

Giovanna Tedesco - Emmanuele Penco

MATERIALI

Riferimenti normativi

Art. 353 c.p.: Turbata libertà degli incanti.

[I]. 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, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da 103 euro a 1.032 euro.

[II]. Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da 516 euro a 2.065 euro.

[III]. Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.

Art. 353 bis c.p.: Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

[I]. Salvo 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.

Art. 318 c.p.: Corruzione per l'esercizio della funzione.

[I]. Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a sei anni.

Art. 319 c.p.: Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio.

[I]. Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve,

per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni.

Art. 323 c.p.: Abuso d'ufficio.

[I]. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

[II]. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.

Schema riassuntivo intervento

- Cercheremo di mettere a fuoco, nei diversi momenti procedurali di una procedura ad evidenza pubblica, i profili di illecito penale che possono venire a rilevare, attraverso una analisi strutturale, e delle problematiche interpretative-applicative.
- Le prime fattispecie che vengono a rilevare sono i reati di cui agli
 - o **Artt. 353 c.p. e 353 bis c.p.**
- Le due fattispecie sono caratterizzate dalle stesse modalità di condotta (turbare, impedire, violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni e altri mezzi fraudolenti), ma diversa appare la finalizzazione: turbativa della “gara” per l’art. 353 c.p., del “procedimento” di formazione del bando per l’art. 353 bis.
- o **Art. 353 bis c.p.**
- Introdotto con la l. n. 136/2010, con finalità di anticipazione della tutela: si vuole sanzionare esplicitamente le condotte poste a monte della pubblicazione del bando di gara.
- La principale casistica applicativa riguarda situazioni di “bando fotocopia”, in cui i criteri della procedura di scelta sono illecitamente costruiti per attagliarsi perfettamente ad un concorrente, ovvero ancora di influenza sulla stessa tipologia di procedura da adottare (trattativa privata al posto di una gara).
- È importante tracciare la linea di confine fra artt. 353 bis e 353 c.p.; sotto questo profilo dibattuto è la riconducibilità o meno alla fattispecie di cui all’art. 353 c.p. delle condotte tenute prima della pubblicazione del bando di gara: secondo parte della giurisprudenza esse non

sarebbero infatti coperte dalla predetta disposizione, la cui operatività necessiterebbe la previa pubblicazione del bando; altro filone interpretativo invece ritiene applicabile anche a tali condotte il reato di turbativa d'asta. Tale profilo rileva soprattutto alla luce dell'introduzione della fattispecie di cui all'art. 353 *bis*: a quale disciplina dovranno essere sottoposte le condotte pre-bando tenute prima della nuova incriminazione?

- La giurisprudenza oggi applica in maniera estesa l'art. 353 c.p.: tale fattispecie ricomprende anche i comportamenti precedenti al bando di gara, che condizionino l'espletamento della stessa, quando poi effettivamente svoltasi.
- L'art. 353 *bis* c.p. invece, andrà a sanzionare i comportamenti tenuti prima della pubblicazione del bando, laddove il bando non venga poi pubblicato, ovvero se lo stesso non risulti effettivamente influenzato, sempre che, comunque, un procedimento amministrativo - anche informale - sia iniziato.
- **Art. 353 c.p.**
 - La turbativa d'asta è una fattispecie caratterizzata da evento naturalistico, individuabile nell'impedimento della gara, ovvero nel suo turbamento.
 - Si tratta di un reato a dolo generico; sotto il profilo della soggettività giuridica è un reato comune, con una specifica aggravante nel caso in cui il contegno turbativo sia tenuto dal soggetto pubblico che presiede o dirige la gara, o comunque da chi assume, in relazione ad essa, "funzioni essenziali".
 - Sotto il profilo applicativo rilevano i contatti fra soggetti pubblici e imprese precedenti alla pubblicazione del bando di gara: sarà necessario distinguere quelle situazioni in cui si verifica un fisiologico "dialogo tecnico", da quelle che scadono invece nella patologia del voler favorire un soggetto rispetto ad altri. In fase di gara, invece, a rilevare saranno le diverse declinazioni della collusione fra imprese, da veri e propri "cartelli" di spartizione, a situazioni di riconducibilità ad un unico centro di interessi.
 - Un problema interpretativo di grande attualità concerne la nozione di "gara" rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 353 c.p.; la problematica è data dalla formulazione letterale della norma, che fa riferimento ancora al "*pubblico incanto*" e alla "*licitazione privata*", istituti risalenti alla legislazione in vigore al momento di elaborazione del codice.
 - A fronte di tale dato legislativo, e dell'evolversi successivo delle procedure pubbliche di scelta del contraente, la giurisprudenza ha progressivamente esteso la tutela offerta dalla norma, ricomprendendovi anche procedure diverse, fra cui quelle "informali" e "esplorative" che precedono l'inizio di una trattativa privata, così come l'appalto-concorso.

- Ad oggi, pertanto, apparirebbero ricompresi nell'area di applicazione dell'art. 353 c.p. procedure aperte e ristrette, ma anche il dialogo competitivo e le altre forme di scelta del contraente caratterizzate in qualche modo da competitività; resterebbero escluse solo le situazioni di mera trattativa privata, svincolata da ogni schema competitivo e concorsuale.
- Alla luce dell'evoluzione della normativa in tema di contratti pubblici emerge un disallineamento fra legge penale e legislazione amministrativa, che rende auspicabile un intervento di riordino del legislatore.

○ **Rapporti fra fattispecie di turbativa e altri illeciti**

- Le particolari modalità di condotta degli artt. 353 e 353 *bis* c.p. rendono possibile il concorso con altri reati.
- L'art. 353 *bis* c.p. invero si caratterizza per la sua natura residuale, data dalla clausola di sussidiarietà posta in apertura.
- L'art. 353 c.p. potrà invece concorrere con il reato di estorsione (art. 629 c.p.), con le ipotesi di corruzione (art. 318 e 319 c.p.), e le fattispecie in materia di truffa (artt. 640 e ss. c.p.)

○ **Reati di corruzione**

- Partendo dalla definizione dei rapporti con gli artt. 353 e 353 *bis*, si procede all'analisi della rilevanza delle fattispecie di corruzione nel settore degli appalti pubblici, cercando di individuare i momenti, del procedimento ad evidenza pubblica, nei quali, per le caratteristiche proprie della procedura, risultano più esposti al verificarsi di fenomeni corruttivi.

- Soggetti attivi del reato:

a) analisi delle principali problematiche connesse all'estensione della soggettività attiva non soltanto alle persone fisiche ma anche agli enti nel cui interesse o vantaggio la corruzione venga posta in essere.

Le principali questioni riguardano:

1. i criteri di commisurazione dell'importo sequestrabile ai fini della confisca per "equivalente";
2. la possibilità di assoggettare a sequestro preventivo non solo il patrimonio dell'ente ma anche quello della persona indagata per avere corrotto nell'interesse o a vantaggio dell'ente;
3. la possibilità di assoggettare alle sanzioni di cui al d.lgs. 231/01 e alle correlative misure cautelari una società straniera a vario titolo operante in Italia.

b) analisi della punibilità del terzo-intermediario e rapporti con la fattispecie di cui all'art. 346 *bis* c.p.

- Oggetto del reato: con l'intervento modificativo ascrivibile alla legge n. 190/2012 è stato modificato l'oggetto del reato di cui all'art. 318 c.p., oggi rubricato corruzione per l'esercizio della

funzione, dilatandone l'ambito applicativo anche ai casi nei quali non sia individuabile uno specifico atto d'ufficio a fronte dell'indebita promessa o dazione di denaro o altra utilità.

- Definizione dell'ambito di applicazione della corruzione per l'esercizio della funzione rispetto alla precedente formulazione dell'art. 318 nonché in rapporto al reato di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p., alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che interpreta estensivamente la nozione di "atto contrario ai doveri d'ufficio" sino a comprendervi ipotesi astrattamente riconducibili alla corruzione per l'esercizio della funzione.

- Rapporti con gli altri reati suscettibili di applicazione nella procedura ad evidenza pubblica, con particolare riferimento alla concussione (art. 317 c.p.), all'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater*), all'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

○ **Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)**

- Norma a carattere formalmente sussidiario, ritenuta dalla giurisprudenza pacificamente applicabile a fronte dell'illegittimo esercizio dell'attività negoziale-discrezionale della P.A., attraverso un'interpretazione estensiva dei caratteri strutturali della fattispecie, nonostante i numerosi interventi normativi diretti a ridurre la discrezionalità giudiziale nella valutazione dei presupposti di operatività del reato.

○ **Conclusioni**

L'esame delle fattispecie di corruzione, turbativa d'asta e abuso d'ufficio e dei profili di reciproca interferenza fra le stesse costituisce un punto di vista privilegiato per la verifica delle modalità di intervento predilette dal legislatore nella politica di contrasto ai fenomeni criminali connessi alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, la cui complessità richiederebbe forme di contrasto giuridico differenziate, preferibilmente orientate alla prevenzione dei fenomeni corruttivi (e non solo) piuttosto che alla loro repressione. L'ordinamento italiano sembra piuttosto orientato a potenziare l'apparato repressivo, attraverso l'introduzione e il potenziamento di fattispecie penali, la cui proliferazione produce, a livello operativo, numerose difficoltà sul piano della delimitazione dei reciproci confini. Sarebbe opportuna, pertanto, un'inversione di tendenza, nel senso della riduzione e ridefinizione dell'intervento penale in materia a favore di un approccio di tipo preventivo.

Riferimenti giurisprudenziali

Cass., Sez. VI, 21/01/2016, n. 8044

Cass., Sez. VI, 26/02/2009, n. 1105

Cass., Sez. VI, 27/01/2016, n. 6259

Cass., Sez. VI, 02/12/2014, n. 1
Cass., Sez. VI, 21/03/2003, n. 25075
Cass., Sez. VI, 12/12/2005, n. 11628
Cass., Sez. VI, 14/04/2015, n. 26840
Cass., Sez. VI, 11/03/2013, n. 12821
Cass., Sez. VI, 26/05/2015, n. 27079
Cass., Sez. VI, 16/01/2012, n. 12298
Cass., Sez. V, 11/11/2003, n. 561
Cass., Sez. V, 10/04/2013, n. 22200
Cass., Sez. VI, 03/03/2004, n. 19607
Cass., Sez. II, 11/06/2014, n. 30050
Cass., Sez. VI, 4/11/2015, n. 1332
Cass., Sez. VI, 31/03/2015, n. 25944
Cass., Sez. VI, 27/10/2009, n. 43302
Cass., Sez. VI, 30/01/2013, n. 12370
Cass., Sez. V, 10/04/2015, n. 38738
Cass., Sez. VI, 1/12/2015, n. 3047
Cass., Sez. VI, 17/06/2015, n. 27823
Cass., Sez. VI, 18/10/2012, n. 43789

Bibliografia essenziale

G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4/2012, www.penalecontemporaneo.it, p. 7 e ss.

C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, tomo I, I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di dir. pen., pt. sp.*, vol. I, 2^a ed., 2013, p. 534 e ss.

M. CASSANO, *art. 353*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Vol. IV, Milano, 2015, p. 1007 e ss.

M. CASSANO, *art. 353-bis*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Vol. IV, Milano, 2015, p. 1035 e ss.

G. MARCONI, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353, 353-bis e 354 c.p.)*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Vol V, a cura di M. CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, p. 301 e ss.

F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, 2012, p. 31 ss.;

F. CONSULICH, *Delitti a tutela degli incanti*, in C.F. GROSSO E M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2015, p. 665 e ss.;

P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, 2007, p. 264 ss.

E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2013, p. 527 ss.;

G. M. FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cass. Pen.*, 9, 2014, p. 2754 ss.;

N. MADIA, *Considerazioni sulla "nuova" fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente e sulla linea di confine che la separa dal delitto di turbativa d'asta: questioni di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1555 e ss.

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, p. 1362 e ss.

S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, 1999.

F. MANGANARO, *La corruzione in Italia*, in *Foro Amministrativo (II)*, 6, 2014, p. 1861 ss.;

V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, 2012, p. 463 e ss.

T. PADOVANI, *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Spec. Guida dir.*, n. 48, 1° dicembre 2012, p. IX.

F. PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 10, 2015, pag. 3389;

F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012, p. 229 e ss.

S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1235.

S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 976.