

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

LA TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI TRA LOGICHE D'AUTORE E PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

*Nota a App. Milano, Sez. II pen., ud. 25 maggio 2021, dep. 17 novembre 2021,
n. 4090, Pres. Rel. Rosa Luisa Polizzi,
e a Cass., Sez. VI, ud. 31 marzo 2022, dep. 28 ottobre 2022,
n. 41094, Pres. Giorgio Fidelbo, Rel. Pietro Silvestri*

di Gaia Donati

Chiamate a decidere su una vicenda di turbata libertà degli incanti di ampia risonanza mediatica, la Corte d'Appello di Milano e la Corte di Cassazione pronunciano due sentenze meritevoli di particolare interesse per la qualità delle riflessioni sui fondamenti del diritto penale, nonché per la sensibilità nel preservarsi da forme di diritto penale dell'autore e nell'attenersi al principio di offensività. Benché il verdetto assolutorio di secondo grado sia stato annullato con rinvio per vizio di motivazione, entrambe le decisioni, riguardanti soggetti accusati di aver influenzato la gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione di un impianto sportivo comunale, convergono nel ritenere l'irrilevanza della mera irregolarità formale a integrare l'offesa ai beni giuridici tutelati. La nota di commento ricostruisce i principali profili di contrasto giurisprudenziale inerenti alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 353 c.p. e si sofferma sulle soluzioni proposte dai giudici milanesi e dai magistrati di legittimità, dedicando speciale attenzione a una lettura evolutiva del principio di offensività.

SOMMARIO: 1. Contro «ogni lettura indotta da impostazioni soggettive». – 2. La controversa individuazione del bene giuridico tutelato dall'art. 353 c.p. – 3. Le «collusioni» nel variegato quadro delle modalità di aggressione. – 4. Il problema dell'evento. – 5. Il ruolo ermeneutico dell'offensività secondo la Corte d'Appello di Milano. – 6. Obbligo di motivazione rafforzata e confini tra art. 353 e art. 353-bis c.p. nella sentenza di legittimità. – 7. Alcune osservazioni conclusive, per una lettura delle fattispecie alla luce del principio di offensività.

1. Contro «ogni lettura indotta da impostazioni soggettive».

«Una interpretazione costituzionalmente orientata e conforme in particolare al principio di offensività deve illuminare il giudizio».

Sembra essere questo il filo comune che attraversa le sentenze della Corte d'Appello di Milano e della Corte di Cassazione su una vicenda di turbata libertà degli incanti di ampia risonanza mediatica. Benché il verdetto assolutorio di seconde cure sia

annullato con rinvio per vizio motivazionale, entrambe le pronunce si rivelano di particolare rilievo per la qualità delle riflessioni sui fondamenti del diritto penale, oltre che per la sensibilità mostrata nel volersi preservare da scivolamenti verso un diritto penale dell'autore¹.

La vicenda sulla quale si sono pronunciate le decisioni *de quibus* offre uno scenario articolato e complesso, che conferma come la «tipicità precaria e “umbratile”»² dei reati posti a presidio degli appalti pubblici li esponga al rischio di ampie escursioni interpretative e di approcci soggettivistici, condizionati dal dibattito pubblico.

S.U., C.M., L.P. e G.D. venivano rinviati a giudizio ai sensi degli artt. 110 e 353 c.p. per avere, in concorso tra loro, con collusioni e altri mezzi fraudolenti, turbato la gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione di un impianto sportivo comunale. Si contestava, in particolare, a S.U. (sindaco di L.), a C.M. (consigliere della società partecipata S.L.), a L.P. (procuratore speciale del medesimo ente) e a G.D. (responsabile *ex art. 5 l. n. 241/1990*), di aver influito indebitamente, abusando delle rispettive qualità, sul procedimento amministrativo per la determinazione del bando, concordandone e predisponendone il contenuto in modo da evitare la partecipazione di altri soggetti potenzialmente interessati e da garantire la aggiudicazione a S.L.

Il giudice di primo grado, pur riconoscendo che la soluzione adottata al termine della procedura era soddisfacente dell'interesse pubblico a offrire la migliore prestazione possibile ai cittadini, perveniva a un giudizio di condanna, ravvisando nell'operato del sindaco e nelle diverse interlocuzioni tra gli imputati una interferenza penalmente rilevante *ex art. 353 c.p.*

Investita della questione, la Corte d'Appello di Milano, in accoglimento dei motivi proposti e in riforma della gravata sentenza, assolve S.U., C.M., L.P. e G.D. dal reato loro ascritto perché il fatto non sussiste. Spiegano i giudici di secondo grado come la turbativa non ricorra in presenza di qualsiasi disordine relativo alla tranquillità della gara, dovendosi configurare una lesione (anche solo potenziale) ai beni giuridici protetti. A tale necessità di non punire indiscriminatamente le mere irregolarità formali si perviene nel momento in cui i profili di rilevanza penale vengano analizzati scevri da «ogni lettura indotta da impostazioni soggettive, non immuni da una polemica politica o locale».

È doveroso precisare come la pronuncia milanese sia stata, recentemente, annullata con rinvio da parte della Corte di Cassazione. I magistrati di legittimità hanno ritenuto che in seconde cure si sia incorsi in un vizio di motivazione, poiché sarebbe stato omesso un adeguato confronto con il ragionamento probatorio sviluppato dal Tribunale e violato l'obbligo di motivazione rafforzata, che si impone ogniqualvolta si ritenga di riformare il *decisum* di primo grado. Viene censurata, in particolare, l'omissione di una effettiva verifica circa l'integrazione di una condotta perturbatrice da parte degli

¹ Su questo tema si vedano, *ex multis*, AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, 2007; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 735 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 4, pp. 666 ss.

² V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1143.

imputati e circa l'idoneità della stessa a influenzare l'andamento della gara e a ledere le situazioni tutelate.

Poiché gli stessi giudici di legittimità hanno mostrato, tuttavia, di condividere le conclusioni proposte dalla Corte d'Appello circa la lettura degli elementi costitutivi dell'art. 353 c.p. alla luce del principio di offensività, merita esaminare congiuntamente le articolate motivazioni di secondo grado e di legittimità, che esprimono una «posizione di particolare interesse»³ a prescindere dal complessivo esito processuale.

2. La controversa individuazione del bene giuridico tutelato dall'art. 353 c.p.

Al fine di comprendere le soluzioni adottate dalla Corte d'Appello e dalla Corte di Cassazione, è utile sviluppare alcune preliminari considerazioni sul delitto di «turbata libertà degli incanti»⁴, previsto e punito dall'art. 353 c.p. Il delitto *de quo*, che si inserisce, dal punto di vista sistematico, nell'ampia e variegata 'costellazione' delle fattispecie *lato sensu* corruttive, mira ad assicurare una tutela ancillare contro le pratiche affaristiche nel settore dei pubblici appalti e contro la loro possibile degenerazione nel mercimonio del *munus publicum*, improntandosi a nuovo fulcro dei «reati-spia»⁵ dopo la «miniaturizzazione»⁶ dell'abuso d'ufficio⁷.

La disposizione, che punisce «chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti», rinviene la propria *ratio* nel contenimento di fattori distorsivi, che possano inficiare la fase negoziale in cui matura la volontà di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione⁸.

L'incriminazione risulta, tuttavia, inadeguatamente calibrata sui fenomeni criminali che è chiamata a reprimere⁹, denotando una marcata obsolescenza in relazione

³ G. FORTI, *Il fatto di reato e un'idea di diritto penale sostanziale*, in corso di pubblicazione.

⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, in A. Bondi-A. di Martino-G. Fornasari (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, pp. 434 ss.; N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012; G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353, 353-bis e 354 c.p.)*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, pp. 301 ss.; V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999; A.F. MORONE, *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino, 2021; L. PICOTTI, *Il "diritto penale degli appalti pubblici": profili sistematici*, in S. Riondato-R. Borsari (a cura di), *Diritto penale degli appalti pubblici*, Milano, 2012, pp. 63 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360 cod. pen. Commentario sistematico*, Milano, 2015, pp. 241 ss.; S. SEMINARA, *sub art. 353*, in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Milano, 2017, pp. 1149 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, pp. 401 ss.

⁵ V. MANES, *op. cit.*, p. 1143.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*: «Si allude [...] ai reati di turbativa d'asta, che assicurano una protezione ancillare contro dinamiche affaristiche nel settore degli appalti pubblici, contro la possibile degenerazione in pratiche corruttive, quasi atteggiandosi – dopo la "miniaturizzazione" dell'abuso d'ufficio – a nuovi "reati-spia"».

⁸ Cfr. G. MARCONI, *op. cit.*, p. 301.

⁹ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, pp. 434-435.

all'evoluzione della disciplina amministrativa di riferimento e subendo l'«immobilismo»¹⁰ del legislatore, il quale ha mantenuto invariata la formulazione originaria del precetto. Né a porre rimedio ai *deficit* rispetto alla crescente centralità della materia dei pubblici appalti è risultata sufficiente la novella del 2010¹¹, che si è limitata a innalzare sensibilmente i limiti della cornice edittale¹². Il persistente *gap* tra il presidio penalistico e la regolamentazione delle procedure di affidamento alimenta l'attività di supplenza ermeneutica, poiché la magistratura cerca di impedire che l'«anacronismo definitorio»¹³ del codice penale ostacoli il perseguimento del reato.

Sono così molteplici ed eterogenee le questioni interpretative che l'art. 353 c.p. solleva¹⁴, già a partire dall'individuazione del bene giuridico, oggetto di totale difformità di opinioni in dottrina e in giurisprudenza¹⁵. Il corretto inquadramento delle situazioni tutelate si rivela, peraltro, nodale ai fini della ricostruzione della vicenda giurisprudenziale analizzata, contribuendo in maniera determinante a definire i confini degli elementi strutturali del tipo legale¹⁶. La comprensione dell'interesse protetto costituisce, per questa fattispecie ancor più che per altre, un fondamentale «strumento euristico»¹⁷ in rapporto ai termini semanticamente 'elusivi' che colorano il dettato legislativo.

Propedeutico è il rilievo per cui l'attuale collocazione topografica della turbativa d'asta rappresenti il frutto di una precisa *intentio* del legislatore del 1930¹⁸, posto che il codice Zanardelli la inseriva all'art. 299, tra i delitti contro la pubblica fede¹⁹. Se nel 1889 la tutela si incentrava sulla difesa della libera azione delle leggi economiche²⁰ e sul «diritto sociale del commercio»²¹, la diversa *sedes* individuata dal codice Rocco offre un chiaro indice della *voluntas legis*: la disposizione mira alla tutela della pubblica amministrazione²².

Una prima tesi dottrinale²³, suffragata da un consolidato orientamento giurisprudenziale²⁴, proietta l'incriminazione sul bene giuridico dell'ordinato

¹⁰ G. MARCONI, *op. cit.*, p. 301.

¹¹ L. 16 agosto 2010, n. 36, «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia».

¹² Cfr. L. PICOTTI, *op. cit.*, pp. 84-85.

¹³ G. MARCONI, *op. cit.*, p. 302.

¹⁴ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵ Cfr. V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 16.

¹⁷ *Ibi*, p. 17.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 434.

²⁰ *Ibi*, p. 17.

²¹ R. ROSSI, *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 552.

²² Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 18.

²³ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IV, Torino, 1922, p. 574; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, p. 528; S. RICCIO, *Incanti e licitazioni (frode negli)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968, p. 492.

²⁴ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2017, n. 28266, in *DeJure*: «Nel delitto di turbata libertà degli incanti unico soggetto passivo titolare dell'interesse protetto è la p.a., atteso che il bene giuridico tutelato va individuato nel solo interesse di quest'ultima al regolare svolgimento delle procedure di gara secondo regole

svolgimento dei pubblici incanti e delle licitazioni private. A essere protetto sarebbe l'interesse alla regolarità e alla trasparenza della gara: la risposta sanzionatoria penale interverrebbe in caso di violazione delle regole di funzionamento della sequenza procedimentale, assicurando il rispetto delle previsioni extra-penali²⁵. L'art. 353 c.p. offrirebbe una tutela rafforzata rispetto alla disciplina amministrativa e perseguirebbe il corretto e imparziale sviluppo del meccanismo procedimentale²⁶.

L'esegesi che ricostruisce l'oggettività giuridica esclusivamente in termini di regolarità amministrativa non pare, però, del tutto persuasiva, giacché si ispira a un formalismo che rischia di degenerare in esiti irragionevoli²⁷. Da un lato, infatti, qualsiasi inosservanza delle disposizioni burocratiche interne potrebbe essere ritenuta sintomatica di una turbativa, anche laddove non fosse stata lesa l'aspettativa del soggetto pubblico a selezionare l'offerta più conveniente. Dall'altro, in assenza di specifiche violazioni formali di legge, potrebbe non essere considerato integrato il reato, benché si riscontrino violazioni sostanziali volte a impedire o alterare la selezione dei contraenti.

Secondo un diverso orientamento ermeneutico, ricorrente nelle pronunce della Corte di legittimità²⁸, il bene giuridico presidiato dall'art. 353 c.p. dovrebbe essere identificato con la libertà di partecipare alla gara e di influenzarne conseguentemente gli esiti, in modo da garantire alla pubblica amministrazione il raggiungimento del miglior risultato possibile²⁹. Tale conclusione viene avvalorata attraverso argomentazioni che, partendo dall'attuale collocazione sistematica della disposizione, colgono quale suo fine ultimo quello di punire qualunque condotta lesiva del buon andamento della pubblica amministrazione³⁰.

Un altro indirizzo, che presenta alcuni punti di convergenza con quello da ultimo richiamato³¹, si focalizza sulla libera concorrenza, precisando come a essere protetti siano il reale confronto tra i partecipanti alla gara e la libera formazione delle offerte³². In questa prospettiva, l'esigenza pubblicistica della stipula del contratto alle migliori condizioni viene coniugata con l'aspettativa dei concorrenti dell'aggiudicazione a favore di chi abbia formulato la proposta più vantaggiosa per la pubblica amministrazione. Conferma di tale esito ermeneutico viene rinvenuta nella scelta legislativa di ritenere

concorrenziali, con la conseguenza che il privato che assume di essere danneggiato dal reato non è legittimato a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione».

²⁵ Cfr. per un'analisi di tale teoria, N. MADIA, *op. cit.*, p. 19; G. MARCONI, *op. cit.*, pp. 302-303.

²⁶ Cfr. V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 89.

²⁷ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 19; V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 90-92.

²⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 8 aprile 2008, n. 15506, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1530; Cass. pen., sez. II, 28 ottobre 2005, in *CED* n. 232845.

²⁹ Cfr., per una sintesi di questa impostazione esegetica, G. MARCONI, *op. cit.*, p. 302; S. SEMINARA, *sub art. 353*, cit., pp. 1149-1150.

³⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 17 luglio 1998, n. 8443, in *Cass. pen.*, 1999, p. 541.

³¹ Cfr. S. SEMINARA, *sub art. 353*, cit., p. 1150.

³² Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 26. Cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, 27 febbraio 2008, in *CED* n. 239753; Cass. pen., sez. VI, 21 maggio 1995, in *CED* n. 202573; Cass. pen., sez. VI, 16 aprile 1991, in *CED* n. 188414.

integrato il delitto non solo laddove, in forza dell'opera perturbatrice, la gara non abbia luogo, ma anche nel caso in cui ne sia semplicemente turbata la regolarità³³.

Attenta dottrina ribatte, però, che la tutela offerta dall'art. 353 c.p., benché indubbiamente 'ridondi' a vantaggio della libera concorrenza, operi nei confronti dell'interesse particolare dei singoli offerenti solo in via mediata³⁴. Se questo fosse l'oggetto diretto, non si spiegherebbe per quale motivo anche l'alterazione delle licitazioni private, prevista dall'ultimo comma, sia collocata nell'ambito del Titolo II, tra i delitti contro la pubblica amministrazione³⁵.

A fronte di questo orizzonte frastagliato, sempre più la dottrina³⁶ e la giurisprudenza³⁷ tendono a configurare la fattispecie come plurioffensiva, combinando le eterogenee prospettive e qualificando come bene giuridico sia l'interesse del soggetto pubblico alla regolarità procedurale sia quello dei partecipanti alle libere condizioni di accesso e all'imparzialità nella scelta dell'aggiudicatario. La turbata libertà degli incanti tutelerebbe, cioè, la pubblica amministrazione sul piano dell'organizzazione e della direzione delle gare indette dallo Stato o da altro ente pubblico (o da privati, purché dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata)³⁸. Al contempo, nell'assicurare il corretto svolgimento delle procedure, intenderebbe presidiare anche la libera concorrenza e, dunque, il diritto individuale all'uguaglianza competitiva³⁹.

In questa linea si colloca la sentenza della Corte d'Appello qui commentata, la quale ribadisce in modo conciso, ma efficace, la natura plurioffensiva della turbativa d'asta. Riconoscono, segnatamente, i giudici di secondo grado come si tratti di un reato posto a presidio del buon andamento della pubblica amministrazione, al quale accede una ulteriore funzione di protezione della libertà concorrenziale: non sussiste un «interesse fine a se stesso» a garantire la trasparenza della gara, poiché la tutela della regolarità formale salvaguarda il confronto realmente competitivo, a sua volta funzionale al conseguimento da parte della pubblica amministrazione del risultato migliore.

Tale visione è ripresa dalla Corte di Cassazione, secondo cui i beni giuridici protetti dalla disposizione si identificano non solo con la libera concorrenza ma anche con l'interesse pubblico al libero 'gioco' della maggiorazione delle offerte, a garanzia delle prerogative della pubblica amministrazione.

³³ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 27.

³⁴ Cfr. S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 415.

³⁵ Cfr. A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, pp. 527-528.

³⁶ Cfr. M.M. FRANCANZANI, *Il dialogo competitivo: fra concorrenza e turbata libertà degli incanti*, in S. Riondato-R. Borsari (a cura di), *op. cit.*, pp. 41-42; M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 241-242; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 415.

³⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 marzo 2007, in CED n. 236618: «Il delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) ha natura plurioffensiva, in quanto oggetto della tutela penale non è solo la libertà di partecipare alle gare nei pubblici incanti, ma anche la libertà di chi vi partecipa di influenzarne l'esito, secondo la libera concorrenza e il gioco della maggiorazione delle offerte». Cfr. anche Cass. pen., sez. II, 8 giugno 2017, in CED n. 270339.

³⁸ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 242.

³⁹ *Ibid.*

3. Le «collusioni» nel variegato quadro delle modalità di aggressione.

Proseguendo nella disamina dell'art. 353 c.p., funzionale a una più consapevole lettura delle pronunce in esame, giova chiarire come la turbata libertà degli incanti reprima modalità alternative di aggressione, purché produttive di un impedimento, di un turbamento o dell'allontanamento degli offerenti.

Prima di analizzare dettagliatamente le diverse configurazioni che la condotta può assumere, si segnala come, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, il reato sia a evento naturalistico e si consumi, pertanto, solo se sia stato effettivamente prodotto uno dei descritti risultati⁴⁰. In progressivo superamento è l'opposto orientamento che costruisce l'art. 353 c.p. come incriminazione di mera condotta⁴¹: contro tale interpretazione, si sottolinea che l'impedimento, il turbamento e l'allontanamento degli offerenti sono tipizzati quali conseguenze indotte dai contegni incriminati e, pertanto, assurgono a eventi della fattispecie incriminatrice⁴².

Come anticipato *supra*, affinché l'alterazione della gara assuma i connotati dell'illecito penale, è necessario che l'agente impieghi specifici strumenti, tassativamente delineati dal *dictum* legislativo, consistenti in violenza o minaccia ovvero doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti. L'uso di più modalità tra quelle previste non dà vita ad altrettanti reati, essendo le stesse previste in via alternativa e determinando solo un eventuale differimento del momento consumativo⁴³. Poiché, inoltre, i concetti tecnico-amministrativi di 'pubblici incanti' e di 'licitazioni private' abbracciano l'intero *iter* tramite il quale la pubblica amministrazione individua la controparte contrattuale, ogni comportamento tenuto nel lasso temporale compreso tra la pubblicazione del bando e la scelta del contraente e, per un consolidato orientamento giurisprudenziale⁴⁴, anche tutte le attività poste in essere prima del procedimento selettivo sono suscettibili di essere attratte nell'orbita dell'art. 353 c.p.⁴⁵

Nella platea delle condotte tipiche rientra, anzitutto, la «tradizionale accoppiata»⁴⁶ degli atteggiamenti intimidatori, costituita dalla violenza e dalla minaccia. Il primo dei due concetti sconta le consuete difficoltà legate all'assenza di una definizione unitaria, con la conseguenza che si registra un notevole elasticità ermeneutica in relazione alle specificità della fattispecie di volta in volta addebitata⁴⁷. Nel tessuto della turbativa d'asta, cui è sottesa l'esigenza di proteggere l'autonomia

⁴⁰ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 250; S. SEMINARA, *sub art. 353, cit.*, p. 1150; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 408. Cfr., per alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione che accolgono tale impostazione, Cass. pen., sez. VI, 19 febbraio 2021, n. 6605, in *DeJure*; Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2020, n. 30726, in *DeJure*.

⁴¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 42965, in *DeJure*.

⁴² Cfr. S. SEMINARA, *sub art. 353, cit.*, p. 1150.

⁴³ Cfr. E. ZUFFADA, *sub art. 353*, in E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Tomo II, Milano, 2021, p. 1401; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 312.

⁴⁴ Cfr. *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2017, in *CED* n. 269525.

⁴⁵ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, pp. 92-100.

⁴⁶ *Ibi*, p. 100.

⁴⁷ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, pp. 436-437.

risoluzione dei concorrenti al fine del compimento della decisione migliore da parte della pubblica amministrazione, la nozione di 'violenza' non si esaurisce nell'estrinsecazione di forza fisica ma si proietta verso qualunque atto costrittivo volto a soggiogare integralmente la libera determinazione della vittima⁴⁸. La minaccia si manifesta, invece, nella prospettazione di una menomazione ventura e ingiusta quale effetto della renitenza alle richieste dell'agente, dalla cui volontà dipende il verificarsi del male medesimo⁴⁹. Le insorgenze minacciose possono assumere i connotati più vari, potendo essere assolute e condizionate, dirette o indirette, palesi o larvate⁵⁰.

Agli antipodi rispetto alle attitudini violente e minacciose, si pongono i comportamenti c.d. blanditivi, miranti a carpire gli altrui favori attraverso la consegna di regali o l'assunzione di impegni⁵¹. I doni si concretano, in particolare, nell'attribuzione di cose mobili o immobili ovvero di qualsiasi altra utilità, dotata di valore economico o comunque suscettibile di conferire un godimento⁵². Costituiscono, di contro, promesse quelle manifestazioni unilaterali di volontà, con cui si offre un vantaggio futuro, vincolandosi anche solo sul piano morale⁵³. Queste ultime devono essere contraddistinte da serietà e da concretezza, così da poter innescare il meccanismo di causalità psichica alla base dell'influenza o dell'allontanamento del concorrente⁵⁴.

Singolare pregnanza assumono, poi, le collusioni, che, come denota l'origine etimologica (dal latino *cum ludere*), rimandano a intese segrete con la parte avversa, finalizzate a conseguire un beneficio⁵⁵. Nell'alveo delle pubbliche gare, esse si configurano quali accordi clandestini, indirizzati a fuorviare o eludere, eventualmente attraverso un contegno omissivo, il regolare svolgimento della gara⁵⁶. Attraverso tale espressione, l'art. 353 c.p. incrimina la predisposizione di concerti occulti tra privati (ovvero tra la persona preposta e un privato offerente) volti a impedire o turbare un pubblico incanto o una licitazione privata⁵⁷.

Onde prevenire possibili lacune repressive, il delitto *de quo* aggiunge conclusivamente il riferimento agli «altri mezzi fraudolenti», da intendersi quali artifici o raggiri in grado di orientare falsamente i concorrenti, effettivi o potenziali, condizionando il genuino andamento della gara⁵⁸. Siffatta modalità aggressiva assolve una patente funzione di 'chiusura' del sistema, ricomprendendo ogni attività decettiva

⁴⁸ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, pp. 101-103; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 310; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 410.

⁴⁹ Cfr. G. MARCONI, *op. cit.*, p. 310; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 410.

⁵⁰ Cfr. G. MARCONI, *op. cit.*, p. 310; N. MADIA, *op. cit.*, p. 106.

⁵¹ *Ibi.*, p. 113; S. SEMINARA, *sub art. 353, cit.*, p. 1150.

⁵² Cfr. A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, p. 532; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 411.

⁵³ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 437; N. MADIA, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁴ Cfr. G. MARCONI, *op. cit.*, p. 311.

⁵⁵ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 128; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 311; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, pp. 532-533; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 411.

⁵⁶ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 30 agosto 2003, n. 37337, in *Cass. pen.*, 2005, p. 479.

⁵⁷ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 438; V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 53-60; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 252; S. SEMINARA, *sub art. 353, cit.*, pp. 1150-1151.

⁵⁸ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 252. Cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 25 maggio 2012, in *CED* n. 252790.

intesa a carpire l'altrui buona fede mediante inganno e, dunque, ogni forma di frode⁵⁹. Come argutamente constatato in dottrina, i contorni in apparenza lati di tale ipotesi residuale sono ridimensionati dall'aggettivo utilizzato, grazie al quale possono essere selezionate tipologie criminali ben definite: trattasi della «pur vasta schiera di comportamenti dotati di forza ingannatoria e tendenti al raggio»⁶⁰, che aspirano a compromettere il corretto svolgimento della gara.

Tanto premesso in merito alle modalità di condotta descritte dall'art. 353 c.p., la sentenza della Corte d'Appello mostra di attenersi scrupolosamente agli orientamenti giurisprudenziali dominanti. I giudici partono dalla constatazione secondo cui, benché la formulazione letterale del precetto possa indurre a configurare il delitto come di mera condotta, l'impedimento o la turbativa si atteggiavano quali modificazioni indotte dai contegni incriminati: il reato in questione esige o comunque comporta la realizzazione di un evento.

Detta qualificazione giuridica è condivisa dai giudici di legittimità, secondo cui tale fattispecie incriminatrice è inquadrabile tra i reati di evento, dovendo essere accertato il «verificarsi dell'impedimento della gara o del suo turbamento, e quindi la potenziale incidenza di una simile fraudolenta condotta sul futuro risultato della gara».

La motivazione della Corte d'Appello, non censurata dalla Cassazione, prosegue soffermandosi specificamente sulla collusione, contemplata nella contestazione mossa agli imputati insieme ai generici «altri mezzi fraudolenti». Viene riprodotta, in particolare, la formula 'tralatizia' che la definisce quale «accordo clandestino diretto ad alterare la concorrenza e a influire sul normale svolgimento delle offerte».

4. Il problema dell'evento.

Come già si è rilevato, secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza consolidata, cui si conformano le stesse pronunce in esame, la «condotta realizzata *aut vi aut fraude*»⁶¹ deve rappresentare l'antecedente causale dell'impedimento o del turbamento della gara ovvero dell'allontanamento degli offerenti. Non è sufficiente che il soggetto attivo tenga un comportamento *ex ante* idoneo a incidere sulla procedura, dovendo sussistere altresì uno degli schemi modali in cui può manifestarsi l'evento in senso naturalistico⁶². Occorre che, a fronte del comportamento tenuto dall'agente, non sia stato possibile svolgere o concludere la gara ovvero la stessa si sia svolta o conclusa irregolarmente⁶³.

⁵⁹ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 159; G. MARCONI, *op. cit.*, p. 311; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, p. 533; S. SEMINARA, *sub art. 353, cit.*, p. 1151.

⁶⁰ N. MADIA, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁶¹ G. MARCONI, *op. cit.*, p. 313.

⁶² *Ibid.*; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 250. Cfr. anche N. MADIA, *op. cit.*, pp. 182-188; V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 71-72.

⁶³ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 250. Cfr. Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 2013, in CED n. 255625; Cass. pen., sez. VI, 28 gennaio 2011, in CED n. 249553.

Considerando la prima fenomenologia che il legislatore tipizza, si segnala come con il termine «impedimento» si alluda a ogni «intervallo» temporale, che venga determinato nell'*iter* procedimentale apprestato per la scelta del contraente⁶⁴. Per l'orientamento interpretativo dominante, esso consiste nel mancato svolgimento della competizione nei tempi prestabiliti ovvero nella sospensione della stessa per un periodo apprezzabile⁶⁵. Si ritiene talvolta realizzato tale evento anche laddove la gara sia «preconfezionata»⁶⁶ per mezzo di contegni collusivi o fraudolenti e risulti, pertanto, meramente fittizia.

Assai più problematica risulta la delimitazione del concetto di «turbamento», in quanto il nucleo semantico di tale sostantivo si mostra, già nel linguaggio corrente, vago ed elastico, suscettibile di assorbire una «variegata e difficilmente definibile tipologia di avvenimenti»⁶⁷. Ormai priva di seguito è la prospettazione secondo cui siano essenziali l'alterazione dell'esito della gara e la falsificazione del risultato⁶⁸, evenienze non pretese dal dettato legislativo. Pur a fronte di sfumature ermeneutiche difformi, si riscontra una progressiva concordia nell'individuare l'evento *de quo* in qualunque modificazione dello svolgersi del procedimento, che comprima la libertà o leda il principio di concorrenza, a prescindere dall'effettiva aggiudicazione all'agente⁶⁹. Si richiede, pertanto, che vengano modificate le condizioni che avrebbero operato se non fosse stato falsato il regime concorrenziale e che sia stato conseguentemente posto in pericolo l'«auspicio della pubblica amministrazione di addivenire a una contrattazione giusta e conveniente»⁷⁰.

L'«allontanamento» sembra infine riferirsi alla «defezione»⁷¹ dei concorrenti, nel senso che gli interessati siano illegittimamente indotti a non partecipare a una gara o a non perseverare nel parteciparvi. Controversa è la stessa nozione di «offerente»: a quanti ritengono che sia tale solo chi abbia già fatto un'offerta⁷², si contrappone la diffusa impostazione che include in tale categoria chi si sia messo seriamente nelle condizioni di fare la proposta⁷³ o addirittura chi abbia il serio proposito e la possibilità di partecipare⁷⁴.

⁶⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 440; V. MORMANDO, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁵ Cfr. E. ZUFFADA, sub *art.* 353, cit., p. 1406. Si segnala, in dottrina, la posizione difforme di N. MADIA, *op. cit.*, p. 200, secondo cui «questo termine non è idoneo a descrivere una situazione di semplice intervallo che non sfoci poi in paralisi definitiva del congegno burocratico apprestato per l'individuazione del contraente».

⁶⁶ Cfr. E. ZUFFADA, sub *art.* 353, cit., p. 1406; Cass. pen., sez. VI, 28 gennaio 2008, in *CED* n. 239314.

⁶⁷ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 189.

⁶⁸ Cfr., per una risalente pronuncia, Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 1967, in *CED* n. 106571.

⁶⁹ Cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 440; G. MARCONI, *op. cit.*, pp. 313-314; E. ZUFFADA, sub *art.* 353, cit., p. 1407.

⁷⁰ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, p. 193.

⁷¹ *Ibi*, p. 204.

⁷² Cfr. V. MORMANDO, *op. cit.*, pp. 78-79.

⁷³ Cfr. N. MADIA, *op. cit.*, pp. 206-207, il quale precisa tuttavia che tale conclusione non si applica alle gare disciplinate dal d.lgs. n. 163/2006, in quanto in tale ambito opera la definizione normativa di cui all'art. 3 co. 23 (corrispondente oggi all'art. 3 co. 1 lett. cc) d.lgs. n. 50/2016).

⁷⁴ Cfr. S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, p. 413. Cfr. anche Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 2001, n. 8887, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1426.

È proprio con riferimento al significato da attribuire al «turbamento», nell'ambito di una procedura per l'affidamento in concessione di servizi, che le sentenze esaminate raggiungono il proprio κλίμαξ motivazionale.

La Corte d'Appello, in particolare, suggella l'*excursus* sui singoli elementi costitutivi della turbata libertà degli incanti, enunciando icasticamente che il giudizio deve ricevere luce da un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme all'offensività. I giudici di seconde cure e, seppure meno esplicitamente, anche quelli di legittimità mostrano di fare proprio l'ormai consolidato orientamento, secondo cui tale principio, oltre a costituire un vincolo per il legislatore al momento della formulazione astratta delle fattispecie, si configura quale criterio interpretativo-applicativo, che impedisce di ricondurre al paradigma punitivo astratto comportamenti privi di attitudine lesiva⁷⁵.

5. Il ruolo ermeneutico dell'offensività secondo la Corte d'Appello di Milano.

Dell'offensività quale criterio ermeneutico la sentenza della Corte d'Appello si fa espressamente 'alfiere'.

Obiettivo dichiarato è quello di ricostruire e di qualificare la vicenda sottoposta ad attenzione senza alcuna influenza dettata dal dibattito politico. Chiara è la cognizione che, laddove vengano in rilievo fattispecie *lato sensu* corruttive che coinvolgono direttamente la sfera mediatico-politica del dibattito pubblico, la repressione criminale rischia di arretrare oltre la soglia della messa in pericolo del bene stesso e di condurre all'incriminazione di un mero *status* soggettivo, senza cogliere la realtà dei fatti e la sostanza dell'oggetto giuridico tutelato⁷⁶. L'ancoraggio al richiamato principio, che costituisce una «declinazione contemporanea del diritto penale del fatto»⁷⁷, impone all'interprete di riferire l'illecito penale a un fatto lesivo o pericoloso, irriducibile a una censura sull'autore o sulla disobbedienza, sul carattere, sulle intenzioni⁷⁸.

È sulla base di questa premessa programmatica che i giudici milanesi si impegnano a 'rileggere' il delitto di turbata libertà degli incanti e, in particolare, l'evento costituito dal turbamento. Esso non costituirebbe una semplice modificazione o alterazione delle condizioni di gara, bensì un'incidenza sfavorevole in relazione agli interessi protetti della disposizione.

Un'esegesi realmente rispettosa del canone dell'offensività impone di confrontarsi con la necessità di non punire le mere irregolarità formali attinenti all'*iter*

⁷⁵ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2020, p. 11.

⁷⁶ Cfr. E. DOLCINI, *Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio: atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, p. 211.

⁷⁷ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in A.M. Stile-S. Manacorda-V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, p. 224.

⁷⁸ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Del reato consumato e tentato*, in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *op. cit.*, p. 132; M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 229.

procedimentale, irregolarità che dovrebbero, invece, essere idonee a ledere i beni giuridici presidiati, «essendo la tutela della mera regolarità formale dell'asta e della pubblica amministrazione non il bene tutelato dall'art. 353 c.p., ma un presidio per la libera concorrenza, strumentale al perseguimento dell'interesse della P.A.». Il turbamento, allora, non ricorrerebbe in presenza di qualsivoglia disordine relativo alla tranquillità della procedura, dovendosi accertare una lesione, anche solo potenziale, agli scopi perseguiti dal soggetto pubblico e all'aspettativa dei privati di poter partecipare. La prerogativa del buon andamento viene, così, arricchita dalla prospettiva sul «contesto situazionale»⁷⁹, rappresentato dalle «“condizioni” per la sua “migliore soddisfazione”»⁸⁰, e a livello ermeneutico viene immessa una «visione sul funzionamento»⁸¹ della pubblica amministrazione.

Alla luce del principio di offensività, la Corte d'Appello di Milano esclude che, nel caso esaminato, sia occorsa un'alterazione del bando di gara in termini di indebita influenza, non potendosi individuare, nelle conversazioni e nelle comunicazioni acquisite, le modalità collusive contestate. La linea politica seguita da S.U. nell'arco temporale compreso tra la redazione e la pubblicazione risulterebbe, infatti, coerente con il programma elettorale proposto, oltre che rispettosa dei criteri previsti dalla legislazione regionale, difettando qualsiasi sviamento nell'esplicazione del margine discrezionale di intervento per l'esercizio di poteri di indirizzo. L'attività di consulenza svolta da C.M. si rivelerebbe scevra da qualsiasi pressione estranea al perseguimento del pubblico interesse, tanto che perveniva a soluzioni opposte a quella che per la società partecipata S.L. sarebbe stata la «scorciatoia» dell'affidamento *in house*. Se le intercettazioni disposte a carico di L.P. impediscono di riconoscere qualsiasi suo contributo collusivo, la condotta, «certo impropria e per altri profili censurabile», ascrivibile a G.D., consistita nella comunicazione anticipata dell'identità di un partecipante nell'imminenza della scadenza del termine di presentazione, costituirebbe mero *post factum* non punibile e apparirebbe priva di incidenza offensiva, in quanto i sopralluoghi che dovevano precedere l'offerta già consentivano di conoscere gli interessati a concorrere.

È sulla base di siffatte considerazioni che la pronuncia di secondo grado, in «accoglimento delle doglianze principali degli appellanti», riforma la sentenza del Tribunale, ritenendo che i comportamenti contestati non integrino la tipicità del reato di cui all'art. 353 c.p.

6. Obbligo di motivazione rafforzata e confini tra art. 353 e art. 353-bis c.p. nella sentenza di legittimità.

A conclusioni non dissimili, in merito alla necessaria idoneità della condotta a ledere i beni giuridici tutelati, perviene la Corte di Cassazione.

⁷⁹ G. FORTI, *Il fatto di reato e un'idea di diritto penale sostanziale*, cit.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

Il turbamento si manifesterebbe con il disturbo, l'alterazione, lo sviamento del normale andamento del procedimento, onde condizionare la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione. Non occorrerebbe che l'azione tipica determini un danno effettivo alla regolarità della gara, essendo sufficiente che essa produca un «danno mediato e potenziale», costituito dalla possibilità degli atti di influenzare lo svolgimento. Affinché non sia conferita penale rilevanza a qualsiasi contegno perturbatore, il comportamento dovrebbe, però, essere idoneo a porre in pericolo le già richiamate situazioni tutelate dall'art. 353 c.p.

I giudici di legittimità ravvisano, tuttavia, un vizio di motivazione, non avendo la Corte d'Appello spiegato le ragioni per cui le condotte contestate dal Tribunale sarebbero semplici irregolarità formali, inoffensive poiché insuscettibili di turbare la procedura. Ricorda la Corte di Cassazione come, nel caso in cui in secondo grado si decida di dare una spiegazione razionalmente diversa rispetto a quella addotta dal Tribunale, si imponga un obbligo di motivazione rafforzata, che si espliciti attraverso la predisposizione di un apparato giustificativo più vincolato nelle sue cadenze e nei suoi passaggi argomentativi. Deve essere costruito un «impianto giustificatorio più robusto, più solido» sulle questioni che, in relazione alla materia trattata e al caso concreto di cui ci si occupa, siano decisive per la correttezza logica e per la legittimità dell'accertamento penale e deve essere espressamente chiarito perché una determinata prova assuma una valenza dimostrativa completamente diversa rispetto a quella ritenuta in prime cure. A una «plausibile ricostruzione del primo giudice» non può sostituirsi semplicemente un'«altrettanto plausibile – ma diversa – ricostruzione operata in sede di impugnazione».

Sulla base di tali principi, la Corte di Cassazione osserva come i giudici milanesi non abbiano soddisfatto l'obbligo motivazionale loro imposto. L'intera argomentazione della sentenza impugnata sarebbe, infatti, costruita sulla valorizzazione di elementi fattuali, asseritamente rivelatori del fatto che il risultato della gara sia stato essenzialmente conforme a quello che si sarebbe prodotto senza le interferenze. Ciò che doveva, però, essere verificato è se, diversamente da quanto affermato nell'impianto motivazionale del Tribunale, potesse affermarsi che una collusione non vi fosse stata ovvero che la stessa non fosse stata idonea a influenzare l'andamento della gara e a ledere la libertà di concorrenza e il naturale 'gioco' della maggiorazione delle offerte, a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione. La Corte d'Appello si sarebbe, invece, limitata a demolire il ragionamento probatorio, senza confrontarsi con gli snodi costitutivi dell'argomentazione del Tribunale.

Ne discende che il *decisum* di secondo grado è stato annullato quanto alle posizioni di S.U., C.M. e G.D. e che il giudice del rinvio, applicati i principi di diritto enunciati, debba spiegare perché quelle descritte dal Tribunale sarebbero irregolarità formali inoffensive. Nel chiedere alla Corte d'Appello di formulare un nuovo giudizio, i giudici di legittimità la invitano, peraltro, a compiere un ulteriore accertamento, attinente alla stessa qualificazione giuridica delle condotte contestate: si domanda di verificare se e in che termini i fatti per cui si procede siano riconducibili al reato ascritto agli imputati, come pacificamente ritenuto dalla decisione annullata, ovvero a quello contiguo previsto dall'art. 353-bis c.p.

Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto da detta disposizione, è stato, invero, introdotto dalla l. n. 136/2010, con il precipuo fine di rafforzare la tutela penale nei confronti di interferenze indebite nella selezione del contraente da parte delle pubbliche amministrazioni⁸². La fattispecie incriminatrice, che punisce, in via residuale, «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 preposta alla tutela della trasparenza e della correttezza del procedimento amministrativo diretto a definire le previsioni del bando di gara (o di atti aventi analoga funzione di avviare l'iter procedimentale) e, mediatamente, anche la concorrenzialità delle procedure selettive e la libera partecipazione dei soggetti che potrebbero concorrervi⁸³.

L'indicazione dei mezzi esecutivi della condotta riproduce testualmente l'elencazione contenuta nell'art. 353 c.p., mentre l'evento è costituito dal solo turbamento⁸⁴. Non si richiede, peraltro, che il contenuto del bando o dell'atto equipollente sia effettivamente alterato, né che l'individuazione del contraente risulti diversa da quella che altrimenti sarebbe stata operata⁸⁵: è sufficiente che il comportamento sia concretamente idoneo a influire sulla redazione delle clausole, in modo da condizionare la scelta⁸⁶.

La giurisprudenza⁸⁷ si è sforzata di chiarire i rapporti tra tale delitto e la turbata libertà degli incanti, peraltro parificati sul piano del trattamento sanzionatorio.

Secondo un minoritario orientamento, nell'ipotesi di cui all'art. 353 c.p. la «gara» costituisce presupposto oggettivo, con la conseguenza che deve escludersi la sussistenza del reato prima della pubblicazione del bando, mentre la tutela penale della fase preparatoria è affidata all'art. 353-bis c.p.⁸⁸ In tale prospettiva, le due fattispecie incriminatrici coprirebbero «spazi cronologicamente contigui»⁸⁹, rispettivamente successivi e precedenti rispetto all'avvio della procedura.

Altre pronunce configurano, invece, la turbata libertà degli incanti anche in caso di comportamenti manipolatori che precedono l'emissione (poiché vizianti *ab origine* lo sviluppo della procedura), onde la turbata libertà del procedimento di scelta del

⁸² Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 259-260. Cfr. anche E. ZUFFADA, sub *art.* 353-bis, in E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), *op. cit.*, pp. 1415-1416.

⁸³ *Ibi*, p. 1416.

⁸⁴ *Ibi*, pp. 1416-1417. Cfr. S. SEMINARA, sub *art.* 353-bis, in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *op. cit.*, p. 1153.

⁸⁵ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 263.

⁸⁶ E. ZUFFADA, sub *art.* 353-bis, cit., p. 1416.

⁸⁷ Cfr., per una panoramica sui diversi approdi giurisprudenziali, M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 260-262; S. SEMINARA, sub *art.* 353-bis, cit., p. 1153; M.C. UBIALI, [La sentenza del Tribunale di Milano sul caso Maroni \(in tema di induzione indebita e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2018.

⁸⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 13 giugno 2016, n. 24477, in *DeJure*; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 8044, in *DeJure*.

⁸⁹ Cfr. S. SEMINARA, sub *art.* 353-bis, cit., p. 1153.

contraente ricorrerebbe solo nel caso in cui la gara non sia successivamente bandita⁹⁰. Il rapporto tra i due delitti non potrebbe, dunque, essere ricostruito in senso cronologico, non potendosi intendere l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 353-*bis* c.p. come diretta a punire le condotte prodromiche alla indizione della gara e l'altra quelle susseguenti, secondo una progressione criminosa che trovi nell'effettiva pubblicazione del bando l'elemento di discriminazione⁹¹.

Nel caso in esame, la Corte di Cassazione, senza espressamente aderire ad alcuna delle due impostazioni esegetiche, rileva come il delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p. miri a «sterilizzare» le condotte finalizzate a turbare le fasi preliminari di una procedura, arginando possibili vuoti di tutela. L'azione delittuosa consisterebbe, infatti, nell'incidere mediante atti predeterminati sulla formazione del bando, allo scopo di influenzare la scelta del contraente. Poiché il condizionamento delle previsioni relative a requisiti e modalità di accesso alla competizione e di ogni altra informazione necessaria costituisce il fine dell'azione, il reato si consumerebbe indipendentemente dal conseguimento dello scopo medesimo.

Donde la richiesta, formulata al giudice del rinvio, non solo di verificare se le condotte poste in essere dagli imputati siano idonee a ledere i beni giuridici tutelati dall'art. 353 c.p. ma, preliminarmente, se siano sussumibili sotto tale fattispecie o se sia preferibile una riqualificazione nel delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p.

7. Alcune osservazioni conclusive, per una lettura delle fattispecie alla luce del principio di offensività.

Tanto la sentenza della Corte d'Appello di Milano quanto la decisione della Corte di Cassazione suscitano particolare attenzione per l'applicazione evolutiva dell'offensività.

Pur pervenendo a soluzioni difformi, entrambe le pronunce si fondano sul riconoscimento che tale principio sia suscettibile di operare su due piani o livelli distinti⁹², imponendosi quale canone di conformazione legislativa dei fatti punibili e quale criterio giudiziario-interpretativo⁹³. Esso non solo si rivolge al legislatore, il quale

⁹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 15 febbraio 2016, n. 6259, in *DeJure*; Cass. pen., sez. VI, 25 giugno 2015, n. 26840, in *DeJure*.

⁹¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2018, n. 30730, in *DeJure*.

⁹² Cfr., *ex multis, ibi*, p. 113; G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1515; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, pp. 10-11.

⁹³ Cfr. Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265, in *cortecostituzionale.it*: «Il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale ("offensività in astratto"), e dell'applicazione giurisprudenziale ("offensività in concreto"), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato». Cfr. anche, tra le numerose affermazioni della Corte costituzionale sul punto, Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, in *cortecostituzionale.it*; Corte cost., 20 giugno 2008, n. 225, in *cortecostituzionale.it*; Corte cost., 17 luglio 2002, n. 354, in *cortecostituzionale.it*; Corte cost., 21 novembre 2000, n. 519, in *cortecostituzionale.it*.

deve limitare la repressione penale ai soli fatti che, nella loro configurazione astratta, incorporino una offesa a un bene giuridico⁹⁴ e il quale è «vincolato a elevare a reati solo fatti che siano concretamente offensivi di entità reali»⁹⁵, ma impegna l'interprete a qualificare come reati soltanto fatti idonei in concreto a offendere l'interesse protetto⁹⁶ e a evitare, nella verifica della riconducibilità della vicenda concreta al paradigma punitivo astratto, che ricadano in quest'ultimo comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva⁹⁷.

Proprio un coerente utilizzo dell'offensività quale «canone interpretativo delle fattispecie criminose»⁹⁸ induce a dubitare che, nel caso giurisprudenziale esaminato, le condotte, «avuto riguardo alla *ratio* della norma incriminata di volta in volta interessata, appaiano, in concreto, prive di qualsivoglia idoneità lesiva dei beni giuridici tutelati»⁹⁹ e a ipotizzare che il giudice del rinvio possa affermare la penale responsabilità degli imputati.

Omettendo di confrontarsi con il ragionamento probatorio del Tribunale e disattendendo l'obbligo di motivazione rafforzata, la Corte d'Appello di Milano si limita, invero, a qualificare i comportamenti censurati come mere irregolarità inoffensive, perché inidonee a produrre un effetto perturbativo della gara, e a collocare le interlocuzioni e i dialoghi intervenuti tra S.U. e gli altri soggetti coinvolti nell'ambito del legittimo esercizio dell'attività politica, volta al perseguimento di interessi pubblici.

Una approfondita analisi delle condotte contestate agli imputati, alcune delle quali neppure richiamate nel corpo motivazionale del *decisum* di seconde cure, mostra come un turbamento della gara sia stato, in realtà, prodotto dal ripetuto e irrituale confronto tra il Sindaco e il privato maggiormente interessato all'aggiudicazione, C.M. Dalla ricostruzione dei fatti operata in primo grado, si desume come nella procedura conclusasi con la formulazione del bando sia stato forte il condizionamento esercitato da quest'ultimo attraverso l'attività di asserita consulenza, come attesta il continuo mutamento della quantificazione dei punteggi da assegnare ai criteri presi in considerazione e, in particolare, a quello del radicamento sul territorio. Analoga idoneità offensiva può essere fondatamente attribuita all'operato tenuto da G.D. e, in particolare, alla ratifica della volontà di S.U. e di C.M. (nonostante la denuncia fatta dal precedente responsabile *ex art. 5 l. n. 241/1990*) e al contatto intercorso per la condivisione di informazioni relative al numero di persone presentatesi per il sopralluogo.

Le evidenziate circostanze fattuali lasciano supporre che, in sede di rinvio, la Corte d'Appello possa concludere nel senso della penale rilevanza delle condotte *de quibus*, stante l'idoneità delle stesse a ledere i beni giuridici tutelati, ossia il buon andamento della pubblica amministrazione e la libertà concorrenziale.

⁹⁴ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 167; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, p. 10. Cfr. anche Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

⁹⁵ Cass. Sez. Un., 18 luglio 2013, n. 40354, in *Cass. pen.*, 2014, p. 806.

⁹⁶ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, p. 167; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, p. 10. Cfr. anche Cass. Sez. Un., 18 luglio 2013, n. 40354, cit., p. 806.

⁹⁷ Cfr. anche Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, cit.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 3727, in *DeJure*, p. 14.

L'ulteriore richiesta formulata dalla Corte di Cassazione, inerente alla valutazione della corretta qualificazione giuridica dei fatti, si inserisce nell'ambito del dibattito, tuttora in corso, in merito alla delimitazione dei rapporti tra turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

Come si è in precedenza ricordato, l'orientamento ermeneutico attualmente prevalente¹⁰⁰ assume che il delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p. sia un reato di pericolo, per il cui perfezionamento occorre che sia concretamente minacciato l'*iter* di predisposizione dell'atto di indizione, ma non che il relativo contenuto venga modificato, in modo tale da interferire sull'individuazione dell'aggiudicatario. Laddove tale fine sia raggiunto ovvero il bando sia illegittimamente modificato e la successiva gara risulti turbata, troverebbe applicazione l'art. 353 c.p. Si osserva, in dottrina¹⁰¹, come le condotte precedenti, miranti a 'confezionare' il bando della gara e in sé sussumibili nella fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, integrino, in tal caso, «antefatti non punibili»¹⁰², essendo il loro disvalore assorbito dalla turbata libertà degli incanti.

La giurisprudenza di legittimità¹⁰³ ha, di recente, precisato ulteriormente tale soluzione interpretativa. Si è notato come, pur a fronte dell'indirizzo consolidato, secondo cui le condotte perturbatrici delle clausole di un bando che successivamente venga emesso siano riconducibili al reato di cui all'art. 353 c.p., la nuova fattispecie incriminatrice abbia la chiara funzione di anticipare la tutela penale in quelle situazioni nelle quali il turbamento, manifestatosi con l'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto dell'atto, non determini alcuna lesione alla gara stessa e resti al di fuori del perimetro dell'area di applicazione dell'art. 353 c.p.: «il che si verifica qualora la gara non sia, per qualsiasi causa, indetta o il bando non si presenti in concreto influenzato dai comportamenti volti a produrre la turbativa della gara»¹⁰⁴.

Nel caso oggetto delle sentenze in commento, in virtù dei delineati approdi esegetici, non sembra agevolmente prospettabile una riqualificazione nel delitto di cui all'art. 353-*bis* c.p. È pacifico, infatti, che la procedura selettiva si sia successivamente svolta, tanto che la gestione dell'impianto sportivo è stata attribuita alla società partecipata S.L. È difficile, inoltre, sostenere che le collusioni e gli altri mezzi fraudolenti, idonei a turbare la procedura diretta a stabilire il contenuto del bando, non abbiano concretamente inciso sulla gara indetta: la continua modificazione delle bozze e l'insistente rimodulazione della quantificazione dei punteggi, sollecitate da C.M., sono state concordate per precludere la partecipazione di altri soggetti potenzialmente interessati e per garantire l'aggiudicazione (effettivamente verificatasi) a S.L. Risulta,

¹⁰⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2018, n. 30730, cit.; Cass. pen., sez. VI, 15 febbraio 2016, n. 6259, cit.; Cass. pen., sez. VI, 25 giugno 2015, n. 26840, cit.

¹⁰¹ Cfr. M.C. UBIALI, *op. cit.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2021, n. 38062, in *ItalggiureWeb*.

¹⁰⁴ *Ibid.*

perciò, maggiormente persuasiva la sussunzione dei fatti nell'ipotesi criminosa di cui all'art. 353 c.p., conformemente a quanto stabilito nei giudizi di merito.

A prescindere da quello che sarà l'esito finale della complessa vicenda giudiziaria, è incontrovertibile che le decisioni della Corte d'Appello di Milano e della Corte di Cassazione risultino accomunate da un apprezzabile spessore giuridico, poiché a fondamento dell'apparato motivazionale si staglia l'intramontabile asserzione, densa di «sapienza giuridica e umana»¹⁰⁵, secondo cui «l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione»¹⁰⁶. Nell'ambito dell'attività ermeneutica, l'offensività si conferma quale criterio selettivo delle condotte punibili come illecito penale, un criterio di natura oggettiva che si basa sulla dimensione esterna degli interessi concreti ledibili dalle azioni criminose¹⁰⁷.

Sullo sfondo, si conferma la necessità, per contrastare efficacemente gli illeciti politico-amministrativi, di promuovere una verifica di 'sostanza' degli obiettivi della pubblica amministrazione e di favorire un «gigantesco salto di qualità nel reclutamento del personale amministrativo»¹⁰⁸ e un parallelo investimento nella formazione dei pubblici dipendenti (tanto in campo tanto giuridico quanto tecnico-gestionale). L'esemplare e sempre attuale *Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione* istituito dal Presidente della Camera dei Deputati nel 1996¹⁰⁹ contiene in proposito indicazioni illuminanti, laddove ricorda come la crisi dei corpi tecnici e la succedanea dipendenza del decisore pubblico da soggetti esterni, portatori di interessi talvolta confliggenti, siano fattori di distorsione e di corruzione.

Per reagire all'«acquitrino di relazioni, scambi di favori, raccomandazioni, conflitti di interesse e complicità»¹¹⁰, prioritari si rivelano, allora, un «alleggerimento dei controlli formali (in gran parte ineffettivi per la prevenzione del malaffare)»¹¹¹ e, parallelamente, un diretto investimento nella preparazione professionale e tecnica dei titolari di reponsabilità sociali e istituzionali. Anche la disciplina dei pubblici appalti dovrebbe essere inquadrata in una prospettiva di sistema, che interiorizzi l'ineludibile raccomandazione fondata sul passaggio «dai controlli di processo ai controlli di prodotto»¹¹².

¹⁰⁵ G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, Milano, 2006, p. 23.

¹⁰⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Milano, 1984, p. 44. Cfr., per il ruolo attribuito al concetto di 'dannosità sociale' nell'elaborazione di Cesare Beccaria, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, p. 8. Cfr. anche G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 105.

¹⁰⁸ G. FORTI, *Introduzione*, in S. GIAVAZZI-V. MONGILLO-P.L. PETRILLO (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Torino, 2019, p. XXVIII.

¹⁰⁹ Cfr. Camera dei Deputati. Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, *La lotta alla corruzione*, Bari, 2008.

¹¹⁰ G. FORTI, *Le sabbie mobili della corruzione sistemica*, in *Munera*, 2016, 2, p. 21.

¹¹¹ ID., *Introduzione*, cit., p. XXVIII.

¹¹² Cfr. Camera dei Deputati. Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, *op. cit.*, p. 89. Cfr. G. FORTI, *Introduzione*, cit., p. XXVIII.