Il giudizio di necessità. – 3.4. Il giudizio di proporzionalità in senso stretto. – 3.4.1. I rimedi amministrativi per la violazione delle regole di pari partecipazione alle gare. – 3.4.2. Autorità antitrust e poteri sanzionatori: quali duplicazioni con le ipotesi di turbativa? – 3.4.3. Presupposti e limiti delle scelte d’incriminazione: considerazioni generali sulla proporzionalità “in senso stretto”. – 3.4.4. (*segue*): le turbative “nella scelta” della gara. – 3.4.5. (*segue*): le turbative “nell’esecuzione” della gara. – 4. Il problema del “doppio” *chilling effect*. – 5. Il principio di proporzionalità quale canone ermeneutico “costituzionalmente” obbligato. – 6. La sottofattispecie “sproporzionata” nei concorsi per il pubblico impiego.

1. *Premessa*

Come è emerso nei capitoli precedenti, il progressivo dilagare delle sottofattispecie di turbativa nel diritto vivente ha prodotto effetti infausti in relazione alle garanzie del *nullum crimen*, alla certezza del diritto e alla frammentarietà dell’intervento penale. La dottrina, certo, ha sviluppato puntuali riflessioni sul bene giuridico tutelato, allo scopo di razionalizzare le previsioni incriminatrici e ri-

stabilire la necessaria coerenza tra diritto vigente e formante giurisprudenziale¹. È indubbio, d'altra parte, il ruolo essenziale per definire i confini della responsabilità penale del riferimento qualitativo che si ricava dalla teorica dell'offensività, il cui contributo al consolidamento del modello costituzionale non può essere tralasciato. Il necessario fondamento primario degli oggetti di tutela – è ben noto – circoscrive l'ambito di rilevanza delle singole condotte, guidando l'interprete verso l'identificazione di confini chiari e perduranti nel tempo². Ben si comprendono, allora, gli innumerevoli sforzi che si susseguono in letteratura, al fine di ricondurre i delitti di turbativa in un orizzonte compatibile con il catalogo dei beni giuridici (cfr. *retro*, cap. I, § 1.1 ss.). Tali indispensabili tentavi di selezione delle condotte meritevoli d'incriminazione, tuttavia, non hanno sempre raggiunto risultati soddisfacenti, ora disperdendosi in una pluralità di rivoli ricostruttivi ora oscurati dalle continue oscillazioni del giudice penale, che non ha mancato di spingere il proprio sindacato al di là dei limiti dell'incriminazione prospettati in dottrina.

A fronte di simili incertezze, il *vulnus* di tipicità ha trovato un primo temperamento nell'indirizzo restrittivo adottato dai giudici di legittimità in materia di affidamento diretto. L'attenzione ai limiti formali dell'incriminazione è divenuta vettore di un nuovo percorso ermeneutico che mira a correggere i punti di tensione rispetto al *nullum crimen*. Rimane, nondimeno, da chiedersi se l'attuale estensione dei delitti di turbativa corrisponda a scelte di tutela ragionevoli e, quindi, costituzionalmente compatibili. L'espansione *in action* della responsabilità penale continua, peraltro, a inseguire le riforme che

¹ Sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte *retro*, in part. cap. I.

² V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 158. Con particolare riguardo alla funzione di selezione delle condotte penalmente rilevanti, si veda, di recente, A. CADOPPI, *Il "reato penale". Strategie di contenimento della "criminalizzazione"*, Napoli, 2022, 143 ss., in part. 153 ove l'A. afferma che "[i]l bene giuridico, e il suo aggancio alla Costituzione, rimane un fondamentale punto di riferimento nella penalistica non solo italiana. E così si può dire dello stesso principio di offensività, se pensato in rapporto a un simile concetto, comunque normativo, di bene giuridico. Il legislatore, nelle scelte di incriminazione – che sono certamente di sua spettanza – non può fare a meno di considerare l'aspetto delle finalità di tutela, e deve giustificare la repressione penale delle condotte che vuole proibire tenendo conto dei beni giuridici che con tali atti normativi mira a tutelare".

animano la materia degli appalti pubblici a livello europeo e nazionale; così, le ambiguità sul piano punitivo ostacolano i nuovi investimenti, con il rischio di vanificare l’effettiva attuazione dei rispettivi impianti normativi. In tale scenario, acquisisce rilievo il giudizio di proporzionalità che, come si vedrà, consente una verifica piuttosto efficace sulla ragionevolezza delle norme penali, da declinare secondo un metodo argomentativo controllabile *ex post*. Detto altrimenti, posta l’analisi dei limiti di legalità, il bilanciamento tra gli interessi contrapposti consente di distinguere le fattispecie utili per raggiungere il fine che muove l’azione amministrativa³, sostituendo al modello asettico della “fedeltà alla legge” un giudizio concreto sulla razionalità delle singole opzioni punitive. D’altra parte, la stessa legalità amministrativa non è certo da intendere in chiave formale (cfr. *retro*, cap. II, § 3 ss.), quale mera obbedienza ai precetti stabiliti dal legislatore, bensì nella prospettiva del buon andamento sostanziale come “sinonimo di efficienza”⁴, ossia di “massima aderenza all’interesse pubblico”⁵. Le più recenti innovazioni normative si pongono a una distanza siderale dalla visione per cui “la pubblica amministrazione in Italia è un’amministrazione *non di risultati*, ma di atti”⁶; sarebbe paradossale, pertanto, se la leva penale tendesse nella direzione contraria.

Il “nuovo” codice degli appalti si apre – per l’appunto – con il principio del risultato per conseguire l’“affidamento del contrat-

³ F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, II, I, Milano, 1997, 2400.

⁴ E, quindi, prendendo a parametro efficienza ed efficacia dell’azione pubblica: M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 142, precisando l’A. che la rappresentazione tradizionale di legalità amministrativa quale mero rispetto delle regole di legge “rischia di essere anacronistica e, cosa ancor più grave, inesatta ed incapace di descrivere la vera realtà giuridica”. Del resto, è stato puntualmente affermato che “l’identificazione tra buon andamento ed efficienza dovrebbe divenire sicura, come pure diverrà pienamente attendibile l’equazione tra imparzialità e correttezza del rapporto legge-amministrazione-cittadino”: U. ALLEGRETTI, voce *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 139.

⁵ Si veda, ancora, F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, cit., 2400 (corsivi originali).

⁶ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 258. Sul punto, si veda *retro*, cap. II, § 3.1.

to e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”⁷. Il nuovo “testo unico”⁸, peraltro, conferma il carattere polifunzionale delle procedure a evidenza pubblica, tese al perseguimento dei fini previsti dal legislatore e, al contempo, alla prevenzione dei rischi corruttivi attraverso la “digitalizzazione, trasparenza e qualificazione”⁹. Oltre a essere espressamente riconosciuto come criterio ermeneutico di portata generale¹⁰, il principio del risultato “è destinato ad operare come criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell’individuazione della regola del caso concreto”¹¹. Anche senza volerne ricavare una primazia assiologica, se non forse sul piano culturale, il principio del risultato detiene una posizione essenziale nel bilanciamento tra i contrapposti interessi che vengono in rilievo nel caso concreto. Il versante amministrativo, quindi, riconosce al principio di proporzionalità una particolare importanza e lancia una sfida alla materia punitiva, affinché ripensi (finalmente) struttura e funzione dei reati di turbativa, così da rispettare la direzione prestabilita a livello europeo per le gare pubbliche. È in questa direzione che sembra utile sperimentare il giudizio di proporzionalità riguardo alle varie ipotesi di turbativa, non senza completare prima due premesse di metodo e un avvertimento necessari al prosieguo della trattazione.

⁷ Art. 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, come peraltro già precisato in apertura dello schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici, predisposto dal Consiglio di Stato e trasmesso alla Presidenza il 5 gennaio 2023. Più diffusamente, sull’evoluzione della disciplina in esame, *retro*, cap. II, § 3 ss.

⁸ La scelta di introdurre una “parte generale” che enumera i principi generali validi nel settore degli appalti pubblici, infatti, rappresenta un *novum* particolarmente rilevante giacché rende “intelligibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti”: così, la *Relazione agli articoli e agli allegati* che accompagna lo schema di decreto, trasmessa alla Presidenza il 5 gennaio 2023, in part. 10.

⁹ *Ivi*, 9.

¹⁰ Così, l’art. 4 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: sul punto, già *retro*, cap. I, § 1.4.

¹¹ Secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato nella menzionata relazione di accompagnamento (in part., 10).

1.1. *Profili di metodo: il principio di proporzionalità per la selezione delle condotte penalmente rilevanti in materia di appalti*

In punto di metodo, due considerazioni preliminari sembrano opportune per impostare correttamente l'analisi. Anzitutto, occorre tenere in considerazione la principale obiezione sollevata contro l'impiego della proporzionalità nella verifica di legittimità delle norme penali. In estrema sintesi, si osserva, tale principio sarebbe superfluo: le categorie tradizionali che descrivono la struttura del reato sono di per sé sufficienti a ricomprendere i diversi step di cui si compone il giudizio di proporzionalità, sostanzialmente inutile nella prospettiva tanto del giudice costituzionale quanto dell'autorità giudiziaria comune. L'individuazione del diritto fondamentale da porre in bilanciamento, infatti, equivarrebbe all'analisi interpretativa finalizzata a individuare il bene giuridico; la verifica d'idoneità sarebbe da sovrapporre al principio di effettività, mentre il controllo di necessità si ridurrebbe al principio di *extrema ratio*¹². L'ultimo step del giudizio, ossia la proporzionalità in senso stretto, pone maggiori difficoltà, collocata piuttosto arbitrariamente come valutazione di rispondenza tra offesa e trattamento punitivo¹³.

Eppure, tali obiezioni non colgono il carattere unitario del vaglio di proporzionalità, che insiste sul reato nella sua interezza e consente, da un lato, di selezionare le condotte costituzionalmente meritevoli di pena¹⁴ e, dall'altro, di orientare il giudice

¹² Per approfondire, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 119.

¹³ *Ibidem*, considerando l'A. altresì la critica più moderata secondo cui la proporzionalità sarebbe superflua in quanto modello argomentativo vuoto, da riempire attraverso le tradizionali categorie penalistiche. Per approfondire, sul punto, con particolare riguardo al modello di *common law*, si veda B.L. BERGER, *Constitutional Principles*, in M.D. DUBBER, T. HÖRNLE (a cura di), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2014, 434.

¹⁴ Si veda, *inter alia*, D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, 2015, 672 s., ma invero già F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 362, osservando l'A. come il giudizio di offensività sul contenuto del reato sia stato progressivamente esteso dal giudice costituzio-

nella determinazione della sottofattispecie rilevante per il caso concreto¹⁵.

In seconda battuta, non si vuol certo ignorare che il principio di proporzione, riferimento essenziale del diritto costituzionale¹⁶, non è nella sfera punitiva altrettanto consolidato. Le prime aperture si sono manifestate sul fronte della proporzionalità della pena¹⁷. Superando i limiti imposti dallo schema triadico, che per lungo tempo ha schermato dal controllo di legittimità perfino i più evidenti eccessi sanzionatori¹⁸, i giudici costituzionali hanno dichiarato contraria agli artt. 3 e 27, Costituzione, l'ipotesi in cui "alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata"¹⁹. Il "contenuto assiologico 'alto'" che con-

nale in maniera tanto più appropriata "quanto più si tratti di fattispecie a tutela dei 'nuovi' interessi (economici, finanziari, ecc.), intorno ai quali si concentrano posizioni soggettive molteplici e diverse". Con particolare riguardo ai profili di politica criminale, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 283 ss.; M.N. MASULLO, *Apertando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1772 ss.

¹⁵ V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 1245 ss., richiamando l'A. l'emblematica decisione Corte cost., 22 giugno 2021, n. 150, su cui si tornerà più diffusamente *infra*, cap. IV, § 5.

¹⁶ Per approfondire, con riguardo all'oggetto, al presupposto, ai limiti, alle tecniche e all'esito del bilanciamento quale "tecnica di composizione di interessi o diritti in conflitto", A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, II, 2008, 185 ss.

¹⁷ Con riguardo al progressivo trasmodare del criterio di offensività nel differente e contiguo paradigma offerto del criterio di proporzione in chiave sanzionatoria, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 137. Quanto all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, invece, si veda F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 52 ss.

¹⁸ Per approfondire, V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 6, 2016, 2107. La decisione di abbandonare gli argini offerti dalla dottrina delle rime obbligate, nondimeno, ha destato rilevanti perplessità con riguardo al rischio che i giudici costituzionali finissero per assumere un ruolo politico "paralegislativo" estraneo alle funzioni attribuite dalla Carta: sul punto, *inter alia*, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 251, 258; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 355 ss.

¹⁹ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236. Per approfondire, si rinvia a R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte*

traddistingue tale arresto interpretativo si evince, peraltro, dall'espressa valorizzazione dell'art. 49, par. 3, Carta di Nizza, nel tentativo di apprestare standard di tutela uniformi a livello europeo²⁰. In questa direzione, la Corte ha poi sperimentato il giudizio di proporzionalità con riguardo alle scelte d'incriminazione, avallando la selezione di sottofattispecie che siano adeguate a un apparato che attinge alla libertà della persona in tempi piuttosto recenti. Così, seguendo il solco tracciato dalla giurisprudenza europea²¹, le ipotesi di diffamazione a mezzo stampa sono state dichiarate illegittime nella misura in cui la sanzione detentiva dissuade “per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri”²². Al riguardo, i giudici costituzionali hanno risolto il delicato raffronto tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale a favore di quest'ultima, azzerando il *chilling effect* particolarmente grave per l'attività d'informazione (cfr. *infra*, cap. IV, § 4). Al contempo, la Corte costituzionale ha promosso un'operazione culturale nella direzione di un più attento bilanciamento tra le regole di condotta attinte dalla sanzione penale e i diritti fondamentali compressi dalle scelte di incriminazione, articolando la proporzionalità vieppiù in chiave ermeneutica come si andrà ad approfondire in seguito²³.

di criminalizzazione, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1540; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.-riv. trim.*, 2017, 48; M. DI LELLO FINUOLI, *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giur. it.*, 2017, 1431; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Indice pen.*, 2017, 176 ss.

²⁰ Sul punto, si veda ancora V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2108.

²¹ Si veda, *inter alia*, la decisione Corte edu, 6 novembre 2018, *Vincent del Campo c. Spagna*.

²² Così già l'ordinanza Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132.

²³ I profili che attengono alla proporzionalità quale criterio interpretativo, invero, implicano la valorizzazione del giudice comune nel dialogo con la Corte costituzionale offrendo strumenti direttamente applicabili per assicurare la legittimità dell'intervento punitivo: sul punto, *infra*, cap. IV, § 5.

1.2. *Le peculiarità di un'analisi "in astratto" delle sottofattispecie penali proporzionate*

Prima di procedere con l'analisi di dettaglio delle ipotesi di turbativa, occorre tenere a mente un avvertimento di non scarsa importanza²⁴. Le particolarità del giudizio di proporzionalità nella materia penale non consentono una perfetta sovrapposizione con lo schema che opera nel diritto costituzionale. Secondo una prima ricostruzione dogmatica, infatti, il vaglio di proporzionalità dovrebbe essere attuato a prescindere da qualsivoglia considerazione sul trattamento sanzionatorio, raffrontando la regola di condotta, in cui si sostanzia la norma incriminatrice, e il diritto fondamentale che risulta compromesso²⁵. Sennonché, una simile verifica di tipo neutrale non coglie interamente nel segno: ignorare i condizionamenti della pena sulla regola di comportamento svilisce un tratto identitario della dimensione punitiva²⁶, allontanando gli esiti del giudizio dalla dimensione reale. È in questa prospettiva, quindi, che si propone di valorizzare una ponderazione unitaria del reato – che tenga conto sia della regola di condotta sia della sanzione – con riferimento, in primo luogo, al diritto fondamentale compresso dal precetto penale²⁷.

²⁴ Si veda, in particolare, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 123 ss.

²⁵ *Ibidem*, soffermandosi l'A. sullo schema proposto dalla letteratura tedesca secondo cui è necessario, *in primis*, condurre il vaglio di proporzionalità tra la regola di condotta che stabilisce l'obbligo o il divieto penalmente rilevante e il diritto fondamentale compresso; in secondo luogo, la proporzionalità è da valutare con riguardo alla scelta di sanzionare quello specifico comportamento con uno strumento punitivo e, da ultimo, considerare la ragionevolezza del *quantum* di pena, valorizzando le peculiarità della sanzione penale solo nel secondo e nel terzo livello.

²⁶ Per approfondire, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 146 s.

²⁷ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 125. Con particolare riguardo al principio di offensività, del resto, è stato già sostenuto che "la valutazione della razionalità dell'opzione penale dovrà muovere, anzitutto, dalla valutazione della legittimità della pretesa comportamentale (sia essa di divieto o di comando) imposta con la norma-precetto (la *Verhaltensvorschrift*), e del margine di restrizione della sfera delle libertà individuali – o della stessa 'libertà di azione' – che la stessa implica, quale che sia la sanzione minacciata (penale o extrapenale) per la sua trasgressione": V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 281.

Sicché, risulta particolarmente utile la ricerca che affonda le radici nel diritto penale costituzionale sugli interessi di rango primario minacciati dalla pena²⁸. Il primo step del giudizio di proporzionalità, infatti, identifica l'azione od omissione dell'autorità che incide sul diritto fondamentale, pretendendo che tale iniziativa abbia confini chiari e ben identificabili²⁹. In secondo luogo, il vaglio di proporzionalità è da riferire alla natura della sanzione prevista dal legislatore e, da ultimo, alla tipologia di pena, così da evitare che il controllo di legittimità perda aderenza rispetto alle peculiarità della materia punitiva³⁰.

2. *Il sistema dei reati di turbativa: un'architettura sanzionatoria a due velocità*

Allo scopo di scrutinare le fattispecie di turbativa attraverso il principio di proporzionalità, sembra utile tentare di riorganizzare le riflessioni che seguono in termini sistematici. Si propone d'individuare alcune categorie ordinanti in relazione alle fattispecie in esame, nel tentativo di condurre il giudizio di proporzionalità in maniera più agevole e razionale. Come è emerso nei capitoli che precedono, infatti, sussistono rilevanti differenze riguardo all'ambito di applicazione degli artt. 353, 354 e 353-bis c.p., almeno secondo gli approdi del più recente indirizzo ermeneutico elaborato dalla Corte di legittimità.

Ricapitolando, i giudici hanno affermato a chiare lettere la necessità di superare l'orientamento precedente e, piuttosto, valorizza-

²⁸ Richiamando le riflessioni sulla libertà individuale, come termine del rapporto “fisso e invariabile” cui parametrare la legittimità dell'intervento punitivo, si rinvia, *in alia*, a F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 380.

²⁹ Se non si valorizzasse la sanzione già in questa primissima fase del ragionamento, del resto, si perderebbe la dimensione stigmatizzante e simbolica che contraddistingue il diritto penale, come peraltro confermato da autorevoli riflessioni che approfondiscono, viepiù negli ordinamenti di *common law*, le principali differenze tra gli strumenti civilistici e penalistici in relazione a finalità e natura delle rispettive sanzioni: si veda, *inter alia*, J.C. COFFEE, JR., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models. And What Can Be Done About It*, in *Yale L.J.*, 1992, 1882 ss.

³⁰ Si veda, al riguardo, *infra*, cap. IV, § 3 ss.

re l'argomento testuale, che esclude rilevanza penale alle condotte prodromiche a un affidamento diretto il quale, per definizione, implica l'assenza di una gara, anche "ufficiosa"³¹. Ciò nondimeno, si continua a ribadire che "[q]ualunque condotta tesa a interferire sulla libera concorrenza, anche se calata nell'ambito di paradigmi concorrenziali diversi, coopera alla genesi della lesione di quegli interessi posti a giustificazione della tutela penale. Il reato è cioè configurabile in ogni situazione in cui si debba sviluppare la libera attività di concorrenza"³². Ancorché ridotto, il criterio della "gara informale" non è posto radicalmente in discussione, continuando a orientare l'indirizzo maggioritario dei giudici di legittimità e ad accrescere le sottofattispecie *in action*. Con riguardo al reato di turbativa nel procedimento di scelta del contraente, peraltro, il testo della disposizione consente più ampi margini di manovra, giacché la clausola ad analogia implicita incoraggia ulteriori "sovra-estensioni" del tipo legale³³. È la formulazione delle fattispecie incriminatrici, quindi, a suggerire una distinzione tra i fatti che precedono e quelli che seguono il bando di gara o, meglio, l'atto funzionalmente tipico all'avvio della competizione³⁴.

Posta la diversa formulazione di legge, occorre verificare che le scelte d'incriminazione siano, in entrambi i casi, legittime perché proporzionate. È in questa prospettiva che sembra possibile distin-

³¹ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536. Per approfondire, sul punto, si rinvia a quanto considerato *retro*, cap. II, § 4.1 s.

³² *Ibidem*.

³³ In questo senso, V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, in part. 2490, ove l'A. precisa – per l'appunto – che il criterio della gara informale è legittimo se riferito all'art. 353-*bis* c.p., per la presenza del sintagma "altro atto equipollente", ma illegittimo se ricondotto all'art. 353 c.p. in ragione della diversa previsione testuale. Desta interesse, sul punto, l'argomento secondo cui la scelta da parte del legislatore del 2010 di estendere la formulazione del solo art. 353-*bis* c.p., lasciando inalterate le previsioni originali, conferma la necessità di riferire quest'ultime alle sole procedure aperte e ristrette: N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, 354.

³⁴ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, cit., ammettendo i giudici la possibilità di contestare il reato *ex art.* 353-*bis* c.p. in relazione a "un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un altro atto che abbia la stessa funzione". Sul punto, più diffusamente *retro*, cap. II, § 2 ss.

guere due scenari. Il primo si riferisce ai casi di turbativa “nella scelta” della gara, in cui il comportamento irregolare condiziona, a monte, la discrezionalità della stazione appaltante nella selezione della procedura idonea a raggiungere lo scopo di legge (cfr. *retro*, cap. II, § 3 ss.). L’idea, quindi, è che uno o più operatori economici siano indebitamente favoriti attraverso la scelta, in luogo di una serie meccanica, di una procedura negoziata che consente maggiori spazi d’interlocuzione con il privato e, di conseguenza, si espone a maggiori rischi di contaminazione. Il comportamento penalmente rilevante devia il procedimento dal corso che altrimenti avrebbe intrapreso, condizionando l’esercizio stesso dell’attività amministrativa³⁵.

Nel secondo scenario, invece, la pubblica amministrazione si orienta correttamente verso una procedura piuttosto che un’altra, verificandosi la turbativa “nell’esecuzione” della gara. In questo caso, il comportamento irregolare incide sulla concreta attuazione della selezione, alterando la concorrenza tra operatori nell’ambito, però, di un procedimento instradato in maniera esatta. Ebbene, a seconda dello scenario di riferimento, il principio di proporzionalità assume connotazioni diverse: il riparto tra le turbative “nella scelta” e “nell’esecuzione” della gara si rivela utile proprio per ordinare il *proportionality check* ed esaminare più agevolmente le ricadute del controllo di legittimità nel concorso tra le diverse fattispecie incriminatrici (cfr. *infra*, cap. IV, § 3.4.4 s.).

3. Alla ricerca di una dimensione punitiva proporzionata

Procedendo con ordine, il giudizio di proporzionalità richiede, anzitutto, d’identificare i diritti fondamentali che vengono in rilievo. In accordo con la visione pluralista³⁶, del resto, è possibile – an-

³⁵ Si veda, *inter alia*, Cass., sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 6259.

³⁶ Se il modello “coerentista” poteva essere accettato all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione, nel tentativo di consolidare un assetto di valori profondamente distante dall’impostazione totalitaria antecedente, il rafforzarsi di una società pluralista ha comportato un deciso cambio di rotta nell’atteggiamento dei giudici costituzionali, enfatizzando il giudizio di bilanciamento in prospettiva ermeneutica: A. MORRONE, voce *Bilanciamento*, cit., 193 ss., nonché R. BIN, *Dirit-*

zi inevitabile – che un diritto fondamentale patisca, in determinate circostanze, limitazioni per il prevalere contingente di interessi contrapposti³⁷. La legittimità dell’operazione di bilanciamento, nondimeno, dipende dall’obbligo argomentativo imposto all’autorità pubblica, che si riflette nel diritto alla giustificazione sulle ragioni che hanno portato a preferire un determinato interesse. Superando le strettoie imposte da una Carta costituzionale che opera per regole e non per principi³⁸, il modello pluralista si sottrae ad applicazioni eccessivamente restrittive ponderando, volta per volta, gli interessi in gioco e indicando nel dettaglio i motivi che giustificano il prevalere dell’uno sull’altro³⁹. Tale modello sembra di particolare utilità per lo scrutinio delle fattispecie incriminatrici, alimentando una “cultura della giustificazione del potere pubblico”, che rafforza il controllo di costituzionalità⁴⁰. Così inteso, il *proportionality check* diviene un setaccio attraverso cui far scorrere le scelte del legislatore penale, verificando che la discrezionalità insita nelle valutazioni di opportunità rispetti i confini della ragionevolezza⁴¹. Detto altrimenti, la proporzionalità consente di definire non una soluzione ideale e valida in astratto⁴², bensì un percorso argomentativo che controlli la legitti-

ti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, Milano, 1992, 57 ss.

³⁷ Il giudizio di bilanciamento che compie il legislatore, del resto, spesso si conclude non con “una decisione diretta a comporre un conflitto secondo una soluzione di equilibrio, ma, almeno di regola con la determinazione di un ‘ordine di precedenza’”: così, A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 108.

³⁸ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017, 153 ss.

³⁹ *Ivi*, 154, osservando l’A. come la visione “coerentista”, che individua un assetto di valori predeterminato nel senso di una progressione assiologica immutabile, si traduce in una progressiva riduzione dei diritti, quanto meno in prospettiva applicativa.

⁴⁰ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 108.

⁴¹ Enfatizzando l’esigenza di giustificare le scelte di tutela, con particolare riguardo all’esperienza costituzionale statunitense, A. BARAK, *Proportionality, Constitutional rights and their limitations*, New York, 2012, 458.

⁴² Con riguardo alla possibilità che il bilanciamento sia o meno indirizzato da schemi costituzionali di giudizio, si veda ancora A. MORRONE, voce *Bilanciamento*, cit., 193, ove l’A. ha cura di precisare che, pur in assenza di ricostruzioni teoriche affini a quelle tedesche per la risoluzione dei conflitti attraverso un ordine predeter-

mità della scelta d’incriminazione attraverso il bilanciamento tra gli interessi antagonisti⁴³ e, al contempo, rispetti i margini di libertà che il *nullum crimen* riconosce al potere legislativo.

Allo scopo di applicare il controllo di proporzionalità, quindi, sembra utile prendere in esame, nei paragrafi che seguono, i singoli passaggi che compongono il giudizio, procedendo per gradi in relazione al requisito di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto dell’incriminazione. Preso atto della “non raggiungibile varietà del concreto”⁴⁴, i comportamenti vietati ai sensi dei reati di turbativa saranno esaminati, prima, in relazione ai casi “senza concorrenti” e, in un secondo momento, distinguendo le ipotesi di turbativa “nella scelta” da quelle “nell’esecuzione” della gara, cercando di ordinare l’analisi alla luce delle diverse combinazioni nel rapporto tra l’art. 353-bis e gli artt. 353 e 354 c.p.

3.1. *I diritti fondamentali incisi dalle norme incriminatrici*

Questa tipica operazione interpretativa, che attraverso la *ratio legis* risale al diritto fondamentale compreso dalla norma incriminatrice, presenta nel caso dei reati di turbativa alcune difficoltà. Come emerso nel primo capitolo, infatti, l’identificazione del bene giuridico presidiato dalle fattispecie oggetto di studio è tutt’altro che agevole e presta il fianco a una pluralità di ricostruzioni⁴⁵, a ripro-

minato a monte, il bilanciamento non si risolve in un “diritto libero”, sussistendo referenti interni ed esterni attraverso cui compiere la scelta sull’“ordine di precedenza” preferibile secondo il dettato costituzionale.

⁴³ Con riguardo alla possibilità di declinare il giudizio di proporzionalità quale schema argomentativo che rinsalda l’obbligo di giustificare la ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore, A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1462.

⁴⁴ Il legislatore, del resto, si deve “limitare a prevedere situazioni tipiche e ricorrenti nella quasi totalità dei casi”, come ribadito dalla stessa Corte costituzionale nella pronuncia, 10 giugno 1988, n. 644, esaminando i giudici il problema delle condizioni economico-finanziarie cui il legislatore ha subordinato l’intervento solidaristico pubblico per gli assegni d’invalidità.

⁴⁵ D’altro canto, riguardo al carattere eminentemente valutativo del giudizio che ricostruisce il bene giuridico presidiato dalle norme penale, si è osservato che tale analisi rappresenta “l’esito di un complesso variegato di valutazioni successi-

va della debolezza del tipo sanzionato dal legislatore⁴⁶. Tutte le ricostruzioni proposte – o, quanto meno, le più recenti – presentano, però, tratti comuni che è bene enfatizzare. La valorizzazione della concorrenza, vieppiù nella forma statica (cfr. *retro*, cap. I, § 1.3.3), consente di risalire senza rilevanti esitazioni alla libertà d’iniziativa economica, ristretta dalle previsioni che regolano il mercato in ottica concorrenziale. Di qui, del resto, il pericolo di *chilling effect* che condiziona le scelte dell’imprenditore, restio a partecipare a gare su cui grava la spada di Damocle di un sistema sanzionatorio incerto e imprevedibile sia nell’an sia nel *quantum*⁴⁷.

Rispetto alla limitazione della libertà d’impresa⁴⁸, peraltro, le diverse fattispecie non presentano particolari differenze. Tanto in caso di turbata libertà degli incanti quanto di turbativa nel procedimento di scelta del contraente, le norme incriminatrici sono poste a presidio della concorrenza da proteggere – nella prospettiva plurioffensiva – insieme all’interesse pubblico alla fedeltà dei propri dipendenti o al vantaggio patrimoniale che giustifica la gara⁴⁹ oppure quale strumento per assicurare il buon andamento e l’imparzialità nell’individuazione della migliore offerta⁵⁰. Sennonché, insieme al-

ve, tra loro connesse secondo determinati passaggi logico-giuridici”: E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019, 195 s. È stato, del resto, puntualmente affermato che “è più conforme all’istanza democratica un controllo ancorché penetrante sulle opzioni politico-criminali del legislatore, ma fondato su canoni razionali apertamente e chiaramente ‘riempiti’ di argomenti scientifici, storici, comparatistici, piuttosto che un sindacato apparentemente di rigorosa garanzia ma celante dietro l’apoditticità di motivazioni apparenti valutazioni dotate di un tasso di ‘discrezionalità’ probabilmente più elevato”: F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 384.

⁴⁶ Il riferimento, con particolare riguardo alle diverse tesi che si sono succedute e ai relativi approfondimenti bibliografici, è alle considerazioni svolte *retro*, cap. I, § 1.1. ss.

⁴⁷ Si rinvia, sul punto, a quanto si dirà *infra*, cap. IV, § 4.

⁴⁸ Cons. St., sez. V, 18 gennaio 1984, n. 49, in *Foro it.*, 1984, 426 ss. Con particolare riguardo alla possibilità di ricondurre la libertà d’iniziativa economica ai diritti della persona che giustificano un sindacato “accentrato” di legittimità secondo quanto chiarito dalla celebre pronuncia n. 269 del 2017, M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2019, 321 ss.

⁴⁹ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, IV ed., Milano, 2015, 242.

⁵⁰ Per approfondire, F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, C.F. GROS-

la libertà d'impresa, occorre prendere in considerazione altri diritti che vengono in rilievo trattandosi di disposizioni penali: la dignità, specialmente sul piano reputazionale⁵¹, e la libertà della persona⁵². Tale conclusione si giustifica allorché si condivida una visione unitaria del giudizio di proporzionalità dei reati, ossia considerando insieme al divieto o all'obbligo previsto dalla regola di condotta altresì la sanzione a carattere punitivo. In questa prospettiva, il potere pubblico è contrassegnato da uno stigma sociale proprio solo della dimensione penale⁵³. D'altra parte, il marchio impresso sull'onore e sulla reputazione personale e professionale⁵⁴, a maggior ragione se il caso è attratto nel “circo” mediatico giudiziario⁵⁵, accompagna l'individuo in tutte le fasi del processo, divenendo ancor più infamante in caso di condanna anche non definitiva. Le modalità con cui si accerta il reato rappresentano, quindi, un elemento centrale: a fronte di sanzioni detentive dall'esecuzione incerta⁵⁶, è lo stigma del pro-

SO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2015, 671.

⁵¹ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 228.

⁵² Quanto al dibattito, sviluppatosi soprattutto nell'ordinamento statunitense, circa la possibilità di rinvenire un generale *right not to be punished* di rango costituzionale da valorizzare in sede di bilanciamento, si veda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 224, osservando, invero, l'A. che “la sua prospettazione ancora germinale rende preferibile [...] proseguire il cammino prendendo a punto di riferimento diritti fondamentali dal sicuro riconoscimento costituzionale, quali appunto l'onore e la reputazione personale”.

⁵³ Con riguardo alla possibilità di concentrare nella “dimensione stigmatizzante” la componente che contraddistingue la sanzione penale, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 56 (corsivi originali), facendo l'A. riferimento soprattutto alle teorizzazioni elaborate dalla letteratura di *common law*.

⁵⁴ A ben guardare, le sentenze di condanna sono accompagnate da una pluralità di effetti a carattere negativo che riguardano svariati aspetti, dagli effetti di discriminazione ed emarginazione sociale alle problematiche di salute ed (eventuale) difficoltà economica: per approfondire, M. GALLI, *Effetti collaterali*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Scritti in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 1418 ss.

⁵⁵ Per approfondire, V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022, in part. 80 ss.

⁵⁶ Con particolare riguardo ai profili di tensione con la presunzione d'innocenza e i canoni del giusto processo, si rinvia ancora a V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 140 ss., ove l'A. riconosce il processo penale “come la autentica ‘pena presofferta’ (e decisamente ‘infamante’) per l'individuo (indagato/imputato)”.

cesso ad assorbire gran parte della componente afflittiva⁵⁷, dovendosi tenere conto nel controllo di proporzionalità.

3.2. Il giudizio di idoneità

Il primo step del controllo di proporzionalità si basa sull'idoneità della scelta di criminalizzazione a raggiungere gli scopi di tutela che giustificano la pena. In chiave prospettica⁵⁸, quindi, l'ingerenza che il potere pubblico esercita in danno al diritto fondamentale deve rivelarsi idonea al perseguimento delle ragioni di tutela poste a fondamento della regola di condotta.

Sicché, già a partire dal vaglio d'idoneità, si verifica una significativa intromissione nella discrezionalità legislativa con il rischio, laddove la norma incriminatrice sia dichiarata inidonea in sé, di generare preoccupanti vuoti di tutela. Per giustificare l'esito negativo di questo primo passaggio⁵⁹, del resto, il legislatore dovrebbe aver

⁵⁷ Con riguardo alla libertà personale, non sembra necessario dilungarsi oltre, trattandosi di una tematica tra le più conosciute e indagate dal diritto penale costituzionale in relazione alla dottrina del bene giuridico: al riguardo, non si può che far rinvio a F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss. Quanto invece al rilievo costituzionale del principio di offensività, si veda, *inter alia*, D. PULITANO, voce *Offensività del reato (principio di)*, cit., 665 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.-riv. trim.*, 2013, 4 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indice pen.*, 1994, 284, con particolare riguardo al rapporto tra tipicità e offensività del fatto penalmente rilevante.

⁵⁸ Tutto l'opposto, insomma, del giudizio di proporzionalità della pena che – per l'appunto – misura la ragionevolezza della sanzione in relazione al fatto penalmente rilevante e declina, quindi, il bilanciamento in chiave retrospettiva: sul punto, non si può che richiamare F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., in part. 116 ss.

⁵⁹ Il fatto che si tratti di un risultato improbabile non toglie, nondimeno, che siano riscontrabili ipotesi in cui la scarsa qualità dimostrata nel redigere le norme incriminatrici abbia giustificato la declaratoria d'incostituzionalità – per l'appunto – già al livello dell'idoneità: si veda, a titolo di esempio, la pronuncia Corte cost., 9 luglio 1963, n. 121, ove i giudici, nell'esaminare il commercio di oggetti "nuovi" ai sensi di quanto previsto dall'art. 128, t.u.l.p.s., per contrastare gli scambi clandestini di beni provenienti da reato, affermano che "mentre è palese la ragione di controllare la circolazione delle cose preziose usate, potendo esse provenire da attività criminose od essere oggetto di ricettazione o di incauto acquisto, nessuna utilità sociale collegata ai fini della polizia di sicurezza giustifica la disciplina dettata dai primi quattro commi dell'art. 128 quando si tratti di cose nuove". Ne discende

predisposto norme radicalmente irrazionali⁶⁰. Anche in ragione di questi aspetti, non stupisce che siano quasi eccezionali le ipotesi in cui lo scrutinio di proporzionalità si arresta al vaglio d' idoneità, senza esaminare la necessità e proporzionalità in senso stretto della fattispecie incriminatrice. In relazione ai reati di turbativa, il risultato del primo step di analisi tende in direzione positiva. La predisposizione della sanzione punitiva, infatti, vieta *ex artt.* 353, 354 e 353-*bis* c.p. comportamenti che possono limitare la concorrenza tra gli offerenti quale potenziale rischio per l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. È di tutta evidenza, pertanto, che la ragione sostanziale posta a fondamento di tali previsioni incriminatrici è idonea a raggiungere lo scopo preventivo, riguardo sia alla collettività di riferimento sia al singolo che sia eventualmente raggiunto dal divieto. Proseguendo nel controllo di legittimità delle scelte di tutela, occorre quindi passare a esaminare la necessità dell'incriminazione.

3.3. Il giudizio di necessità

Il secondo passaggio del giudizio di proporzionalità accerta che la specifica scelta d'incriminazione sia *condicio sine qua non* per la realizzazione del fine che si propone il legislatore. Più nel dettaglio, la norma incriminatrice è legittima nella misura in cui non sia possibile raggiungere il medesimo risultato a prescindere dalla pena oppure attraverso strumenti sanzionatori meno afflittivi. Lo step che accerta la necessità dell'incriminazione, tuttavia, presenta insidie non trascurabili. Per prima cosa, la valutazione sulla possibilità di raggiungere altrimenti identici risultati preventivi impone un'ana-

che “mancano completamente le ragioni per imporre questo aggravio agli operatori economici e questa limitazione ai privati acquirenti”.

⁶⁰ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 165. Si potrebbe ipotizzare, al riguardo, l'idoneità dell'incriminazione in ragione dell'inesistenza del bene giuridico tutelato: è il noto caso di esposizione di bandiera estera rimasto, invero, piuttosto isolato (Corte cost., 25 maggio 1987, n. 189): sul punto, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 159 s., precisando che “mancanza di offesa di un bene giuridico coincide con mancanza di giustificazione di una disparità di trattamento relativa a un diritto di libertà”.

lisi ampia, che tenga conto dei costi, degli oneri e delle tempistiche riconducibili agli interventi pubblici alternativi. In aggiunta, si osserva, la comparazione con i mezzi diversi che il legislatore potrebbe impiegare assume connotazioni radicalmente differenti se riferita alla generalità dei consociati o, invece, alla singola persona fisica⁶¹. Il raffronto con altri modelli sanzionatori – solo si pensi all’illecito amministrativo – potrebbe tradursi in svantaggi minori sul piano individuale, ma comportare aggravii degli oneri imposti alla collettività⁶².

Nella dimensione d’impresa, peraltro, non si tratta solo di stabilire se il costo sociale connesso agli strumenti preventivi sia più contenuto del costo individuale addebitato retroattivamente al reo dalla pena; occorre, altresì, verificare se un modello di regolazione “*ex ante*” sia in linea con le politiche economiche adottate in un certo contesto storico⁶³. Una simile operazione, invero, sembra quanto mai ardua attesa la difficoltà di reperire dati, foss’anche a carattere statistico⁶⁴, sull’efficacia delle sanzioni penali ed extra-penali. Al pari di quanto concluso in punto di idoneità, appare improbabile un intervento di legittimità che dichiari la sproporzione dei reati di turbativa perché non necessari al raggiungimento dello scopo di tutela. Del resto, la presenza di misure alternative alla pena, nonché il rispettivo grado di incisività ed effettività, sono fattori determinanti

⁶¹ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 166.

⁶² Solo si pensi, a titolo di esempio, agli investimenti necessari per predisporre un sistema sanzionatorio amministrativo correlato all’attività di un’autorità di vigilanza indipendente che coadiuva l’amministrazione nelle attività di regolazione, vigilanza ed eventualmente sanzione degli illeciti.

⁶³ Sul punto, ancora N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 167.

⁶⁴ Non sono da tralasciare, nondimeno, gli studi che hanno impegnato parte della dottrina proprio nel tentativo di “misurare” i caratteri della giustizia penale, rilevando – per l’appunto – la difficoltà di reperire le informazioni necessarie all’analisi: M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L’inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, in part. 51 ss. Con particolare riguardo, poi, all’impatto delle sanzioni per alcuni reati contro la pubblica amministrazione in materia di appalti pubblici, G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. giur. ec.*, 2020, 133 ss. nonché, in senso più ampio, rispetto al fenomeno corruttivo, M.F. ROMANO, G. MORGANTE, G. DI VETTA, P. PAVONE, A. BALDASSARINI, *La misurazione della corruzione attraverso le sentenze della magistratura: una proposta metodologica con strumenti di text mining*, in *Federalismi*, 2020, 164 ss.

nel bilanciamento posto a fondamento della proporzionalità in senso stretto. Sembra, quindi, opportuno rimandare in tale sede l'esame e la ponderazione degli strumenti extra-penali, che sollevano più di un dubbio sulla proporzionalità di un impiego così massiccio degli strumenti punitivi.

3.4. *Il giudizio di proporzionalità in senso stretto*

L'ultimo passaggio merita una particolare attenzione, atteso che è la proporzionalità in senso stretto il criterio secondo cui il giudice delle leggi riscontra con più frequenza l'illegittima intromissione del potere pubblico nei diritti fondamentali della persona⁶⁵. Tale segmento finale, tuttavia, è particolarmente complesso. Occorre tenere in considerazione, per un verso, 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, di nuovo in paragone con le alternative extra-penali e, infine, i tempi necessari per rendere quest'ultime efficaci. Viene in rilievo, quindi, una pluralità di fattori che rappresentano, però, solo la prima componente da ponderare. Il giudice delle leggi deve, per altro verso, esaminare la tipologia e l'intensità della limitazione che la sanzione penale infligge all'onore e alla reputazione dell'individuo, così da confrontarli con l'intensità della lesione che gli stessi diritti fondamentali patirebbero in presenza di misure extra-penali⁶⁶.

Il vaglio di proporzionalità in materia di concorrenza è stato ampiamente applicato dal giudice costituzionale con riguardo alle scelte di regolazione, esaminando la rispondenza tra i fini perseguiti e i mezzi impiegati per assicurare sia il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione sia l'equilibrio economico generale⁶⁷. Più nel dettaglio, l'obiettivo della più ampia apertura del mercato degli appalti alla concorrenza rappresenta lo scopo cui parametrare

⁶⁵ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 174.

⁶⁶ *Ivi*, 228.

⁶⁷ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14.

“la valenza economica degli interventi statali”⁶⁸. Al contempo, la tutela della concorrenza mediante le gare non è fine a sé stessa bensì assicura “il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza”⁶⁹, così attuando il principio di legalità dell’azione amministrativa⁷⁰.

Tenendo a mente tali premesse, sembra opportuno – come anticipato – condurre il giudizio sulle fattispecie incriminatrici su tre livelli distinti. *In primis*, un “livello zero” in cui manca la concorrenza tra imprese per le particolari caratteristiche dell’aggiudicazione: è il caso, per esempio, dell’affidamento diretto oppure dell’assenza dei presupposti rilevanti se il contratto è concluso tra privati (cfr. *infra*, § 3.4.4). In seguito, sono prese in esame le turbative “nella scelta” della gara (cfr. *infra*, § 3.4.5) e, da ultimo, quelle “nell’esecuzione” della gara dovendosi riscontrare delle particolarità non di poco momento nell’interazione tra le due categorie (cfr. *infra*, § 3.4.6). Prima di procedere all’ultimo gradino del *proportionality check*, nondimeno, occorre soffermarsi più nel dettaglio sulle misure extra-penali che intervengono come duplicato delle norme incriminatrici a tutela della concorrenza. Ancorché per cenni, l’esame degli strumenti preventivi a carattere amministrativo che consentono di reagire alle – o finanche prevenire le – ipotesi di collusione è decisivo per saggiare la proporzionalità dei precetti penali.

3.4.1. *I rimedi amministrativi per la violazione delle regole di pari partecipazione alle gare*

Il codice dei contratti pubblici, è noto, prevede alcuni rimedi in forma specifica, che si riflettono sulle sorti del contratto messo a gara seguendo profili propriamente amministrativi⁷¹ o, piuttosto,

⁶⁸ Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, osservando la Corte che “[l]a *ratio* di questo controllo risiede proprio nella natura della materia in esame: essa, infatti, non ha un ambito definito, ma si caratterizza per le specifiche finalità perseguite”.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Sul punto, si rinvia alle considerazioni formulate più diffusamente *retro*, cap. I, § 1.2 ss.

⁷¹ Solo si pensi ai poteri di annullamento e di revoca dei provvedimenti adottati nel corso dei procedimenti a evidenza pubblica: sul punto, A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, I, XIV ed., Milano, 2021, 1528 ss.

affini alla sfera negoziale⁷². Ai fini della presente indagine, destano interesse le regole di comportamento “duplicate” sul piano della prevenzione e della repressione, particolarmente rilevanti per la verifica di proporzionalità delle scelte di tutela. Nella prospettiva del *bis in idem*, allora, è utile analizzare le cause di esclusione dalla procedura a evidenza pubblica⁷³, prendendo in esame tanto la disciplina “originale” quanto i più recenti interventi di riforma. È, per quanto qui più interessa, da escludere “l’operatore economico [che] abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione, ovvero abbia omesso

⁷² Il riferimento, con riguardo alla disciplina di risoluzione del contratto d’appalto, è all’art. 108, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché art. 122, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. È possibile, del resto, far valere in giudizio non solo i vizi propri del contratto secondo limiti e giurisdizione propria del diritto privato ma, vieppiù, vizi derivati da irregolarità che hanno caratterizzato il procedimento di evidenza pubblica. La possibilità che (e le condizioni a cui) i vizi del procedimento si riverberino sul contratto determinandone l’invalidità o, piuttosto, l’inefficacia costituisce uno dei temi più indagati dalla dottrina amministrativa e di non facile soluzione: per approfondire si rinvia, *inter alia*, a F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*, in *Corr. giur.*, 2004, 664 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L’annullamento dell’aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1195 ss.

⁷³ Con riguardo alle aperture maturate in sede europea rispetto alle cause di esclusione dalle procedure di gara in presenza di comportamenti collusivi, si rinvia alle recenti riflessioni della Commissione europea elaborate nella comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione, 2021 C-91/01, in part. § 1.1. Si tratta, del resto, di un cambio di passo rilevante nella legislazione sovranazionale: solo a partire dal 2014, il diritto derivato ha previsto la possibilità per gli Stati membri di escludere dalla gara, in via facoltativa oppure obbligatoria, i candidati autori di collusione (art. 57, direttiva 2014/24/UE), all’esito di ponderazioni ragionevolmente adeguate. Proprio in forza del principio di proporzionalità, lievi irregolarità – specialmente se isolate – non devono portare all’automatica esclusione senza eccezioni dell’offerente (*inter alia*, Corte Giust., 30 gennaio 2020, C-395/18, *TIM-Vivendi*, nonché Corte Giust., 3 ottobre 2019, C-267/18, *Delta Antrepriza*). Per approfondire, invece, con riguardo alle offerte anomale, si veda D. SENZANI, *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell’amministrazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2021, 485 ss.

le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione⁷⁴. Tale previsione, nondimeno, è stata costruita in termini estremamente generici⁷⁵, comportando una sorta di “deflagrazione anticipata” degli effetti che seguono alla sola apertura del procedimento penale. Si evince, a prima lettura, la facilità con cui un comportamento rilevante *ex art.* 353 o 354 c.p. corrisponda alla descrizione quanto mai indeterminata di tali motivi di esclusione. La stessa giurisprudenza amministrativa ha, peraltro, interpretato i requisiti *de quo* in maniera estensiva, ulteriormente agevolando le sovrapposizioni⁷⁶.

Vero è che non sono ammessi automatismi⁷⁷, dovendo in ogni

⁷⁴ Così, la disposizione di cui all’art. 80, comma 5, lett. *c-bis*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo quanto previsto in seguito allo “spacchettamento” dell’illecito professionale nel 2019. La giurisprudenza amministrativa riconosce ampi margini di discrezionalità (tecnica) alla stazione appaltante nella valutazione delle offerte, sindacabile solo in caso di manifesta erroneità o irragionevolezza: così, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 26 ottobre 2018, n. 6119; sez. III, 9 novembre 2018 n. 6326. I giudici amministrativi, del resto, hanno adottato un contegno particolarmente rigido nei confronti dei c.d. illeciti professionali di cui alla lettera c), riconoscendo oneri dichiarativi e reticenza dell’operatore economico in base a standard rigorosi al fine di riservare all’amministrazione e non al privato la valutazione sulla rilevanza dell’infrazione commessa. Si è, al riguardo, fatto riferimento finanche alla configurabilità di illeciti “atipici”, potendo qualsivoglia comportamento contrario a una norma civile, penale o amministrativa essere preso in considerazione ai fini dell’esclusione: A. CANDIA, *Art. 80*, in F. CARINGELLA (diretto da), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2022, 752, citando l’A. la pronuncia della sezione V del Consiglio di Stato n. 5862 del 2019. In senso analogo, invero, anche Cons. St., sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; Cons. St., sez. III, 22 maggio 2019, n. 3331.

⁷⁵ S. VINTI, sub *Art. 80*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Milano, 2017, 969.

⁷⁶ Con particolare riguardo all’orientamento sulle cause di esclusione antecedenti al decreto n. 50 del 2016, Cons. St., sez. V, 20 novembre 2015, n. 5299; Cons. St., sez. V, 28 settembre 2015, n. 4502.

⁷⁷ Si è osservato, del resto, che la valutazione sulle cause di esclusione è “un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità e l’evidente insostenibilità del giudizio, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione discrezionale operata dalla Pubblica amministrazione, il Giudice Amministrativo non potrà sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo della stessa la propria”: Cons. St., sez. V, 24 luglio 2017, n. 3645, nonché, di recente, TAR Lazio, sez. II, 12 aprile 2022, n. 4384, TAR Valle d’Aosta, sez. I, 11 maggio 2022, n. 29. Quanto al margine di discrezionalità e, al contempo, agli

caso la stazione appaltante valutare l’affidabilità e integrità dell’offerente⁷⁸. Nondimeno, rilevano quali potenziali motivi di esclusione pressoché tutte le informazioni sull’apertura di indagini per i reati di turbativa, con l’avvertimento che “dal procedimento penale si potranno trarre elementi probatori tanto più significativi quanto più esso è progredito”⁷⁹. L’illecito professionale assume un carattere pressoché “atipico”: qualsiasi episodio potenzialmente rilevante in vista dell’esclusione è da dichiarare, così da permettere all’amministrazione di filtrare gli aspetti pericolosi per la regolarità della gara⁸⁰. Eppure, le misure interdittive che ne conseguono sono particolarmente gravi, specialmente in chiave general preventiva⁸¹, e dovrebbero quindi presentare elevati livelli di tassatività. Altrimenti, si esaspera l’effetto di congelamento: l’avvio delle indagini⁸² potrebbe – nella sostanza – precludere in via “generalizzata” l’accesso alle gare, pur in presenza di circostanze meramente sintomatiche di eventi

oneri probatori e motivazionali della stazione appaltante, Cons. St., sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603, ma altresì Corte Giust., ord. 04 giugno 2019, C-425/18, *CNS c. Gruppo Torinese Trasporti*.

⁷⁸ TAR Sicilia, sez. III, 7 luglio 2022, n. 2234.

⁷⁹ TAR Liguria, sez. I, 22 giugno 2022, n. 521, con particolare riguardo a un’indagine penale avviata per un’ipotesi di abuso d’ufficio. Ad avviso della ricorrente, infatti, l’amministrazione non avrebbe potuto disporre l’esclusione in ragione della mera pendenza di indagini penali, occorrendo almeno una decisione di condanna, ancorché non definitiva. Per contro, il giudice ritiene che nonostante “la ‘mera pendenza’ dell’indagine non p[ossa] di per sé sola giustificare l’esclusione dalla gara, l’Amministrazione può comunque valorizzare gli atti dell’indagine e i provvedimenti emessi dall’autorità giudiziaria penale per trarne elementi idonei a dimostrare l’inaffidabilità dell’operatore economico, dando conto del loro rilievo nella motivazione del provvedimento”.

⁸⁰ Cons. St., sez. III, 25 maggio 2019, n. 3331; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591, cit., ove i giudici – per l’appunto – precisano che “la stazione appaltante deve essere libera di ponderare discrezionalmente la sua idoneità come causa di esclusione, di tal che deve ritenersi mendace e rilevante anche la dichiarazione omessa”. In argomento, A. CANDIA, *Art. 80*, cit., 752. Con riguardo alle dichiarazioni da rendere in relazione all’intervenuto provvedimento di condanna, già a partire dalle previsioni del codice del 2006, S. LUCE, *Requisiti soggettivi degli operatori economici affidatari degli appalti pubblici di lavori*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *L’appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Bologna, 2012, 426 ss.

⁸¹ Così, del resto, la stessa giustizia amministrativa: Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2021, n. 630.

⁸² In caso di condanna, infatti, opera la causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 1.

criminali che sono in realtà tutti da accertare. In via esemplificativa, se il privato ha notizia di indagini in corso – solo si pensi al caso di proroga delle investigazioni – è tenuto a comunicarlo alla stazione appaltante, esponendosi altrimenti al rischio di esclusione dalla gara. Tale conclusione, nondimeno, pare incongruente rispetto all'assenza di conseguenze riconducibili sul piano penale alla mera apertura delle indagini, che neppure emerge – come noto – dal casellario giudiziale o dal registro dei carichi pendenti, attesa la precarietà della tesi accusatoria. Si arriva, insomma, al paradosso per cui l'imprenditore deve augurarsi che l'accertamento penale, se avviato, sia quanto meno segreto.

In questo contesto, l'approvazione del “nuovo” codice appalti aggrava, se possibile, il quadro. Tra le cause di esclusione non automatica dalla gara, sono ricomprese sia le ipotesi di doppia partecipazione non risolubili altrimenti sia i gravi illeciti professionali⁸⁵, estendendo a tali ipotesi gli obblighi di comunicazione⁸⁴. Il legislatore amplifica ulteriormente gli effetti collaterali del procedimento penale, ancorando espressamente le valutazioni di inaffidabilità al mero rinvio a giudizio per un'accusa inerente ai delitti di turbativa⁸⁵ nonché all'adozione di provvedimenti cautelari⁸⁶. Sicché, la lassità delle incapacitazioni legate al processo penale trova nuova linfa nelle pieghe del diritto amministrativo, aggravando il *chilling effect* specialmente per imprenditori stranieri che siano poco avvezzi ai “costumi” interni (cfr. *infra*, cap. IV, § 4).

Non basta. Innovando rispetto a quanto previsto dal legislatore nel 2006, il codice degli appalti prevede un'ulteriore ipotesi di esclusione per il caso in cui la c.d. doppia partecipazione⁸⁷ sia sfruttata

⁸⁵ Art. 95, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. È bene notare che secondo quanto previsto dall'art. 96, comma 6, è data all'operatore economico la possibilità di fornire prova contraria circa la sua affidabilità.

⁸⁴ Art. 96, comma 14.

⁸⁵ Art. 98, comma 2, lett. f). Quanto alle perplessità immediatamente sollevate con riguardo a tali rigide previsioni fin dall'entrata in vigore del decreto, F. LANDOLFI, *Rischio esclusione dalle gare se il pm chiede il processo*, in *Il Sole24 Ore*, 5 aprile 2023.

⁸⁶ Art. 98, comma 2, lett. g), d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

⁸⁷ Prendendo a prestito le parole di ANAC, del resto, “[p]rima dell'avvio di una procedura selettiva, le stazioni appaltanti possono svolgere consultazioni del mercato finalizzate alla predisposizione degli atti di gara, allo svolgimento della relativa procedura, nonché a fornire informazioni agli operatori circa le procedure

dall'operatore economico per approfittare di un vantaggio concorrenziale rispetto agli altri offerenti⁸⁸.

Al riguardo, desta interesse il fatto che il principio di proporzionalità impone una lettura restrittiva delle cause di esclusione dalla gara già sul piano amministrativo: la reazione è da considerare proporzionata solo se l'irregolarità si traduce in una distorsione della concorrenza “che non p[uò] essere risolta con misure meno intrusive”⁸⁹. Dal carattere sussidiario della sanzione amministrativa deve trarsi, *a fortiori*, la natura di *extrema ratio* dell'intervento penale, specialmente nei casi di turbativa “nell'esecuzione” della gara (cfr. *infra*, cap. IV, § 3.4.4).

programmate e i requisiti relativi alle stesse”, dovendosi preferire queste modalità ove l'appalto presenti carattere di novità. Pertanto, “le stazioni appaltanti individuano misure adeguate a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente o di un'impresa ad essi collegata alla consultazione preliminare. Le misure adottate dalla stazione appaltante sono volte a evitare che le informazioni, a qualunque titolo e in qualunque forma fornite in consultazione, comportino una lesione dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione” (linee guida n. 14, recanti *Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*, 16 gennaio 2019, rispettivamente § 1.1 e 4.2 s.).

⁸⁸ Secondo quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. e), infatti, è causa di esclusione “una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'art. 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive”. Per approfondire, sul punto, si veda A. CANDIA, *Art. 80*, cit., 763 ss.

⁸⁹ Così, l'art. 80, comma 5, lett. e), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ma altresì art. 95, comma 1, lett. c), del menzionato schema di decreto elaborato dal Consiglio di Stato per l'approvazione del nuovo testo unico in materia di appalti. In argomento, del resto, è intervenuto lo stesso giudice amministrativo affermando che “spetta anzitutto all'amministrazione aggiudicatrice che si è avvalsa del contributo del concorrente, del quale è perfettamente a conoscenza, adottare le misure adeguate per garantire la parità del confronto concorrenziale, cosicché in tanto può sussistere la causa di esclusione e il relativo obbligo informativo, in quanto – come afferma l'art. 80, co. 5, lett. e) – la situazione di asimmetria non possa essere risolta in altro modo”: Cons. St., sez. III, 31 gennaio 2019, n. 2079. In senso conforme, le Linee guida n. 14 di ANAC precisano che “[i] provvedimento di esclusione fornisce le ragioni sottese, motivando espressamente sulle ragioni che non hanno consentito di garantire in altro modo il rispetto del principio di parità di trattamento”. L'omissione della stazione appaltante nel predisporre tali misure non può determinare di per sé l'esclusione, giacché occorre una condotta volutamente scorretta del privato, essendo irrilevanti i casi di responsabilità oggettiva: in caso di procedimenti sostanzialmente sanzionatori, infatti, occorre applicare le garanzie partecipative di cui agli artt. 6 CEDU e 41, Carta di Nizza: Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2020, n. 1368. L'onere della prova, peraltro, è da ripartire tenendo conto del principio di vicinanza, come chiarito da A. CANDIA, *Art. 80*, cit., 765.

Tornando ai rimedi amministrativi, il codice degli appalti stabilisce altresì che, in caso di false dichiarazioni o falsa documentazione, la stazione appaltante è tenuta a presentare una segnalazione all'ANAC affinché quest'ultima, se ravvisa un'ipotesi di dolo o colpa grave, proceda a iscrivere l'impresa in un apposito casellario, determinandone l'ulteriore esclusione dagli appalti pubblici fino a due anni⁹⁰. Nel sistema di *rating* di legalità delle imprese coordinato da ANAC in collaborazione con l'autorità antitrust⁹¹, inoltre, è previsto un meccanismo sanzionatorio ulteriore per le ipotesi di omessa o tardiva comunicazione circa il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara⁹². Il novero delle sanzioni amministrative, del resto, non si limita a quanto previsto dal codice appalti⁹³, ma ricomprende le misure rimediale disciplinate dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, le cui particolarità richiedono un'autonoma trattazione.

3.4.2. *Autorità antitrust e poteri sanzionatori: quali duplicazioni con le ipotesi di turbativa?*

Nel ricostruire, in sintesi, i diversi livelli di sovrapposizione, sembra utile premettere qualche considerazione generale sulle sanzioni amministrative pecuniarie che, in caso di violazione delle re-

⁹⁰ Il riferimento è, in particolare, agli artt. 80, comma 12, e 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché a quanto da ultimo previsto dall'art. 94, comma 5, lettere e) ed f), nonché art. 96, comma 15, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

⁹¹ Si veda, in particolare, quanto previsto dall'art. 222, comma 7, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

⁹² *Ivi*, art. 222, comma 13. A tali previsioni, peraltro, si aggiunge il controllo di legittimità che compete alla Corte dei conti, con la possibilità di paventare un ulteriore binario di accertamento di responsabilità erariale per i fatti in esame. Per approfondire, con particolare riguardo alla rilevanza in materia di appalti di quanto previsto dal testo unico 12 luglio 1934, n. 1214, si veda A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1556 ss.; G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori*, cit., 139 ss.

⁹³ Non sono, peraltro, da tralasciare le ulteriori fonti di responsabilità cui sono esposti i pubblici dipendenti e, segnatamente, le denunce dei privati nelle forme del *whistleblowing* e – per l'appunto – la responsabilità per danno erariale innanzi alla Corte dei conti: per approfondire, S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 294 ss.

gole poste a presidio della concorrenza, la legge 10 ottobre 1990, n. 287, affida all'autorità antitrust (AGCM). In materia di concorrenza, la centralità dell'autorità antitrust e delle sanzioni pecuniarie descrive un modello di illecito amministrativo alternativo a quello penale con riguardo alle violazioni degli artt. 101 e 102 TFEU⁹⁴.

Tali misure patrimoniali di carattere draconiano, infatti, colpiscono direttamente l'impresa e possono arrivare fino al dieci per cento del fatturato realizzato, tenendo conto della gravità e della durata dell'infrazione⁹⁵. La sanzione è da parametrare “alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”⁹⁶. Emerge, così, un illecito amministrativo di “nuova generazione” che si rivolge a

⁹⁴ L. FOFFANI, *I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, in A. BONDI, G. FIANDACA, G.P. FLETCHER, G. MARRA, A.M. STILE, C. ROXIN, K. VOLK, *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 547. L'A., in particolare, distingue il modello c.d. “classico” che attribuisce un ruolo minore all'illecito amministrativo come nel caso dei reati societari (art. 2621-2642 c.c.) dal modello del doppio binario, costruito sul *bis in idem*, come per gli abusi di mercato. Si aggiungono, poi, due ulteriori modelli che fanno riferimento l'uno – per l'appunto – al caso della concorrenza, in cui l'illecito amministrativo è alternativo a quello penale, e l'altro a un modello fungibile “indifferente alla natura penale o amministrativa della sanzione e della responsabilità” (*ivi*, 549).

⁹⁵ Secondo quanto previsto dall'art. 15, infatti, laddove l'impresa commetta una violazione degli artt. 101 e 102, TFUE, nonché della disciplina nazionale, si espone alla sanzione pecuniaria disposta dall'autorità amministrativa indipendente (comma 1-*bis*) la quale può peraltro inasprire il *quantum* sanzionatorio per l'ipotesi in cui l'impresa non si conformi al contenuto della diffida emessa dall'autorità stessa in relazione alla violazione (commi 1 e 2). L'AGCM ha, peraltro, il potere di prevedere ulteriori penalità di mora che possono arrivare fino al cinque per cento del fatturato medio giornaliero secondo quanto previsto dal comma 2-*bis* dell'art. 15.

⁹⁶ L'art. 31, l. 10 ottobre 1990, n. 287, fa espresso rinvio alle previsioni generali stabilite in materia di sanzioni amministrative dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, ossia per quanto qui più interessa dall'art. 11 della già menzionata normativa. Con riguardo alle interazioni tra illecito penale e amministrativo già E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *I “principi generali” dell'illecito amministrativo nel disegno di legge “modifiche al sistema penale”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 1154 ss. Con riguardo invece alle modalità con cui sono applicati i criteri prestabiliti dal legislatore per la quantificazione delle sanzioni pecuniarie, si rinvia alle linee guida contenute nella delibera AGCM del 22 ottobre 2014, n. 25152.

“interessi di cruciale rilevanza collettiva”⁹⁷, ricoprendo un’area solo in parte corrispondente alle sanzioni penali e sotto il controllo di autorità dotate di poteri istruttori coercitivi⁹⁸.

Non è da tralasciare, però, che gli illeciti amministrativi posti a presidio della concorrenza sono stati identificati dai giudici di Strasburgo come sostanzialmente afflittivi⁹⁹: tanto la natura dell’infrazione quanto la natura e la gravità dell’illecito legittimano la qualificazione di tali misure come parte della materia penale¹⁰⁰. In termini affini, il Consiglio di Stato ha identificato le sanzioni antitrust come punitive, enfatizzando l’esigenza che abbiano un’adeguata efficacia deterrente.

In presenza di fatti rilevanti a titolo di turbativa, si perfeziona l’ennesimo doppio binario. Da un lato, il diritto europeo privilegia l’impiego delle sanzioni amministrative per fronteggiare i comportamenti anticoncorrenziali nel mercato unico¹⁰¹ – così come le ir-

⁹⁷ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1812.

⁹⁸ Sul punto, si veda A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, 2022, 47. Di particolare interesse, al riguardo, è la scelta prospettata da alcuni ordinamenti europei di affidare all’autorità antitrust anche un ruolo di supervisione rispetto all’applicazione della disciplina in materia d’appalti (Svezia e Germania): così, Commissione europea, comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici, cit., in part. § 4.

⁹⁹ Sono ben note le vicende processuali all’esito delle quali la natura amministrativa delle sanzioni pecuniarie riferibili alle autorità di vigilanza del mercato è stata smascherata riscontrando, in presenza dei c.d. criteri *Engel*, la natura sostanzialmente punitiva delle misure: per approfondire, si veda F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., in part. 317 ss., nonché L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 80 ss.

¹⁰⁰ Corte edu, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics srl et al. c. Italia*, in part. § 40, ove i giudici precisano che “[p]er quanto riguarda la natura dell’infrazione, sembra che le disposizioni delle quali è stata contestata la violazione alla società ricorrente fossero volte a tutelare la libera concorrenza del mercato. La Corte ricorda che l’AGCM, autorità amministrativa indipendente, ha il compito di vigilare sugli accordi restrittivi della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Pertanto essa incide sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale [...]. Inoltre va rilevato che la sanzione inflitta mirava per lo più a punire al fine di evitare il ripetersi degli atti incriminati. Si può dunque concludere che la sanzione inflitta era basata su norme aventi uno scopo sia preventivo che repressivo”.

¹⁰¹ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, 2014, 63, ove l’A. afferma in relazione all’organizzazione del diritto antitrust come modello amministrativo che “una concezione ‘amministrativa’, anziché ‘punitiva’, del diritto antitrust appare più coerente con le finalità di efficienza economica che

regolarità nei mercati finanziari o nella gestione dei dati personali. Dall’altro, il legislatore nazionale – o, nel caso dei reati di turbativa, il diritto vivente maggioritario¹⁰² – insiste nel raddoppiare le misure alternative attraverso le pene, quasi come se lo strumento penale fosse l’unico in grado di assicurare l’effettiva protezione dei beni coinvolti. Si continua a indulgere in un modello d’incriminazione simbolico, che sfrutta lo stigma sociale incorporato nelle previsioni punitive: l’*overcriminalization* rappresenta uno strumento potente che suggerisce un certo impegno da parte del legislatore nel contrasto a fenomeni percepiti come pericolosi¹⁰³, stendendo un velo sull’assenza di politiche serie che risolvano il problema alla radice.

Tornando al punto, i profili “comuni” tra pene e sanzioni amministrative per le ipotesi di turbativa sono tali da aver indotto l’autorità antitrust ad adottare uno specifico *vademecum*¹⁰⁴ e, in seguito, vari accordi *ex art.* 15, l. 7 agosto 1990, n. 241, con alcune procure della repubblica per implementare lo scambio di informazioni sulle indagini in corso¹⁰⁵. Identificati i mercati più esposti al rischio reato,

sono oggi prevalentemente attribuite alla disciplina in esame, in quanto si presta più facilmente, con minori costi amministrativi e di contenzioso, ad indurre modifiche nei comportamenti delle imprese interessate”. Per approfondire, con particolare riguardo ai profili penali, si veda C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1040, esaminando i caratteri del sistema sanzionatorio amministrativo quale modello dominante nel contrasto alla devianza economica; V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella legge 10 ottobre 1990, n. 297*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 645 ss.

¹⁰² Quanto al contributo particolarmente significativo del diritto giurisprudenziale rispetto all’espansione delle fattispecie di turbativa, si rinvia a quanto considerato *retro*, cap. II, § 2 ss.

¹⁰³ Su questi temi, non si può che richiamare D. HUSAK, *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2008, 7, ove – per l’appunto – l’A. afferma convintamente che “[s]ocial scientists have amassed a wealth of evidence to show that people are law-abiding mainly because they internalize social norms, not because they are deterred by their fear of arrest and prosecution. It is hard to see how the immense amount of punishment we inflict could be necessary to achieve a greater social good”.

¹⁰⁴ Si tratta, in particolare, del *Vademecum per le stazioni appaltanti* adottato da AGCM il 18 settembre 2013, recependo le indicazioni contenute nelle Linee guida OCSE contro la turbativa d’asta negli appalti pubblici.

¹⁰⁵ Si veda, in particolare, il protocollo d’intesa AGCM-Procura della Repubblica di Roma, 10 gennaio 2018, che, nel delineare le linee guida per lo svolgimento della collaborazione, espressamente menziona le fattispecie di cui agli artt. 353

in particolare¹⁰⁶, l'autorità ha preso in esame i fenomeni che possono associarsi a illeciti penali, invitando le stazioni appaltanti a comunicare in via preventiva i possibili casi a rischio¹⁰⁷.

Da tale quadro, deriva un dedalo sanzionatorio particolarmente intricato e quanto meno dubbio in punto di necessità. Eppure, non mancano modelli alternativi che hanno individuato, a monte, un raccordo tra i diversi livelli e assegnato alla pena carattere sussidiario (cfr. *infra*, cap. IV, § 3.4)¹⁰⁸. Superando l'originaria impostazione fortemente ancorata allo strumento punitivo¹⁰⁹, il legislatore francese ha, infatti, rafforzato nel tempo le misure amministrative preposte al corretto esercizio dell'azione pubblica, sviluppando in prospettiva preventiva piuttosto che repressiva gli antidoti ai fenomeni

e 354 c.p. (art. 3). In termini simili, del resto, il protocollo d'intesa con la Procura della Repubblica di Milano (11 gennaio 2018, art. 3), che richiama *expressis verbis* anche il reato di cui all'art. 353-bis c.p.

¹⁰⁶ Tra gli aspetti da considerare, in particolare, compaiono: a) pochi concorrenti; b) concorrenti caratterizzati da analogia efficienza e dimensione; c) prodotti omogenei; d) perdurante partecipazione alle gare delle stesse imprese; e) appalto ripartito in più lotti dal valore economico simile (*Vademecum*, in part. 2). In senso analogo, del resto, la Commissione europea ha recentemente affermato che gli accordi collusivi rilevanti come turbativa d'asta "possono assumere varie forme, come la definizione anticipata del contenuto delle loro offerte (in particolare il prezzo) al fine di influenzare l'esito della procedura, la rinuncia alla presentazione di un'offerta, la ripartizione del mercato su base geografica o sulla base dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'oggetto dell'appalto, o l'istituzione di sistemi di rotazione per una serie di procedure. L'obiettivo di tutte queste pratiche è quello di consentire a un offerente predeterminato di ottenere l'aggiudicazione di un appalto creando nel contempo l'impressione che la procedura sia realmente competitiva": Comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici, cit., in part. § 1.1.

¹⁰⁷ Si veda ancora il menzionato *vademecum*, in part. 3 s., ove l'autorità precisa che "le relative segnalazioni non devono essere assolutamente intese come manifestazioni di una raggiunta consapevolezza, da parte della stazione appaltante, dell'esistenza di criticità concorrenziali nell'ambito di una propria procedura di gara. Tali segnalazioni, pertanto, non giustificano in alcun modo l'interruzione della procedura né, tanto meno, la rinuncia ad assegnare la commessa all'aggiudicatario".

¹⁰⁸ L. FOFFANI, *I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa*, cit., 547.

¹⁰⁹ R. BORSARI, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, Torino, 2020, 179.

corruttivi¹¹⁰. Così, in materia antitrust, è stato avviato un percorso di depenalizzazione che ha ridotto non solo il novero di fattispecie, bensì l'avvio di procedimenti penali¹¹¹. Anche in presenza di sanzioni punitive¹¹², l'accertamento prende forma innanzi al *Conseil de la concurrence*, che è titolare di poteri cautelari, ingiuntivi e d'ottemperanza, così da trasferirsi sul piano penale in casi residuali, ossia per *citation directe* oppure per trasmissione degli atti da parte dell'autorità amministrativa¹¹³. Si può, allora, trarre dalla comparazione un ulteriore argomento a sostegno del carattere non proporzionato della sanzione penale, rafforzando l'esigenza di proseguire nell'analisi per distinguere le sottofattispecie che meritano la sanzione punitiva e identificare, altrimenti, soluzioni alternative.

3.4.3. *Presupposti e limiti delle scelte d'incriminazione: considerazioni generali sulla proporzionalità “in senso stretto”*

Prima di passare a considerare più nel dettaglio il controllo di ragionevolezza, sembra utile premettere qualche considerazione generale valida in relazione all'intero sistema dei delitti di turbativa e, quindi, da tenere a mente anche rispetto ai paragrafi che seguono. Come è emerso nei primi capitoli, la disciplina della concorrenza nel settore degli appalti pubblici ha subito consistenti evoluzioni

¹¹⁰ Con particolare riguardo al settore degli appalti pubblici, solo si pensi al contributo offerto dalla legge 9 dicembre 2016, n. 1691 (*loi Sapin 2*), su cui si rinvia, per approfondire, a C. SARTORETTI, *Il contrasto alla corruzione “amministrativa”: riflessioni sul modello francese*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, online, 2019, 568 ss., 547. Esaminando la tendenza alla depenalizzazione delle misure poste a tutela della concorrenza nell'ordinamento francese, già V. MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, 750 ss., osservando “lo spostamento di attenzione in materia dal momento repressivo penale a quello preventivo-amministrativo”.

¹¹¹ A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Torino, 2008, 444.

¹¹² Il riferimento positivo è agli articoli da L420-1 a 420-7, *Code de commerce*, e segnatamente all'art. L420-6 per la disciplina della sanzione a carattere punitivo. Con particolare riguardo, invece, alla disciplina di cui all'art. 432-14 del codice penale francese, si veda N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., 373 ss.

¹¹³ Per approfondire, si rinvia ancora a A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., 444.

nel tempo verso un delicato equilibrio tra gli interessi economici del mercato unico e la tutela di altri valori di spessore collettivo come la trasparenza, l'effettività, la semplificazione, l'efficacia, la non discriminazione dell'azione pubblica. Più nel dettaglio, il carattere relativo della concorrenza si giustifica nel contesto politico attuale per promuovere istituzioni – anzitutto europee – che non si limitino a curare i soli interessi di mercato, ma altresì il benessere sociale. In questa direzione, la scelta dell'offerta migliore non coincide sempre con quella più economica e, neppure, è la procedura aperta o ristretta la soluzione in ogni caso preferibile per la realizzazione del vincolo di scopo.

Trainata dal diritto europeo, la disciplina degli appalti – specialmente con riguardo alle previsioni appena approvate – affida ampia discrezionalità alle autorità pubbliche, ammettendo che, nel bilanciamento tra interessi, la concorrenza ceda di fronte a contrapposte esigenze che meglio soddisfano il buon andamento dell'amministrazione. Non sembra ridondante richiamare, ancora una volta, il principio del risultato che apre il nuovo testo unico in materia di appalti per conseguire l'"affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza"¹¹⁴. Del resto, si orienta da tempo in senso affine la disciplina antitrust: il legislatore persegue "un modello di 'amministrazione di risultati', anziché di amministrazione prettamente sanzionatoria", in omaggio a un'idea di concorrenza "come processo, anziché come equilibrio ottimale"¹¹⁵. Il principio di concorrenza è, così, da bilanciare caso per caso, consentendo il suo carattere relativo di adattarsi al mutare del contesto normativo ed economico di riferimento.

Tornando all'ultimo step del controllo di proporzionalità, il legislatore penale sceglie di limitare la libertà d'impresa per proteggere la concorrenza come mezzo per raggiungere gli scopi dell'ammini-

¹¹⁴ Così, l'art. 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in conformità con quanto previsto nello schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici: sul punto, più diffusamente, *retro*, cap. II, § 3.3.

¹¹⁵ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 63. Per approfondire, sul punto, si rinvia alle riflessioni formulate *retro*, cap. III, § 3.2.2.

strazione. I reati di turbativa, però, almeno secondo il diritto vivente attuale, presentano una portata pervasiva: al di là della qualificazione formale della procedura, i precetti raggiungono in maniera capillare ogni interlocuzione tra privati e amministrazione. È sufficiente una predeterminazione – anche di fatto – dei criteri di selezione¹¹⁶, e la consapevolezza da parte del privato della partecipazione di altri operatori, per attivare la leva penale e consentire all’autorità giudiziaria di scrutinare l’azione compiuta dall’ente pubblico¹¹⁷. Lo strumento punitivo, nel caso delle turbative, comprime la libertà e il patrimonio della persona attinta dalla norma incriminatrice. L’incremento sanzionatorio disposto in maniera trasversale nel 2010 ha, peraltro, esacerbato tali limitazioni, nell’asserito tentativo di contrastare la più gravi forme di criminalità organizzata (cfr. *retro*, cap. I, § 3 ss.). Vero è che la predisposizione della sanzione penale è intesa come plastica rappresentazione della priorità riservata al contrasto alle forme di delinquenza. Nondimeno, l’aura simbolica di cui si ammantava il legislatore nella predisposizione degli strumenti punitivi, è ormai noto, non sempre corrisponde ai decantati effetti di deterrenza, rischiando piuttosto di congelare il comportamento degli offerenti e dei pubblici funzionari, atrofizzando *in action* le riforme del settore pubblico (cfr. *infra*, cap. IV, § 4). Con riguardo al grado di tutela offerto dalle norme incriminatrici, sarebbe possibile condurre un’analisi più accurata se fossero a disposizione dati aggiornati sulla percentuale di procedimenti di turbativa d’asta che si concludono con sentenze di condanna, verificando altresì l’effettiva esecuzione e, quindi, la – quanto meno potenziale – rieducazione del reo.

In mancanza di riscontri statistici, ci si limita a osservare che la duplicazione sanzionatoria, affollandosi per lo stesso fatto sanzioni civili¹¹⁸, amministrative (in forma specifica e generica) e penali, non

¹¹⁶ Cass., sez. VI, 3 settembre 1998, n. 12238.

¹¹⁷ Cass., sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385, ove i giudici hanno cura di precisare che “deve escludersi la configurabilità di una gara allorché, nonostante la pluralità di soggetti interpellati, ciascuno presenti indipendentemente la propria offerta e l’amministrazione conservi piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati”.

¹¹⁸ Con riguardo alla possibilità ammessa nell’ordinamento statunitense di promuovere finanche la *treble damages action* e alle alternative preferite nella dimensione europea, si veda M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di*

depone a favore di un vaglio positivo di effettività. Se norme incriminatrici così permeabili richiedono, in ogni caso, di essere affiancate da un simile *côté* di misure alternative, appare quanto meno incerta la capacità dei mezzi penali di offrire un soddisfacente grado di tutela. La scelta d'incriminazione, inoltre, patisce limiti strutturali: il diritto penale "ha un carattere episodico e puntuale, essendo concepito per reprimere non già fenomeni criminali bensì singoli episodi criminosi"¹¹⁹. Attivare la macchina del processo penale, peraltro, comporta alti costi per la collettività, un'elevata esposizione mediatica dei soggetti coinvolti – specialmente in caso di imprese o stazioni appaltati di rilevanza locale o nazionale – e un significativo allungamento dei tempi necessari per accertare la verità processuale e, quindi, ritenere l'affidamento al riparo da accadimenti distorsivi. Ne deriva, quindi, un significativo grado d'incertezza da tenere in considerazione anche rispetto al fenomeno del c.d. *forum shopping* per gli investimenti, così radicalmente contrastato dalle istituzioni europee.

Occorre, allora, verificare se sussistono misure alternative capaci di raggiungere analoghi risultati di protezione. L'ordinamento nazionale ha attualmente in essere un complesso programma di *public* e *private enforcement*: le previsioni extra-penali sono già in campo, non comportano particolari costi di predisposizione o nuova applicazione e danno al momento prova di una certa effettività, come dimostra la fiducia che le stesse direttive europee del 2014 ripongono sulle autorità antitrust¹²⁰. D'altro canto, la sanzione amministrativa

"private" e "public enforcement" in materia di antitrust, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 172, nonché *infra*, nt. n. 135.

¹¹⁹ F. CINGARI, *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 34.

¹²⁰ È noto, del resto, le autorità antitrust operano in una rete europea e, finanche, globale come dimostra l'impegno di AGCM nei diversi organismi di primo piano: solo si pensi alla rete europea della concorrenza (ECN), all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), nonché alla rete internazionale della concorrenza (ICN) e alla conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo (UNCTAD). Con riguardo, del resto, a una cooperazione globale tra le autorità antitrust, così da creare un contesto stabile, globale ed efficace per sostenere le amministrazioni aggiudicatrici nel contrasto alle collusioni anticoncorrenziali, si veda la già citata comunicazione della Commissione europea sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici, in part. § 4.

disposta da autorità altamente specializzate e tecnicamente preparate consente “una reazione [...] immediatamente esecutiva e assistita da un alto grado di effettività nell’esecuzione”¹²¹.

Passando a considerare il secondo “piatto della bilancia”, non sembra in discussione l’eccezionale intensità della lesione che, già dalle prime fasi, il processo penale infligge all’onore e alla reputazione dei soggetti coinvolti. In un momento storico di preoccupante esposizione mediatica della giustizia penale, come mezzo per placare l’allarme sociale e infondere fiducia nelle istituzioni, non sono rari i casi di strumentalizzazione della persona, costretta a subire trattamenti ben lontani dalla presunzione d’innocenza. I reati di turbativa, peraltro, presentano sanzioni sia detentive che pecuniarie, la cui entità è stata di recente incrementata. Come osservato in precedenza, un simile innalzamento sanzionatorio avrebbe dovuto tradursi nella selezione dei fatti penalmente rilevanti, assecondando le dichiarazioni d’intenti che volevano ostacolare il prosperare delle più gravi associazioni criminali. Del tutto diverso, invece, sembra l’impatto di tali scelte in caso di singoli imprenditori, estranei a reti criminali organizzate e, piuttosto, autori di singole irregolarità. In questa prospettiva, mentre la pena colpisce la persona fisica colpevole del singolo fatto di turbativa, l’autorità antitrust contesta l’illecito direttamente all’impresa, massimizzando l’effetto deterrente nei settori di mercato.

Alla luce di tali considerazioni, il nuovo corso della giurisprudenza di legittimità che esclude la rilevanza penale di comportamenti “senza concorrenti” apre a possibili sviluppi futuri, che possano valorizzare i limiti sostanziali della dimensione punitiva nei casi in cui la concorrenza sia – di fatto – assente. I giudici di legittimità, in particolare, hanno già escluso la configurabilità del reato ove si tratti di una condotta di *mala gestio*, attuata in un contesto “senza concorrenti”¹²². Come osservato in precedenza, simili valutazioni potrebbero attanagliarsi peraltro alle vicende che ruotano intorno alla nozione funzionale di ente pubblico giacché, se si agisce *iure pri-*

¹²¹ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 1813.

¹²² Cass., sez. VI, 11 gennaio 2022, n. 17876, ove i giudici di legittimità hanno escluso che si configuri una collusione rilevante a titolo di turbativa nel caso di un sindaco che attesti falsamente come non eseguiti alcuni lavori pubblici così da procacciarsi finanziamenti ulteriori da impiegare in alcuni affidamenti diretti.

vatorum, il contratto è concluso senza gara, al di fuori della disciplina del codice degli appalti e, quindi, dell'ambito d'applicazione delle norme incriminatrici¹²³. In attesa dei prossimi sviluppi, è opportuno approfondire la proporzionalità dell'incriminazione nel caso in cui la turbativa si verifichi "nella scelta" o, invece, "nell'esecuzione" delle gare, presentando il tema problematiche che richiedono ulteriori considerazioni.

3.4.4. (segue): le turbative "nella scelta" della gara

Seguendo la schematizzazione proposta, occorre declinare il *proportionality check* in relazione alla scelta di punire fatti di turbativa nella procedura che porta all'avvio della gara.

Si pone, così, un primo ordine di problemi. L'irregolarità, a monte, può portare alla compilazione del bando o di "altro atto equipollente" in maniera tale da favorire un candidato in danno degli altri¹²⁴. Tra le diverse ipotesi, un simile scenario può nascondere un'intesa occulta tra il privato e l'amministrazione¹²⁵, così come un accordo tra le imprese nelle forme di una rotazione che assicuri loro, a turno, determinati servizi o forniture¹²⁶. Si tratta, è evidente, delle sottofattispecie tipicamente riferite all'art. 353-bis c.p., rilevanti a prescindere dalla pubblicazione dell'atto contaminato¹²⁷.

Vero è che il testo della disposizione ha una portata ampia, incoraggiando attraverso la clausola ad analogia implicita interpretazioni estensive (cfr. *retro*, cap. II, § 2 ss.). Tuttavia, il diritto vivente attuale, che disegna la fattispecie come reato di pericolo presunto, pone alcuni dubbi in punto di proporzionalità. L'incriminazione colpisce la persona fisica in maniera schiettamente anticipata e impone

¹²³ Più diffusamente, sul punto, *retro*, cap. II, § 4.2.

¹²⁴ Cass., sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267.

¹²⁵ Cass., sez. VI, 5 aprile 2012, n. 18161.

¹²⁶ Identifica, in particolare, i rischi dei comportamenti anticoncorrenziali che si sostanziano nella rotazione degli appalti tra un determinato numero di operatori economici la stessa Commissione europea nella menzionata comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione, 2021, C-91/01, in part. § 3.

¹²⁷ Così, in particolare, Cass., sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267, cit.

una significativa compressione della libertà d'impresa, configurandosi in presenza di comunicazioni che lascino trasparire il possibile favoritismo. Si pensi, a titolo di esempio, alla responsabilità riconosciuta in capo all'imprenditore che prenda contatti con i pubblici ufficiali responsabili di una procedura di gara, affinché invitino una terza società a lui vicina. Ancorché effettivamente non si sia tenuta alcuna selezione né sia stato pubblicato alcun bando viziato nel contenuto, le conversazioni per favorire il terzo sono da considerare – di per sé – pericolose e, quindi, idonee a fondare l'accusa penale¹²⁸. Se la gara non si realizza, a fronte di una lesione pressoché inesistente per il buon andamento e l'imparzialità della selezione è almeno dubbio che sia da considerare ragionevole il dispendio di risorse pubbliche e il lungo tempo di accertamento processuale. Come accennato, l'accertamento di tali sottofattispecie è, poi, oltremodo complesso: i giudici penali spesso si accontentano di ricostruzioni indiziarie¹²⁹, la cui tenuta si giustifica solo entro paradigmi di pericolosità presunta che mal si conciliano con il dettato costituzionale.

Tali comportamenti, peraltro, integrano illeciti amministrativi sanzionati da AGCM con misure sostanzialmente afflittive: in mancanza di un concreto pericolo di inquinare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, sembra quanto meno dubbio che possa parlarsi di scelte incriminatrici proporzionate¹³⁰. Diverso è il caso in cui, la gara abbia luogo. Se il bando è pubblicato, i termini del giudizio di proporzionalità mutano considerevolmente giacché sussiste – quanto meno – il pericolo che il comportamento anticoncorrenziale alteri la scelta della migliore offerta e, per l'effetto, il raggiungimento degli scopi della stazione appaltante. Sembra, pertanto, opportuno approfondire l'analisi autonomamente, individuando

¹²⁸ Si veda ancora Cass., sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267.

¹²⁹ Si consideri, a titolo di esempio, la pronuncia Cass., sez. VI, 25 ottobre 2004, n. 44618, su cui più diffusamente già *retro*, cap. I, § 2.

¹³⁰ Sul punto, si è affermato che appare “particolarmente urgente la ricerca di un coefficiente di concreta pericolosità in molti settori dove la predisposizione di fattispecie di pericolo presunto si accompagna a sanzioni di straordinaria gravità”: V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 265, 267. Con specifico riguardo alle ipotesi di rotazione anticoncorrenziale quale situazione pericolosa per la tutela della concorrenza, si rinvia al menzionato *vademecum* adottato da AGCM il 18 settembre 2013.

le peculiarità che contraddistinguono tale diversa fase della selezione pubblica (cfr. *infra*, cap. IV, § 3.4.5).

Un secondo ordine di problemi, invece, insiste sulla questione che ha portato al recente *overruling* interpretativo per le ipotesi di affidamento diretto. Il giudizio di proporzionalità è da calibrare sulla scelta di una procedura più restrittiva nell'aggiudicazione del contratto: i giudici di legittimità si sono occupati delle ipotesi di affidamento diretto, ma cosa accade se l'amministrazione sceglie una diversa serie negoziata invece che una procedura meccanica?¹³¹ Un esempio può aiutare a seguire il ragionamento. Una pubblica amministrazione intende implementare gli strumenti tecnologici a propria disposizione per il controllo dell'inquinamento dell'aria. Le imprese, attive nel territorio di riferimento, che detengono la preparazione tecnica e l'attrezzatura adeguata a produrre i software, sono in numero piuttosto contenuto¹³². Al posto di predisporre una procedura aperta o ristretta, la stazione appaltante opta, con adeguata motivazione¹³³, per una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, invitando gli operatori con cui avviare un'interlocuzione sulle condizioni del contratto. In caso di contatti tra alcune imprese e l'amministrazione durante la fase di scelta del procedimento, è sempre proporzionato l'intervento punitivo? Occorre distinguere a seconda che l'offerente "migliore" sia stato o meno escluso dagli inviti?

Questo aspetto è di complessa soluzione. Seguendo il criterio della "gara informale", in presenza di criteri selettivi prestabiliti, è con-

¹³¹ Quanto al rischio che nella scelta della procedura meno partecipativa s'annidi il rischio di corruzione tra il pubblico funzionario e gli operatori economici, si veda A. FIORITTO, *La corruzione nei lavori pubblici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica*, cit., 78 ss.

¹³² Con riguardo allo scarso numero di operatori economici nel mercato di riferimento quale fattore che innalza il rischio di collusioni anticoncorrenziali, si veda Commissione Eu, *Comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici*, cit., in part. § 1.2.

¹³³ Quanto al ruolo essenziale della motivazione dei provvedimenti amministrativi per assicurare la logicità e la coerenza dell'esercizio di potere, si veda G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 201 s. In relazione alla necessità di valorizzare la motivazione dei provvedimenti adottati durante le procedure a evidenza pubblica così da rispettare la discrezionalità tecnica affidata alle pubbliche amministrazioni e, al contempo, rafforzare i controlli e scongiurare accordi illeciti, si veda M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 445.

figurabile un caso penalmente rilevante se gli offerenti sono a conoscenza gli uni degli altri. Tale soluzione, nondimeno, pone alcune perplessità: anzitutto, si giustifica una profonda intrusione da parte del giudice penale nella discrezionalità che la stazione appaltante esercita al momento della scelta della procedura. Qualora l'ente giustifichi con una motivazione razionale le ragioni per cui ha preferito una procedura “non meccanica”, sembra complesso legittimare sul piano normativo la scelta incriminatrice¹³⁴, mancando un'effettiva esposizione a pericolo del buon andamento della stazione appaltante.

Neppure sembra decisivo l'argomento per cui è da considerare penalmente rilevante l'accordo che esclude l'impresa migliore. Nel contesto del mercato unico, in cui il regime degli appalti pubblici serve anche a superare la discriminazione tra imprese nazionali ed estere è difficile qualificare la società migliore per una certa attività, e raggiungere oltre ogni ragionevole dubbio la prova del pericolo cui è stata esposta l'amministrazione. Sebbene scegliere una procedura negoziata limiti la concorrenza, la scelta di esporre i soggetti coinvolti alle conseguenze dell'accertamento penale è sproporzionata laddove l'ente pubblico motivi la propria decisione con argomenti razionali e coerenti (si pensi a ragioni di urgenza, razionalizzazione delle risorse, adeguatezza delle offerte prospettabili). Non si deve dimenticare che si tratta di fattispecie dalla tipicità estremamente debole, le quali, specialmente nel caso di accordi collusivi, possono ricomprendere pressoché ogni comportamento. La norma incriminatrice, così, rischia di congelare la discrezionalità amministrativa e scoraggiare le imprese a partecipare alle gare non meccaniche¹³⁵, in un doppio *chilling effect* che richiede autonomo approfondimento¹³⁶.

¹³⁴ Con riguardo all'impossibilità di estendere i delitti di turbativa nelle ipotesi di trattativa privata, potendo al più ricomprendere le gare esplorative e di consultazione purché siano “apert[e] esplicitamente alla concorrenza tra gli offerenti”: A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 529 s.

¹³⁵ Con riguardo, tuttavia, alle alterazioni del mercato indotte dalle serie procedurali meccaniche, specialmente in caso di esclusione automatica delle offerte anomale, F. DECAROLIS, *Cronaca di un fallimento annunciato: l'impiego dell'esclusione automatica negli appalti di lavori pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1249 ss.

¹³⁶ Sul punto, più diffusamente *infra*, cap. IV, § 4.

3.4.5. (segue): le turbative “nell’esecuzione” della gara

Passando a esaminare quanto accade a valle del bando di gara, sembra opportuno articolare la riflessione in termini differenti. I comportamenti anticoncorrenziali, infatti, possono esplicitarsi nel corso di una procedura aperta o ristretta. In questo caso, è noto, il legislatore intende proteggere in maniera pressoché assoluta la concorrenza: si tratta delle serie procedimentali che contemplanò il massimo *favor participationis* e, al contempo, riducono la discrezionalità della stazione appaltante nell’individuazione del vincitore.

Con i dovuti distinguo, infatti, la pubblica amministrazione ha prestabilito nell’atto che dà avvio alla procedura i criteri tecnici ed economici della selezione e dell’aggiudicazione, limitandosi ad individuare tra le offerte presentate quella più vicina alla domanda. In questo contesto “apert[o] esplicitamente alla concorrenza tra gli offerenti”¹³⁷, quindi, sembra più ragionevole che la protezione della concorrenza giustifichi un’incisiva limitazione della libertà d’impresa, nonché dell’onore e della reputazione personale. Si pensi al danno alla concorrenza che può derivare dalla presentazione di offerte alterate attraverso dichiarazioni false¹³⁸ oppure per mezzo di offerte “assolutamente anomale ed economicamente del tutto ingiustificate”¹³⁹ o, ancora, dal boicottaggio della procedura con

¹³⁷ A. PAGLIARO, M. PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., 529.

¹³⁸ Cass., sez. VI, 19 ottobre 2021, n. 44701, precisando segnatamente i giudici, riguardo alla prospettazione del reato tentato di turbativa, che “la produzione dei falsi preventivi, intervenuta dopo l’ammissione alla gara all’esito della positiva verifica dei requisiti soggettivi dell’impresa e nel corso del subprocedimento volto alla verifica dell’anomalia del prezzo offerto, si è concretizzata nell’uso di un mezzo fraudolento per superare uno sbarramento intervenuto nella procedura di selezione e tale condotta costituisce atto idoneo ed univocamente diretto *in primis* a conseguire l’effetto di alterare la dinamica del subprocedimento e solo mediatamente, una volta superato quell’ostacolo ed evitata l’esclusione, a rimanere in gioco su basi alterate, nelle ulteriori operazioni di verifica dell’idoneità ed economicità dell’offerta proposta, ciò che, solo, avrebbe realmente determinato il risultato di turbare lo svolgimento della gara, intento, peraltro, non realizzato per effetto della ‘scoperta’ della falsità”.

¹³⁹ Così, già Cass., sez. VI, 29 aprile 1999, n. 9062, ove la Corte accoglie, invero, una nozione ampia di “altri mezzi fraudolenti”, ricomprendendo “ogni artificio, inganno, menzogna usati per alterare il regolare funzionamento e la libera partecipazione alla gara”. Ne deriva che “anche una offerta in ribasso assolutamente

minacce rivolte all’operatore che ha prospettato una serie di rilanci sul prezzo di aggiudicazione¹⁴⁰. La scelta incriminatrice, in tali ipotesi, appare ragionevole purché, ben inteso, il fatto sia provato oltre ogni ragionevole dubbio: non sembra sufficiente dedurre l’alterazione della concorrenza, in via presuntiva. Si pensi, per esempio, all’invito spedito dal sindaco a solo cinque operatori economici due dei quali considerati dai giudici privi d’interesse alla gara, perché dislocati in altro territorio, e i tre restanti ritenuti collusi in ragione della mera sequenza di spedizione delle offerte¹⁴¹.

A maggior ragione, non è possibile accontentarsi di “presunzioni a catena”, desumendo l’illiceità del comportamento da inferenze tratte dalle modalità di spedizione, senza neppure aprire le offerte per “poterne verificare anche sul piano comparativo il contenuto e l’entità”¹⁴².

Diversamente, in caso di procedure negoziate, si è visto che è la disciplina amministrativa a comprimere la concorrenza per il prevalere di opposte esigenze legate al buon andamento dell’amministrazione. Nei casi in cui la stessa regolazione amministrativa limita la concorrenza in ragione di esigenze contrapposte¹⁴³, l’incriminazione dei comportamenti anticoncorrenziali desta perplessità in punto di proporzionalità¹⁴⁴. Si pensi, per esempio, al tipico caso in cui la

anomala ed economicamente del tutto ingiustificata, effettuata nella consapevolezza che essa concorre in modo del tutto prevalente a determinare a livello minimo la c.d. offerta media, idonea ad identificare l’aggiudicatario della gara, può integrare l’artificio sufficiente ad impedire o turbare il regolare gioco della concorrenza, specie quando [...] la anomalia del tipo evidenziato riguardi ben due offerenti, l’uno a conoscenza della condotta contestuale dell’altro”.

¹⁴⁰ Cass., sez. II, 21 aprile 2017, n. 28388, ove i giudici si soffermano sul momento finale della procedura di gara ai fini della rilevanza penale del comportamento illecito. Con riguardo alla possibilità di contestare *ex art.* 353 c.p. condotte successive all’aggiudicazione ma antecedenti alla stipula del contratto, si veda altresì Cass., sez. II, 4 maggio 2018, n. 34746.

¹⁴¹ Così, invece, Cass., sez. VI, 24 ottobre 2004, n. 44618.

¹⁴² Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 1319, ove – per l’appunto – i giudici di legittimità sconfessano la tesi contraria sostenuta dal giudice di merito. Sul punto, si veda altresì *retro*, cap. I, § 2.

¹⁴³ Sul punto, AGCM, Relazione annuale, Presentazione del Presidente Roberto Rustichelli, 18 luglio 2022, in part. 2.

¹⁴⁴ Per contro, è stata sostenuta in dottrina l’opportunità di estendere l’incriminazione anche alle serie negoziate – in particolare, alla trattativa privata e all’appalto-concorso – sanzionando “non già il mero turbamento della procedura di ga-

responsabilità *ex art.* 353 c.p. è presunta in ragione delle interlocuzioni avvenute tra un offerente e l'amministrazione nelle fasi antecedenti alla "gara informale", a prescindere dall'accertamento di un'asimmetria informativa rilevante per la stipulazione del contratto¹⁴⁵.

La maggiore flessibilità del processo di aggiudicazione non preclude confronti diretti con il privato, purché si rispettino i principi di trasparenza e non discriminazione. In applicazione del criterio della proporzionalità in senso stretto, quindi, occorre quanto meno discutere della opportunità di escludere dai reati di turbativa non solo i casi "senza concorrenti" ma, altresì, le ipotesi di irregolarità compiute "nell'esecuzione" di gare che seguono il metodo negoziato¹⁴⁶. Una simile soluzione eviterebbe altresì il *chilling effect* ai danni delle imprese e dei pubblici funzionari, incoraggiando un'azione più flessibile da parte dell'amministrazione (cfr., *infra*, cap. IV, § 4)¹⁴⁷. D'altronde, non si tratta certo di comportamenti privi di tutela. Le condotte anticoncorrenziali prevedono strumenti di *private e public enforcement*¹⁴⁸ tali da rendere quanto meno dubbia l'opportunità

ra, bensì l'alterazione del suo risultato", N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza*, cit., 376, 377 ss., considerando che la crescente diffusione delle procedure non meccaniche le rende "terreno di coltura ideale per gravi arbitri, in ragione degli ampi spazi di manovra riconosciuti in questi ambiti ai pubblici poteri nella scelta del soggetto con cui addivenire alla contrattazione". In senso affine, si veda V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 155.

¹⁴⁵ Cass., sez. VI, 22 settembre 2004, n. 44829.

¹⁴⁶ Quanto alle peculiarità del modello riferibile alla trattativa privata, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, III ed., Milano, 1993, 390.

¹⁴⁷ Con riguardo al rischio che scelte eccessivamente prevedibili e costanti nel tempo da parte della stazione appaltante agevolino le collusioni anticoncorrenziali rendendo per gli operatori economici più agevole controllare in anticipo l'attività amministrativa, si vedano le considerazioni della stessa commissione europea nella menzionata comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici (in part. § 1.2).

¹⁴⁸ M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust*, cit., 171 ss. È stato, invero, puntualmente osservato che lo stesso intervento dell'autorità antitrust presenta limiti strutturali legati alla necessità di selezionare discrezionalmente i settori in cui intervenire – non potendo coprire con la medesima efficacia l'intero mercato nazionale – e alla scarsa capacità dissuasiva di sanzioni pecuniarie contenute rispetto ai vantaggi economici che assicura l'accordo illecito: si rinvia ancora a M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 455 ss., ove l'A. approfondisce il meccanismo della *treble damages action* che incentiva l'azione risarcitoria del privato, incrementando le fonti di ammanco patrimoniale e ripartendo l'allocazione dell'ini-

di aggravare il quadro attraverso le previsioni incriminatrici. Anzi, sembra da condividere il giudizio positivo su una gestione “accentrata” delle politiche della concorrenza da parte di un’unica autorità pubblica, che esercita la gran parte dei poteri sanzionatori (amministrativi), incrementando la prevedibilità delle decisioni che incidono sul mercato e assicurando una migliore ponderazione dei diversi interessi in gioco¹⁴⁹.

Nella semplificazione del quadro sanzionatorio, la valorizzazione dell’autorità antitrust consentirebbe, invero, di implementare il livello di certezza, attirando, auspicabilmente, nuovi investitori europei. In aggiunta, fattispecie incriminatrici che limitano i diritti fondamentali della persona è difficile che consentano di superare irregolarità a carattere sistemico. Se “[i] sistemi collusivi di lungo termine possono persino diventare parte integrante delle pratiche commerciali in alcuni settori economici, essendo gli operatori economici spinti o inclini ad aderirvi per ‘assicurarsi’ l’accesso al mercato e la loro quota dello stesso”¹⁵⁰, una sanzione pecuniaria indirizzata all’impresa, invece che all’individuo, non consentirebbe forse una forma di contrasto più efficace e tempestiva al fenomeno? Peraltro, si osserva, lo strumento da potenziare nel contrasto alla collusione negli appalti pubblici non è tanto la misura sanzionatoria – che interviene dopo la gara e, spesso, dopo la stessa esecuzione del contratto – senza poter incidere sul danno cagionato alla collettività dal comportamento illecito. Piuttosto, occorre agire sul fronte preventivo incrementando la semplificazione normativa e la formazione dei pubblici funzionari, per una più rapida individuazione delle collusioni e

ziativa sugli stessi offerenti. Emerge, così, un significativo divario tra la disciplina statunitense, peraltro aperta ai *punitive damages*, e il modello europeo: secondo quanto previsto oltreoceano, infatti, il soggetto privato che avvii un procedimento civile di accertamento di illeciti antitrust può ottenere fino al triplo del danno effettivamente patito, impiegando tali regole premiali per incentivare i meccanismi di *private enforcement*. Osserva, nondimeno, l’autore che gli strumenti privatistici non sono certo esenti da criticità, specialmente in relazione alla complessità dell’accertamento delle violazioni antitrust e all’analisi degli effetti che in concreto tali comportamenti generano sui mercati (*ivi*, 458 s.).

¹⁴⁹ *Ivi*, 461.

¹⁵⁰ Commissione Eu, Comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici, cit., in part. § 1.2.

risoluzione, a monte, dei problemi attraverso le regole di esclusione dalla gara¹⁵¹.

In questa prospettiva, anche a non voler condividere l'orientamento restrittivo proposto in relazione alle procedure negoziate, si può immaginare come correttivo – quanto meno – di trasformare tali fattispecie in reati di pericolo concreto. La valutazione di pericolo, in particolare, non sembra da declinare in relazione alla correttezza formale delle procedure a evidenza pubblica¹⁵², intendendo punire la mera disobbedienza alle regole amministrative; al contrario, è il fine che muove l'amministrazione *ex art. 97*, Costituzione, a dover essere esposto a pericolo secondo la verifica *case-by-case* dell'interprete.

A titolo di esempio, la richiesta da parte di un privato di favorire un'impresa "vicina" che non trovi seguito presso l'amministrazione¹⁵³ mancherebbe di rilevanza penale, venendo meno, a monte, il rischio di selezionare imprese inidonee allo svolgimento dell'appalto¹⁵⁴. Per contro, la collusione acquisirebbe rilevanza (anche penale) qualora il comportamento anticoncorrenziale esponesse effettivamente a pericolo l'obiettivo di "massima aderenza all'interesse pubblico"¹⁵⁵, modulandosi la scelta di tutela in termini di maggiore proporzionalità. Tutt'altro discorso è da farsi – è evidente – nel caso in cui il comportamento anticoncorrenziale si accompagni a un fatto

¹⁵¹ *Ivi*, § 1.3 e 2.3. Con riguardo al rilievo della formazione, specialmente nei confronti dei dirigenti, per prevenire comportamenti illeciti in materia d'appalti, già M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, cit., 449 ss.

¹⁵² Così, invece, espressamente Cass., sez. V, 13 aprile 2021, n. 26556, ove i giudici affermano che "l'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, finalizzata a condizionare le modalità di scelta del contraente (ad esempio mediante la 'personalizzazione' dei requisiti prescritti), determina, già di per sé sola, l'applicazione delle sanzioni penali".

¹⁵³ In senso contrario, invece, la citata decisione Cass., sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267.

¹⁵⁴ Si tratta, invero, di una lettura restrittiva al momento fortemente osteggiata dal diritto vivente che è, per contro, in gran parte favorevole a rinvenire la responsabilità *ex art. 353-bis c.p.* in presenza del mero pericolo di compromettere la corretta esecuzione del procedimento amministrativo, ossia a prescindere dalla pubblicazione o meno del bando di gara o di ogni altro atto equipollente: si veda, per esempio, ancora Cass., sez. V, 13 aprile 2021, n. 26556.

¹⁵⁵ F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione*, cit., 2400 (corsivi originali).

di corruzione¹⁵⁶. A prescindere dalle categorie ordinanti prospettate, nel momento in cui la collusione si risolve in un *pactum sceleris* tra offerente e pubblico funzionario non si può dubitare della proporzionalità dell’incriminazione¹⁵⁷: anzi, una ragionevole selezione delle sottofattispecie rilevanti come ipotesi di turbativa prevalentemente ascritte a illeciti di carattere amministrativo¹⁵⁸, consentirebbe di apprezzare il ruolo sussidiario della sanzione penale riservata ai casi di maggiore disvalore.

4. Il problema del “doppio” chilling effect

Nel mosaico che dà forma al controllo di proporzionalità, la dottrina costituzionale del *chilling effect* rappresenta una tessera centrale, specialmente in caso di bilanciamenti sulle libertà economiche

¹⁵⁶ Commissione Eu, Comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici, cit., § 1.2, ove la stessa Commissione osserva che “la collusione nel settore degli appalti pubblici è ancora più difficile da affrontare se combinata con la corruzione, ad esempio se gli operatori economici collusi corrompono una persona che esercita un’influenza nella procedura di aggiudicazione per garantire che il loro comportamento illegale non venga scoperto. Sebbene ai fini della presente comunicazione siano considerate problemi distinti nell’ambito degli appalti pubblici, collusione e corruzione possono verificarsi contestualmente e compromettere ancora di più l’affidabilità della procedura di aggiudicazione”. Per un’analisi sulle ricadute del fenomeno corruttivo in relazione alla concorrenza e alla distribuzione delle risorse pubbliche, alterando l’uguaglianza sociale e, per l’effetto, la legittimazione democratica della pubblica amministrazione, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, Torino, 2012, in part. 42 ss.

¹⁵⁷ In relazione a un’ipotesi di contestazione del fatto sia a titolo di corruzione che di turbativa, si veda Cass., sez. VI, 28 gennaio 2008, n. 13124; Cass., sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431; Cass., sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385, cit., nonché Cass., sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29267, cit., ove, peraltro, i giudici di legittimità condividono l’indirizzo estensivo secondo cui “configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio – e non il più lieve reato di corruzione per l’esercizio della funzione di cui all’art. 318 cod. pen. – lo stabile asservimento del pubblico ufficiale a interessi personali di terzi [...]”.

¹⁵⁸ Del resto, la proposta di rafforzare un sistema integrato e coordinato di tutela in cui “lo strumento repressivo penale sia affiancato (o meglio preceduto) da strumenti preventivi extrapenal, prevalentemente di carattere amministrativo” è già stata puntualmente avanzata per far fronte al fenomeno della concorrenza che non ha più natura “burocratico/pulviscolare”, ma piuttosto “politico-amministrativo-sistemico”: F. CINGARI, *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, cit., 9 s.

e sull'attività d'impresa. Tale concezione, che ha incontrato particolare favore nella giurisprudenza costituzionale specialmente statunitense¹⁵⁹, presenta spunti d'interesse per le ipotesi di turbativa, nonostante abbia cominciato ad affacciarsi nella sfera punitiva solo di recente¹⁶⁰ nel solco tracciato dalla Corte di Strasburgo¹⁶¹.

Declinando la dottrina del *chilling effect* in materia penale, infatti, le scelte d'incriminazione possono degenerare – specialmente in caso di fattispecie ambigue o che presentano una tipicità debole – nella “sovra-estensione” del tipo legale (*overdeterrence*), inibendo comportamenti del tutto leciti ed estranei all'opzione di politica criminale attivata dal legislatore. Un esempio può essere utile per chiarire il concetto. Il legislatore, è noto, prevedeva per il giornalista responsabile di un reato di diffamazione aggravato, perché commesso a mezzo stampa e attraverso l'attribuzione di un fatto determinato (art. 13, l. 8 febbraio 1948, n. 47)¹⁶², il cumulo tra la pena pecuniaria e detentiva. Tra i diversi argomenti spesi dal giudice delle leggi per sostenere l'illegittimità di tale forma d'incriminazione, è “[p]roprio l'infedeltà dell'applicazione della pena detentiva” a ri-

¹⁵⁹ Per approfondire, con particolare riguardo alla giurisprudenza della Corte suprema, M. YOUN, *The Chilling Effect and the Problem of Private Action*, in *Vand. L. Rev.*, 2013, 1481. In particolare, la dottrina del *chilling effect* è stata sviluppata in relazione al primo emendamento, rimanendo la libera manifestazione del pensiero uno dei principali campi d'elezione per il progredire della teorizzazione: R.A. SEDLER, *Self-Censorship and the First Amendment*, in *Notre Dame J.L. Ethics*, 2011, 15, ove – per l'appunto – l'A. afferma che “the chilling effect concept is the most fundamental and pervasive concept in the 'law of the First Amendment'”. Con riguardo, nondimeno alla progressiva estensione ad altri frangenti, si rinvia, *inter alia*, a B. CANES WRONE, M.C. DORF, *Measuring the Chilling Effect*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2015, 1095 ss.

¹⁶⁰ Sul punto, già V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 169. Per una disamina recente della dottrina del *chilling effect*, riguardo alla giurisprudenza della Corte Suprema statunitense ed europea, si veda N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 251 ss.

¹⁶¹ La dottrina del *chilling effect*, infatti, ha incontrato un certo successo nella giurisprudenza della Corte europea, specialmente con riferimento alla libertà d'espressione: T. BAUMBACH, *Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases*, in *Bergen J. Crim. L. & Crim. Just.*, 2018, 92 ss.

¹⁶² La sanzione prevedeva, in particolare, “la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 [recte: 258] euro, invece che in via alternativa”: così l'ordinanza iscritta al n. 149 del r.o. 2019 del Tribunale ordinario di Bari che solleva la questione di legittimità costituzionale (insieme all'ordinanza iscritta al n. 140 del r.o. 2019 del Tribunale ordinario di Salerno).

sultare in contrasto con il diritto alla libera manifestazione del pensiero¹⁶⁵. L'applicazione inevitabile della pena carceraria è incompatibile con il bisogno di “non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri”¹⁶⁴, ossia la libertà di stampa già qualificata “pietra angolare dell'ordine democratico”¹⁶⁵.

Ne deriva il bisogno da parte del legislatore di ripensare il bilanciamento sotteso a tale ipotesi di diffamazione “in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica, nel senso ora precisato, con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi”¹⁶⁶. Si teme, quindi, che i giornalisti possano astenersi dallo scrivere articoli pienamente legittimi giacché, trovandosi in una zona di confine con i fatti di diffamazione, percepiscano il rischio reato. Il *chilling effect* che accompagna l'incriminazione, allora, comprime irragionevolmente la libertà di stampa, sacrificando gli interessi del singolo e della collettività di appartenenza.

Emerge, così, un immediato collegamento tra la sovra-estensione del tipo legale e il principio di proporzionalità: nel bilanciamento che legittima le scelte incriminatrici, è indispensabile che il legislatore tenga in considerazione l'“effetto d'intimidazione” generato dalla pena. In questa prospettiva, la dottrina del *chilling effect* svela alcuni “effetti collaterali”¹⁶⁷ dell'incriminazione, che aumentano “fatalmente [...]”

¹⁶⁵ Corte cost., 22 giugno 2021, n. 150, *Considerato in diritto*, § 4.2. Il giudice delle leggi si allinea, così, alla giurisprudenza sovranazionale che già da tempo ha chiarito la necessità di assicurare il massimo esplicarsi della libertà di stampa, limitando l'intervento delle misure punitive: per esemplificare, si veda, *inter alia*, Corte EDU, 6 novembre 2018, *Vicent del Campo c. Spagna*.

¹⁶⁴ Corte cost., ord. 26 giugno 2020, n. 132, *Considerato in diritto*, § 7.3. Trattandosi di una questione delicata in forza delle diverse possibilità cui può condurre il bilanciamento degli interessi contrapposti in prospettiva di politica criminale, i giudici costituzionali – è noto – hanno applicato lo schema decisorio inaugurato nella vicenda Cappato e, quindi, sospeso il giudizio di costituzionalità per dare al Parlamento il tempo per intervenire.

¹⁶⁵ Così, già Corte cost., 17 aprile 1969, n. 84.

¹⁶⁶ Corte cost., ord. 26 giugno 2020, n. 132, cit., *Considerato in diritto*, § 7.3.

¹⁶⁷ Con particolare riguardo all'ineffettività indiretta delle scelte di tutela con particolare riguardo ai “costi sociali della criminalizzazione”, già C.E. PALIERO, *Il*

la probabilità che il danno sociale risultante dal suo impiego superi i benefici”¹⁶⁸. Per accertare la legittimità della norma incriminatrice, pertanto, occorre determinare “la *capienza ragionevolmente sostenibile* del bacino della penalità, avuto riguardo agli alti costi economici e sociali della distribuzione del bene(negativo)-pena”¹⁶⁹.

In relazione ai reati di turbativa, la presenza di fattispecie incriminatrici vaghe, il cui ambito di applicazione dipende dall’esercizio discrezionale del potere interpretativo e prescinde da chiare indicazioni valide *erga omnes* (cfr. *retro*, cap. II, § 2 ss.), comporta inevitabili effetti di congelamento. I destinatari del divieto sono restii a porre in essere quelle condotte che, seppur lecite, possono essere ricondotte, per *eadem ratio*, all’ambito di applicazione di norme incriminatrici capaci di *cover everything and decide nothing*¹⁷⁰. Si pensi, a titolo di esempio, all’orientamento in tema di affidamento diretto solo di recente smascherato dai giudici di legittimità come ipotesi di analogia vietata¹⁷¹. Secondo quanto previsto dalla giurisprudenza antecedente, nonostante il comportamento illecito mirasse non a inquinare bensì a evitare la gara, era da contestare la turbativa nel procedimento di scelta del contraente¹⁷².

Vero è che la pronuncia che supera tale lettura estensiva ha carattere “materialmente nomofilattic[o]”¹⁷³, costruendo sull’argomento testuale un’interpretazione dell’art. 353-bis c.p. costituzionalmente orientata. Nondimeno, non si tratta di *ius superveniens* né può escludersi con certezza un prossimo (ennesimo) contrasto sincronico tra le future pronunce della Corte di legittimità. In tale scenario, non è fuor d’opera ipotizzare un atteggiamento di prudenza

principio di effettività del diritto penale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 535 s. (corsivi originali).

¹⁶⁸ M. GALLI, *Effetti collaterali*, cit., 1411.

¹⁶⁹ C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Torino, 2021, 1 (corsivi originali).

¹⁷⁰ W.J. STUNTZ, *The Patological Politics of Criminal Law*, in *Mich. L. Rev.*, 2001, 509.

¹⁷¹ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, su cui V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, in part. 2488 ss.

¹⁷² Cass., sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431.

¹⁷³ V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, cit., 2487. Sul punto, anche *retro*, cap. II, § 4.2.

da parte dei pubblici funzionari nell’impiego dell’affidamento diretto, consci del fatto che l’assenza di concorrenza potrebbe innescare un accertamento penale con l’insieme di “costi” individuali e sociali che ne conseguono.

Nel caso dei reati di turbativa, peraltro, si può riscontrare un doppio *chilling effect*. Per un verso, l’impossibilità di determinare con ragionevole certezza le sottofattispecie che sono attinte dai delitti di turbativa potrebbe scoraggiare le imprese, in particolare se estere, dal partecipare ai bandi di gara, che devono – è ovvio – risultare vantaggiosi¹⁷⁴. Una simile cautela vanifica, però, l’obiettivo primario che persegue il legislatore europeo. A maggior ragione se si considera che il problema non riguarda solo il timore di essere effettivamente colpiti da sentenze che accertino una qualche responsabilità per un fatto di turbativa irricognoscibile *ex ante*¹⁷⁵. Al contrario, le conseguenze di maggiore magnitudo sulla scelta se partecipare o meno alla gara attengono al rischio di essere coinvolti da un procedimento penale. L’apertura delle indagini, fin dalle primissime fasi, è accompagnata nell’ordinamento italiano da un deplorabile marchio di “vergogna sociale” che causa consistenti danni all’impresa, non foss’altro che per i profili reputazionali¹⁷⁶. In aggiunta, è lo stesso legislatore a imporre *expressis verbis* la “deflagrazione anticipata” degli effetti collaterali del processo penale.

Come accennato¹⁷⁷, il nuovo codice degli appalti ha stabilito che il mero rinvio a giudizio per le ipotesi di turbativa – nonché i prov-

¹⁷⁴ Quanto al particolare rilievo che la dottrina del *chilling effect* riveste nel settore economico riguardo all’imprenditoria difensiva, M. GALLI, *Effetti collaterali*, cit., 1414.

¹⁷⁵ Per approfondire con riguardo al rapporto tra riconoscibilità e prevedibilità della norma incriminatrice, si veda M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 139 ss.

¹⁷⁶ Con riguardo alle conseguenze nefaste che il processo penale cagiona, specialmente in presenza di elevata copertura mediatica del caso, si rinvia alle recenti riflessioni di V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022, 80, ove l’A. afferma che “l’indagato – nel processo mediatico – è presentato come un ‘colpevole in attesa di giudizio’, e gravato da un’ombra di sospetto che solo a fatica potrà tentare di disgregare nel corso del procedimento. Come *Alice dietro lo specchio*, insomma, prima la condanna, poi viene il processo”.

¹⁷⁷ Si rinvia, in particolare, alla disamina svolta *retro*, cap. IV, § 3.4.1.

vedimenti cautelari – possono essere considerati dalla stazione appaltante causa di esclusione dalla gara¹⁷⁸, a prescindere dallo stato precario di accertamento di responsabilità nonché dalla precisa conoscenza degli elementi a disposizione di accusa e difesa trattandosi della fase di avvio del procedimento. Sennonché, è tutt’altro che agevole individuare i parametri costituzionali che legittimano tale scelta: il soggetto indagato o imputato, presunto innocente, può subire ritorsioni che inibiscono lo stesso esercizio dell’attività d’impresa per – è assai probabile – l’intera durata dell’accertamento penale in corso. L’inizio del processo corrisponde – sia per i soggetti che saranno ritenuti colpevoli che per gli innocenti – all’avvio di un’odissea di durata decennale, attesi i tempi medi della giustizia nazionale¹⁷⁹. Laddove il rischio di essere preda del sistema sanzionatorio sia eccessivamente volatile e difficile da prevedere, conviene piuttosto astenersi dalla competizione o, anzi, rivolgere la propria attenzione a quelle giurisdizioni che assicurano maggiori garanzie sul piano della conoscibilità delle norme incriminatrici e del giusto processo. Si rischia, insomma, un vero e proprio “*forum shopping*” della giustizia penale, a tutto svantaggio dei nuovi investimenti e dell’effettiva individuazione degli operatori più idonei al conseguimento del vincolo di scopo dell’amministrazione¹⁸⁰.

Per altro verso, il *chilling effect* può colpire i pubblici funzionari incoraggiati dal contesto normativo al “non fare rispetto al fare”¹⁸¹.

¹⁷⁸ Art. 94, comma 1, e art. 98, comma 2, lettere f) e g), d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹⁷⁹ Sono diverse le voci critiche, del resto, che sono state raccolte nei giorni immediatamente successivi all’entrata in vigore della nuova normativa proprio con riguardo a tali previsioni che rischiano di paralizzare il mercato degli appalti pubblici: F. LANDOLFI, *Rischio esclusione dalle gare se il pm chiede il processo*, cit.

¹⁸⁰ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 46, precisando l’A. che “l’elemento finalistico non può che restare quello caratteristico dell’attività amministrativa, che si sostanzia nel necessario perseguimento dell’interesse pubblico istituzionalmente e *concretamente* assegnato all’ente agente”. Sul punto, più diffusamente *retro*, cap. II, § 3 cc.

¹⁸¹ S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 7. Non si vuol certo considerare il “fare” come un valore assoluto, tuttavia “la modernità di un Paese si misur[a] su forme di efficienza amministrativa che attengono alla capacità decisionale, alla trasparenza e metodicità dei procedimenti amministrativi”, specialmente se connessi alla realizzazione di opere pubbliche: G.F. FERRARI, *I costi del non fare*, in *Dir. pub. comp. eu.*, 2020, 148.

L'inerzia del legislatore penale insieme al consolidarsi nel tempo dell'interpretazione estensiva che parifica, in ultima analisi, le procedure a evidenza pubblica quanto al rischio di incorrere in sanzioni penali incoraggia atteggiamenti difensivi nei dipendenti pubblici¹⁸². Qualora, infatti, opti non per una procedura aperta o ristretta bensì per un'alternativa a imparzialità imperfetta, il singolo si espone al rischio di un procedimento penale che (anche solo) accerti la ragionevolezza della scelta restrittiva della concorrenza. Poco importa se il congelamento della discrezionalità annulla, sul piano applicativo, la flessibilità predisposta dal legislatore europeo, favorevole all'adozione di strumenti di semplificazione per conseguire gli scopi di legge. Eppure, riconoscere alla concorrenza carattere assoluto implica la compressione irragionevole di contrapposti interessi di pari rango¹⁸³. Se si incentiva la scelta di procedure meccaniche che offrono più sicurezza sul piano delle responsabilità, ne discendono superflui innalzamenti dei costi e dei tempi per la stipula dei contratti, anche di modico valore, prospettandosi persino il pericolo di una nuova fase di “fuga dalle gare”¹⁸⁴. D'altra parte, attraverso la dottrina della gara informale, il giudice penale esercita – per l'ennesima volta –

¹⁸² Non si tratta, del resto, di una considerazione isolata giacché il difetto di tipicità contraddistingue numerose fattispecie appartenenti al sistema dei reati contro la pubblica amministrazione, ulteriormente scoraggiando l'iniziativa individuale e piuttosto alimentando quel fenomeno di “burocrazia difensiva” altamente preoccupante rispetto a un efficace esercizio dell'azione pubblica: con particolare riguardo alle ipotesi di abuso d'ufficio, si osserva un vero e proprio “grido di dolore che incessantemente si levava dagli amministratori, soprattutto locali, per il rischio incombente di essere inquisiti ed eventualmente processati per attività svolte nell'esercizio delle loro funzioni”, T. PADOVANI, *Abuso d'ufficio. L'erratica sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. it.*, 2021, 2213. Quanto al diffondersi di atteggiamenti difensivi che implicano “una distorsione delle scelte dell'amministratore indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti all'analisi del funzionamento dell'azione dell'amministrazione pubblica”, tanto in prospettiva nazionale quanto comparata, S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 294 ss.

¹⁸³ Solo per menzionare alcune decisioni emblematiche della Corte di Giustizia, si pensi alle vicende Corte Giust., 19 luglio 1994, T-19/93, *Matra Hachette SA*, in part. § 85; 20 novembre 2008, C-209/07, *Beef Industry Development Society*, § 21; C-439-09, nonché 13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, §§ 49-50.

¹⁸⁴ A. FIORITTO, *La corruzione nei lavori pubblici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 78 ss.

un sindacato piuttosto intrusivo nella discrezionalità amministrativa, atteso che l'adozione di una serie procedimentale in assenza dei requisiti potrebbe costituire indizio sufficiente a contestare la fattispecie incriminatrice.

Così, il “doppio” *chilling effect*, oltre ad alterare l'equilibrio tra operatori economici ed economia nazionale, condiziona il corretto esercizio dell'azione amministrativa¹⁸⁵, trascinandola nella direzione opposta ai progressi conquistati negli ultimi anni per una più moderna cura dell'interesse pubblico¹⁸⁶. Non stupisce, quindi, che in un tale contesto “[l]’amministrazione si difende: l’atteggiamento diffuso del funzionario è diretto a premunirsi rispetto ad eventuali future responsabilità, non decidendo, rinviando, chiedendo pareri, evitando l’innovazione laddove pericolosa e preferendo aderire a ‘precedenti’, assicurandosi per la responsabilità amministrativa”¹⁸⁷.

5. *Il principio di proporzionalità quale canone ermeneutico “costituzionalmente” obbligato*

Per concludere l'analisi del giudizio di proporzionalità delle scelte incriminatrici, occorre prendere in esame le conseguenze che ne derivano sul piano costituzionale. Da un lato, infatti, è possibile paventare la graduale selezione delle condotte penalmente rilevati attraverso il sindacato della Corte costituzionale, giacché “nelle operazioni di bilanciamento operate dal legislatore non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di

¹⁸⁵ Con riguardo al rischio percepito dai soggetti chiamati a prendere decisioni nel settore dei pubblici appalti, si veda ancora S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 295 ss., sforzandosi peraltro gli autori di misurare il fenomeno proprio rispetto al settore degli appalti pubblici anche prendendo in considerazione il numero di polizze assicurative stipulate dai pubblici dipendenti. Sul punto, altresì G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, 215 ss.

¹⁸⁶ All'opposto, si finisce per “disincentivare la ricerca amministrativa di soluzioni realistiche alle esigenze di interesse pubblico che si presentano nella realtà”: B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 122.

¹⁸⁷ S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, cit., 8.

pari rango”¹⁸⁸. Vero è che tale percorso valorizza il fondamento controllabile delle norme incriminatrici¹⁸⁹ e offre soluzioni certe ed efficaci *erga omnes*¹⁹⁰, in linea con il “convinto approccio “dimostrativo” al vaglio sui referenti empirici delle scelte legislative” sperimentato dalla Corte in diversi settori¹⁹¹. Nondimeno, il sentiero appare irto di ostacoli dato che il giudice delle leggi deve attendere l’impulso di un ricorso incidentale e non può, in ogni caso, risolvere *tout court* il problema, ma solo verificare la legittimità di singole ipotesi di turbativa “nella scelta” o “nell’esecuzione” della gara.

Desti, allora, interesse un ulteriore aspetto del principio di proporzionalità, cioè a dire la possibilità di declinarlo quale criterio ermeneutico. Sulla scorta dell’obbligo d’interpretazione conforme, infatti, il giudice comune è chiamato a scegliere per un certo enunciato giuridico tra le interpretazioni possibili¹⁹² quella compatibile con il diritto costituzionale¹⁹³ e, vieppiù, europeo¹⁹⁴. Pertanto, tra le di-

¹⁸⁸ Ben nota è la decisione Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143.

¹⁸⁹ Corte cost., 1° agosto 2008, n. 327.

¹⁹⁰ Con riguardo, tuttavia, al pericolo che un eccessivo attivismo dei giudici costituzionali possa atrofizzare l’impegno degli organi politici, si veda M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano, 2016, 471.

¹⁹¹ V. MANES, *La proposizione della questione di costituzionalità in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 290.

¹⁹² Per un approfondimento sul modello scettico moderato che contempla la possibilità di riferire una pluralità di significati agli enunciati giuridici, valorizzando il carattere polisenso del linguaggio, si veda, *inter alia*, R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004, 173.

¹⁹³ M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., *passim*. Le potenzialità e i limiti del coinvolgimento del giudice comune nella verifica di costituzionalità, è noto, rappresentano un tema centrale nella dogmatica costituzionale, ancor più in seguito alle contaminazioni tra modello diffuso e accentrato indotte dalla sfera sovranazionale. In questa sede, non ci si può che limitare a richiamare C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014, nonché, in prospettiva comparata, M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, *passim*, in part. 49, 89 ss. Con particolare riguardo, invece, alla prospettiva penalistica, si veda V. NAPOLEONI, *L’onere di interpretazione conforme*, *ivi*, 49 ss.

¹⁹⁴ Con particolare riguardo ai profili di diritto penale e costituzionale, si rinvia ai lavori raccolti in A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme*

verse ipotesi riconducibili al reato di turbativa nel procedimento di scelta del contraente e di turbata libertà degli incanti, sarebbero da selezionare le sole sottofattispecie legittime perché proporzionate, dovendo altrimenti escludere in radice il rilievo penale della condotta¹⁹⁵. A titolo di esempio, si può menzionare la pronuncia di legittimità che ha escluso la configurabilità del reato in caso di mero confronto tra i *curricula* dei candidati, a prescindere dall'istaurarsi di una gara in senso tecnico¹⁹⁶.

La dimensione ermeneutica del principio di proporzionalità, quindi, consente di selezionare, in assenza di interventi sulla fattispecie astratta, i comportamenti punibili coltivando il principio di frammentarietà della dimensione punitiva. Una simile soluzione, peraltro, incontra la linea culturale caldeggiata da gran parte della dottrina penalistica, che auspica la diffusione di criteri interpretativi di segno restrittivo in omaggio al principio del "minimo sacrificio necessario". La proporzionalità contiene come canone ermeneutico la sovraesposizione del tipo legale e, al contempo, scongiura interpretazioni che comprimano eccessivamente diritti fondamentali, anche nelle forme del *chilling effect*¹⁹⁷.

In questo senso, il principio di proporzionalità indica l'interpretazione da adottare purché si tratti dell'unica opzione proporzionata, ossia se i significati alternativi risultino frutto di bilanciamenti irrazionali¹⁹⁸. Come per gli altri principi costituzionali che rilevano nella dimensione ermeneutica¹⁹⁹, il controllo "diffuso" di proporzio-

al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico, Napoli, 2015.

¹⁹⁵ Si veda, peraltro, quanto chiarito dai giudici costituzionali con riguardo alla menzionata vicenda della diffamazione a mezzo stampa in relazione all'interpretazione dell'art. 595, comma 3, c.p.: Corte cost., 22 giugno 2021, n. 150, in part. § 6.3, ove i giudici fanno riferimento sia ai limiti costituzionali sia alle condizioni imposte dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

¹⁹⁶ Cass., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603. Al riguardo, si veda più diffusamente *retro cap.* II, § 2.1.

¹⁹⁷ Sul punto, si rinvia ancora a V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2114.

¹⁹⁸ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 327.

¹⁹⁹ Con riguardo al principio di offensività e alla valorizzazione in concreto da parte del giudice penale, si rinvia ancora a V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 245 ss.

nalità non può in nessun caso oltrepassare “il campo semanticamente definito dal tenore testuale della norma”²⁰⁰, nel rispetto dei limiti per l’interpretazione conforme. Ne derivano maggiori difficoltà a perfezionare la lettura restrittiva in relazione all’art. 353-bis c.p., giacché il riferimento a ogni “altro atto equipollente” al bando di gara riduce l’efficacia del canone ermeneutico²⁰¹. In altri termini, se i giudici di legittimità sono riusciti a escludere il rilievo di comportamenti finalizzati non a turbare bensì a evitare la gara per le ipotesi di affidamento diretto²⁰², la presenza della clausola ad “analogia implicita” rende più difficile la selezione in via ermeneutica tra gare pubbliche e private²⁰³. In aggiunta, l’assenza nell’ordinamento penale di un vincolo al precedente – se non nelle forme relative di cui all’art. 618, comma 1-bis, c.p.p. – non esclude la possibilità di indirizzi contrastanti, nella discussione sulla proporzionalità interpretativa di una determinata sottofattispecie. Per tali ragioni, sembrerebbe preferibile una soluzione accentrata che conferisca razionalità al sistema delle turbative, riportando i fatti penalmente rilevanti nell’alveo della tipicità nonché di bilanciamenti costituzionalmente orientati. Nell’attesa di un auspicabile intervento a carattere generale, sembra pertanto utile alimentare il dibattito sulle sottofattispecie proporzionate rispetto agli scopi di tutela, agevolando così il lavoro di selezione di quei comportamenti anticoncorrenziali che – quanto meno – espongano a pericolo il buon andamento della pubblica amministrazione. Come osservato in precedenza (cfr. *retro*, cap. IV, § 3.3.2), del resto, anche in relazione ai fatti di collusione è possibile considerare l’implementazione di un modello “integrato” di tutela amministrativo-penale tale per cui “le disposizioni e gli istituti amministrativi fungono da fronte preliminare e preventivo per la tutela avanzata di beni giuridici che solo in *ultima ratio* riceveranno la tutela del diritto penale”²⁰⁴. In questo modo, peraltro, “le buone ra-

²⁰⁰ M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 446.

²⁰¹ Per approfondire, sul punto, si veda V. MAIELLO, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, cit., 2490.

²⁰² Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, cit.

²⁰³ V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell’interpretazione in materia penale*, cit., 1242.

²⁰⁴ F. PALAZZO, *Conclusioni. Per una disciplina integrata ed efficace contro la corruzione*, in Id. (a cura di), *Corruzione pubblica*, cit., 95 s., ricordando l’A. che

gioni delle etiche normative e del diritto – che pure non si esauriscono in verità fattuali – non sono indipendenti da presupposti di fatto, cioè da questioni di verità”²⁰⁵.

6. *La sottofattispecie “sproporzionata” nei concorsi per il pubblico impiego*

Come considerato in precedenza (cfr. *retro*, cap. III, § 4), la decisione giurisprudenziale d’incriminare le irregolarità nei concorsi d’assunzione a titolo di turbativa appare illegittima per contrasto con il principio di legalità. Provando a indagare, vieppiù, gli aspetti sostanziali ed esaminare la proporzionalità dell’incriminazione, non si può ignorare l’effetto intimidatorio “draconiano” di simili contestazioni. In assenza di un referente legislativo, le procedure di reclutamento non sono le sole esposte al rischio reato che incombe, piuttosto, su qualsiasi percorso di selezione. Ne deriva un inevitabile *chilling effect* in relazione ai comportamenti “affini”: se il canone di riferimento per il giudice penale diviene “qualsiasi procedura di natura competitiva”, non è da escludere che i reati di turbativa possano in futuro essere applicati ai concorsi per l’attribuzione di incarichi di supporto giuridico o, finanche, per l’assunzione di personale di ruolo, ulteriormente incentivando un sempre più cauto “non fare rispetto al fare”²⁰⁶.

Come emerso nei capitoli che precedono, peraltro, il bene protetto dai reati di turbativa coincide con la tutela della concorrenza, come strumento per realizzare il buon andamento e l’imparzialità nelle gare d’appalto. Secondo la nozione condivisa a livello nazionale ed europeo, quindi, il legislatore mira a tutelare “la concorrenza

già la commissione Cassese del 1996 aveva proposto tale paradigma in relazione al fenomeno della corruzione.

²⁰⁵ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (a cura di), *“Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 72.

²⁰⁶ S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, cit., 7. Quanto alla valutazione del rischio decisionale reale e percepito, si veda G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori*, cit., 127 s.

che si concretizza, in primo luogo, nell’esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi”²⁰⁷. Per individuare “gli esatti confini della materia”, occorre ad avviso del giudice costituzionale “svolgere un doppio livello di verifica: stabilire, innanzitutto, se l’intervento statale sia astrattamente riconducibile [...] ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato o ad entrambi; in secondo luogo, accertare se lo strumento utilizzato sia congruente rispetto al fine perseguito alla luce dei criteri di proporzionalità e della adeguatezza”²⁰⁸.

Ebbene, le ragioni di tutela della concorrenza industriale, che giustificano la procedimentalizzazione delle gare pubbliche, sono inconferenti con gli interessi rilevanti per il reclutamento di personale. In quest’ultimo caso, la parità di trattamento è da assicurare non tra operatori economici bensì tra candidati-persone fisiche per la stipula di un contratto non di appalto bensì di lavoro. La diversa *ratio* di tutela rende difficile immaginare una lettura teleologica dei reati di turbativa che possa giustificare l’estensione oggetto di studio.

In tale scenario *fuzzy*, la definizione dei contratti d’appalto nella giurisprudenza penale perde aderenza rispetto a quella amministrativa, ulteriormente aggravando la riconoscibilità del precetto e, di conseguenza, il corretto esercizio dei diritti di difesa secondo quanto previsto dall’art. 111, Costituzione. Non si vuol negare, *a priori*,

²⁰⁷ In questo senso, la citata decisione Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, cit., *Considerato in diritto*, § 6.7, ove il giudice delle leggi afferma altresì che “Si tratta di assicurare l’adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Sul piano interno, l’osservanza di tali principi costituisce, tra l’altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l’azione della pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 97 Cost. Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l’esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione ‘contabilistica’, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell’interesse dell’amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale”.

²⁰⁸ *Ibidem*.

che i procedimenti di selezione del personale pubblico possano presentare irregolarità ulteriori rispetto ai comportamenti attualmente ricompresi nella rete dei reati contro la pubblica amministrazione. Tuttavia, la scelta di regolare diversamente il reclutamento pubblico e, vieppiù, di predisporre nuove fattispecie di reato integra una valutazione politica da esaurire, a partire dal necessario bilanciamento tra gli interessi contrapposti, negli spazi e secondo i tempi della democrazia.

CONCLUSIONI

Lo studio dei delitti di turbativa costituisce un significativo banco di prova per saggiare la tenuta delle garanzie fondamentali che assistono il diritto punitivo “entro limiti di stretta necessità”¹, allorché il confine tra lecito e illecito sia stabilito, in massima parte, dal diritto giurisprudenziale. Il percorso evolutivo seguito dal diritto vivente, infatti, è degno di nota. I reati di turbativa, come si è avuto modo di esaminare nel primo capitolo del lavoro, hanno a lungo conservato una posizione di secondo piano nello statuto penale della pubblica amministrazione². Sicché, le critiche formulate dalla più attenta dottrina sulla preoccupante fragilità del tipo di cui all’art. 353 e 354 c.p. non hanno ricevuto adeguata attenzione, dietro lo schermo offerto dalla scarsa applicazione delle ipotesi di turbata libertà degli incanti.

Eppure, già dai primi arresti interpretativi, la lettera della legge ha subito significative torsioni: la fragilità delle condotte tipiche ha permesso all’interprete di estendere il novero dei comportamenti penalmente rilevanti, allontanandosi dai casi paradigmatici e met-

¹ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 14.

² La previsione di cui all’art. 354 c.p., del resto, rappresenta secondo una ricostruzione piuttosto condivisa in dottrina una deroga alle regole generali d’imputazione della responsabilità per i reati plurisoggettivi: per approfondire, anche con riguardo alla difficoltà di distinguere i rispettivi ambiti applicativi, si veda *retro*, cap. I, § 3.1, e cap. III, § 2.2.

tendo in ombra il significato testuale delle disposizioni. A dispetto del riferimento espressamente previsto ai soli casi di “pubblici incanti” e “licitazioni private”, il giudice penale ha costruito un autonomo criterio ermeneutico attorno alla nozione di “gara ufficiosa” o “informale”³. In sintesi, ad avviso della giurisprudenza maggioritaria, i reati di turbativa sono configurabili, a prescindere dal *nomen* della procedura attivata dalla stazione appaltante, ogni qual volta si riscontri un confronto competitivo di fatto tra più operatori economici, purché sussistano due condizioni. È necessario, anzitutto, che la pubblica amministrazione abbia determinato *ex ante* i criteri in base a cui procedere alla selezione e, inoltre, che sia dimostrata la consapevolezza da parte degli offerenti circa la partecipazione reciproca al confronto.

Rotti gli argini della *littera legis*, si è rivelato difficile contenere l'erompere della fantasia dell'interprete, che si è spinto a contestare i reati di turbativa in presenza di “gare esplorative”⁴ così come in caso di semplici confronti tra i *curricula* dei soggetti favoriti⁵ o, finanche, di aste fallimentari⁶. D'altra parte, il legislatore non è certo privo di responsabilità, avendo periodicamente ignorato gli appelli formulati dalla dottrina per ripristinare la tipicità dei reati in esame⁷. A fronte di un diritto vivente così pervasivo, è piuttosto evidente il rischio di incriminare “fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”⁸.

In tale contesto, la Corte di legittimità ha continuato a dilatare la nozione di “atti collusivi”, così da ricomprendere qualsivoglia accordo preventivo tra imprese⁹. Al pari, la previsione di una clau-

³ Cass., sez. VI, 12 aprile 1994, n. 7511, nonché Cass., sez. VI, 3 novembre 1997, n. 11483.

⁴ Cass., sez. VI, 28 gennaio 2008, n. 13124.

⁵ Cass., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603.

⁶ Cass., sez. VI, 15 maggio 2012, n. 20211.

⁷ Sul punto, V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 13 ss.

⁸ In questo senso, la menzionata pronuncia Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98.

⁹ Con riguardo alla possibilità di ricavare dal collegamento tra imprese la dimostrazione dell'indebito accordo per coordinare le offerte, si rinvia, *inter alia*, alle motivazioni di Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 42965, ove i giudici di legittimità arrivano – per l'appunto – a precisare che “il collegamento, formale o sostan-

sola “ad analogia implicita”, in coda alla descrizione delle condotte penalmente rilevanti *ex art. 353 c.p.*, ha contribuito ad ampliare il ventaglio di sottofattispecie raggiunte dalla sanzione punitiva: gli ulteriori margini di discrezionalità conferiti dal richiamo ad “altri mezzi fraudolenti” ha spinto una parte della giurisprudenza finanche a contestare la responsabilità penale in caso di “partecipazioni moltiplicative”, che pur non si traducevano nell’alterazione dei contenuti delle offerte¹⁰.

In presenza di un quadro dalle tinte fosche in punto di legalità e tipicità delle disposizioni incriminatrici, l’intervento di riforma perfezionato dal legislatore nel 2010 ha, se possibile, aggravato l’insieme. Per un verso, si è deciso di ulteriormente anticipare la rilevanza penale ai comportamenti che precedono l’avvio della procedura a evidenza pubblica, nelle forme di una fattispecie ad ampio raggio che presta ancor più il fianco a interpretazioni ampliative. Il legislatore non ha richiamato espressamente *ex art. 353-bis c.p.* le serie procedurali tipizzate nel codice degli appalti e, al contempo, ha inserito il riferimento a ogni “atto equipollente” al bando di gara, senza preoccuparsi di contenere gli indirizzi cripto-analogici già diffusi nella giurisprudenza di legittimità¹¹.

In aggiunta, il trattamento sanzionatorio è stato ulteriormente aggravato, al fine di rafforzare il contrasto alle più gravi forme di criminalità organizzata, la cui intromissione nel libero mercato rappresenta – è evidente – una minaccia particolarmente seria. All’indomani della riforma, si è ipotizzato che il legislatore penale avesse inteso restringere le sottofattispecie rilevanti a titolo di turbativa: la

ziale, tra società partecipanti alla gara per l’aggiudicazione di un appalto pubblico non è di per sé sufficiente a configurare il delitto di turbata libertà degli incanti, occorrendo la prova che, dietro la costituzione di imprese apparentemente distinte, si celi un unico centro decisionale di offerte coordinate o che le imprese, utilizzando il rapporto di collegamento, abbiano presentato offerte concordate”. In senso analogo, del resto, già Cass., sez. VI, 1° aprile 2014, n. 28517.

¹⁰ Contestando, infatti, gli argomenti sostenuti nel giudizio di merito, Cass., sez. VI, 23 marzo 2011, n. 16333.

¹¹ Con particolare riguardo alla disamina delle criticità che conseguono a interpretazioni cripto-analogiche, segnatamente con riguardo ai profili che attengono alla retroattività della soluzione ermeneutica, si rinvia a A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014, in part. 182.

più elevata cornice edittale, l'anticipazione della leva punitiva sul modello di pericolosità in astratto e l'enunciazione d'intenti rispetto agli obiettivi "alti" di politica criminale lasciavano presagire la volontà di selezionare le responsabilità penali per le ipotesi di particolare disvalore¹². Sarebbe stato possibile, pertanto, restringere in via interpretativa le ipotesi sanzionate penalmente in relazione ai comportamenti capaci di contaminare il mercato e mettere (quanto meno) effettivamente in pericolo l'imparzialità e il buon andamento dell'attività amministrativa. Per contro, il divario tra testo di legge e diritto vivente è andato ulteriormente ad acuirsi. Persino le decisioni che hanno tentato di valorizzare il referente di pericolo in concreto, hanno individuato come parametro non il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione bensì la mera correttezza formale della procedura amministrativa, ammettendo il rilievo penale di qualsivoglia violazione delle norme di diritto pubblico¹³. Ne discende l'ulteriore estensione dei casi rilevanti a titolo di turbativa, quand'anche il quadro probatorio abbia carattere indiziario e non sia adeguato a sostenere l'accusa "oltre ogni ragionevole dubbio"¹⁴.

La lettura onnicomprensiva di tali delitti, peraltro, desta ulteriore preoccupazione in relazione ai drastici cambi di rotta che hanno interessato la regolamentazione degli appalti pubblici a livello europeo e nazionale. Lo statuto penale dell'amministrazione, infatti, ha subito in materia d'appalti forti condizionamenti da parte della disciplina pubblicistica, le cui oscillazioni hanno inciso in termini si-

¹² V. MORMANDO, *Appunti sulla nuova fattispecie di turbativa del procedimento amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 403, osservando l'A. che "il segnale politico-criminale della nuova fattispecie è chiaro, ed emerge già dalla collocazione della nuova incriminazione, all'interno di un provvedimento di contrasto alla mafia; l'ampio settore delle commesse pubbliche è terreno di infiltrazione privilegiato per la criminalità organizzata".

¹³ In questo senso, anche di recente, Cass., sez. V, 13 aprile 2021, n. 26556, affermando i giudici che "l'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, finalizzata a condizionare le modalità di scelta del contraente (ad esempio mediante la 'personalizzazione' dei requisiti prescritti), determina, già di per sé sola, l'applicazione delle sanzioni penali".

¹⁴ Quanto al riconoscimento di responsabilità penale in presenza di quadri indiziari o di sospetto, si veda Cass., sez. VI, 25 ottobre 2004, n. 44618.

gnificativi sugli elementi costitutivi di fattispecie¹⁵. La stessa disciplina della concorrenza ha alternato, a livello interno, “grandi slanci ad ingiustificate frenate”, ulteriormente aggravando il quadro in prospettiva sistematica¹⁶. Il grado di complessità causato dalla sovrapposizione tra i diversi livelli normativi, quindi, impone una maggiore attenzione, per evitare che le fattispecie incriminatrici si riducano a prescrizioni di mera “infedeltà” alla legge e perdano il nucleo di disvalore che le contraddistingue in ossequio alla frammentarietà della dimensione punitiva. Con riguardo alle ipotesi di turbativa, però, a fronte di disposizioni rimaste sostanzialmente invariate¹⁷, il giudice ha continuato ad applicare le sanzioni penali a prescindere dall’evoluzione della struttura e delle funzioni delle procedure a evidenza pubblica, contrastando nella prassi le innovazioni ponderate dal legislatore sul piano amministrativo.

La *ratio* di tutela del sistema dei contratti pubblici, è noto, è stata profondamente ripensata¹⁸, così da corrispondere al profilo moderno di un’amministrazione che favorisce la massima partecipazione dei cittadini, valorizzando la trasparenza, efficienza ed efficacia dell’azione pubblica al servizio della comunità di riferimento¹⁹. In conformità alle direttrici europee, l’ordinamento si rivolge con fiducia alle stazioni appaltati, affidando loro un certo margine di discrezionalità nella scelta, a monte, della procedura con cui aggiudicare il contratto. È ben possibile, invero, che le particolari circostanze contingenti renda-

¹⁵ V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L’impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, in part. 65, 178 ss.

¹⁶ M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2019, 318.

¹⁷ Si è parlato, a riguardo di un “linguaggio decisamente antiquato, a causa dell’avvenuto superamento delle gare esplicitamente menzionate [...] e del progressivo affermarsi di gare pubbliche diversamente denominate”: M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, IV ed., Milano, 2015, 242.

¹⁸ F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, III ed., Torino, 2021, 2.

¹⁹ Una posizione, invero, antitetica rispetto all’amministrazione-autorità, che elargisce ai cittadini servizi quasi si trattasse di una concessione “dall’alto” e, quindi, indiscutibile e insindacabile: M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 140.

no le procedure aperte o ristrette un'opzione da non preferire in ragione dell'impossibilità di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche, delle tempistiche attuative e della rigidità che impongono nel rapporto con i privati. La legge, d'altro canto, prevede un catalogo ampio di alternative, che permettono alla pubblica amministrazione di condurre con gli operatori economici vere e proprie trattative negoziali²⁰.

Nel rispetto delle finalità che giustificano la gara²¹, non è l'imparzialità "perfetta" a muovere l'attività amministrativa, bensì un delicato bilanciamento per una più efficace realizzazione del buon andamento della pubblica amministrazione²². Tale percorso evolutivo culmina, vieppiù, nel più recente progetto di riforma della disciplina nazionale in materia d'appalti. Lo schema prospettato dallo stesso Consiglio di Stato si apre con l'innovativo principio del risultato, secondo cui l'azione amministrativa è diretta al "miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti", così da realizzare nel settore degli appalti "il principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità"²³, anche a costo di sacrificare la tutela della concorrenza nel bilanciamento con preminenti interessi di carattere generale. Ebbene, la scelta di conservare invariato l'assetto punitivo in materia di appalti, applicando in direzione estensiva i divieti penali a prescindere dalla serie procedimentale di riferimento e dalle finalità perseguite dal legislatore amministrativo, rischia di depotenziare la riforma sul piano applicativo. Nel momento in cui la discrezionalità amministrativa è in linea con le previsioni del codice degli appalti, è dubbio che sia da tollerare, *ex post*, lo stigma dell'accertamento penale per scongiurare il pericolo (astratto) che sia stata turbata "la competizione e la concorrenza tra i partecipanti"²⁴.

²⁰ S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, III ed., Padova, 2008, 115, nonché 119 ss.

²¹ S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, III ed., Milano, 2022, in part. 42 ss.

²² A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, I, XIV ed., Milano, 2021, 273.

²³ Art. 1, schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici, trasmesso alla Presidenza il 5 gennaio 2023, nonché art. 1, d.lgs., 31 marzo 2023, n. 36.

²⁴ Cass., sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385.

La sovra-esposizione del tipo legale, continuamente dilatato in via ermeneutica, infatti, “congela” le iniziative dei soggetti coinvolti dalla procedura di gara, con il rischio di allontanare gli investitori, attratti da mercati che offrono maggior sicurezza giuridica e, al contempo, inibire gli stessi pubblici funzionari²⁵. Perché si dovrebbe tentare di ottimizzare le risorse e i tempi dell’amministrazione pubblica, impegnandosi in un dialogo diretto con gli operatori economici, se tale opzione rischia di attirare l’attenzione della procura per il limite imposto – di per sé – al *favor participationis*? Ne deriva, invece, il pericolo di un “doppio” *chilling effect*²⁶, che paralizza gli slanci degli operatori economici e della stessa pubblica amministrazione, incoraggiata ad assumere atteggiamenti “difensivi”²⁷.

Non stupisce, allora, che l’indirizzo ermeneutico di segno restrittivo si sia sviluppato proprio in relazione alle ipotesi di turbativa nei procedimenti di scelta del contraente, segnando un decisivo cambio di passo nella giurisprudenza di legittimità. La portata nomofilattica della decisione che esclude l’applicazione dei delitti di turbativa in caso di affidamento diretto della gara, ossia in presenza di procedure “senza concorrenti”, recupera la centralità dell’argomento testuale e svela il carattere analogico dei precedenti indirizzi fondati sulla (pretesa) *eadem ratio*. Le prospettive di ulteriore sviluppo dell’orientamento restrittivo, del resto, trovano conferma nelle pronunce che hanno escluso la rilevanza penale di comparazioni prive di “spinta agonistica”²⁸ oppure in caso di *mala gestio*²⁹ o di ac-

²⁵ S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 294 ss., osservando gli autori – attraverso l’analisi dei dati forniti dall’Osservatorio dei contratti pubblici ANAC – che i responsabili unici del procedimento sono esposti con maggior frequenza a procedimenti per il reato di abuso d’ufficio (6%), per la gestione del ciclo di rifiuti (3%) e – per l’appunto – per le ipotesi di turbativa (2%).

²⁶ Per approfondire, con particolare riguardo all’ipotesi di turbata libertà degli incanti, si rinvia a N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 277.

²⁷ Per una ricognizione generale delle problematiche che portano al “blocco” delle opere pubbliche, si rinvia a S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 141 ss.

²⁸ Cass., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603.

²⁹ Cass., sez. VI, 11 gennaio 2022, n. 17876.

cordi sostitutivi del provvedimento³⁰. Resta da chiedersi se ci siano spazi ulteriori da ritagliare in futuro, magari riguardo alla qualificazione soggettiva delle stazioni appaltanti.

Stride con tale indirizzo la deriva che, specie di recente, ha trovato spazio nelle formulazioni accusatorie relative al reclutamento di personale pubblico. La cronaca giudiziaria, infatti, dà atto di un nuovo orientamento ermeneutico che sostiene finanche la possibilità di applicare i reati di turbativa in caso di irregolarità compiute nei concorsi di selezione del personale pubblico. Nonostante si tratti di un settore del tutto estraneo rispetto al tipo criminologico sanzionato penalmente, in nessun caso riconducibile alla nozione di appalti fornita dal diritto europeo e nazionale, alcuni giudici penali insistono nel difendere argomenti estensivi che paiono, prima ancora che sproporzionati, incompatibili con il divieto di analogia in materia penale. Contro tali arresti, invero, alcuni recenti provvedimenti giudiziari sono intervenuti per domandare – per l'appunto – l'archiviazione di procedimenti avviati per fatti di turbativa nel contesto dei concorsi pubblici. Il settore degli appalti, si osserva, ha natura inconferente con le procedure di selezione del personale, dovendosi ritenere l'indirizzo contrario vietato quale forma di analogia *in malam partem*³¹. Senza potersi soffermare sull'imprevedibilità e incertezza generate dal contrasto interpretativo, il caso dei concorsi per il pubblico impiego dimostra che gli “effetti collaterali” di fattispecie incriminatrici dalla tipicità debole, e di cui si sono tollerate, per decenni, letture di taglio analogico, tendono ad autoalimentarsi in un “effetto valanga” (*snowball effect*) difficile da contenere. Distrutti gli argini offerti dal testo legislativo, la dottrina della “gara informale”³² si dissolve in “qualsiasi procedura di natura competitiva”, a prescindere dall'ambito di applicazione del codice degli appalti pubblici: se è sufficiente la mera comparazio-

³⁰ Cass., sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237.

³¹ Così, la procura della repubblica presso il tribunale di Venezia nella richiesta d'archiviazione del 27 febbraio 2023. Per approfondire, si veda *retro*, cap. III, § 4.

³² Si veda, a titolo di esempio, la menzionata pronuncia Cass., sez. VI, 22 settembre 2004, n. 44829.

ne tra i *curricula* dei candidati³⁵, perché non ricomprendere finanche l'assegnazione di contratti di lavoro, sostituendo la punizione *judge-made* alle politiche di regolazione di interi settori estranei al tipo penale?

In un simile scenario, le ricostruzioni incentrate sul bene giuridico hanno incontrato difficoltà nel selezionare le sottofattispecie rilevanti. Per un verso, neppure la dottrina è concorde sugli interessi che le norme incriminatrici mirano a proteggere, fronteggiandosi una ricostruzione plurioffensiva dei reati di turbativa³⁴ e, invece, una tesi unitaria che rinviene un rapporto di progressione tra i diversi valori in gioco³⁵. Per altro verso, il riferimento al bene giuridico non è stato sufficiente a contenere il dilagare ermeneutico, suggerendo l'opportunità di prendere in esame ulteriori strumenti per verificare la legittimità delle scelte di tutela e ponderare la razionalità del bilanciamento che giustifica le norme incriminatrici³⁶.

Il principio di proporzionalità declinato nella materia punitiva permette un controllo *ex post* sulle scelte di incriminazione, tanto più efficace quanto più sia condotto alla luce dei diversi interessi che vengono in rilievo. Ampiamente consolidato sul piano costituzionale³⁷, il sindacato di proporzione delle regole di condotta è stato prospettato dalla dottrina penalistica proprio allo scopo di riflettere la complessità del reale, alla ricerca di una soluzione ispirata ai ca-

³⁵ Cass., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603, escludendo i giudici di legittimità il rilievo penale delle condotte perché i candidati a confronto erano radicalmente all'oscuro della comparazione in atto da parte della pubblica amministrazione in vista dell'assegnazione dell'incarico di consulenza.

³⁴ F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2015, in part. 666.

³⁵ Per approfondire, si rinvia a O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 2008, 799, nonché A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Torino, 2008, 444.

³⁶ Sul punto, si veda ancora N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 278.

³⁷ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017, 158 ss., considerando peraltro l'A. le ricostruzioni prospettate per escludere le "pratiche ponderative delle corti" (in part., 155 s.).

noni del pluralismo costituzionale³⁸. Il *proportionality check*, infatti, si compone di tre passaggi progressivi che valutano l'idoneità, la necessità e la "proporzionalità in senso stretto" delle scelte di tutela in relazione ai diritti fondamentali inevitabilmente compressi dalle norme punitive³⁹. La verifica di proporzionalità non offre una soluzione valida in astratto e a carattere assoluto, bensì propone un percorso argomentativo flessibile, il cui esito è fortemente ancorato alle peculiarità della dimensione reale. Si tratta, quindi, di una valutazione adatta alla sfera in esame, attesi i decisivi condizionamenti che le situazioni di fatto generano sugli elementi costitutivi dei reati di turbativa e, vieppiù, del crescente grado di complessità che ha assunto la dimensione economico-sociale. Attraverso l'onere di giustificare l'opzione punitiva⁴⁰, si verifica, così, che le deliberazioni di opportunità compiute dagli organi politici rispettino – quanto meno – i parametri di ragionevolezza⁴¹.

Restituendo in pillole le questioni affrontate nel quarto capitolo del lavoro, è parso opportuno concentrarsi sull'ultimo step del giudizio di proporzione, atteso che – per svariate ragioni – è piuttosto improbabile che la verifica di legittimità s'incetri sull'idoneità o necessità della norma incriminatrice⁴². Al contrario, nel sistema dei reati di turbativa, il giudizio di proporzionalità in senso stretto lascia trasparire diverse criticità che attengono allo stesso fondamento delle scelte d'incriminazione. In estrema sintesi, sono state esaminate la portata e l'interesse protetto dalle previsioni punitive, insieme al

³⁸ Per approfondire, si rinvia a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 62 ss.; A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 2008, 185.

³⁹ Con riguardo alla necessità di scongiurare il pericolo che il giudizio di proporzionalità diventi una "black box" dal contenuto non conoscibile e, quindi, controllabile, T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale L. J.*, 1987, 976.

⁴⁰ È stato, del resto, puntualmente affermato che "l'idea dello scopo, quale idea guida del diritto penale moderno, comporta che ogni scelta normativa deve giustificarsi non solo sul piano dei valori, ma anche su quello della prevedibile efficacia e deve sottoporsi alla dura verifica dell'esperienza": D. PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 1212.

⁴¹ Con particolare riguardo alle riflessioni compiute sul punto dalla dottrina costituzionale statunitense, si veda A. BARAK, *Proportionality, Constitutional rights and their limitations*, New York, 2012, 458.

⁴² Si rinvia, sul punto, alla disamina condotta *retro*, cap. IV, § 3.2 s.

grado di tutela che riescono a offrire in confronto con eventuali misure extra-penali, ai costi e ai tempi d'attuazione delle pene rispetto a strumenti alternativi, maggiormente congeniali al canone di *extrema ratio*. Tale complessa rete di fattori è stata, quindi, raffrontata con il tipo e l'intensità del sacrificio imposto alla libertà d'impresa, nonché all'onore e alla reputazione della persona coinvolta dal procedimento penale, così da valutare la possibilità di raggiungere scopi affini attraverso strumenti extra-penali meno invasivi della sfera di protezione del singolo. Proprio quest'ultimo aspetto presenta particolare interesse nel settore degli appalti pubblici in ragione del complesso sistema di *private e public enforcement* che già affianca – e spesso duplica – lo statuto penale, ulteriormente aggravando le conseguenze patite riguardo alla contrazione dei diritti fondamentali⁴³.

Nel tentativo di proporre una selezione razionale, è sembrato utile ordinare il sindacato di proporzione a seconda delle peculiarità delle sottofattispecie oggetto di studio, così da semplificare l'esame degli interessi in gioco. Ripercorrendo più nel dettaglio le conclusioni della ricerca, l'indirizzo restrittivo adottato dal giudice delle leggi riguardo alle ipotesi “senza concorrenti” corrisponde pienamente alla risposta negativa in punto di proporzionalità dell'intervento punitivo. In altri termini, allorché sia assente un'effettiva competizione tra gli operatori economici, in ragione della scelta di aggiudicare il contratto mediante affidamento diretto⁴⁴ oppure ignorando altre interlocuzioni svolte dalla stazione appaltate⁴⁵, la norma incriminatrice appare illegittima – altresì – perché sproporzionata rispetto allo scopo di tutela, cagionando un'eccessiva compressione dei diritti della persona. L'esito del controllo, invece, assume connotati diversi nella misura in cui la turbativa si verifichi “nella scelta” o, piuttosto, “nell'esecuzione” della gara.

È ben possibile, infatti, che l'irregolarità abbia luogo nelle prime fasi della procedura amministrativa, ossia nella valutazione discrezionale, in presenza delle condizioni di legge, della serie procedimentale più opportuna per aggiudicare il contratto. In questo

⁴³ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014., 455 ss.

⁴⁴ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536.

⁴⁵ Cass., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603.

caso, la scelta di tutela compiuta dal legislatore penale appare proporzionata allorché sussista – quanto meno – il concreto pericolo di compromettere non la correttezza formale della procedura bensì il risultato cui mira la gara. D’altro canto, le violazioni delle norme amministrative sono puntualmente presidiate da un autonomo corpo sanzionatorio, che sovrintende alle regole di esclusione dalla competizione nonché al rispetto delle prescrizioni che governano la concorrenza, sotto la supervisione, rispettivamente, di ANAC e dell’autorità antitrust⁴⁶.

Diverso è il caso delle irregolarità che si svolgano “nell’esecuzione” della gara. In quest’ipotesi, la scelta della procedura non è condizionata da favoritismi atteso che il fatto collusivo ha luogo successivamente, nell’estrinsecarsi dei rapporti tra i privati e la stazione appaltante. A valle del bando di gara⁴⁷, sembra opportuno distinguere a seconda che si tratti o meno di una procedura a imparzialità (quasi) perfetta: se il comportamento limitativo della concorrenza è compiuto durante una procedura aperta o ristretta, la scelta di predisporre lo strumento punitivo più afflittivo può apparire ragionevole in relazione agli scopi che si propone il legislatore. Un conto è se la gara persegue come primario obiettivo la massima partecipazione degli operatori economici, quale strumento per attuare il buon andamento dell’amministrazione; tutt’altro accade, se la concorrenza cede legittimamente il passo a contrastanti esigenze di efficacia ed efficienza idonee, nel caso di specie, a consentire una migliore realizzazione degli scopi di legge. In presenza di procedure “non meccaniche”, infatti, è quanto meno dubbio che la sanzione penale sia da considerare proporzionata, atteso che è la stessa disciplina delle serie procedimentali ad ammettere una contrazione della concorrenza per consentire la realizzazione di diversi obiettivi a carattere generale.

Non si vuol certo sostenere che debba trattarsi di comportamenti privi di conseguenze sul piano sanzionatorio; è, tuttavia, in discus-

⁴⁶ Con particolare riguardo, poi, alla funzione di controllo riservata alla Corte dei conti, G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. giur. ec.*, 2020, 139 ss.

⁴⁷ Quanto alla progressione che contraddistingue “i rapporti tra art. 353” e 353-bis c.p., si rinvia a N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, 308.

sione la ragionevolezza della soluzione penale, potendo raggiungere analoghi obiettivi di tutela attraverso misure alternative. Tale intervento di contrazione della sfera punitiva consentirebbe, peraltro, di contenere il preoccupante effetto di “congelamento” nei confronti sia degli operatori economici che dei pubblici funzionari, agevolando l’esercizio dell’attività amministrativa al riparo da atteggiamenti difensivi. Vero è che un simile obiettivo potrebbe essere raggiunto valorizzando il principio di proporzionalità in chiave ermeneutica e, per l’effetto, chiedendo al giudice comune di selezionare le sottofattispecie penalmente rilevanti applicando il giudizio di proporzione al singolo caso controverso. Tale soluzione, tuttavia, pone non pochi problemi in punto di coerenza interna al sistema dei reati di turbativa, nonché di efficacia *erga omnes* della soluzione più favorevole al reo, sembrando da prediligere un controllo accentrato di legittimità delle diverse sottofattispecie⁴⁸.

A fronte delle criticità che emergono sul piano della tipicità e proporzionalità dell’incriminazione, dunque, è utile – quanto meno – alimentare il dibattito, auspicando un generale ripensamento del sistema dei reati di turbativa che riporti al centro le ragioni politiche della pena e valorizzi, *in primis* in prospettiva culturale, la legittimità delle scelte di tutela così da assicurare la “massima aderenza all’interesse pubblico”⁴⁹.

⁴⁸ Sul punto, più diffusamente *retro*, cap. IV, § 5.

⁴⁹ F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, II, I, Milano, 1997, 2400.

BIBLIOGRAFIA

- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, V ed., Torino, 2022.
- AINIS M., PITRUZZELLA G. (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma, 2019.
- ALEINIKOFF T.A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale L. J.*, 1987, 943 ss.
- ALLEGRETTI U., voce *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 131 ss.
- ALLEN F.A., *Erosion of Legality in American Criminal Justice: Some Latter-Day Adventures of the Nulla Poena Principle*, in *Ariz. L. Rev.*, 1987, 385 ss.
- ALMA M.M., sub *Art. 353*, in M.M. ALMA, E. APRILE, G. ARIOLLI, F. D'ARCANGELO, D. FEDERICI, M. GAMBARDELLA, V. MONGILLO, A. PANTANELLA, E. PIVIDORI, M. POGGI D'ANGELO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da G. LATTANZI, E. LUPO, Milano, 2022, 684 ss.
- AMARELLI G., VISCONTI C., "*Mafia capitale*": per la Cassazione non si tratta di vera mafia, in *Cass. pen.*, 10, 2020, 3604 ss.
- AMATO G., *Relazione generale*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma, 2019, 27 ss.
- AMATO G., *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di turbata libertà degli incanti*, in *Cass. pen.*, 1999, 544 ss.
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La costituzione economica*, Padova, 1997, 7 ss.
- ANDREANI A., *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

- ANDRIYCHUK O., *The Normative Foundations of European Competition Law. Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*, Londra, 2017.
- BANKOWSKI Z., MACCORMICK D.N., *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting statutes. A comparative study*, Aldershot, 1991, 359 ss.
- BARAK A., *Proportionality, Constitutional rights and their limitations*, New York, 2012.
- BARTOLE S., BIN R. (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.
- BARTOLI R., *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022.
- BARTOLI R., *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *Sistema penale*, 3, 2020, 143 ss.
- BARTOLI R., *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1540 ss.
- BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 5, 2015, 1769 ss.
- BARTOLI R., PAPA M. (a cura di), *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto. Tra diritto vivente e prospettiva di riforma*, Torino, 2018.
- BATTINI S., DECAROLIS F., *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 293 ss.
- BAUMBACH T., *Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases*, in *Bergen J. Crim. L. & Crim. Just.*, 2018, 92 ss.
- BERGER B.L., *Constitutional Principles*, in M.D. DUBBER, T. HÖRNLE (a cura di), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2014, 422 ss.
- BERNARDI A. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.
- BIN R., *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma, 2019, 65 ss.
- BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013.
- BIN R., *Lavori pubblici: quanto “intangibili” sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, in *Le Regioni*, 5, 2010, 1148 ss.

- BIN R., *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
- BISCEGLIA F.P., *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, A. MANNA, M. PAPA, S. CANESTRARI (a cura di), *Diritto penale*, Milano, 2022, 2209 ss.
- BORSARI R., *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, Torino, 2020.
- BOTTINO G., *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. giur. ec.*, 2020, 117 ss.
- BOTTINO G., *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017.
- BRICOLA F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, II, I, Milano, 1997, 2387 ss.
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 3 ss.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss.
- BUDZINSKI O., *Pluralism of Competition Policy Pradigms and the Call for Regulatory Diversity*, in *Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften*, 2003, 1 ss.
- BUSCEMA S., BUSCEMA A., *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, III ed., Padova, 2008.
- CADOPPI A., *Il "reato penale". Strategie di contenimento della "criminalizzazione"*, Napoli, 2022.
- CADOPPI A., *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, agg., 2017, 407 ss.
- CADOPPI A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014.
- CADOPPI A., *Sul divieto di interpretazione estensiva di cui all'art. 129*, in *Indice pen.*, I, 1998, 330 ss.
- CADOPPI A., MANNA A., PAPA M., CANESTRARI S. (diretto da), *Diritto penale*, I, Milano, 2022.
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 2008.
- CAIA G., *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A.

- ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II, Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, 2005, 131 ss.
- CAMMELLI M., *La pubblica amministrazione. Come è cambiata ai tempi della spending review*, Bologna, 2014.
- CAMPO O., *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen.*, 1966, 278 ss.
- CANDIA A., *Art. 80*, in F. CARINGELLA (diretto da), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2022, 726 ss.
- CANESTRARI S., CURI F., FONDAROLI D., MANES V., MANTOVANI M.O., NISCO A., TORDINI CAGLI S., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, Torino, 2023.
- CANTONE R., CARINGELLA F., *La corruzione spuzza. Tutti gli effetti sulla nostra vita quotidiana della malattia che rischia di uccidere l'Italia*, Milano, 2017.
- CANTONE R., CARLONI E., *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 903 ss.
- CANZIO G., *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cass. pen.*, 3, 2021, 797 ss.
- CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968.
- CAPUTO M., *Occasioni di razionalità nel diritto penale. fiducia nell' "assolo della legge" o nel "giudice compositore"?*, in *Jus*, 2015, 211 ss.
- CARANTA R., *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, 127 ss.
- CARANTA R., COSMIN DRAGOS D., *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 493 ss.
- CARAVITA DI TORITTO B., *I fondamenti europei della concorrenza*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma, 2019, 35 ss.
- CARINGELLA F. (diretto da), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2022.
- CARINGELLA F., *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*, in *Corr. giur.*, 2004, 664 ss.
- CARINGELLA F., PROTTO M., *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Bologna, 2012.
- CASSANO M., *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, in G. ANDREAZZA, E. APRILE, G. ARIOLLI, M. CASSANO, M. GAMBARDELLA,

- V. MONGILLO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da G. LATTANZI, E. LUPO, Milano, 2015, 1034 ss.
- CASSESE S., *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 141 ss.
- CASSESE S., *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 1 ss.
- CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006.
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1997, in part. 319 ss.
- CATENACCI M. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO, M. PELISSERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2022.
- CATERINI M., *“Osso, Mastrosso e Carcagnosso”: l'affiliazione rituale alle associazioni di tipo mafioso alla prova dei principi di offensività, proporzione e ragionevole dubbio interpretativo*, in *Arch. pen.*, 3, 2021, 2 ss.
- CATERINI M., *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol. dir.*, 2, 2019, 327 ss.
- CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998.
- CERULLI IRELLI V., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1195 ss.
- CHESSA O., *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016.
- CIANFLONE A., GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, I, XIV ed., Milano, 2021.
- CICU A., MESSINEO F., MENGONI L. (diretto da), SCHLESINGER P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, ed. 2004, 2011.
- CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, Torino, 2012.
- CINGARI F., *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 9 ss.
- CINTIOLI F., *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020.
- CINTIOLI F., *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in G. BUONOMO (a cura di), *La libertà*

- d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione*, Servizio studi del Senato, ottobre 2010, n. 244, 179 ss.
- CLARICH M., *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159 ss.
- COEN L., Art. 97, in S. BARTOLE, R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 884 ss.
- COFFEE J.C. jr., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models. And What Can Be Done About It*, in *Yale L.J.*, 1992, 1875 ss.
- CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Sistema penale*, 10 aprile 2020, 1 ss.
- CONSULICH F., *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in *Legisl. pen.*, 27 luglio 2018, 1 ss.
- CONSULICH F., *Delitti a tutela degli incanti*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2015, 665 ss.
- CONTESSA C., *Le novità del "Decreto semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice?"*, in *Urb. e appalti*, 2020, 757 ss.
- CONTIERI E., *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019.
- CORSO G., *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (dello Stato e delle Regioni)*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2002, 981 ss.
- CORTESE F., CARUSO C., ROSSI S. (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018.
- COSTAMAGNA F., GIUBBONI S., *Free Movement of Persons and Transnational Solidarity – The Legacy of Market Citizenship*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, 1 ss.
- CUPELLI C., *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 4, 2021, 1807 ss.
- DE FRANCESCO G., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.
- DE FRANCESCO G., MARZADURI E. (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016.
- DE NICTOLIS R., *La competenza legislativa e regolamentare di Stato e Regioni*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Bologna, 2012, 29 ss.

- DE VERGOTTINI G., *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. soc.*, 2010, 333 ss.
- DECAROLIS F., *Cronaca di un fallimento annunciato: l'impiego dell'esclusione automatica negli appalti di lavori pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1246 ss.
- DI GIOVINE O., *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 2008, 793 ss.
- DI LELLO FINUOLI M., *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giur. it.*, 2017, 1431 ss.
- DI MARTINO A., *I delitti di turbativa di gara*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Torino, 2008, 434 ss.
- DAVIGO P., MANNOZZI G., *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.
- DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.
- DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006.
- DOLCINI E., PALIERO C.E., *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 1154 ss.
- DONATIVI V., *Introduzione storica*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI, GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, 49 ss.
- DONINI M., *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, in *Arch. pen. web*, 3, 2020, 1 ss.
- DONINI M., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, 79 ss.
- DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Modena, 2014.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.-riv. trim.*, 2013, 4 ss.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
- DUBBER M.D., HÖRNLE T. (a cura di), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2014.

- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.
- DUNNE N., *Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better*, in *Mod. L. Rev.*, 2021, 230 ss.
- ESPOSITO G.M. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Milano, 2017.
- FANTINI S., *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urb. e appalti*, 2016, 955 ss.
- FANTINI S., SIMONETTI H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, III ed., Milano, 2022.
- FERRAJOLI L., *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Bari, 2021.
- FERRARI G.F., *I costi del non fare*, in *Dir. pub. comp. eu.*, 2020, 148 ss.
- FERRARI G.F., MORBIDELLI G. (diretto da), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013.
- FERRI G., voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, 532 ss.
- FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 91 ss.
- FIANDACA G., *Sui "giudizi di fatto" nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in M. BERTOLINO, G. FORTI, L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 265 ss.
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1722 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, VI ed., Bologna, 2021.
- FIDELBO G., *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 133 ss.
- IORE C., *Il principio di offensività*, in *Indice pen.*, 1994, 275 ss.
- FIORITTO A., *La corruzione nei lavori pubblici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 77 ss.
- FOFFANI L., *I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, in A. BONDI, G. FIANDACA, G.P. FLETCHER, G. MARRA, A.M. STILE, C. ROXIN, K. VOLK, *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 541 ss.
- FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014.
- FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI-GRIFFI A., UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993.
- GALLI M., *Effetti collaterali*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C.

- PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Scritti in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 1411 ss.
- GARGANI A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G. DE FRANCESCO, E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, 89 ss.
- GARGANI A., *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il "sentiero interrotto" della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1029 ss.
- GARGANI A., *Dal Corpus Delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
- GERBER D.L., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *Am. J. Comp. L.*, 1994, 25 ss.
- GIALUZ M., DELLA TORRE J., *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I e II, III ed., Milano, 1993.
- GIANNINI M.S., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958, 988 ss.
- GIORDANENGO G., VALENTINI S., *Le fattispecie di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento alla luce della L. 163/2010*, in *Urb. e app.*, 2, 2011, 149 ss.
- GIOSTRA G., INSOLERA G. (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998.
- GIUBBONI S., *Crisi pandemica e solidarietà europea*, in *Quad. cost.*, 2021, 218 ss.
- GLUCK A.R., POSNER R.A., *Statutory Interpretation on the Bench: a Survey of Forty-two Judges on the Federal Courts of Appeal*, in *Harv. L. Rev.*, 5, 2018, 1298 ss.
- GROSSO C.F., PELISSERO M. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2015.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.
- GUARNIERI E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022.
- GUARNIERI E., *Procedura ristretta, forcilla e scelte negoziali: interrogativi sul rilancio di una procedura poco utilizzata*, in *Munus*, 2019, 419 ss.
- GUARNIERI C., INSOLERA G., ZILLETTI L., *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016.
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011.

- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004.
- HALL L., *Strict or Liberal Construction of Penal Statutes*, in *Harv. L. Rev.*, 1935, 748 ss.
- HART H.L.A., *Discretion*, in *Harv. L. Rev.*, 2013, 652 ss.
- HOPWOOD S.R., *Clarity in Criminal Law*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2017, 695 ss.
- HUSAK D., *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2008.
- INSOLERA G., *Il limite della legge*, in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Milano, 2019, 117 ss.
- INSOLERA P., *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Indice pen.*, 2017, 176 ss.
- IRTI N., *I 'cancelli delle parole'. Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, III ed. 2003.
- KAHN L.M., *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale L. J.*, 2017, 564 ss.
- KILPATRICK C., *British Jobs for British Workers? UK Industrial Action and Free Movement of Service in EU Law*, LSE Working Paper, 16, 2009, 1 ss.
- KOVACIC W.E., SHAPIRO C., *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, in *J. Econ. Perspect.*, 14, 2000, 43 ss.
- LANZI M., *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018.
- LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2022.
- LEVI N., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1935.
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014.
- LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato conc. reg.*, 3, 2014, 503 ss.
- LIBERTINI M., voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Ann. III, 2010, 191 ss.
- LIBERTINI M., *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 171 ss.
- LOTTINI R., *Delitti concernenti i pubblici incanti e le forniture*, in F. PA-

- LAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in S. MOCCIA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Napoli, 2011, 685 ss.
- LUCE S., *Requisiti soggettivi degli operatori economici affidatari degli appalti pubblici di lavori*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Bologna, 2012, 401 ss.
- LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Ann. IX*, Milano, 2016, 391 ss.
- LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2011, 1 ss.
- LUPO E., *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 911 ss.
- MACCORMICK D.N., SUMMERS R.S. (a cura di), *Interpreting statutes. A comparative study*, Aldershot, 1991.
- MADIA N., *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta: fattispecie a rischio overbreadth*, in *Arch. pen. web*, 2022, 1 ss.
- MADIA N., *I nebulosi confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private" enucleata nell'art. 353 c.p. tra eccessi "espansionistici" e tendenze "restrittive"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1347 ss.
- MADIA N., *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012.
- MADIA N., *Note sugli aspetti caratteristici del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui al nuovo art. 353-bis c.p.*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 493 ss.
- MAIELLO N.M., *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cass. pen.*, 2020, 2755 ss.
- MAIELLO V., *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, 2487 ss.
- MAIELLO V., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.
- MANES V., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in S. CANESTRARI, F. CURI, D. FONDAROLI, V. MANES, M.O. MANTOVANI, A. NISCO, S. TORDINI CAGLI, *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, Torino, 2023, 93 ss.
- MANES V., *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022.
- MANES V., *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 1233 ss.

- MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 173 ss.
- MANES V., *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 1 ss.
- MANES V., *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, 1126 ss.
- MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, 2222 ss.
- MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 6, 2016, 2105 ss.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.
- MANES V., *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 9 ss.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANES V., NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019.
- MANETTI M., *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2019, 315 ss.
- MANNA A., SALCUNI G., *Dalla burocrazia difensiva alla difesa della burocrazia? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Legisl. pen.*, 2020, 4 ss.
- MANNOZZI G., *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: un dialogo tra storia, diritto e arte*, in *Dir. pen. cont.-riv. trim.*, 2017, 98 ss.
- MANNOZZI G., *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2011, 1431 ss.
- MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, Torino.
- MARCONI G., *Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353-354 c.p.)*, in M. CATENACCI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO, M. PELISSERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2022, 357 ss.

- MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1254 ss.
- MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
- MARZUOLI C., TORRICELLI S., *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.
- MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, III ed., Torino, 2021.
- MASTRAGOSTINO F., TRENTI E., *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, III ed., Torino, 2021, 1 ss.
- MASULLO M.N., *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1257 ss.
- MASULLO M.N., *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1772 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 63 ss.
- MAUGERI M., ZOPPINI A. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009.
- MAZZACUVA F., *Art. 7*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Torino, 2022, 299 ss.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.
- MAZZACUVA N., *Il diritto penale "massimo" tra incremento dei tipi punitivi e "addizioni" giurisprudenziali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 311 ss.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.
- MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, Milano, 1979.
- MELCHIONDA A., *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 4, 2016, 61 ss.
- MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1426 ss.
- MERLONI F., VANDELLI L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010.

- METZGER G.E., *The Administrative State under Siege*, in *Harv. L. Rev.*, 2017, 1 ss.
- MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014.
- MILITELLO V., *La tutela della concorrenza e del mercato nella legge 10 ottobre 1990, n. 297*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 641 ss.
- MILITELLO V., *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, 729 ss.
- MOLITERNI A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.
- MONGILLO V., *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 231 ss.
- MORGANTE G., *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013.
- MORMANDO V., *Appunti sulla nuova fattispecie di turbativa del procedimento amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2011, 398 ss.
- MORMANDO V., *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 251 ss.
- MORRONE A., *La concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni*, in M. ANIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma, 2019, 101 ss.
- MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014.
- MORRONE A., voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, 2008, 185 ss.
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.
- NAPOLEONI V., *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 49 ss.
- NEWLAND S., *Notes. The New Rule of Lenity*, in *Harv. L. Rev.*, 2006, 2420 ss.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.
- ORLANDI R., *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2017, 2596 ss.
- PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in AA.VV., *La costituzione economica*, Padova, 1997, 175 ss.

- PADOVANI T., *Abuso d'ufficio. L'erratica sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. it.*, 2021, 2213 ss.
- PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 1 ss.
- PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527 ss.
- PADOVANI T., *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 448 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, IX ed., Milano, 2020.
- PAGLIARO A., *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 453 ss.
- PAGLIARO A., PARODI-GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 527 ss.
- PALAZZO F., *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2, 2016, 77 ss.
- PALAZZO F. (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011.
- PALAZZO F. (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in S. MOC- CIA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Napoli, 2011.
- PALAZZO F., *Politica, e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 525 ss.
- PALAZZO F., voce *Legalità (dir. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3373 ss.
- PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 515 ss.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 350 ss.
- PALAZZO F., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 338 ss.
- PALIERO C.E., *Il mercato della penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Torino, 2021.
- PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1021 ss.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 430 ss.
- PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAM- PONI R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016.

- PALMIERI A., PARDOLESI R., *L'antitrust per il benessere e (il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, 1014 ss.
- PARMIGGIANI M.C., *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale*, I, Milano, 2022, 2227 ss.
- PASTORE B., VIOLA F., ZACCARIA G., *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2017.
- PELISSERO M., *I delitti contro la regolarità di funzioni pubbliche*, in R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, 638 ss.
- PIERGALLINI C., MANNOZZI G., SOTIS C., PERINI C., SCOLETTA M., CONSULICH F. (a cura di), *Scritti in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022.
- PIGNATONE G., *Le nuove fattispecie corruttive*, in R. BARTOLI, M. PAPA (a cura di), *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto. Tra diritto vivente e prospettiva di riforma*, Torino, 2018, 1 ss.
- PINELLI C., TREU T., *Introduzione. La Costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione*, in C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 7 ss.
- PINELLI C., TREU T. (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010.
- PINO G., *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017.
- PIPERATA G., *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2021, 31 ss.
- PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quad. cost.*, 2019, 597 ss., nonché in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma, 2019, 9 ss.
- PITTALIS G., voce *Appalto-concorso*, in *Dig. disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 287 ss.
- PITTALIS G., voce *Appalto pubblico*, in *Dig. disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 292 ss.
- PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.-riv. trim.*, 2017, 48 ss.
- PULITANÒ D., voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, 2015, 665 ss.
- PULITANÒ D., *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 63 ss.

- PULITANÒ D., *Quale scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 1209 ss.
- PULITANÒ D., *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 3 ss.
- RABB I.A., *Response. The Appellate Rule of Lenity*, in *Harv. L. Rev.*, 8, 2018, 179 ss.
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.
- RESCIGNO G.U., *Corso di diritto pubblico*, XVIII ed., Bologna, 2022.
- RICCIO S., voce *Incanti e licitazioni (frode negli)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1982, 492 ss.
- RISICATO L., *La distrazione come appropriazione? Un dubbio vincibile in materia di peculato*, in *Giur. it.*, 12, 2019, 2749 ss.
- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, IV ed., Milano, 2015, 241 ss.
- ROMANO M.F., MORGANTE G., DI VETTA G., PAVONE P., BALDASSARINI A., *La misurazione della corruzione attraverso le sentenze della magistratura: una proposta metodologica con strumenti di text mining*, in *Federalismi*, 2020, 164 ss.
- ROSSI R., *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen.*, 1982, 552 ss.
- RUGGIERO G., voce *Incanti (turbativa ed astensione)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 901 ss.
- SAITTO F., *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, 125 ss.
- SANDULLI M.A., CANCRINI A., *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 437 ss.
- SARTORETTI C., *Il contrasto alla corruzione "amministrativa": riflessioni sul modello francese*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, online, 2019, 561 ss.
- SOCA F.G., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 75 ss.
- SOCA F.G., *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1999, 1261 ss.
- SOCA S.S., *Evidenza pubblica e contratto; profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.

- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1193 ss.
- SGUBBI F., MANES V. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007.
- SEDLER R.A., *Self-Censorship and the First Amendment*, in *Notre Dame J.L. Ethics*, 2011, 13 ss.
- SEMINARA S., *Riflessioni sulla corruzione, tra repressione e prevenzione*, in R. BARTOLI, M. PAPA (a cura di), *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto. Tra diritto vivente e prospettiva di riforma*, Torino, 2018, 143 ss.
- SEMINARA S., sub Art. 353, Art. 353-bis, Art. 354, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 1149 ss.
- SENZANI D., *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell'amministrazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, III ed., Torino, 2021, 451 ss.
- SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2017, 1346 ss.
- SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012.
- SPANGHER G., *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2018, 985 ss.
- STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978.
- STUCKE M.E., EZRACHI A., *Competition Overdose-How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, New York, 2020.
- STUNTZ W.J., *The Patological Politics of Criminal Law*, in *Mich. L. Rev.*, 2001, 505 ss.
- TODD P.F., *Vertical Restraints, The Single Market Imperative and UK Competition Policy after Brexit*, in *Compet. Law J.*, 2019, 1 ss.
- TONOLETTI B., *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 76 ss.
- TORRICELLI S., DELL'ANNO M., *L'aggregazione dell'offerta tra tutela dell'autonomia negoziale delle imprese e sviluppo armonico del mercato*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, 195 ss.

- TOWNLEY C., *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford, 2009.
- TRIPODI A.F., *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, 2022.
- UBERTIS G., VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Torino, 2022.
- UBIALI M.C., *Sul confine tra corruzione propria e corruzione funzionale: note a margine della sentenza della Corte di cassazione sul caso “mafia capitale”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2020, 662 ss.
- VALLINI A., *Le qualifiche soggettive*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in S. MOCCIA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Napoli, 2011, in part. 729 ss.
- VASSALLI G., voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 535 ss.
- VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, Torino, 158 ss.
- VELLUZZI V., *L'interpretazione giuridica, la didattica universitaria e il ruolo del giudice penale: osservazioni a margine*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 45 ss.
- VENTURATI P., voce *Incanti (frode negli)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 302 ss.
- VERDOLINI E., *Oltre la “tutela della concorrenza”. Ruolo delle Regioni, valori sociali e ambientali nella gestione del patrimonio demaniale marittimo*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti*, Macerata, 2022, 117 ss.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.
- VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1775 ss.
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, 2016, 213 ss.
- VINTI S., sub *Art. 80*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Milano, 2017, 942 ss.
- VITTA C., *Diritto amministrativo*, II, Torino, 1955.
- VOGEL L., *European Competition Law*, III ed., Parigi, 2020.
- VOGLIOTTI M., *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in *Legisl. pen.*, 19 ottobre 2020, 1 ss.

- VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine. Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino, 2011.
- WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, X ed., Oxford, 2021.
- WITT A.C., *The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning?*, in *Antitrust Bull.*, 64, 2019, 172 ss.
- YOUN M., *The Chilling Effect and the Problem of Private Action*, in *Vand. L. Rev.*, 2013, 1473 ss.
- ZIMMER D. (a cura di), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham-Norhampton, 2012.
- ZUFFADA E., *Non-mafia Capitale: l'ultima parola della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2, 2021, 420 ss.

SOMMARIO

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO I	
LA PROGRESSIVA DILATAZIONE NORMATIVA DELLE IPOTESI DI TURBATIVA D'ASTA	
1. Premessa: l'evoluzione dei profili di offensività-tipicità dei reati di turbativa	13
1.1. Il bene giuridico contestato: dalla regolarità del procedimento alla fattispecie plurioffensiva	15
1.2. La concorrenza come strumento per assicurare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione	18
1.3. (<i>segue</i>): la nozione di concorrenza alla prova del diritto costituzionale ed europeo	21
1.3.1. Una gara a "evidenza europea": il <i>favor participationis</i> nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	23
1.3.2. Libertà di concorrenza come libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi	28
1.3.3. La nozione di concorrenza consolidata nella giurisprudenza costituzionale e i suoi limiti	31
1.4. Il principio del risultato (rinvio)	36
2. Il ruolo "centrale" di un sistema di reati a vocazione ancillare	39
2.1. La formulazione "polisenso" del reato di turbata libertà degli incanti	40
2.2. La peculiare ipotesi di concorso mediante omissione in caso di astensione dagli incanti	42
2.3. Un incremento proporzionato del trattamento sanzionatorio?	45
3. Una fattispecie ad ampio spettro. L'espansione dei fatti penalmente rilevanti nelle fasi preparatorie della gara	47
3.1. L'introduzione dell'art. 353- <i>bis</i> c.p. quale forma di anticipazione dell'intervento punitivo	48
3.2. La nuova formulazione incriminatrice: profili critici	52

CAPITOLO II
 IL SISTEMA DELLE TURBATIVE *IN ACTION*:
 DISTONIE APPLICATIVE E RIMEDI GIURISPRUDENZIALI

1.	Premessa: il graduale sviluppo di un “antagonismo” interpretativo	55
1.1.	Un’impostazione radicale: la tesi abolizionista	58
1.2.	La tesi restrittiva incentrata sull’argomento testuale	59
1.2.1.	Gli argomenti a sostegno delle tecniche letterali-contestuali: la distinzione tra procedimenti “meccanici” e “negoziati”	61
1.2.2.	Il graduale indebolirsi dell’orientamento più favorevole al reo	64
2.	Il test negativo elaborato dalla Corte di legittimità	67
2.1.	Il nodo della “gara informale”	68
2.2.	Gli effetti del “test negativo” sulla tenuta del <i>nullum crimen</i>	71
3.	La distanza tra diritto penale e procedure amministrative è ragionevole?	74
3.1.	Verso una “nuova” disciplina degli appalti pubblici	75
3.1.1.	L’assetto consolidato nel codice degli appalti pubblici	76
3.1.2.	Il cambio di rotta deciso a livello europeo	80
3.2.	Il quadro normativo attuale	81
3.3.	Il quadro normativo promesso	87
4.	I più recenti tentativi di temperamento in via interpretativa (rinvio)	90

CAPITOLO III
 LO SCRUTINIO DI TIPICITÀ DEI DELITTI DI TURBATIVA

1.	Premessa	93
2.	La condotta tipica nell’alveo del <i>nullum crimen</i>	96
2.1.	Il problema della configurabilità di collusioni “atipiche” <i>ex art. 353 c.p.</i>	96
2.2.	Il confine delle collusioni rilevanti in relazione alle condotte “meramente” omissive	103
2.3.	La tenuta del tipo legislativo nelle ipotesi di “altri mezzi fraudolenti”	106
2.4.	La formulazione dell’art. 353- <i>bis</i> c.p. al vaglio di tipicità	108
3.	La turbativa d’asta come delitto “obsoleto”	109
3.1.	Le strumentalizzazioni di un <i>délit d’obstacle</i> nel sistema dei reati contro la pubblica amministrazione	113
3.2.	Il cambio di rotta della giurisprudenza di legittimità nella prospettiva “tassativizzante e tipizzante”	115
3.2.1.	Il caso delle aggiudicazioni “senza concorrenti”	117
3.2.2.	Quale spazio per ulteriori orientamenti di segno restrittivo?	119
4.	La (paventata) sottofattispecie di turbativa nei concorsi per il pubblico impiego: un’ipotesi atipica	122

CAPITOLO IV
LE PROCEDURE DI GARA “PENALMENTE RILEVANTI”
AL VAGLIO DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

1. Premessa	129
1.1. Profili di metodo: il principio di proporzionalità per la selezione delle condotte penalmente rilevanti in materia di appalti	133
1.2. Le peculiarità di un’analisi “in astratto” delle sottofattispecie penali proporzionate	136
2. Il sistema dei reati di turbativa: un’architettura sanzionatoria a due velocità	137
3. Alla ricerca di una dimensione punitiva proporzionata	139
3.1. I diritti fondamentali incisi dalle norme incriminatrici	141
3.2. Il giudizio di idoneità	144
3.3. Il giudizio di necessità	145
3.4. Il giudizio di proporzionalità in senso stretto	147
3.4.1. I rimedi amministrativi per la violazione delle regole di pari partecipazione alle gare	148
3.4.2. Autorità antitrust e poteri sanzionatori: quali duplicazioni con le ipotesi di turbativa?	154
3.4.3. Presupposti e limiti delle scelte d’incriminazione: considerazioni generali sulla proporzionalità “in senso stretto”	159
3.4.4. (<i>segue</i>): le turbative “nella scelta” della gara	164
3.4.5. (<i>segue</i>): le turbative “nell’esecuzione” della gara	168
4. Il problema del “doppio” <i>chilling effect</i>	173
5. Il principio di proporzionalità quale canone ermeneutico “costituzionalmente” obbligato	180
6. La sottofattispecie “sproporzionata” nei concorsi per il pubblico impiego	184
CONCLUSIONI	187
BIBLIOGRAFIA	201

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*", 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOCZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOCZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., "Ubi venus mutatur", 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA E., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO E., "Fideiusoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO E., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. GIUSTIZIA senza confini. Studi offerti a Federico Carpi, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI E., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI F., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L' homo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., «Proxenetes est in tractando». *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multā scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrare. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. LUPOI M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. DALLARI F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. DONINI A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. NOVARO P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. MATTIOLI F., *Giustiniano, gli argentari e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. RAFFIOTTA E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. MEDINA M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. CENTAMORE G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. CARUSO C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. BOLOGNA C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. ABIS S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
308. CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, 2020.
- 308.BIS CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. MORRONE A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. PEZZATO E., *Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstita in età tardoantica e giustiniana*, 2022.
311. MOLINARI M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra methodus docendi e mito. Έχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, 2021.
312. GUERRIERI G., LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. MORRONE A., MOCCHEGIANI M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. GIUPPONI T.F., ARCURI A. (a cura di), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, 2022.

315. BONETTI T., *La partecipazione strumentale*, 2022.
316. GUARNIERI E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, 2022.
317. CAVINA M., *Un inedito di Giulio Claro (1525-1575): Il «trattato di duello». Edizione dal manoscritto [Madrid] Biblioteca de San Lorenzo de El Escorial, g. II. 10*, 2022.
318. PACILLI M., *La tutela camerale tra forme e garanzie*, 2022.
319. CALCAGNILE M., *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, 2022.
320. MENGOSI P., *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione Europea*, 2022.
321. TOMER A., *'Aedes sacrae' e 'edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico'. La condizione giuridica delle chiese tra ordinamento canonico e ordinamento italiano*, 2022.
322. CALETTI G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2023.
323. MULAZZANI G., *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, 2023.
324. VISCONTI A.C., *Banca centrale europea e sovranità economico-finanziaria*, 2023.
325. PEDULLÀ A., *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento*, 2023.
326. D'ANGELO G. (edited by), *Aspects of customs control practices in selected EU member states*, 2023.
327. DE PETRIS A.L., *Il principio servitus in faciendo consistere nequit e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, 2023.
328. MEDICO F., *Il Doppio Custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, 2023.
329. SANTANGELO A., *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, 2023.

Finito di stampare nel mese di giugno 2023
per i tipi di Bologna University Press

