

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Il concetto di disponibilità nel delitto di peculato

La decisione

Peculato - Disponibilità penalmente rilevante - Lettura restrittiva
(Art. 314 c.p.)

Ai fini della configurabilità del delitto di peculato mediante indebito utilizzo dei fondi per il funzionamento dei gruppi consiliari è necessario che il rapporto tra il consigliere regionale e il denaro sia connotato da una disponibilità, materiale o giuridica, ma, in ogni caso, diretta del bene. A tal fine, dunque, ciò che rileva è il conferimento - per legge, in virtù di specifica delega o anche di una prassi interna all'ufficio - di un autonomo potere di "firma" che consenta al pubblico agente di disporre liberamente del denaro nel rispetto del vincolo legale di destinazione del denaro.

Va, invece, esclusa la configurabilità della disponibilità del denaro qualora il pubblico agente sia privo di tale autonomo potere di spesa e possa accedere al contributo stanziato solo previa presentazione di un'istanza di rimborso, corredata da documentazione giustificativa e soggetta a forme più o meno incisive di controllo.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI, 16 marzo 2023 (ud. 17 novembre 2022), n. 11341- FIDELBO, *Presidente* - TRIPICCIONE, *Relatore* - DI GERONIMO, *Relatore*

La "disponibilità" nel delitto di peculato.

Brevi note sull'opportunità di un'interpretazione maggiormente restrittiva

La sentenza in commento ripercorre i contrasti interpretativi sul significato da attribuire alla nozione di "disponibilità" penalmente rilevante, di cui all'art. 314 c.p.

La Corte di Cassazione non aderisce all'impostazione adottata dai giudici di Appello, i quali offrono un'interpretazione estensiva del concetto in questione, suscettibile di ricomprendere anche i casi in cui il pubblico ufficiale possa disporre della *res* grazie all'intermediazione di soggetti terzi. Al contrario, la Suprema Corte ne propone un'interpretazione più restrittiva, circoscritta cioè ai soli casi in cui, seppur nell'assenza di qualsiasi relazione corporale tra il bene e il pubblico agente, costui possa comunque disporre direttamente mediante l'esercizio di poteri invalsi al proprio ufficio.

Tali conclusioni impongono, allora, di riflettere sull'esistenza di eventuali criteri idonei a risolvere simili divergenze interpretative.

The "availability" in the crime of peculation. Brief notes on the opportunity of a more restrictive interpretation

*The present decision analyses the disputed interpretation of the concept of "availability", as referred to in Art. 314 of the Italian Criminal Code. The Supreme Court does not agree with the approach adopted by the Court of Appeal, which offer an extensive interpretation of the concept in question, likely to also include cases where the public official can dispose of the *res* through the intermediation of third parties.*

On the contrary, the Supreme Court proposes a more restrictive interpretation, that is limited only to cases where, although there is no corporeal relationship between the asset and the public servant, the latter can nevertheless dispose of it directly through the exercise of the powers vested in office. This statement requires to analyse the possible existence of some kind of criterion capable of resolving such interpretative divergences.

SOMMARIO: 1. Premessa. L'ampia nozione di disponibilità giuridica. - 2. L'interpretazione restrittiva del concetto di disponibilità giuridica. - 3. La riqualificazione giuridica e le possibili (ma non accolte) alternative decisorie. - 4. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa. L'ampia nozione di disponibilità giuridica.* Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione è nuovamente tornata sul delitto di peculato, soffermandosi in particolare sulla nozione di "disponibilità" rilevante ai sensi dell'art. 314 c.p.

La vicenda in questione ha visto coinvolti alcuni Presidenti e consiglieri della regione Lombardia, condannati nelle due precedenti sentenze di merito per il delitto di peculato. Più specificamente, agli imputati veniva contestato di essersi indebitamente appropriati di somme di denaro prelevate dai contributi stanziati per il funzionamento del gruppo di appartenenza. Queste sarebbero state oggetto di indebiti rimborsi, destinati a coprire spese estranee al funzionamento e alle esigenze del gruppo consiliare.

Ai sensi della legislazione regionale vigente all'epoca dei fatti¹, le somme imputabili al fondo per il funzionamento del gruppo erano, infatti, solo quelle concesse alle funzioni istituzionali dell'ente. Sebbene non vi fosse alcun elenco tassativo delle c.d. spese di rappresentanza, limitandosi le leggi regionali ad enucleare le categorie maggiormente ricorrenti², pacifica era la necessità di un collegamento teleologico-funzionale tra l'attività svolta dal singolo consigliere e le esigenze del gruppo di appartenenza.

Per ciò che concerneva poi la specifica disciplina relativa all'erogazione di detti contributi³, in Lombardia la scelta era stata nel senso di prevedere l'accreditamento dei fondi occorrenti direttamente in un conto corrente intestato al

¹ L. rg. 34/1972 e l. rg. 17/1992.

² Tali erano: a) le spese di funzionamento, di aggiornamento, di studio, documentazione e quelle per promuovere la conoscenza del gruppo consiliare; b) le spese di formazione, di aggiornamento, di consulenze tecniche occasionali, di documentazione, di rappresentanza, di divulgazione, di accesso e di utilizzo delle nuove tecnologie sostenute dai consiglieri per l'espletamento del mandato consiliare (art. 1 delib. n. 192/2001 Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale della Lombardia).

³ Ufficio di Presidenza del Consiglio Regionale della Lombardia, delib. nn. 192/2001 e 68/2009.

gruppo, in relazione al quale un potere di firma (ossia di gestione diretta) spettava al Presidente.

I consiglieri, al contrario, non disponendo di alcuna carta di credito “regionale” per l’accredito diretto delle somme volte a coprire le attività funzionali all’espletamento del loro mandato, potevano ottenere il rimborso delle stesse attraverso un c.d. meccanismo di anticipazione delle spese⁴. In altre parole, al fine di ottenere la copertura delle spese di rappresentanza previamente sostenute, questi dovevano presentare un’autodichiarazione, corredata da apposita documentazione contabile, alla struttura amministrativa del gruppo consiliare. Quest’ultima, congiuntamente al Presidente, sottoponeva le istanze avanzate a controlli meramente formali, limitati cioè alla mera verifica della rispondenza delle spese attestata a quelle per cui era ammesso il rimborso.

Tanto i giudici di appello quanto quelli di primo grado hanno desunto la prova delle condotte appropriative dall’esame di detta documentazione prodotta dagli imputati, ritenendola eccessivamente generica e indeterminata e, perciò, priva degli elementi idonei a fondare un’accurata verifica sull’inerenza delle spese ai fini istituzionali.

Nel caso di specie è, quindi, risultato dirimente verificare, rispetto alla posizione rivestita dagli imputati, la sussistenza dell’elemento materiale del delitto di peculato, consistente nel possesso o, comunque, nella disponibilità della *res* oggetto di indebita appropriazione. Un simile accertamento è quantomai necessario per poter qualificare come peculato una condotta appropriativa che, di per sé sola, è elemento equivoco in quanto caratterizzante anche altri delitti. Premessa comune alle (opposte) soluzioni cui sono pervenute la sentenza di appello e quella di legittimità è l’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che attribuisce alla nozione di possesso assunta dall’art. 314 c.p. un significato più ampio di quello civilistico.

Ben lungi dal richiedersi esclusivamente la materiale detenzione del bene da parte del pubblico agente, nella nozione di possesso (o disponibilità) per ragioni di ufficio o di servizio è ricompresa anche la possibilità per costui di disporre della *res* mediante un atto di sua competenza ovvero connesso a prassi invalse nell’ufficio⁵. Ancora, tale presupposto materiale della condotta appropriativa può ben basarsi anche su un rapporto, come ad esempio quello di

⁴ Art. 2, comma 4, l. rg. 17/1992.

⁵ Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 45908, Rv. 257385; Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 7492, Rv. 255529.

delega, che consenta al soggetto attivo di inserirsi di fatto nella disponibilità o nel maneggio della cosa o del denaro altrui⁶.

Ciò posto, la Corte d'Appello ha esaminato congiuntamente la posizione dei Presidenti e quella dei consiglieri regionali.

Nessun dubbio in ordine alla diretta disponibilità dei fondi in capo ai primi, essendo costoro gli unici legittimati a prelevare il denaro sia direttamente, sia autorizzando le richieste di rimborso avanzate dai consiglieri.

Per ciò che invece concerne l'esame del ruolo rivestito da questi ultimi, i giudici di seconde cure hanno riproposto una soluzione ermeneutica già condivisa da alcuni precedenti giurisprudenziali su vicende del tutto simili a quella in commento. Il riferimento corre, nello specifico, a due pronunce in cui la Cassazione ha ritenuto determinante dover porre l'accento sulle modalità di conseguimento dei rimborsi spese.

Nella prima⁷, riguardante l'indebita appropriazione da parte di un consigliere regionale lombardo di contributi stanziati e assegnati al gruppo di appartenenza, la Corte aveva assimilato il meccanismo di anticipazione di spesa, anche qui operante, alle ordinarie procedure di spesa pubblica, che coinvolgono un soggetto "ordinatore di spesa", avente la disponibilità giuridica del denaro, e un altro soggetto, il "tesoriere", competente a dare esecuzione agli ordini di spesa effettuati dal primo⁸. Ebbene, in virtù di tale equiparazione, il consigliere regionale, presentando l'autodichiarazione, avrebbe agito come "ordinatore" nei confronti della struttura amministrativa preposta ai controlli, tra l'altro estremamente approssimativi per la loro natura meramente formale.

Tale impostazione è stata successivamente confermata in un'altra pronuncia⁹, in cui la Corte ha ritenuto che integri il delitto di peculato la condotta del consigliere regionale che utilizzi, per finalità estranee all'esercizio del proprio mandato, fondi pubblici assegnati al gruppo consiliare, dei quali egli si appropri semplicemente mediante atti direttamente incidenti sulla fase esecutiva di gestione del denaro, quali la mera presentazione della richiesta di rimborso accompagnata dalla produzione degli appositi giustificativi¹⁰.

⁶ Cass., Sez. VI, 03 maggio 2022, n. 19424, Rv. 283161; Cass., Sez. VI, 19 maggio 2016, n. 33254, Rv. 267525; Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 9660, Rv. 262458.

⁷ Cass., Sez. VI, 11 luglio 2018, n. 49990, Rv. 274227.

⁸ Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2017, n. 10569, Rv. 273395; Cass., Sez. VI, 27 settembre 2016, n. 50074, Rv. 269524.

⁹ Cass., Sez. VI, 15 novembre 2019, n. 11001, Rv. 278809.

¹⁰ Analoghe conclusioni ma in vicende difformi a quella in esame Cass., Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 16765, Rv. 279418; Cass., Sez. VI, 19 settembre 2017, n. 53331, Rv. 271654.

Chiaro, quindi, il ragionamento che ha portato la Corte d'Appello ad affermare la sussistenza di una diretta disponibilità dei fondi anche in capo ai singoli consiglieri regionali. Considerando il Presidente e l'apparato amministrativo preposto ai controlli dei meri tramite che avevano consentito ai consiglieri di disporre delle somme, è stato possibile ravvisare anche in capo a costoro una disponibilità "mediata" delle stesse, a sua volta suscettibile, secondo i decidenti, di essere ricompresa nell'ampia nozione di disponibilità ex art. 314 c.p.

2. *L'interpretazione restrittiva del concetto di disponibilità giuridica.* Di opposto avviso è la Cassazione, che non ha aderito ad un simile inquadramento giuridico.

Ad avviso della Corte, non può non darsi conto della differenza strutturale tra le attribuzioni che la legge regionale esplicitamente riservava ai Presidenti dei gruppi consiliari e la posizione rivestita invece dai consiglieri, imponendo ciò di esaminare separatamente le condotte appropriate contestate agli uni e agli altri.

Se, per le ragioni addotte nel paragrafo precedente, non si ponevano particolari questioni sulla diretta disponibilità dei finanziamenti in capo ai Presidenti consiliari, lo stesso non poteva dirsi rispetto al ruolo ricoperto dai singoli consiglieri regionali.

Sotto tale profilo, la Corte ha deciso di dare continuità al più recente orientamento emerso nella nota vicenda *Bernardini*, ritenendolo il frutto di un'evoluzione giurisprudenziale che è progressivamente pervenuta a una tipizzazione della fattispecie di peculato, valorizzando il dato relativo all'effettiva disponibilità del denaro.

Richiamando brevemente quanto statuito nel *leading case Bernardini*¹¹, relativo alle richieste di rimborso di un consigliere regionale dell'Emilia Romagna, la cui normativa attribuiva la gestione dei fondi regionali esclusivamente ai capi-gruppo, la Corte ha escluso la configurabilità del delitto di peculato in relazione a quelle condotte del consigliere regionale che, senza avere l'immediata disponibilità dei fondi, ottenga rimborsi per spese non rimborsabili, potendo integrare il delitto *de quo* solo un'appropriazione del denaro di cui il pubblico agente abbia una disponibilità diretta¹².

¹¹ Cass., Sez. VI, 2 marzo 2021, n. 40595, in *Sist. pen.* 2022, 5, con nota di MAIELLO, *Peculato e rimborsi dei consiglieri regionali: la Cassazione ribadisce la funzione di garanzia della legge penale*.

¹² All'esito di tali considerazioni, la Corte, esclusi il possesso o comunque la disponibilità giuridica dei fondi in capo al consigliere, ha riqualificato quella parte della condotta consistente nella presentazione di

Il peculato non riguarda, pertanto, qualsiasi forma di appropriazione. Nei casi come quelli in esame, in cui le somme di denaro destinate a coprire le spese effettuate dai consiglieri regionali sono attribuite direttamente al singolo gruppo, la disponibilità rilevante ex art. 314 c.p. è da riconoscersi solo a chi ha un “potere di firma”, non estendendosi anche a colui che si limita a formalizzare la richiesta di rimborso¹³.

Tale soluzione è stata successivamente condivisa nella più recente sentenza *Villani*, anch’essa citata dalla pronuncia in commento, in cui i giudici, riqualificando le condotte ascritte agli imputati sulla base della stessa normativa regionale esaminata nella sentenza *Bernardini*, hanno escluso che questi avessero la disponibilità giuridica diretta (ovvero il potere di trasferimento diretto) dei fondi dei gruppi regionali, stante l’assenza di qualsiasi potere di firma individuale o di altra forma di delega idonea ad abilitarli nella gestione e nella disposizione degli anzidetti contributi, che rimanevano perciò nell’esclusiva titolarità dei capigruppo¹⁴.

In definitiva, secondo questo più recente orientamento, l’elemento sulla base del quale ritenere sussistente o meno il delitto di peculato è da rinvenirsi nell’esame delle concrete modalità mediante le quali i consiglieri ottengono l’erogazione del denaro proveniente dal fondo.

D’altronde, la Suprema Corte sottolinea come, nel caso di specie, sia lo stesso meccanismo di anticipazione delle spese e del successivo rimborso a porsi in antitesi con lo schema della disponibilità, pure mediata, del denaro, “nella misura in cui il rimborso consiste necessariamente in una richiesta rivolta ad un organo diverso (di norma il Presidente del gruppo) che, evidentemente, è l’unico a poter disporre formalmente del denaro”¹⁵.

All’osservazione effettuata dai giudici di appello, secondo cui la disponibilità “mediata” trovava, nella presente vicenda, la propria causa in un presunto affidamento dei consiglieri sull’approssimatività dei controlli e sulla conseguente possibilità di ottenere pressoché automaticamente rimborsi anche non dovuti, i giudici di legittimità hanno replicato che comunque “la prassi interna

documentazione giustificativa falsa per ottenere rimborsi non spettanti nella fattispecie di truffa aggravata ex artt. 640 e 61, n. 9, c.p. La Corte ha, invece, annullato senza rinvio la sentenza impugnata in relazione alle altre richieste di rimborso, rispetto a cui la valutazione di non inerenza delle spese si fondava su un mero giudizio di inopportunità ovvero mancava un’adeguata motivazione circa il carattere fraudolento della condotta.

¹³ Cass., Sez. VI, 2 marzo 2021, n. 40595, cit.

¹⁴ Cass., Sez. VI, 7 luglio 2022, n. 29678, Villani.

¹⁵ Cass., in nota, par. 7.4.

all'ufficio, qualora non consista nel conferimento di un autonomo potere di spesa del denaro, ma nel mancato esercizio della funzione di controllo spettante alle singole strutture amministrative [...] ovvero nel carattere meramente formale del controllo svolto, non può mai costituire una forma di disponibilità giuridica del denaro”¹⁶. Il lassismo dei controlli non poteva, quindi, essere considerato una forma di delega per la gestione dei fondi, dovendo questa attribuire, anche di fatto, ai consiglieri tutti i poteri organizzativi e di controllo per l'autonomo svolgimento delle funzioni gestorie a loro delegate¹⁷.

Dopo aver dichiarato esplicitamente di aderire alla tesi appena illustrata, il Supremo Collegio ha esposto le principali criticità cui va incontro l'impostazione ermeneutica adottata dalla pronuncia cassata. Ebbene, essa appare essere frutto di un'erronea sovrapposizione tra il piano concernente il potere di disposizione del denaro e quello inerente ai controlli funzionali al rispetto del vincolo di destinazione pubblicistica dello stesso. Così facendo, si finisce per ergere la prassi interna dei controlli a fatto costitutivo della disponibilità giuridica del denaro, creando conseguentemente - ed è qui la seconda critica - una figura ibrida di disponibilità giuridica in cui il rapporto tra l'agente e la *res* non è diretto, ma, come già detto, “mediato” da un terzo. Un simile approccio finirebbe, tra l'altro, per anticipare il momento consumativo del delitto di peculato a quello della mera presentazione della richiesta di rimborso, contrariamente alla giurisprudenza prevalente che lo fa invece coincidere con l'appropriazione della *res* o del denaro¹⁸.

Questa soluzione, oltre a non essere esente da possibili frizioni con il divieto di analogia e con il principio di tassatività nell'interpretazione delle norme incriminatrici, omette di considerare che, ogniqualvolta la disciplina dettata per il funzionamento del fondo non disponga rimborsi spesa automatici, ma sottoposti ad un controllo che può condurre anche ad esiti negativi per difetto di inerenza delle spese attestate, la posizione del singolo consigliere è più correttamente assimilabile a quella di un creditore “condizionato”.

A differenza, cioè, di quanto accade nelle ordinarie procedure di spesa pubblica, il soddisfacimento del preteso rimborso è qui subordinato al positivo espletamento dei controlli sulla rimborsabilità della spesa.

A suffragio di simili considerazioni la Suprema Corte ha evidenziato come, dall'analisi del compendio istruttorio, emergesse che nel caso in esame non

¹⁶ Cass., in nota, par. 7.5.

¹⁷ Cass., Sez. VI, 2 marzo 2021, n. 40595, cit.

¹⁸ Cass., Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 16765, cit.; Cass., Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 29262, Rv. 273445.

tutte le istanze avanzate venivano poi effettivamente accolte, valendo ciò ad escludere qualsiasi automatismo tra la mera presentazione dell'istanza e la conseguente indebita percezione del denaro pubblico.

3. *La riqualificazione giuridica e le possibili (ma non accolte) alternative decisorie.* Difettando in capo ai singoli consiglieri la condizione essenziale del possesso o della disponibilità diretta del denaro del fondo, la Corte ha di conseguenza riqualificato le condotte ascrivendole alla fattispecie di cui all'art. 316-ter c.p., pur dovendone rilevare al contempo l'intervenuta prescrizione¹⁹. L'assenza del presupposto materiale del delitto di peculato importa, infatti, che l'impossessamento del denaro contestato ai consiglieri costituisca piuttosto l'effetto della loro condotta decettiva, consistente nell'aver presentato una documentazione inidonea a giustificare la spesa sostenuta.

La Corte procede a motivare una simile derubricazione e, di conseguenza, l'esclusione dell'altra fattispecie della truffa aggravata, ex art. 640-bis c.p., la cui applicabilità veniva pure ampiamente evocata dai ricorrenti nei motivi di ricorso.

Si legge nella pronuncia che le condotte contestate “sono consistite nel conseguimento del rimborso delle spese sostenute sulla base di specifiche istanze corredate da documentazione contabile, senza alcun ricorso a condotte fraudolente” e “senza alcuna induzione in errore da parte della competente struttura amministrativa preposta ai controlli, idonea a sussumere dette condotte nell'ambito della truffa aggravata”.

Simili osservazioni evocano il tema, ampiamente discusso in passato, dei rapporti intercorrenti tra le fattispecie della truffa aggravata e dell'indebita percezione di erogazioni pubbliche, qui sinteticamente affrontato dalla Corte.

Generata dall'incertezza che aleggiava attorno al significato della clausola di sussidiarietà collocata in apertura dell'art. 316-ter c.p., che ne esclude

¹⁹ Diverse le conclusioni e i successivi accertamenti in relazione alle condotte contestate ai Presidenti consiliari e a quei consiglieri cui era stato contestato il concorso con i capigruppo per aver sottoscritto il documento contabile posto a fondamento delle richieste di rimborso formalmente presentate. Permanendo, infatti, per questi l'accusa di peculato, si poneva il conseguente problema di individuare i criteri idonei a individuare le spese legittimamente rimborsabili.

Sui rapporti tra peculato e indebita percezione di erogazioni aggravata dall'abuso delle qualità di pubblico ufficiale e, nello specifico, sull'opportunità di individuare il *discrimen* nella ricorrenza o meno di una disponibilità materiale o giuridica del denaro Cass., Sez. VI, 9 marzo 2021, n. 20348, in *Guida dir.*, 2021, 24.

l'operatività qualora il fatto sia punibile come truffa aggravata, oggi la questione può dirsi pressoché sopita.

Sul punto è, infatti, intervenuta la Corte costituzionale con un'ordinanza²⁰ con cui si è sancito il carattere sussidiario e residuale dell'art. 316-ter rispetto all'art. 640-bis c.p., escludendo l'automatica sovrapposibilità delle condotte contemplate nella prima fattispecie con gli "artifici" e "raggiri" previsti dalla seconda²¹. Pienamente condivisibile è, quindi, l'inciso della pronuncia in commento sopra riportato, in cui si attesta che la mera presentazione di documentazione inadeguata, senza il compimento di ulteriori e più penetranti malizie, vale ad escludere l'applicabilità dell'art. 640-bis. Pur dovendosi condividere che le condotte di ambedue le fattispecie consistono in un mendacio volto, per sua natura, a creare nella psiche del destinatario una falsa rappresentazione della realtà, per integrarsi una condotta truffaldina è, tuttavia, richiesta un'intensità dello stesso tale da non lasciare al soggetto passivo alcuna diversa via di formazione delle proprie rappresentazioni motivanti²². Per questa ragione, esulano dall'ambito di operatività dell'art. 640-bis c.p. sia la "nuda menzogna" sia, come nel caso di specie, il mero silenzio o la reticenza su circostanze rilevanti serbati in violazione del generico principio di buona fede contrattuale di cui all'art. 1337 c.c.²³ Maggiori perplessità desta, invece, l'ulteriore precisazione effettuata dalla Corte, secondo cui pure varrebbe ad escludere l'applicabilità dell'art. 640-bis c.p. l'assenza di induzione in errore della competente struttura amministrativa. Questo non è, peraltro, il primo caso in cui la Cassazione ravvisa il *discrimen* tra truffa aggravata e indebita percezione nella mancanza dell'induzione in errore tra gli elementi costitutivi di quest'ultima, essendo anzi questo l'orientamento attualmente prevalente in giurisprudenza²⁴. Già le Sezioni Unite hanno più volte concluso per l'applicazione dell'art. 316-ter c.p. solo qualora difettino gli estremi della truffa, tra cui, appunto, quello dell'induzione in errore²⁵. La dottrina²⁶ non ha mancato di rilevare le contraddizioni logiche insite in una simile affermazione. In primo luogo, la "nuda menzogna" e il silenzio

²⁰ Corte cost., 12 marzo 2004, n. 95, in *Cass. pen.* 2004, 2249. Successivamente anche Cass., Sez. un., 27 aprile 2007, n. 16568, Rv. 235962.

²¹ Poi confermato in Cass., Sez. un., 19 aprile 2007, n. 16568, in *Guida dir.*, 2007, 20, 73 con nota di AMATO.

²² MARINI, *Delitti contro il patrimonio*, Torino, 1999, 412 ss.

²³ SPENA, *Commento all'art. 316-ter c.p.*, in *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2007, 1408. In giurisprudenza Cass., Sez. II, 26 febbraio 2019, n. 16816, in *Cass. pen.* 2020, 3, 1169.

²⁴ Più recentemente Cass., Sez. fer., 6 agosto 2019, n. 44878, in *Cass. pen.* 2021, 1, 262.

²⁵ Cass., Sez. un., 23 febbraio 2011, n. 7537, Rv. 249104; Cass., Sez. un., 16568, 19 aprile 2007, cit.

²⁶ ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 96.

antidoveroso, per definizione, ingannano chi, in base a dichiarazioni, documenti o informazioni sia chiamato a erogare e abbia poi effettivamente erogato. Queste condotte illecite, attive od omissive che siano, sono pur sempre condotte mendaci, e il mendacio può determinare un'altrui decisione evidentemente solo attraverso un'induzione in errore²⁷. Inoltre - e soprattutto - la linea di demarcazione tracciata dalle Sezioni Unite suscita perplessità perché, postulando in capo al soggetto una consapevolezza dell'attitudine decettiva del silenzio da costui serbato, fa dipendere l'alternativa tra indebita percezione e truffa aggravata dal singolo procedimento di erogazione, a seconda che esso preveda o meno una previa e penetrante verifica sulla veridicità delle dichiarazioni e dei documenti presentati²⁸. Il fatto che, in alcuni casi, la procedura di erogazione non preveda un simile controllo, non esclude che la stessa poi avvenga proprio in forza di un'erronea rappresentazione della realtà. Più semplicemente, la mancanza di tali controlli implicherebbe, secondo alcuni, che l'ente eroghi ritenendo attendibili le informazioni prodotte dal dichiarante, mentre queste in realtà non lo sono, equivalendo ciò a dire che l'ente viene indotto in errore dal mendacio dell'agente²⁹.

In definitiva, essendo l'induzione in errore *in re ipsa* per il fatto stesso che le condotte di indebita percezione consistono in un mendacio idoneo a causare la determinazione dell'ente di procedere all'erogazione, la dottrina ritiene preferibile limitarsi a rintracciare la linea di confine tra le due fattispecie nel *quid minus*, già segnalato, in cui consistono le condotte dell'art. 316-ter rispetto a quelle di truffa aggravata.

Quanto, poi, alle altre alternative qualificatorie proposte dai ricorrenti nei motivi di ricorso - più precisamente, l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) e il delitto di peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.) - la Cassazione nulla motiva in ordine alla loro esclusione.

Ebbene, aderendo al corso della più recente dottrina e giurisprudenza, ad escludere l'operatività dell'art. 323 c.p. varrebbe il rilievo per cui quest'ultimo richiederebbe una distrazione della *res* a profitto del pubblico agente che, tuttavia, "si concretizzi in un uso indebito del bene che non ne comporti la perdita e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'ente cui appartiene"³⁰. È

²⁷ SPENA, *Commento all'art. 316-ter c.p.*, cit., 1407.

²⁸ ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., 96.

²⁹ SPENA, *Commento all'art. 316-ter c.p.*, cit., 1407.

³⁰ Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 19484, in *Cass. pen.*, 2019, 5-06, 2079; Cass., Sez. VI, 13 settembre 2017, n. 41768, Rv. 271283.

stato, infatti, più volte affermato che, mentre l'abuso d'ufficio può ricorrere nel caso in cui l'impiego del denaro pubblico sia volto alla realizzazione sia di interessi pubblici che di indebiti interessi privati, ciò è da escludersi in relazione ad atti dispositivi del denaro compiuti per finalità *esclusivamente* private ed estranee a quelle istituzionali dell'ente³¹. Nella vicenda in nota, l'incameramento di denaro ad uso e interesse esclusivamente personale dei singoli consiglieri esclude, dunque, la configurabilità di detta fattispecie criminosa, determinandosi un'*interversio possessionis* tale da causare uno stravolgimento del sistema organizzativo-funzionale del gruppo consiliare, con conseguente sua lesione patrimoniale.

Parimenti da escludersi è l'invocabilità del peculato mediante profitto dell'errore altrui, richiedendosi, per espressa previsione legislativa, che l'errore sull'*an* o sul *quantum* del dovuto da parte di colui che dà o corrisponde il denaro o altre utilità sia preesistente, ossia indipendente, da qualsiasi condotta dolosa del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che riceve o ritiene indebitamente la *res*³².

4. *Riflessioni conclusive.* Torniamo all'interpretazione del concetto di disponibilità penalmente rilevante. All'origine dei contrasti interpretativi sopra esposti vi è l'ambiguità della nozione in discorso, inserita nella formula dell'art. 314 c.p. per estenderne l'applicabilità anche ai casi, non meglio specificati, in cui la relazione agente-*res* non sia di tipo materiale. Nonostante una simile tecnica redazionale possa sembrare poco compatibile con il principio di determinatezza, l'opportunità di una diversa formulazione sarebbe stata tutt'altro che preferibile. Qualsiasi tentativo di elencare analiticamente ogni possibile modalità di realizzazione della condotta appropriativa avrebbe, infatti, mancato di esauritività, creando di conseguenza incolmabili vuoti di tutela. In questi casi, l'indeterminatezza non dipende, infatti, da una scarsa tipizzazione o da una carenza di informazioni da parte del legislatore, bensì dall'oggettiva impossibilità di esprimere diversamente il disvalore del fatto tipico, garantendo al contempo la formulazione di una norma effettivamente generale e astratta³³.

³¹ Cass., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, Rv. 271282-01; Cass., Sez. VI, 02 marzo 2016, n. 12658, Rv. 266871.

³² Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2015, n. 6658, Rv. 265959; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., 58.

³³ LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 3.

Ciò detto, scegliere tra i vari, possibili, significati del termine dubbio è tutt'altro che agevole, soprattutto in assenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale, non essendo risolutivo nemmeno l'impiego degli ordinari criteri ermeneutici. Per le ragioni sopra esposte, a nulla serve richiamare l'opportunità di un'interpretazione strettamente letterale dell'enunciato controverso; lo stesso dicasi rispetto all'operatività del divieto di analogia. Come ragionevolmente affermato in dottrina, l'analogia è, infatti, irrelata all'indeterminatezza, necessitando di ben individuati parametri a cui ancorare l'identità di *ratio* tra norma espressa e norma inespressa³⁴. In altre parole, l'impiego dei concetti elastici si pone in senso opposto all'analogia, essendo un diverso modo di perseguire le esigenze di repressione e di prevenzione alla base dell'intervento penale³⁵.

Una parte della dottrina più recente ha allora tentato di inquadrare il problema in termini linguistici, essendo un dato acquisito che il diritto, come insieme di norme in grado di orientare il comportamento dei consociati, mutuò la gran parte dei termini e la struttura sintattica dal linguaggio comune³⁶. È questa sua "traducibilità" nel linguaggio ordinario a renderlo in grado di comunicare efficacemente con i consociati, i quali devono essere in grado di poter prevedere l'intervento – o il non intervento – degli organi decisionali pur senza essere professionisti o esperti in materia³⁷. Delimitare l'ambito delle possibili interpretazioni di un enunciato in base alle regole di funzionamento della lingua in cui lo stesso è formulato potrebbe, allora, costituire una regola utile per tutti quei casi in cui non siano utilizzabili gli ordinari criteri interpretativi, seppur con la precisazione che non vi è sempre coincidenza tra l'ambito dei significati giuridicamente accettabili e quello dei significati linguisticamente possibili³⁸. Ciò sembra confermato anche dalla giurisprudenza costituzionale. In una recente pronuncia, la Consulta ha infatti ribadito come l'ausilio interpretativo del giudice non sia che un "*posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole

³⁴ SCEVI, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 31.

³⁵ VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Nov. Dig. App.*, V, Torino, 1984, 301.

³⁶ VELLUZZI, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *www.discrimen.it*, 28 novembre 2008, 500 ss.

³⁷ VELLUZZI, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico*, cit., 503.

³⁸ VELLUZZI, *Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione*, in *www.dirittoequationipubbliche.org*, 1 dicembre 2005, 108. I significati linguisticamente possibili possono, infatti, dirsi anche giuridicamente accettabili qualora siano giustificabili per mezzo di uno o più argomenti interpretativi ammessi dalla comunità giuridica.

opzioni che il testo autorizza e che la persona può riaffermarsi leggendolo³⁹". Ebbene, la mancata adesione all'impostazione dei giudici di appello potrebbe essere così motivata. La Corte di seconde cure, dinanzi all'opportunità di sanzionare l'ennesimo episodio coinvolgente figure investite di importanti incarichi politici, avrebbe adottato una soluzione eccessivamente "articolata", non in linea con l'opportunità di garantire ai consociati la prevedibilità dell'intervento sanzionatorio poiché non immediatamente percepibile da chi non è operatore del diritto. In conclusione, a fronte dell'emersione di nuovi e più penetranti fenomeni criminosi è del tutto fisiologico prendere atto dell'opportunità di rendere più incisivo l'intervento penale. Tuttavia, in attesa che simili istanze vengano legittimamente recepite in via positiva dal legislatore o in via interpretativa dalle Sezioni Unite, sembra preferibile aderire al più cauto orientamento della presente Cassazione ovvero ricorrere, quando possibile, ad altre fattispecie già espressamente previste dall'ordinamento.

MARIA FIORE ANGORI

³⁹ Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, in *Cass. pen.* 2018, 9, 2776.