

NICOLA MADÍA

LA TUTELA PENALE
DELLA LIBERTÀ DI CONCORRENZA
NELLE GARE PUBBLICHE



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2012

INDICE

<i>Introduzione</i>	p.	1
---------------------------	----	---

CAPITOLO PRIMO

IL DELITTO DI TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI NEL SISTEMA PENALE VIGENTE

PARTE PRIMA

PROFILI TELEOLOGICI: LIBERTÀ DI CONCORRENZA COME MEZZO BUON ANDAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME FINE

1. Notazioni preliminari	»	15
2. Il bene giuridico tutelato: premessa	»	16
3. L'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico dell'art. 353 c.p. nel regolare svolgimento delle gare	»	18
4. L'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico dell'art. 353 c.p. nella libertà di partecipazione alle gare.....	»	21
5. L'orientamento favorevole alla tesi secondo cui l'art. 353 c.p. appartiene alla categoria dei reati plurioffensivi.....	»	24
6. L'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico dell'art. 353 c.p. nella libertà di concorrenza	»	26
7. (<i>Segue</i>) Puntualizzazioni all'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico dell'art. 353 c.p. nella libertà di concorrenza.....	»	31
8. (<i>Segue</i>) Parametri di valutazione delle offerte.....	»	44
9. (<i>Segue</i>) Ulteriori puntualizzazioni all'orientamento favorevole a individuare il bene giuridico dell'art. 353 c.p. nella libertà di concorrenza	»	51

PARTE SECONDA

MODALITÀ DI TUTELA DELLA LIBERTÀ DI CONCORRENZA NELLA TURBATIVA D'ASTA

1. Considerazioni di carattere generale: una norma a più fattispecie	»	53
2. Il soggetto attivo del fatto descritto nel primo comma dell'art. 353 c.p.	»	55

3. (<i>Segue</i>) Sulla natura mono o plurisoggettiva del delitto di cui all'art. 353 c.p.	p. 56
4. Il soggetto attivo del fatto descritto nel secondo comma dell'art. 353 c.p.	» 62
5. (<i>Segue</i>) Sul possesso in capo al preposto alla gara della qualifica di «pubblico ufficiale» o «incaricato di pubblico servizio»	» 65
6. Il soggetto attivo del fatto descritto nel terzo comma dell'art. 353 c.p.	» 73
7. Le gare pubbliche contemplate nello schema qualificativo dell'art. 353 c.p.: le nozioni di «pubblico incanto» e «licitazione privata» ...	» 76
8. Il significato delle locuzioni «gare (...) per conto di pubbliche amministrazioni» e «licitazioni private per conto di privati»	» 79
9. (<i>Segue</i>) Ancora sulla nozione di «licitazioni per conto di privati»: le gare indette da un organismo di diritto pubblico, da un'impresa pubblica e, in generale, da soggetti formalmente privati ma tenuti all'evidenza pubblica.....	» 82
10. (<i>Segue</i>) Ancora sulla nozione di «licitazioni per conto di privati»: sulla riconducibilità dei pubblici incanti a tale nozione	» 91
11. Le condotte costitutive del delitto di turbativa d'asta: considerazioni introduttive	» 92
12. Condotte intimidatorie e irrilevanza dell'effetto costringitivo	» 100
13. Condotte «blanditive»: premessa	» 113
14. (<i>Segue</i>) Critica alla tesi che intende i doni e le promesse come retribuzioni	» 116
15. (<i>Segue</i>) Il significato esatto dei termini «doni» e «promesse» nel delitto di turbativa d'asta	» 122
16. (<i>Segue</i>) L'irrilevanza penale della mera proposta	» 128
17. Differenze tra condotte «blanditive» e collusioni	» 128
18. (<i>Segue</i>) Accettazione della promessa e collusioni: differenze concettuali e risvolti applicativi derivanti da tale distinzione	» 131
19. (<i>Segue</i>) Collusioni e accordi economici tra imprenditori: la tesi che individua il confine tra il lecito e l'illecito in base al momento temporale in cui vengono concluse le intese e quella che lo individua sulla base di considerazioni di carattere soggettivo	» 134
20. (<i>Segue</i>) Critica alle tesi illustrate nel paragrafo precedente	» 137
21. (<i>Segue</i>) I rapporti tra il concetto di «collusioni» e i patti limitativi della concorrenza	» 143
22. (<i>Segue</i>) Ancora in tema di rapporti tra il concetto di «collusioni» e i patti limitativi della concorrenza: il possibile valore scriminante delle intese autorizzate	» 147
23. (<i>Segue</i>) L'irrilevanza penale della proposta non accolta	» 154
24. La nozione di «altri mezzi fraudolenti»	» 159
25. Problematiche comuni alle collusioni e agli altri mezzi fraudolenti: «pratiche lecite» e atipicità della condotta	» 168

26. Ulteriori condotte rilevanti a titolo di turbativa d'asta	p. 179
27. Gli eventi del delitto di turbativa d'asta: considerazioni intro- duttive.....	» 182
28. L'indeterminatezza del termine «turbamento»	» 189
29. (<i>Segue</i>) Il contributo offerto dalla <i>ratio</i> della norma all'opera di individuazione del significato della nozione di «turbamento» nel- l'art. 353 c.p.	» 191
30. L'impedimento della gara	» 199
31. L'allontanamento degli offerenti	» 203
32. L'incidenza dei vizi della procedura e della mancata pubbli- cazione del bando sulla configurabilità del reato	» 213

PARTE TERZA

LA NATURA GIURIDICA DEI CAPOVERSI DELL'ART. 353 C.P.

1. La natura giuridica del secondo comma dell'art. 353 c.p.	» 218
2. (<i>Segue</i>) L'inapplicabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 9, c.p. all'ipotesi prevista nell'art. 353, comma 2, c.p.	» 224
3. La natura giuridica del secondo capoverso dell'art. 353 c.p.	» 226

PARTE QUARTA

LA TURBATIVA D'ASTA
A CONFRONTO CON ALTRE FATTISPECIE CRIMINOSE:
AL BIVIO TRA CONCORSO REALE DI REATI
E CONCORSO APPARENTE DI NORME

0. Impostazione della questione	» 228
---------------------------------------	-------

Sezione prima

LA TURBATIVA D'ASTA A CONFRONTO CON ALTRI DELITTI
CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quello di abuso d'ufficio ..	» 229
2. I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quelli di corruzione ...	» 246
3. I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quello di concussione ..	» 264
4. I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quelli di rivelazione e utilizzo di segreti d'ufficio	» 270

Sezione seconda

LA TURBATIVA D'ASTA A CONFRONTO CON FATTISPECIE CRIMINOSE
COLLOCATE IN AMBITI DIVERSI DAI DELITTI
CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quello di violenza pri- vata	» 275
--	-------

- 2. I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quello di estorsione ... p. 277
- 3. I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quello di truffa » 283
- 4. I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quelli di falso » 288
- 5. I rapporti tra il delitto di turbativa d'asta e quello di illecita concorrenza con minaccia o violenza » 292
- 6. Problematiche comuni al tema del concorso di norme: questioni applicative in presenza di una pluralità di condotte rilevanti ai sensi dell'art. 353 c.p. » 296

CAPITOLO SECONDO

I PROFILI CARATTERISTICI
DEL DELITTO DI TURBATA LIBERTÀ
DEL PROCEDIMENTO DI SCELTA DEL CONTRAENTE

- 1. Notazioni preliminari » 299
- 2. I profili teleologici: differenze con la turbativa d'asta » 300
- 3. I profili strutturali » 305
- 4. I rapporti tra il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente e quello di cui all'art. 353 c.p. » 306
- 5. Questioni di diritto intertemporale » 308

CAPITOLO TERZO

I PROFILI CARATTERISTICI
DEL DELITTO DI ASTENSIONE DAGLI INCANTI

- 1. Notazioni preliminari » 311
- 2. I profili strutturali: la condotta » 311
- 3. (*Segue*) L'evento del reato » 316

CAPITOLO QUARTO

L'AMPLIAMENTO DELL'AMBITO APPLICATIVO
DELLE FATTISPECIE POSTE A TUTELA
DELLE GARE PUBBLICHE
NELL'ATTUALE ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE:
AL BIVIO TRA ANALOGIA E INTERPRETAZIONE ESTENSIVA

- 1. L'inclusione nella sfera di applicazione dell'art. 353 c.p. e dell'art. 354 c.p. della trattativa privata e dell'appalto-concorso nell'elaborazione giurisprudenziale a partire dagli anni '70: note introduttive » 321
- 2. Le nozioni di «trattativa privata» e «appalto-concorso» » 323

3. L'orientamento favorevole all'inclusione della trattativa privata e dell'appalto-concorso nell'ambito applicativo dell'art. 353 c.p. e dell'art. 354 c.p.	p. 329
4. Critica all'orientamento favorevole all'inclusione della trattativa privata e dell'appalto-concorso nello schema qualificativo dell'art. 353 c.p. e dell'art. 354 c.p.: premessa	» 334
5. L'argomento storico: una lacuna originaria	» 336
6. L'argomento letterale: una lacuna espressa	» 343
7. L'incidenza delle nuove denominazioni assegnate nel decreto legislativo n. 163 del 2006 ai pubblici incanti e alle licitazioni private sull'ambito di efficacia dell'art. 353 c.p. e dell'art. 354 c.p.	» 351
8. L'ambito applicativo del «nuovo» art. 353- <i>bis</i> c.p. introdotto dall'art. 10 legge n. 136 del 2010	» 353

CAPITOLO QUINTO

UN'ANALISI COMPARATISTICA
IN PROSPETTIVA *DE IURE CONDENDO*

PARTE PRIMA

LE FATTISPECIE A TUTELA DELLE GARE PUBBLICHE
NEI PRINCIPALI ORDINAMENTI CONTINENTALI DI *CIVIL LAW*

1. Notazioni preliminari	» 357
2. Il § 298 del Codice penale tedesco	» 358
3. L'art. 262 del Codice penale spagnolo	» 369
4. L'art. 230 del Codice penale portoghese	» 372
5. L'art. 432-14 del Codice penale francese	» 373

PARTE SECONDA

SPUNTI *DE IURE CONDENDO*

1. Notazioni preliminari	» 376
2. Il passaggio dalla tutela del bene strumentale a quella del bene finale	» 376
3. Estensione della tutela all'appalto-concorso, alla trattativa privata preceduta da gara, ad altre procedure al momento non previste e a ogni altro concorso pubblico	» 377
4. Restrizione del novero delle condotte punibili	» 379
5. Adeguamento della complessiva risposta sanzionatoria: il ruolo centrale assunto dal bene della libertà di concorrenza nel contesto giuridico attuale	» 380
6. Estensione della punibilità anche in caso di gare indette all'estero	» 386
7. Estensione della responsabilità agli enti	» 389

APPENDICE
LA NORMATIVA DI SETTORE
CHE DISCIPLINA LE MODALITÀ DI SVOLGIMENTO
DELLE GARE PUBBLICHE

1. Le modalità di svolgimento dei pubblici incanti o gare aperte	p. 391
2. Le modalità di svolgimento delle licitazioni private o procedure ristrette	» 392
3. Caratteristiche comuni alle procedure formali	» 394
4. Le modalità di svolgimento della trattativa privata o procedura negoziata	» 396
5. Le modalità di svolgimento dell'appalto-concorso o dialogo competitivo	» 401
6. Accordi quadro e sistemi dinamici di acquisizione	» 403
Bibliografia	» 405