

FOCUS MAGISTRATURA

Coordinamento di **Roberto Garofoli**

PENALE

Gian Luigi GATTA

CIVILE

Ettore BATTELLI

Vincenzo ROSSI

AMMINISTRATIVO

Luca BORDIN



**Neldiritto
Editore**

1 Focus
**2023
2024**

EDITORIALE

Concorsi pubblici e concorsi universitari “turbati”: due sentenze della Cassazione sanciscono l’inapplicabilità dell’art. 353 c.p.

di Maria Chiara Ubiali

SOMMARIO: 1. La tutela penale delle gare pubbliche: due recenti sentenze della Sesta Sezione della Cassazione con importanti implicazioni di sistema. – 2. I fatti oggetto delle sentenze in esame. – 3. Uno sguardo a Cass. n. 26225/2023: impossibile l’applicazione dell’art. 353 c.p. nei concorsi pubblici “turbati”. – 4. Cass. n. 32319/2023: anche i concorsi universitari “turbati” non rientrano nell’ambito di applicazione dell’art. 353 c.p. – 5. Due decisioni coerenti con i recenti indirizzi della Sesta Sezione della Cassazione in tema di delitti contro la pubblica amministrazione. – 6. I recenti rivolgimenti legislativi in tema di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) e l’impatto delle sentenze della Cassazione nella prassi.

1. La tutela penale delle gare pubbliche: due recenti sentenze della sesta sezione della cassazione con importanti implicazioni di sistema

Le due recenti decisioni della Corte di cassazione, che segnaliamo ai lettori nell’Editoriale d’apertura di questo fascicolo¹, affrontano il controverso tema dei confini dell’ambito d’applicazione del delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.). In particolare, le citate sentenze sanciscono – per la prima volta in una decisione di legittimità – che **tale fattispecie non è riferibile, né alle condotte di turbamento realizzate nell’ambito di concorsi per l’accesso agli impieghi pubblici, né tantomeno** – ne è una immediata conseguenza – **alle interferenze illecite intervenute nelle procedure di concorso per il reclutamento dei professori universitari.**

Queste affermazioni – lungi da riguardare esclusivamente la stretta economia del delitto in esame – si segnalano come particolarmente rilevanti per almeno tre diversi, e più ampi, profili. *a) In primis*, esse s’inseriscono in quello che ormai possiamo definire un *trend* interpretativo consolidato della Sesta Sezione della Cassazione² che – all’indomani di una stagione caratterizzata dalla tendenza all’estensione e all’inasprimento delle norme incriminatrici

poste a presidio del buon andamento e dell’imparzialità della pubblica amministrazione – ha, in più occasioni, sottolineato la necessità di una lettura di tali fattispecie conforme al principio di tassatività e al divieto di analogia *in malam partem*, secondo l’insegnamento da ultimo ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 98/2021³.

b) Nondimeno, nel guardare alle sentenze in esame si deve tener conto del disegno di legge governativo (D.d.l. n. 808/2023) che propone l’abrogazione del limitrofo delitto d’abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) e che, proprio nel momento in cui scriviamo, è in discussione presso la Commissione Giustizia del Senato. Se oggi la non riconducibilità nell’ambito dell’art. 353 c.p. dei fatti di turbativa oggetto delle decisioni della Cassazione lascia comunque aperta la possibilità di una loro sussunzione nel delitto di abuso d’ufficio; l’eventuale abrogazione di quest’ultima figura di reato determinerebbe, invece, un vuoto di tutela, lasciando impunte condotte che sembrano senz’altro caratterizzate da un disvalore penalistico⁴.

c) Da ultimo, è qui veniamo ai profili che attengono più strettamente la fattispecie in esame, le due sentenze in commento si preannunciano come di sicuro impatto sulla prassi. Diversi sono infatti i procedimenti penali in corso relativi, in particolare, a concorsi universitari, molti dei quali di significativa rilevanza mediatica. In essi, nel momento in cui verrà contestato il delitto di

¹ Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023 (dep. 16 giugno 2023), n. 26225, in *Sist. pen.* con nota di G.L. GATTA, *Concorsi pubblici “turbati”: per la Cassazione è configurabile l’abuso d’ufficio ma non la turbativa d’asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l’abrogazione dell’art. 323 c.p.*, fasc. 6/2023, p. 205 ss. e Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2023 (dep. 25 luglio 2023), n. 32319, in *Sist. pen.* con nota di G.L. GATTA, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d’asta, sì al (moribondo) abuso d’ufficio*, fasc. 7-8/2023, p. 161 ss.

² Cfr. *infra* par. 5.

³ Cfr. Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, in *giurcost.org*.

⁴ Cfr. *infra* par. 6.

turbata libertà degli incanti, bisognerà allora necessariamente fare i conti con i principi qui sanciti dalla Cassazione.

2. I fatti oggetto delle sentenze in esame

Prima di esaminare le affermazioni in punto di diritto, è opportuno dare conto delle vicende oggetto delle due sentenze qui segnalate.

La prima decisione in ordine di tempo, Cass. n. 26225/2023, coinvolge il direttore di un ente pubblico al quale è stato contestato il delitto di turbativa d'asta (art. 353 c.p.) poiché, per favorire la donna con la quale aveva una stabile relazione sentimentale, aveva turbato con mezzi fraudolenti la procedura di mobilità interna per la copertura di un posto di "Istruttore direttivo tecnico". In particolare, nelle decisioni di merito è emerso come l'imputato avesse allontanato altri possibili contendenti, riducendo illegittimamente il termine di pubblicazione del bando e fissando condizioni immotivatamente restrittive per la presentazione delle candidature, in modo da ostacolare la partecipazione alla selezione. Sempre allo stesso soggetto è stato inoltre contestato il delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), in ragione dell'inosservanza dell'obbligo di astensione dalla partecipazione alla procedura, imposto dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici per via del rapporto sentimentale con la candidata. Violazione, quest'ultima, dalla quale è derivato, per costei, l'acquisizione di un ingiusto vantaggio patrimoniale. Per i fatti qui sinteticamente descritti la Corte di appello di Milano, con sentenza del 21 ottobre 2022, ha confermato nei confronti del direttore dell'Ente la condanna per i delitti di turbativa d'asta (art. 353 c.p.) e abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), infliggendo la pena complessiva di due anni e undici mesi di reclusione ed euro 1600 di multa (oltre alla pena accessoria dell'interdizione dei pubblici uffici per la durata di due anni e sei mesi).

Avverso la sentenza della Corte d'Appello ha quindi proposto ricorso l'imputato, lamentando – tra gli altri motivi – la violazione della legge penale per avere i giudici di merito illegittimamente assimilato la procedura di mobilità nel pubblico impiego, di cui all'art. 30 d.lgs. n. 165 del 2001, ad un "pubblico incanto" ex art. 353 c.p. La seconda sentenza che qui segnaliamo, Cass. n. 32319/2023, riguarda invece la procedura di valutazione per l'assegnazione di un posto di professore associato presso il Dipartimento di Medicina dell'Università di

Torino. I tre imputati – il Direttore della struttura che metteva a bando la posizione, la candidata e un membro della commissione esaminatrice – sono stati accusati del delitto di turbativa d'asta (art. 353 c.p.), per aver turbato la regolarità della citata procedura concorsuale «attraverso condotte minacciose e con collusioni e mezzi fraudolenti». La Corte d'Appello di Torino, in riforma della sentenza di condanna del Tribunale, ha dichiarato nulla la sentenza di primo grado e disposto la trasmissione degli atti al pubblico ministero, affinché questi proceda per le diverse fattispecie di cui agli artt. 317 (concussione) e 323 c.p. (abuso d'ufficio). Ha quindi proposto ricorso per Cassazione il procuratore generale presso la Corte d'Appello di Torino, sostenendo che il Tribunale avesse correttamente ricondotto i fatti al reato di cui all'art. 353 c.p.

3. Uno sguardo a Cass. n. 26225/2023: impossibile l'applicazione dell'art. 353 c.p. nei concorsi pubblici "turbati"

Il delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) sanziona penalmente la condotta di chi «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 allontani gli offerenti (...)».

In via preliminare, va subito ricordato che, con riguardo al corretto significato da attribuire alla locuzione "*gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private*", la giurisprudenza di legittimità si è consolidata nel senso di ritenere configurabile l'art. 353 c.p. «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»⁵. Aggiungendo altresì che può parlarsi di *gara* «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»⁶. Una nozione ampia, dunque, se non amplissima, intesa a ricomprendere nello spettro della norma qualsiasi competizione, con la sola esclusione di quelle procedure in cui l'amministrazione «conservi la piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e opportunità, propri della contrattazione tra privati»⁷.

Nella prima decisione in commento – quella relativa alla procedura di mobilità interna per la copertura di un posto di "Istruttore direttivo tecnico" – la Cassazione, pur

⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385, ric. Giuliano, CED 272227.

⁶ Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 6603, ric. Maroni, CED 280836.

⁷ Cass pen., sez. VI, 22 settembre 2004, n. 44829, ric. Di Vincenzo, CED 230522.

ribadendo la validità dei principi appena ricordati, ha tuttavia sottolineato che la giurisprudenza di legittimità in tema di **turbata libertà degli incanti** ha sempre riferito l'operatività della **norma alle sole procedure indette per l'affidamento di commesse pubbliche o per la cessione di beni pubblici**. La Suprema Corte non aveva, invece, mai avuto modo di soffermarsi sulla ricomprensione, nel perimetro dell'art. 353 c.p., dei concorsi per l'accesso ad impieghi pubblici o delle commesse procedure di mobilità del personale tra diverse amministrazioni (come quella oggetto del processo in questione). Su quest'ultimo profilo si è pronunciata quindi – per la prima volta – proprio Cass. 26225/2023, sancendo **l'esclusione di tali procedure concorsuali dall'ambito di applicazione della turbativa d'asta**.

Secondo i giudici di legittimità, tale conclusione si giustifica sulla base di due diversi argomenti.

a) *In primis*, viene richiamata la **ratio** della previsione incriminatrice in esame, indiscutibilmente riferita – si legge nella motivazione – **alle procedure «finalizzate all'acquisizione da parte delle amministrazioni pubbliche di beni e servizi, strutturalmente diverse da quelle relative alle assunzioni del personale delle pubbliche amministrazioni»**. Né, nell'ottica di sostenere l'inclusione nel perimetro dell'art. 353 c.p. dei concorsi per l'assunzione del personale, si può valorizzare l'inserimento nel codice penale dell'art. 353 *bis* c.p. (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente). Anche quest'ultima fattispecie, secondo i giudici di legittimità, «è infatti riferibile alle medesime procedure contrattuali oggetto della originaria previsione codicistica di cui all'art. 353 c.p.».

b) Ma l'argomento decisivo che osta all'inclusione dei concorsi pubblici per il personale tra quelli tutelati dall'art. 353 c.p., è rappresentato – lo abbiamo anticipato in avvio – dal principio di tassatività e dal divieto di analogia *in malam partem*. Secondo la decisione in esame, infatti, «ritenere applicabile la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 353 c.p. a condotte relative alle procedure di assunzione o di mobilità del personale della p.a. rappresenterebbe il risultato di una non consentita operazione di interpretazione analogica in malam partem». Se è lecito – come da tempo fa, lo abbiamo visto, la costante giurisprudenza di legittimità – ricomprendere nella locuzione “gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private” qualsiasi competizione, anche informale, purché questa si svolga sulla base della previa

indicazione e pubblicizzazione dei criteri di selezione e di presentazione delle offerte; l'applicazione dell'art. 353 c.p. a procedure che non concernono l'acquisizione di beni o servizi da parte della p.a. eccede in modo evidente l'ambito dei significati attribuibili ai concetti di “pubblici incanti” e “licitazioni private per conto delle pubbliche amministrazioni”.

Ad avvalorare questa affermazione, viene richiamata, infine, la recente sentenza della Corte costituzionale n. 98/2021 che – invero in una decisione riguardante altra fattispecie (quella di atti persecutori, *ex art. 612 bis c.p.*) – ha ribadito che «sono le norme incriminatrici, non già la loro successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza, che debbono formare 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»⁸.

Pur non potendo essere ricomprese nel perimetro dell'art. 353 c.p., i fatti illeciti oggetto del presente procedimento sono stati sussunti, dalla S.C., sotto il cappello dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.). Nell'ambito di tale disposizione possono, infatti, «venire ricondotte, ricorrendone i presupposti – *id est* la violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità – le condotte poste in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che, nella predisposizione e nello svolgimento di dette procedure, abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrecato ad altri un danno ingiusto».

4. Cass. n. 32319/2023: anche i concorsi universitari “turbati” non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 353 c.p.

È pervenuta a conclusioni analoghe anche la seconda sentenza oggetto del nostro approfondimento, Cass. n. 32319/2023.

In questo caso si poneva, in particolare, la questione se le condotte descritte nell'imputazione, con le quali gli imputati avrebbero turbato un concorso pubblico per l'incarico di professore associato, *ex art. 18, l. n. 249/2010*, fossero o meno riconducibili al delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.).

Anche la decisione in esame ha preso atto che il sintagma “gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private per conto delle pubbliche amministrazioni” sia stato negli anni

⁸ Cfr. Corte cost., 14 maggio 2021, cit., § 2.4.

interpretato sempre più estensivamente dalla giurisprudenza di legittimità, fino al punto di ritenere configurabile la turbativa d'asta «in ogni situazione in cui la pubblica amministrazione proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il *nomen iuris* adottato e anche in assenza di formalità», «(..) a condizione che l'avviso informale, o il bando e comunque l'atto equipollente indichino previamente i criteri di selezione (..) ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto»⁹. Cionondimeno, anche in questo secondo provvedimento, **i giudici di legittimità hanno ritenuto di risolvere l'interrogativo dal quale si è preso le mosse, nel senso di escludere dall'ambito di operatività dell'art. 353 c.p. i concorsi per il reclutamento di personale da parte dello Stato e, in particolare, dell'Università.** E l'argomento forte sul quale è stata fondata tale conclusione è anche qui quello del rispetto del principio di tassatività e del divieto di analogia in *malam partem*.

La necessità di porsi nel solco di questi principi ha determinato i giudici della Sesta Sezione a non aderire all'interpretazione dell'art. 353 c.p. proposta dalla Procura generale ricorrente, in quanto ritenuta in obiettivo contrasto con il dato testuale della fattispecie e rappresentativa dell'intento (illegittimo) dell'interprete di "conservare" la *ratio* della norma, evitando la creazione di zone franche.

In particolare, l'esclusione dei concorsi universitari dai possibili significati letterali della locuzione "gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private" è stata sostenuta con gli argomenti che si riportano, sinteticamente, di seguito.

a) *In primis*, la S.C. ha affermato che tali nozioni tipicamente tecniche hanno un significato «infungibile, evidente e stabile» e, dunque, diversamente da quanto avviene per il linguaggio comune, sono insuscettibili di interpretazione estensiva senza che si sconfini nell'ambito dell'interpretazione analogica vietata.

b) Quindi, la sentenza in esame ha sottolineato come il riferimento testuale ai pubblici incanti e alle licitazioni private sia storicamente sempre stato inteso come rappresentativo dell'intento del legislatore del codice Rocco di assicurare la tutela penale alle sole competizioni c.d. formali: le uniche ad essere codificate nelle norme sulla contabilità pubblica (r.d. n. 2440 del 1923 e n. 827 del 1924, poi trasposti nel codice degli appalti), dove non vi era – e tuttora non vi è –

alcun riferimento ai concorsi per il reclutamento del personale.

c) La ricomprensione dei concorsi per il reclutamento del personale nell'ambito dell'art. 353 c.p. non può essere sostenuta nemmeno attraverso la valorizzazione dell'attiguo delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente *ex art. 353 bis c.p.* Con riferimento a questo profilo, la decisione in commento ha ribadito quando già affermato da Cass. n. 32319/2023, secondo cui l'introduzione di quest'ultima fattispecie – giustificata, sostanzialmente, da esigenze di anticipazione della tutela penale rispetto al momento di effettiva indizione della gara – non ha inciso sul dato letterale dell'art. 353 c.p. e nulla dice, o sposta, in relazione alla materia oggetto del contendere, quella, appunto, dei concorsi per il personale, che è estranea anche rispetto all'art. 353 *bis c.p.*

d) Da ultimo, l'impossibilità di una assimilazione tra "i pubblici incanti e le licitazioni private" e i concorsi per il personale può essere altresì argomentata, secondo i giudici di legittimità, a partire dalla «**obiettiva diversità di materia e di disciplina di riferimento** e, in particolare, **dalla diversità strutturale tra le offerte** che vengono in considerazione ai fini della configurazione del reato di turbata libertà degli incanti e quelle che attengono ai concorsi per il reclutamento dei professori universitari». Da un lato, la procedura di reclutamento dei professori non è disciplinata nel codice degli appalti, ma è collocata interamente nella legge sull'Università n. 240/2010. Dall'altro lato, e con riferimento alla diversità strutturale delle offerte, la S.C. ha evidenziato come nelle gare di cui all'art. 353 c.p. la p.a. sia chiamata a valutare il contenuto, la congruità, la rilevanza quantitativa e qualitativa dell'attività che l'offerente si impegna a compiere, oltre che – ovviamente – il corrispettivo richiesto. Nei concorsi per il reclutamento dei docenti universitari, invece, la valutazione oggetto della procedura non può che attenersi all'attività pregressa del candidato, che non offre, dunque, prestazioni variabili da valutare in modo comparativo, ma in definitiva «offre sé stesso», candidandosi a ricoprire la posizione messa a bando. Per la persona che sarà ritenuta vincitrice conseguiranno quindi diritti e obblighi fissi, determinati dalla legge, e non impegni derivanti dalle offerte presentate durante la fase di valutazione.

Alla luce delle argomentazioni qui sinteticamente compendiate, la Cassazione ha dunque concluso nel senso della

⁹ Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385, ric. Giuliano, CED 272227; Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 8044, ric. Cereda, CED 266118.

impossibilità di ricondurre i fatti in esame alla fattispecie di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), prospettando invece la possibilità di una loro sussunzione nel delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), dopo che si sia verificata la ricorrenza dei 'nuovi' presupposti introdotti dal d.l. n. 76/2020.

5. Due decisioni coerenti con i recenti indirizzi della sesta sezione della cassazione in tema di delitti contro la pubblica amministrazione

Le sentenze in commento – lo anticipavamo in avvio segnalando uno dei motivi della loro rilevanza – si inseriscono nel solco di un orientamento consolidato della Sesta Sezione che, in più occasioni negli ultimi anni, ha fatto appello al **rispetto del principio di legalità, e dei suoi corollari, per scongiurare interpretazioni troppo estese** delle fattispecie penali in materia di pubblica amministrazione, sospettate di sconfinare nel campo dell'analogia; o comunque per **recuperare una dimensione di maggiore tassatività di tali figure** che, a causa della vaghezza di alcuni elementi costitutivi, prestano il fianco ad una applicazione troppo frequente e incontrollata. Impossibile dare conto in questa sede, con completezza, di tutti i pronunciamenti rappresentativi di questa tendenza: ne segnaliamo al lettore alcuni, rimandando per una trattazione più esaustiva ai contributi dottrinali che indichiamo in nota.

Emblematica di questo *trend* interpretativo è senz'altro la giurisprudenza in tema di **peculato** (art. 314 c.p.) e **spese di rappresentanza**. A questo proposito, si segnalano due recenti decisioni¹⁰ in cui i giudici della Sesta Sezione hanno escluso il delitto di peculato nei confronti di alcuni consiglieri regionali, in virtù di una interpretazione del concetto di "disponibilità del denaro" pienamente conforme al principio di tassatività della legge penale. Secondo le sentenze citate, ai fini della configurabilità di tale reato, nei casi di indebito utilizzo dei fondi per il funzionamento dei gruppi consiliari, è necessario che il rapporto tra il consigliere ed il denaro sia connotato da una disponibilità,

materiale o giuridica, ma, in ogni caso, diretta del bene. Ciò che rileva è, dunque, la presenza di un autonomo potere di firma che consenta al pubblico agente di disporre liberamente del denaro, nel rispetto dei vincoli sanciti dalla legge e dai regolamenti dell'Ente. Si avrebbe, invece, un'interpretazione contraria al divieto di analogia *in malam partem* se si consentisse la riconduzione all'art. 314 c.p. di casi in cui il pubblico ufficiale sia privo di un autonomo potere di spesa, e possa accedere al contributo stanziato solo previa presentazione di un'istanza di rimborso soggetta a forme più o meno incisive di controllo. È questa di solito la situazione che caratterizza le possibilità di spesa dei semplici consiglieri regionali, soggetti al potere autorizzatorio del presidente del relativo gruppo e per i quali è stato dunque ritenuto assente il requisito, previsto dalla norma incriminatrice, della piena "disponibilità del denaro".

Si inseriscono nell'ambito della citata tendenza ad un più intenso rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari, anche due rilevanti decisioni della Sesta Sezione della Cassazione in tema di **traffico di influenze** (art. 346 bis c.p.)¹¹, che hanno tentato di meglio precisare l'indeterminato concetto di "mediazione illecita": elemento costitutivo chiave nell'economia di tale figura di reato, ma divenuto ancor più centrale in seguito alle modifiche introdotte dalla c.d. legge "spazza-corrotti"¹². Il contenuto non afferrabile di tale nozione rischia, infatti, di attrarre nell'ambito del penalmente rilevante le più svariate forme di relazioni con la pubblica amministrazione, tra cui quelle ritenute lecite (*lobbying*): per ovviare a questo rischio di iper-criminalizzazione, la Cassazione ha proposto allora una interpretazione restrittiva della fattispecie, che consideri "*illecita*" la *mediazione solo quando finalizzata alla commissione di un "fatto di reato" idoneo a produrre vantaggi per il privato committente*¹³.

Da ultimo, nel solco dell'orientamento che abbiamo tentato d'illustrare s'inserisce a buon diritto anche l'ultimo arresto della giurisprudenza di legittimità in tema di **delimitazione tra le ipotesi di corruzione propria (art. 319 c.p.) e corruzione funzionale (art. 318 c.p.)**, nei casi in cui oggetto del mercimonio sia **l'attività discrezionale del pubblico**

¹⁰ Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2022 (dep. 16 marzo 2023), n. 11341, in *Sist. pen.* con nota di N.M. MAIELLO, *Prove di stabilizzazione interpretativa del peculato per spese di rappresentanza in una importante pronuncia della Cassazione*, 9 maggio 2023; nello stesso senso anche Cass. pen., sez. VI, m2 marzo 2021 (dep. 10 novembre 2021), n. 40595, in *Sist. pen.*, con nota di N.M. MAIELLO, *Peculato e rimborsi dei consiglieri regionali: la Cassazione ribadisce la funzione di garanzia della legge penale*, fasc. 5/2022, p. 35 ss.

¹¹ Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 2021 (dep. 9 novembre 2021), n. 40518, ric. Alemanno, in *Dejure* e Cass. pen., sez. VI, 14 ottobre 2021 (dep. 13 gennaio 2022), n. 1182, ric. G.D.R., in *Dejure*.

¹² Si v., con specifico riferimento agli interventi legislativi sull'art. 346 bis c.p., sui quali non abbiamo modo di soffermarci in questa sede, V. MONGILLO, *Crisi Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022.

¹³ Cfr. per primo commento, volendo, M.C. UBIALI, *L'illiceità della mediazione nel traffico di influenze illecite: le sentenze della Cassazione sui casi Alemanno e Arcuri*, in *Sist. pen.*, 31 gennaio 2022.

agente. Il *leading case* in questa materia è la sentenza che ha definito il noto caso “mafia capitale”¹⁴, nella quale la Cassazione ha proposto una lettura tassativizzante dell’art. 319 c.p., con riferimento, in particolare, all’elemento dell’“atto contrario ai doveri d’ufficio” e al relativo riscontro probatorio. In quest’ultima decisione la S.C. ha preso le distanze dalla precedente giurisprudenza che, con riguardo, appunto, all’attività discrezionale, tendeva ad avallare l’automatismo tra la semplice prova della ricezione di denaro (o della relativa promessa) da parte del pubblico ufficiale e la sussistenza di un’ipotesi di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319 c.p.). Secondo questa impostazione, concluso l’accordo corruttivo, il successivo esercizio del potere pubblico era sempre ritenuto inquinato dall’interesse privato veicolato dall’intesa illecita, risultando di conseguenza contaminata la comparazione degli interessi in gioco, sintomatica della presenza di un’ipotesi di corruzione per un atto contrario ai doveri dell’ufficio¹⁵. La sentenza citata ha affermato l’opposto principio secondo cui l’accettazione (o la promessa) di una remunerazione indebita non è sufficiente a configurare il delitto di corruzione propria e, ai fini della configurabilità di quest’ultima fattispecie, è invece «necessario verificare nel caso concreto la violazione dei doveri che attengono al modo, al contenuto, ai tempi degli atti da compiere e delle decisioni da adottare». In questo modo, ci pare, i giudici di legittimità hanno inteso sottolineare la necessità del riscontro probatorio di un elemento della norma incriminatrice – la circostanza che il *pactum sceleris* sia rivolto alla commissione di un atto contrario ai doveri dell’ufficio – che, al contrario, nel vigore del precedente orientamento, veniva in via interpretativa espunto dalla fattispecie; in quella che non poteva che definirsi un’interpretazione *contra legem* dell’art. 319 c.p.

6. I recenti rivolgimenti legislativi in tema di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) e l’impatto delle sentenze della cassazione nella prassi

In avvio, sottolineavamo, altresì, come l’analisi delle sentenze in esame non possa far a meno di tener conto degli sviluppi legislativi

che stanno interessando la limitrofa fattispecie di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.). Come è noto, infatti, mentre scriviamo, è all’attenzione della Commissione Giustizia del Senato un disegno di legge (D.d.l. n. 808/2023), di proposta governativa, che prevede l’integrale abrogazione del delitto di cui all’art. 323 c.p. L’economia di questo breve contributo non permette di soffermarci nel merito di tale proposta¹⁶, ma basti qui dire che un suo eventuale accoglimento determinerebbe inevitabili implicazioni anche per la casistica oggetto delle sentenze in commento. Se oggi la **non riconducibilità nell’ambito dell’art. 353 c.p. di tali vicende** non comporta conseguenze drastiche, in quanto è comunque possibile una loro sussunzione nel delitto di abuso d’ufficio; l’eventuale abrogazione di quest’ultima figura di reato lascerebbe impunte condotte che sembrano, invece, meritevoli di una risposta penalistica¹⁷.

Non è, invero, questo, un argomento che necessariamente dice della necessità di fare un passo indietro rispetto alla proposta di abrogazione dell’abuso d’ufficio. Le norme maggiormente in grado di farsi carico della repressione del disvalore che emerge dai fatti oggetto delle sentenze qui analizzate, infatti, ci sembrano essere comunque quelle specificatamente dedicate alla tutela del corretto svolgersi delle gare pubbliche: ovviamente, esse dovranno essere riformulate dal legislatore in modo da poter ricomprendere, nel proprio perimetro di applicazione, anche condotte di turbamento intervenute nell’ambito dei concorsi per l’accesso ad impieghi pubblici e nei concorsi universitari.

Nell’attesa di un eventuale intervento del legislatore in quest’ultimo senso, di cui per il momento non c’è traccia, le sentenze della Sesta Sezione avranno di sicuro – e veniamo, ora, al terzo profilo di rilevanza – un importante impatto sulla prassi. Diversi sono infatti i procedimenti, di cui spesso hanno dato conto i *media*, riguardanti supposte condotte di turbamento di concorsi pubblici, in particolare universitari, nei quali – nel momento in cui verrà contestato il delitto di cui all’art. 353 c.p. – bisognerà necessariamente confrontarsi con le innovative affermazioni svolte dalle sentenze qui segnalate.

¹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125, Buzzi e altri, in *DeJure*.

¹⁵ Cfr. *ivi*, III, par. 2.5.

¹⁶ Si vedano, invece, per un approfondimento di questo dibattito, i testi di alcune audizioni parlamentari sul d.d.l. n. 808/2023, tenute da studiosi ed esperti presso la Commissione Giustizia del Senato e pubblicate nella *Rivista Sistema penale*. In particolare, R. GAROFOLI, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio*, in *Sist. pen.*, 21 settembre 2023; G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d’ufficio. Note critiche*, in *Sist. pen.*, 20 settembre 2023; M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell’abuso d’ufficio e di riformulazione del traffico di influenze illecite*, in *Sist. pen.*, 18 settembre 2023.

¹⁷ Cfr. G.L. GATTA, *Concorsi pubblici “turbati”*, cit., p. 207 ss.

L'APPROFONDIMENTO

Le nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi

di Giulia Mentasti

SOMMARIO: **1.** Premessa: la lotta alla pena detentiva breve e i suoi strumenti. – **2.** La nuova disciplina delle pene sostitutive. Le novità introdotte dalla riforma Cartabia. – **3.** Le singole pene sostitutive: una panoramica dei contenuti. – **3.1.** La semilibertà sostitutiva. – **3.2.** La detenzione domiciliare sostitutiva. – **3.3.** Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo. – **3.4.** Prescrizioni comuni, durata e criteri di ragguglio delle pene sostitutive di cui agli artt. 55, 56 e 56 bis. – **3.5.** La pena pecuniaria sostitutiva. – **4.** L'applicazione delle pene sostitutive: discrezionalità, requisiti, violazione delle prescrizioni e revoca.

1. Premessa: la lotta alla pena detentiva breve e i suoi strumenti

La cd. 'lotta alla pena detentiva breve' esprime il generale sfavore dell'ordinamento nei confronti delle sanzioni penali che comportano un **breve passaggio in carcere**. Già sul finire dell'Ottocento – a riprova di quanto il tema sia radicato nella riflessione penalistica – un illustre studioso come Franz von Liszt affermava che la pena detentiva di breve durata «non è soltanto inutile ma produce nell'ordinamento giuridico danni più gravi di quelli che potrebbero derivare dalla completa impunità del delinquente»¹. Quel che più preoccupa, in particolare, sono gli **effetti criminogeni** di tale tipo di sanzione: per l'autore di un reato di lieve entità l'ingresso in carcere per un breve periodo di tempo non solo segna una inevitabile rottura con il mondo esterno (famiglia, lavoro, rapporti sociali), ma favorisce il contatto e lo scambio con altri criminali, vanificando la *ratio* di risocializzazione cui deve tendere ogni pena (art. 27 Cost.) e aumentando il rischio di recidiva².

A rimedio di tale situazione il legislatore italiano ha nel tempo predisposto diversi strumenti: il più risalente è sicuramente la **sospensione condizionale della pena**, disciplinata dagli artt. 163-168 c.p., che sospende l'esecuzione della pena fino a due anni e successivamente la estingue se chi vi è

sottoposto supera un periodo di prova fissato *ex lege*; le misure alternative, disciplinate dagli artt. 47 ss. ord. pen., applicate dopo il passaggio in giudicato della condanna, consentono di evitare l'ingresso in carcere o di anticiparne l'uscita, prevedendo, a determinate condizioni, una modalità di esecuzione extramuraria della pena detentiva; e, infine, le sanzioni sostitutive, previste e disciplinate dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, sono applicate dal giudice di cognizione e sostituiscono *ab origine* la pena detentiva.

Proprio le sanzioni sostitutive (ora 'pene sostitutive') sono state di recente oggetto di una profonda modifica ad opera della **riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150)** che ha dato 'nuova linfa'³ a questi strumenti, strappandoli a un sostanziale inutilizzo nella prassi dovuto, in gran parte, a un mancato coordinamento con le altre misure (*in primis* la sospensione condizionale).

2. La nuova disciplina delle pene sostitutive. Le novità introdotte dalla riforma Cartabia

L'idea di fondo della riforma Cartabia – già contenuta nella legge delega e più volte ribadita dalla Ministra promotrice della riforma⁴ – è quella di **togliere al carcere il primato nella risposta al reato**,

¹ F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben* (1889-1892), in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlino, 1905.

² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Giuffrè, 2023, p. 775 ss.

³ L'espressione è di E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in *Sistema penale*, 30 agosto 2022.

⁴ Si vedano la legge delega n. 134/2021 e le parole della Ministra Marta Cartabia in Commissione Giustizia della

Camera dei deputati, riportate in E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sistema penale*, 2 settembre 2021: «Penso sia opportuna una seria riflessione sul sistema sanzionatorio che ci orienti verso il superamento dell'idea del carcere come unica effettiva risposta al reato. La certezza della pena non è la certezza del carcere. [...] La detenzione in carcere per gli effetti desocializzanti che comporta, deve essere invocata come extrema ratio. Occorre valorizzare piuttosto le alternative al carcere».