

Con sentenza n. 38127 del 24 maggio 2023 (dep. 18 settembre 2023), la sesta sezione penale della Corte di Cassazione si è occupata del reato di turbata libertà degli incanti.

Non pare esservi dubbio che le fattispecie poste a tutela delle gare pubbliche siano state nel corso del tempo oggetto di una crescente applicazione, che ha disvelato, da una parte, maggiori margini operativi, idonei a fornire risposte a fenomeni inquinanti diffusi, ma, dall'altra, numerose questioni conseguenti all'allargamento dell'ambito operativo della fattispecie. Si tratta di una espansione derivante da molteplici concorrenti ragioni.

Si può fare riferimento alle difficoltà di definizione della portata dell'evento-turbamento nella struttura della fattispecie, trattandosi, si è fatto correttamente notare, di un elemento costitutivo il cui nucleo semantico risulta obiettivamente in grado di attrarre una variegata e difficilmente definibile tipologia di avvenimenti. Ci si può riferire alla clausola di chiusura dell'elenco delle condotte incriminate e, in particolare, agli "altri mezzi fraudolenti"; un sintagma dalla portata generale in grado di ricomprendere al suo interno una molteplicità di casi e, dunque, idoneo a svuotare la tipicità della norma e, in particolare, la indicazione tassativa dei contegni oggetto di rimprovero, atteso che - si è correttamente evidenziato - alla puntuale individuazione di alcuni comportamenti selezionati - violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni - viene contrapposta un'ipotesi residuale dai contorni obiettivamente lati. Si può fare in particolare riferimento alla nozione di "gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni". In tal caso, tuttavia, a differenza di quanto in precedenza detto, l'ampliamento della portata della fattispecie non discende dalla genericità della descrizione del fatto da parte del legislatore, ma dalla interpretazione data nel corso del tempo dalla giurisprudenza. È noto, infatti, come la giurisprudenza di legittimità in molteplici occasioni abbia ritenuto che il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione in cui la pubblica amministrazione proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il *nomen iuris* adottato ed anche in assenza di formalità (*ex multis*: Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385); "gara" che si configura tutte le volte in cui vi sia una competizione tra aspiranti, che si svolga sulla base della previa indicazione e pubblicizzazione dei criteri di selezione e di presentazione delle offerte (Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603), essendosi però precisato che «non può dirsi integrata una gara per il solo fatto della pluralità dei soggetti interpellati, quando ciascuno di costoro presenti indipendentemente la propria offerta e l'amministrazione conservi piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e opportunità propri della contrattazione tra privati» (Cass. pen., sez. VI, 22 settembre 2004, n. 44829). Si è spiegato che, nella nozione di "gara" - oggetto della fattispecie di turbata libertà degli incanti - rientra qualsivoglia procedura di gara, anche informale o atipica, ogni volta che la pubblica amministrazione proceda all'individuazione del contraente su base comparativa, a condizione che l'avviso informale o il bando e comunque l'atto equipollente indichino previamente i criteri di selezione e di presentazione delle offerte, ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali formulare le proprie (Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 2018, n. 2795). In questo contesto di riferimento si pone la questione oggetto del ricorso, e cioè se nella nozione di "gara" di cui si avvale la Pubblica Amministrazione per cedere un bene ovvero affidare all'esterno l'esecuzione di un'opera o la gestione di un servizio, pur come definita dalla giurisprudenza attraverso l'interpretazione estensiva di cui si è detto, possano farsi rientrare anche i concorsi per il reclutamento di personale. Il tema attiene al contenuto della imputazione, alla riconoscibilità del precetto, alla prevedibilità della decisione, al ruolo del c.d. formante giurisprudenziale, al principio di tipicità della fattispecie, al divieto di analogia *in malam partem*. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 98 del 2021 ha spiegato come il divieto di analogia non consenta di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. Si è chiarito come sia il «il testo della legge - non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza - che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore» e come ciò valga «non solo per il nostro, ma anche per altri ordinamenti ispirati alla medesima prospettiva, come dimostra la giurisprudenza del Tribunale

costituzionale federale tedesco, secondo cui in materia penale «il possibile significato letterale della legge fissa il limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice». Ciò spiega l'affermazione per cui «la garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe (...) svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura». Dunque, l'attività di interpretazione trova un limite nel significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore a cui il giudice non può assegnare un significato diverso da quello proprio, da quello semantico, al fine di ricercare profili ulteriori in grado di colorare in senso estensivo il perimetro dell'illecito. L'ordinanza impugnata, osserva la Suprema Corte, è basata su una interpretazione in obiettivo contrasto con il dato testuale della norma incriminatrice, rispetto al quale si rivela incompatibile. Una interpretazione che porta con sé il rischio di far prevalere l'intenzione dell'interprete sul dato letterale della norma, con conseguente violazione del divieto di analogia *in malam partem*; una interpretazione che rivela una frattura tra la struttura e la tipicità della fattispecie e l'intento dell'interprete volto a "conservare" la ratio della norma e ad evitare, direttamente o indirettamente, la creazione di "zone franche". Sotto un primo profilo, è stato correttamente sottolineato come il riferimento testuale ai pubblici incanti e alle licitazioni private riveli storicamente l'intento di assicurare tutela a quelle tipologie di competizioni c.d. formali che, nell'ottica dei compilatori, erano le uniche a essere state calibrate dalle norme sulla contabilità nazionale e incastonate nei rr.dd. del 1923 e del 1924. La lettera della legge, dunque, pur interpretata nel senso estensivo indicato dalla giurisprudenza, nondimeno restringe l'area di tutela e delimita il perimetro operativo della fattispecie di cui all'art. 353 c.p. alle sole procedure indette per la cessione di un bene ovvero per l'affidamento all'esterno della esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio. Non vi è nessun riferimento ai concorsi per il reclutamento del personale. Si tratta, come è stato autorevolmente osservato, di nozioni tecniche che hanno un loro significato infungibile e reperibile nella normativa di settore e, in particolare, nei rr.dd. n. 2440 del 1923 e n. 827 del 1924, nonché nel Codice degli appalti.

La formula semantica utilizzata dal legislatore - "gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private" - è chiara e, nonostante la interpretazione estensiva di cui si è già detto, non può essere ricondotta all'interno della fattispecie ciò che ad essa è *aliunde*, come appunto le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni. È stato acutamente evidenziato in dottrina, da una parte, che le definizioni propriamente tecniche, come nel caso di specie, sono in rapporto di eterogeneità col linguaggio comune, con l'effetto che il loro significato ha un contenuto evidente, stabile, insuscettibile di modifiche, e, dall'altra, che il sistema dei reati contro la pubblica amministrazione ha sempre distinto tra la scelta delle persone e la valutazione delle cose. Né può essere valorizzato il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, di cui all'art. 353-*bis* c.p. La disposizione normativa in questione è stata introdotta dal legislatore con l'art. 10, L. 13 agosto 2010, n. 136 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia) con l'obiettivo di sterilizzare le condotte finalizzate a turbare le fasi preliminari di una gara, così da arginare i possibili vuoti di tutela che la disposizione di cui all'art. 353 c.p. aveva creato anche a seguito di indirizzi giurisprudenziali secondo cui il reato di turbata libertà degli incanti, anche sub specie di tentativo, non sarebbe configurabile nei casi in cui alla commissione di una delle condotte ivi enucleate non faccia seguito la pubblicazione del bando di gara e, quindi, il formale avvio della stessa procedura selettiva. Come si legge nei lavori preparatori, con il reato in questione sarebbe stato colmato un vuoto di tutela. La *ratio* della norma è normalmente individuata nella esigenza di anticipare la tutela penale, rispetto al momento di effettiva indizione formale della gara; la norma, si sostiene, mira a prevenire la preparazione e l'approvazione di bandi personalizzati e calibrati proprio sulle caratteristiche di determinati operatori, ed a preservare il principio di libertà di concorrenza e la salvaguardia degli interessi della pubblica amministrazione. Dunque una norma incriminatrice contro gli abusi nella redazione del bando o di un atto a questo equipollente. Una norma, tuttavia, che non solo non incide direttamente sul dato letterale dell'art. 353 c.p., il cui testo non è mutato, ma, soprattutto, ha una valenza neutra rispetto alla questione in esame, che attiene non alla possibilità di allargare il significato del sintagma "pubblici incanti o licitazioni private" di cui all'art. 353 c.p. per farvi confluire anche gli altri procedimenti di scelta del contraente nelle procedure indette per la cessione di un bene ovvero per l'affidamento all'esterno della esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio, quanto, piuttosto, alla possibilità di ricondurre all'art. 353 c.p. una materia, quella dei concorsi, che è esterna anche rispetto all'art. 353-*bis* c.p. Ed ancora. Il reato di turbata libertà degli incanti è un reato dei privati contro la pubblica amministrazione; dalla lettura della stessa

imputazione emerge invece la descrizione di un reato proprio, di fatti commessi dai pubblici ufficiali rispetto al quale la responsabilità del privato è configurabile in termini di compartecipazione criminosa. Dunque, una materia diversa, un procedimento diverso a cui non possono essere estese le categorie di riferimento contemplate nell'art. 353 c.p..

Nel caso di specie, ha concluso la Suprema Corte, i fatti in esame non possono essere ricondotti alla fattispecie di turbata libertà degli incanti, ma al più al reato di abuso di ufficio, ove ne siano sussistenti i presupposti e ciò anche alla luce delle modifiche apportate all'art. 323 c.p. dalla legge 16 luglio 2020, n. 176, con particolare riguardo alla necessità, ai fini della integrazione della fattispecie, che vi sia una violazione di "*specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge ... dalle quali non residuino margini di discrezionalità*".

## Riferimenti Normativi:

- art. 353 c.p.
- art. 353-bis c.p.