

**LE SEZIONI UNITE TORNANO SUL PRINCIPIO DI SPECIALITÀ:
AL VAGLIO LA QUESTIONE DEL RAPPORTO
TRA TRUFFA AGGRAVATA E MALVERSAZIONE**

Nota a [Cass., SSUU, sent. 23 febbraio 2017 \(dep. 28 aprile 2017\), n. 20664,](#)
[Pres. Canzio, Rel. Petruzzellis, Ricc. Stalla e Battilana](#)

di Clementina Colucci

Abstract. *Nella sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione affronta i rapporti tra il reato di malversazione ai danni dello Stato e quello di truffa aggravata per il conseguimento delle erogazioni pubbliche. Tra le fattispecie, affermano le Sezioni Unite, non sussiste un concorso apparente, ma il rapporto tra le due si qualifica come concorso materiale, essendo possibile, al più, unificare il fatto di reato sotto il vincolo della continuazione qualora l'erogazione ottenuta fraudolentemente venga successivamente utilizzata dal medesimo soggetto per scopi privati. A tale conclusione giunge la Corte affermando che le due fattispecie si presentano come strutturalmente differenti e cronologicamente distinte.*

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alle Sezioni Unite, gli opposti orientamenti e la problematica di fondo. – 2. Nulla oltre la specialità: la negazione di altri criteri per la risoluzione del conflitto apparente di norme. – 3. *Ne bis in idem* e variazioni sul tema. – 4. Premesse teoriche a una diversa ricostruzione. – 5. (*segue*) Il principio di assorbimento come possibile alternativa. Profili critici. – 6. Prevenire è meglio che curare: e se si trattasse “solo” di interpretare? – 7. Conclusioni.

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite, gli opposti orientamenti e la problematica di fondo.

La pronuncia in esame¹ trae origine da una vicenda giudiziaria avente ad oggetto la condotta di fraudolento ottenimento di finanziamenti agevolati, e la

¹ Per una prima lettura di Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n. 20664 v. S. FINOCCHIARO, [Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione](#), in *questa Rivista*, fasc. 5/2017, p. 344 ss.

successiva distrazione dei beni acquisiti con detti fondi dalla destinazione cui erano vincolati.

In breve i fatti da cui scaturisce il procedimento in esame. Le due imputate costituivano una società le cui partecipazioni apparivano riferibili a soggetti in possesso dei requisiti necessari per richiedere i contributi che il D.lgs. 185/2000 destina alle nuove iniziative imprenditoriali. Mediante tale artificiosa creazione, le ricorrenti ottenevano illecitamente un mutuo a tassi agevolati, impegnandosi *“a non trasferire fuori dalla sede né alienare a qualsiasi titolo o a destinare ad usi diversi da quelli previsti nel programma degli investimenti senza la preventiva autorizzazione scritta di Sviluppo Italia, i beni e i diritti aziendali ammessi alle agevolazioni [...] fino a quando non [risultasse] interamente rimborsato il finanziamento agevolato”*². Tuttavia, dopo aver adempiuto a solo sei delle ventotto rate pattuite, la società beneficiaria del finanziamento trasferiva in capo ad una delle due imputate alcuni beni strumentali, in violazione del vincolo di destinazione gravante sugli stessi.

Così accertati i fatti, il giudice di prime cure qualificava il primo segmento di condotta -con il quale le imputate ottenevano il finanziamento fingendo l'esistenza dei requisiti richiesti- ai sensi dell'art. 640-*bis*, dichiarandone, tuttavia, l'avvenuta prescrizione; allo stesso tempo, riconosceva le imputate colpevoli del delitto di cui all'art. 316-*bis*, in riferimento alla successiva attività di cessione dei beni strumentali acquisiti mediante le provvidenze erogate.

Confermata la decisione in appello, le imputate ricorrevano per cassazione deducendo – tra gli altri motivi - la violazione di legge e l'illogicità della motivazione ai sensi dell'art 606 lett. b) ed e) c.p.p., in riferimento alla possibilità di ravvisare il concorso tra i reati contestati, assumendo che questi, in quanto espressivi di comportamenti che offendono in stati e gradi diversi il medesimo bene giuridico, non possano concorrere, dovendo invece applicarsi la sola fattispecie di truffa aggravata, idonea ad assorbire per intero il disvalore del fatto.

Le motivazioni del ricorso fanno riferimento a un minoritario orientamento giurisprudenziale, il quale, attraverso l'applicazione del criterio di assorbimento, ritiene che la condotta di cui all'art 316-*bis*, rappresentando una mera attività esecutiva rispetto alla precedente e più grave condotta di cui all'art 640-*bis*, debba ritenersi da quest'ultima assorbita, determinando così la sussistenza di un concorso apparente tra le due norme³.

² Cass. pen., Sez. VI, 3 novembre 2016, ord. n. 47174, p. 7, in *questa Rivista*, 5 dicembre 2016, con nota di S. FINOCCHIARO, [Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione.](#)

³ Cfr. soprattutto Cass. Pen., Sez. VI, 12 maggio 2009, n. 23063, in *CED*, Rv. 244180. Le altre sentenze indicate dall'ordinanza di rimessione e, successivamente, nel testo della pronuncia, sono in realtà erroneamente richiamate. Difatti, Cass. Pen., 9 luglio 2004, n. 39644, in *CED*, Rv. 230365 è affetta da un difetto di massimazione: la massima afferma la *“natura sussidiaria e residuale rispetto alla fattispecie dell'art. 640 bis cod. pen.”* del reato di malversazione, ma leggendo il testo della pronuncia si può rilevare che l'affermazione si riferisce al reato di cui all'art 316- *ter*, ovvero all'indebita percezione di erogazioni ai danni dello Stato. Da ultimo, seppur non massimata sul punto, si esprime favorevolmente alla natura residuale e sussidiaria dell'art 316-*bis* Cass. Pen., Sez. II, 18 settembre 2014, n. 42934.

Secondo tale interpretazione, alcun rilievo assume la diversa collocazione temporale dei due comportamenti, posto che il problema sorge proprio qualora la diversa destinazione abbia ad oggetto erogazioni pubbliche conseguite mediante artifici e raggiri.

A fronte di tale soluzione interpretativa, il maggioritario orientamento di legittimità sostiene invece che entrambe le fattispecie debbano trovare applicazione, in quanto non sarebbe possibile rinvenire tra queste un rapporto di specialità *ex art. 15 c.p.*⁴, unico in grado di derogare alla disciplina del concorso di reati. Tali norme - si afferma - puniscono comportamenti illeciti diversi, distinti sul piano temporale e su quello delle modalità esecutive, oltre che poste a tutela di beni giuridici distinti⁵.

Il ricorso presentato solleva dunque un sopito conflitto interno alla giurisprudenza di legittimità, tale da giustificare la scelta operata dalla VI Sezione di rimettere la questione alle Sezioni Unite, al fine di dirimere il contrasto interpretativo.

Chiamate a stabilire “*se nel caso di erogazione da parte di ente pubblico di contributo o finanziamento, ottenuto fraudolentemente, il delitto di cui all’art. 640-bis, cod. pen. concorra con quello di cui all’art 360-bis, cod. pen., ove il contributo finalizzato a favorire attività di interesse pubblico sia destinato almeno in parte ad altre finalità, ovvero assorba tale ultimo delitto, nel presupposto che esso realizzi uno stadio minore dell’offesa al medesimo bene protetto*”⁶ le Sezioni Unite si trovano dunque a dover affrontare un questione che, al di là dello specifico rapporto tra le due fattispecie, cela al suo interno problemi ben più profondi e di più ampio respiro, relativi all’individuazione e alla scelta dei criteri di distinzione delle ipotesi di concorso di reati da quelle di concorso apparente di norme.

Il tema delle “*qualificazioni giuridiche multiple*”⁷ rappresenta infatti “*uno dei capitoli più controversi del diritto penale*”⁸, che non solo vede contrapposte dottrina e giurisprudenza, ma che non ha trovato una sua unicità di soluzioni nemmeno all’interno della stessa dottrina penalistica, divisa e attestata, a seconda delle opinioni, su posizioni tra loro molto differenti e distanti. L’impervietà di questo “*luogo dogmatico*”⁹ è dovuto perlopiù alla difficoltà di determinare criteri di individuazione e

⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 16 giugno 2015, n. 29512, in *CED*, Rv. 264232; Cass. Pen., Sez. II, 27 ottobre 2011, n. 4334, Rv. 250994; Cass. Pen., Sez. VI, 2 dicembre 2003, n. 4313; Cass. Pen., Sez. I, 7 novembre 1998, n. 4663, in *CED*, Rv. 211494; Cass. Pen., Sez. VI, 15 dicembre 1992, n. 3362, in *CED*, Rv. 193155.

⁵ Sostenendo la tutela di beni giuridici differenti ai fini dell’applicazione del solo criterio di specialità, si inficia di fatto l’argomentazione allontanandosi dalla valutazione strettamente logico-formale di confronto strutturale tra le fattispecie che l’applicazione del principio di specialità richiederebbe. Sul punto v. *infra* § 2.

⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 3 novembre 2016, ord. n. 47174, cit.

⁷ La terminologia, che ben esprime il problema fondante della disciplina del concorso apparente di norme, è stata introdotta per la prima volta da M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.

⁸ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., 2014, 716 e ss.

⁹ F. CINGARI, *Acquisto e detenzione di supporti “piratati”: tra ricettazione e repressione della circolazione di “cose illecite”*, in *Cass. pen.*, 2006, 3210.

risoluzione dei concorsi apparenti di norme in grado di soddisfare al tempo stesso le esigenze di legalità e di equità che di volta in volta vengono in considerazione¹⁰.

2. Nulla oltre la specialità: la negazione di altri criteri per la risoluzione del conflitto apparente di norme.

Tema centrale e snodo principale della pronuncia in esame è l'affermazione del principio di specialità quale unico criterio al quale è possibile ricorrere per la risoluzione del concorso apparente di norme.

Il punto di partenza, sul quale si fonda l'affermazione dell'unicità del criterio utilizzabile, è l'assunto secondo cui il solo principio previsto dalla legge che consenta di derogare alla disciplina del concorso di reati in favore di quella sul concorso apparente di norme è indicato dall'art 15 c.p. Quest'ultimo, affermando che *"quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito"* indica che al di fuori delle ipotesi in cui il legislatore lo stabilisca espressamente -attraverso clausole di riserva o nei casi di cui agli artt. 68 c.p. e 84 c.p.-, a meno che le due fattispecie siano tra loro in rapporto di specialità, la disciplina applicabile è sempre quella del concorso di reati.

L'affermazione secondo cui quello di specialità è *"l'unico principio legalmente previsto in tema di concorso apparente"*¹¹, se da un lato rende sempre più improbabile un futuro *revirement* sul punto, dall'altro affonda le radici nella granitica giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di concorso di norme¹², che a sua volta si allinea a quella parte della dottrina, espressiva di un approccio c.d. monista, secondo cui la questione dell'apparenza o meno del concorso dovrebbe essere risolta attraverso l'applicazione dell'unico e decisivo principio di specialità¹³.

¹⁰ Così, F. CINGARI, *Acquisto e detenzione*, cit., 3211. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte generale*, Padova, 2017, 492.

¹¹ Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n. 20664, 5.

¹² Cfr. Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1963, in *CED*, Rv. 245761; Cass., Sez.Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *CED*; Cass., Sez. Un., 19 aprile 2007, n. 16568, in *CED*, Rv. 235962; Cass.,Sez.Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, in *CED*, Rv.232302; Cass. Sez.Un., 28 marzo 2001, n. 22902, in *CED*, Rv. 218873;

¹³ Seppur formalmente attestantesi sulla centralità e l'unicità del criterio di specialità per la risoluzione del concorso di norme, tale dottrina si suddivide al suo interno in due principali filoni.

Un primo orientamento, fedele alla rigidità normativa del testo, ritiene che la comparazione tra le norme debba avvenire al livello della loro formulazione astratta, attraverso la comparazione dei loro assetti strutturali. Al suo interno questo filone rinviene posizioni che, se sulla carta possono sembrare simili, ad una più attenta analisi appaiono distinte. Infatti da una parte vi è chi si attesta sulla specialità *strictu sensu*, e che affermando che *"il chiaro fondamento logico-formale del principio di specialità [...] dovrebbe comportare che la sua operatività non sia subordinata ad ulteriori condizioni"* non ne ammette l'applicabilità in presenza di un rapporto strutturale diverso da quello per cui *"la fattispecie descritta nella seconda (speciale) riproduce tutti gli elementi della prima (generale) e contiene altresì uno o più elementi specializzanti"* pretende dalla norma speciale di contenere tutti gli elementi di quella generale più uno o più in funzione specializzante. Va da subito

Allo stesso tempo la Corte muove forti critiche a quelle opposte posizioni teoriche che ricercano al di fuori del principio di specialità ulteriori criteri di risoluzione del concorso apparente di norme, veicolando un approccio di tipo sostanzialistico¹⁴. Tali teorie, definite, come noto, “pluralistiche”, se da un lato prendono le mosse dall’insufficienza del criterio di cui all’art 15 c.p., a causa del *deficit* di equità a cui si perviene con la sua stretta applicazione, dall’altro denunciano gli sviluppi di quelle teorie monistiche che non si sottraggono all’influenza di considerazioni “valutative”¹⁵.

sottolineato che ciò che sta fuori da questa stretta applicazione occupa il campo dell’opinabilità dove si scontrano le diverse letture, tese ad attribuire alla specialità una funzione più ampia o più ristretta, con tutte le conseguenti aperture o chiusure applicative.

Su tale criterio si innesta il filone che, condividendone gli assunti logico-formali, ne allarga l’applicazione ai casi di c.d. specialità bilaterale, rinvenibile nei casi in cui ciascuna norma è allo stesso tempo generale e speciale, presentando, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici e generici rispetto ai corrispondenti dell’altra fattispecie.

Diversamente l’orientamento c.d. “monista-naturalistico”, il quale, sempre accettando come unico criterio quello di specialità – in quanto l’unico legalmente previsto-, ritiene tuttavia che la valutazione vada fatta guardando alla concretezza della fattispecie, attraverso la valutazione della storicità dei fatti per come realmente accaduti. Tale filone infatti attribuisce al concetto di “stessa materia” espresso dall’art 15 c.p. il significato riferito al fatto concreto, così affermando che il principio non operi solamente nei rapporti tra un fatto e più figure criminose, delle quali l’una contenga tutti gli elementi costitutivi dell’altra più uno, ma anche qualora un medesimo fatto concreto sia riconducibile in tutti i suoi elementi ad entrambe, seppur non legate da uno stretto rapporto di genere a specie.

In ultimo luogo vi è chi, pur appartenendo formalmente alla teoria monista che non accetta altro criterio se non la specialità, di fatto ne annacqua il concetto facendovi rientrare, sulla base del richiamo al criterio del *ne bis in idem* sostanziale, anche le ipotesi di specialità reciproca, finendo per unire l’approccio logico-formale, proprio della specialità intesa *strictu sensu*, a criteri valoriali.

Al di là della plausibilità di tali opzioni, le quali sembra che pur di tenere fede all’“ortodossia” della specialità finiscano per “far dire al principio di specialità anche ciò che non può dire” (come afferma FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 686.), ciò che appare da sottolineare è un dato significativo che ne scaturisce: la pluralità di soluzione di cui si è dato conto dimostra, infatti, l’avvertita insufficienza della sola specialità *strictu sensu* a risolvere tutti i problemi di convergenza tra norme.

Per un quadro dei tradizionali orientamenti dottrinali sul punto, per tutti v. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; ID., *Diritto penale - Parte generale*, cit., 457-499. Da ultimo cfr. M. PAPA, *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. CADOPPI- S. CANESTRARI- A. MANNA- M. PAPA, Parte generale, II, Torino, 2013, 937- 954; V. B. MUSCATIELLO, *Concorso di norme. I presupposti e la disciplina della pluralità apparente*, *ivi*, 956-976; ID., *Concorso di reati. Unità e pluralità di reati*, *ivi*, 976-1034.

¹⁴All’interno delle quali si trovano molteplici soluzioni, tutte accomunate dalla convinzione dell’insufficienza del criterio logico formale della specialità, cui si affiancano criteri di matrice valoriale, individuati a seconda delle esigenze nell’assorbimento, consunzione, sussidiarietà e (alcuni) *ne bis in idem* sostanziale. Sul tema, da svariati punti di vista, cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, 415 ss.; G. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 517; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959, 73 ss.; R. A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, 467 ss. A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 ss., P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., 1982, 381, M. PAPA., *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 145 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 715 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, 2016, 617 ss.

¹⁵ Cfr. nota 13.

Le teorie “pluralistiche” sarebbero affette, a parere della giurisprudenza di cui la pronuncia in esame condivide gli assunti, e secondo il filone dottrinario “monista” che ne è alla base, da un triplice ordine di patologie.

In primo luogo tutti i criteri diversi da quello di specialità sarebbero privi di fondamento normativo perché non riconducibili alla lettera dell’art 15 c.p., nemmeno laddove si legge “*salvo che sia altrimenti stabilito*”, formula che rimanderebbe a deroghe espresse da parte del legislatore e non aprirebbe alla possibilità di individuare ulteriori ipotesi di concorso apparente¹⁶.

In secondo luogo, si evidenzia come l’utilizzo di criteri di valore sia foriero di ulteriore incertezza e possibile fonte di trattamenti diseguali, dal momento che la qualificazione giuridica di un fatto non dipenderebbe più dalle sole scelte del legislatore, bensì dalla sensibilità del singolo interprete¹⁷.

In ultima istanza, viene sottolineato come l’utilizzo di criteri alternativi determinerebbe negli interpreti una minore attenzione alla corretta ermeneusi delle fattispecie, relegando il momento interpretativo a strumento residuale¹⁸.

Ed invece l’orientamento sposato dalle Sezioni Unite porta ad affermare che l’unica “convergenza di modelli astratti” in grado di dar luogo ad un concorso apparente di norme, preordinato all’applicazione di un solo reato, sussiste solo qualora tra le due fattispecie esista un rapporto di identità strutturale, tale per cui esso possa declinarsi secondo il modello della specialità unilaterale o, al più, bilaterale. Su tale presupposta scelta teorica, la Corte rileva, dopo averne delineato i tratti essenziali, che entrambi gli orientamenti giurisprudenziali in contrasto “*escludono [...] che le fattispecie siano tra loro in rapporto di specialità*”. Ed infatti tale criterio non può trovare applicazione nel caso in esame, in nessuna delle sue possibili declinazioni, essendo il rapporto tra le due fattispecie non rispondente ad una simile logica: esse, infatti, sono composte da elementi tra loro autonomi e si profilano come strutturalmente differenti.

A conferma della posizione assunta e al fine di dimostrare l’(evidente) assenza di omogeneità strutturale tra le norme, la Corte passa formalmente ad analizzarne “*gli elementi costitutivi [...] al fine di verificare la natura del concorso ipotizzabile*.”

In tale disamina, però, le Sezioni Unite prendono in considerazione fattori estranei al profilo strutturale delle norme, affermando che “*l’analisi dell’atteggiarsi delle fattispecie astratte ha il pregio di mettere in luce come le situazioni concrete in cui i due reati possono realizzarsi siano molteplici e possano combinarsi tra loro, con modalità autonome. Il che*

¹⁶ In tal senso, v. G.A. DE FRANCESCO, Voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. d.pen.*, II, Torino, 1988, 491; F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte generale*, cit., 491; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in AA.VV. *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 395.; *Contra* A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir.pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 548; ID., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme* (1976), ora in ID., *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano, 2009, 375 e ss.; ID., *Principi di diritto penale –Parte generale*, 2003, Milano, 224; ID. *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1390.

¹⁷ Cfr. G. A. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, cit., 418.

¹⁸ Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 256; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., p. 396 ss., F. CINGARI, *Acquisto*, cit., 3212.

sottolinea la differenza strutturale tra le due fattispecie e le interferenze tra le condotte che, anche se in via eventuale, possono verificarsi”.

Non si capisce in che modo l’atteggiarsi concreto delle fattispecie, ovvero il loro effettivo declinarsi nella realtà, possa influire o determinare l’assenza (o la presenza) di un nesso strutturale tra le due. Infatti, alla netta affermazione con la quale si opta per il solo principio di specialità dovrebbe seguire il rilievo – facilmente ricavabile *ictu oculi* – dell’assenza di alcuna continenza formale tra le due norme. Al contrario l’autonomia delle due fattispecie è ricostruita in termini concreti, vagliando la possibilità che le relative condotte si combinino tra loro in modi differenti, e sottolineando il dato della distanza temporale solitamente intercorrente tra la condotta truffaldina e quella di malversazione quale “rilevante indicatore dell’autonomia delle fattispecie, preclusivo di un rapporto di identità tra norme suscettibile di qualificare un concorso apparente”¹⁹.

Seppur usate per poi negare l’esistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie, la Corte utilizza categorie del tutto eterogenee tra loro, attinte dalle differenti letture teoriche e giurisprudenziali della questione del concorso apparente di norme.

A ben vedere il criterio del fatto concreto e il criterio strutturalistico guardano verso due direzioni opposte: l’uno allo svolgimento concreto dei fatti, e alla loro possibile unificazione ad opera di un nesso di carattere funzionale, l’altro alla struttura logico-formale degli elementi di fattispecie²⁰. L’argomentazione usata, giustificando l’assenza di un rapporto di specialità attraverso l’utilizzo di criteri valoriali che fanno riferimento ad un nesso funzionale tra norme, lascia intravedere, a parere di chi scrive, una generale confusione nell’utilizzo dei criteri.

Inoltre, pur inizialmente negando la rilevanza del richiamo al bene giuridico che il primo filone interpretativo propone quale criterio per negare il concorso apparente di norme, in un secondo momento, seppur labilmente, la Corte ne sottolinea il rilievo quale chiosa dell’argomentazione condotta.

Il riferimento al bene giuridico tradisce nuovamente l’incoerenza di fondo del ragionamento effettuato dalla Corte²¹, che unisce all’applicazione del criterio di specialità elementi che ne stravolgono la funzione: se il primo ha natura logico-formale perché basato sul confronto “formale” degli elementi strutturali, ad esso devono

¹⁹ Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n. 20664, cit. come già affermato da Cass., Sez. Un., 9 maggio 2001, n. 23427, in CED, Rv. 218771.

²⁰ In merito alla critica mossa da parte della dottrina all’inevitabile deriva “valoriale” delle tesi monistiche, cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 686, laddove si afferma che “[...] la spiegazione del perché parte della dottrina insista nel dilatare il principio di specialità, fino a snaturarne la logica, va ravvisata in questo: pretendendosi di risolvere il problema del conflitto di norme in base al solo criterio- quello, appunto, di specialità- esplicitamente previsto dal legislator, si è poi costretti, pur di tener fede alla premessa di partenza, a far dire al principio di specialità anche ciò che non può dire.”

²¹ Indice del procedersi a-sistematico della Corte sembra anche l’ingiustificato riferimento alle particolari esigenze di tutela dovute alla possibile provenienza comunitaria dei fondi. In primo luogo, il carattere comunitario dei fondi è elemento eventuale che attiene all’atteggiarsi concreto della fattispecie e nulla ha a che vedere con la comparazione astratta degli elementi strutturali. In secondo luogo non sembra che possa rinvenirsi, anche alla luce dei recenti episodi, alcuna obbligazione di risultato gravante sul giudice interno ad opera dell’Unione. Cfr. M. PICCIRILLO, *O la specialità o niente: per le Sezioni Unite malversazione e truffa aggravata concorrono*, in *Parola alla difesa*, 4/2017, 428-438.

rimanere estranei quegli apprezzamenti di valore tipici del riferimento all'oggettività giuridica²².

Ulteriormente, sembra priva di valore la doglianza che la Corte avanza sostenendo che il breve lasso di tempo intercorso tra l'introduzione delle due fattispecie avrebbe dovuto spingere il legislatore alla previsione di una clausola di riserva laddove avesse effettivamente voluto limitare l'applicazione delle due fattispecie, la cui assenza sarebbe inequivocabile sintomo della possibilità di applicarle entrambe. In proposito non va dimenticato che, seppur il crescente grado di desistematizzazione ne richieda sempre più spesso l'intervento, le clausole di riserva rimangono una via eccezionale che il legislatore usa per guidare l'interprete, il quale è chiamato in primo luogo ad utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per comprendere - e ormai cercare di contribuire a creare - la struttura del sistema. Dunque, l'assenza della clausola di riserva, lungi dall'essere un chiaro sintomo dell'applicabilità cumulativa delle due fattispecie potrebbe essere letta, al contrario, come indizio del fatto che il legislatore non abbia ritenuto necessario intervenire a chiarire in modo espresso il rapporto tra le norme, ritenendolo facilmente desumibile da una loro lettura sistematica.

3. *Ne bis in idem* e variazioni sul tema.

Dopo aver escluso l'applicabilità di criteri quali la sussidiarietà, la consunzione, l'assorbimento, ecc., diversi da quello di specialità, la Corte passa ad analizzare il principio di *ne bis in idem* al fine di escluderne la rilevanza nel caso in esame.

Afferma la Corte che "*la rinnovata attenzione, convenzionale e costituzionale*" a tale principio non avrebbe alcuna ripercussione in tema di concorso di norme e non indurrebbe dunque ad alcun mutamento giurisprudenziale sul punto, e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo, sostiene la Corte, il recente rafforzamento di tale principio ad opera della Corte EDU²³ prima e della Corte Costituzionale poi,

²² L'utilizzazione della categoria del bene giuridico in tema di concorso apparente di norme rappresenta una costante argomentazione in giurisprudenza. Essa però porta ad una ibridazione del principio di specialità con criteri valoriali che hanno una portata intrinsecamente estensiva. Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 686. Sulla portata intrinsecamente espansiva della categoria del "bene giuridico", v. M. DONINI, [Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei](#), in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 4/2013, 6 ss.

In ogni caso tale riferimento alimenta una situazione di generale incoerenza della giurisprudenza di legittimità sul punto, non mancando pronunce nella quali si ritiene irrilevante il riferimento alla diversità dell'oggetto giuridico al fine dell'individuazione della "stessa materia" ex art 15 c.p., ammettendo pacificamente la possibilità di applicare la disciplina del concorso apparente anche a fattispecie tutelanti beni giuridici eterogenei. Cass. Pen. Sez. Un., 19 aprile 2007, n. 16568, in *Cass.pen.*, 2007, 32132 ss. con nota di V. VALENTINI, *Le Sezioni Unite consacrano la primazia dell'art 316-ter c.p.: un epilogo consapevole?*, *ivi*, 3845 ss.

²³ Ampio quadro della più recente giurisprudenza comunitaria in tema di *ne bis in idem* e del conseguente impatto sulla normativa interna è dato nelle relazioni *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, rel. n. 35/2014 e Ne

riguarderebbe solamente l'applicazione processuale del divieto di *bis in idem*; in secondo luogo, il divieto non avrebbe natura assoluta neanche in sede processuale, non precludendo “il perseguimento della persona sottoposta a controllo in due autonome procedure [...] ma solo la sottoposizione ad autonomo giudizio quando sia stato definito uno dei due”.

Sulla base di questo duplice dato, la Corte afferma che non vi sarebbe alcun motivo per prendere in considerazione il *ne bis in idem* al fine di escludere il concorso di reati nel caso in esame, perché esso non aprirebbe a soluzioni ermeneutiche che si allontanino dal principio di specialità, il quale rimane, dunque, l'unico utilizzabile per derogare a tale disciplina.

Un primo, seppur formale rilievo, si appunta sull'utilità dell'argomentazione che la Corte svolge riguardo a tale principio; avendo già precedentemente e molto lapidariamente dichiarato di riconoscere il criterio di specialità, non si ravvisa il senso del riferimento al divieto di *bis in idem*. Esso infatti, pur rimanendo un criterio di fondo del nostro ordinamento, ha una rilevanza solo per i sostenitori delle tesi pluralistiche, quale grimaldello operativo nella ricerca e nell'applicazione dei principali criteri di valore utilizzati per stabilire l'esistenza di un concorso apparente di norme o di un concorso di reati²⁴. Per chi, invece, sostiene la possibilità di impiegare il solo criterio della specialità, il *ne bis in idem* rimane un valore di fondo preso in considerazione dal solo legislatore nel momento in cui si trovi a regolare le ipotesi che, meritevoli di sottrarsi al concorso di reati, integrino un concorso apparente.

Una seconda riflessione va fatta in merito al contenuto di quanto affermato dalla giurisprudenza convenzionale e nazionale sull'ampiezza del concetto di *idem* fatto. Pur consapevoli che la pronuncia citata dalla Cassazione fa riferimento al divieto di doppia incriminazione sul versante puramente processuale – prova ne sia che la risultante è la dichiarazione di parziale incostituzionalità di una norma del codice di rito-, e ben consapevoli della non identità di tale concetto con il suo omonimo sostanziale²⁵, tuttavia quanto affermato dalla Consulta nella sentenza n. 200 del 2016 può offrire qualche spunto di riflessione.

Le più recenti pronunce della Corte EDU stabiliscono che il concetto di “medesimezza del fatto” che impedisce che uno stesso soggetto sia sottoposto ad un nuovo giudizio, si apprezza con riferimento alle circostanze concrete legate al tempo e allo spazio al di là della formale qualificazione giuridica. Aggiunge la Consulta che, a fronte di una diversa qualificazione giuridica, si ritiene “medesimo” quel fatto che abbia comportato un'unitaria “*modificazione della realtà indotta dal comportamento*

bis in idem. *Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, rel n. 26/2017, entrambe a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, in www.cortedicassazione.it.

²⁴ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 722.

²⁵ Il divieto di *bis in idem* processuale mira a limitare il pericolo di conflitto tra giudicati, in ossequio ad un più generale principio di certezza delle decisioni giudiziali. La differenza assunta dal principio del *ne bis in idem* sostanziale e processuale ha spinto importanti autori a sostenere addirittura che tra essi “*sembra porsi, oltre certi limiti, una frattura, nel senso che man mano che si allarga l'ambito del primo, si avverte sempre più l'esigenza di non far coincidere con esso l'ambito di operatività del secondo*”. Così F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 412.

dell'agente"²⁶, affermando così ancor più fortemente la scelta di una nozione storico-naturalistica di fatto, invece di quella prettamente giuridica²⁷.

Appare ovvio che un simile principio non impedisca certo al legislatore di scegliere autonomamente se sottoporre a doppia qualificazione un medesimo fatto, ed infatti la Corte afferma che il giudice in sede di secondo giudizio non è tenuto ad occuparsi della qualificazione giuridica, qualunque essa sia.

Tuttavia, alla luce di quanto affermato, diviene lecito chiedersi se tali pronunce, pur rivolte al divieto processuale, non aprano qualche spiraglio a criteri che, allo scopo di evitare duplicazioni sanzionatorie avvertite come "sostanzialmente inique", valorizzano la manifestazione concreta del fatto e il disvalore complessivamente realizzato.

Sono proprio tali criteri, infatti, a poter trarre linfa vitale dall'approccio della giurisprudenza in merito al *ne bis in idem* e alla sempre maggiore attenzione che essa dimostra verso la dimensione concreta del fatto.

4. Premesse teoriche a una diversa ricostruzione.

Si è in precedenza osservato che le premesse teoriche cui si rifà la posizione assunta dalle Sezioni Unite si riferiscono alle tesi c.d. monistiche, secondo le quali solo l'evidenza di un nesso strutturale, che ponga le fattispecie in rapporto di specialità (unilaterale o tuttalpiù bilaterale), può dare origine ad un concorso apparente di norme. Si è altresì già osservato come la pronuncia argomenti in modo contrario all'ipotesi di individuare nell'ordinamento criteri diversi e ulteriori rispetto a quello previsto dall'art. 15 c.p., ravvisando in essi un *deficit* di legalità e di certezza poiché la loro applicazione sarebbe fondata su apprezzamenti di valore rimessi, di fatto, all'arbitrio del giudice.

Pur non potendo negare l'estrema delicatezza del tentativo di ricercare criteri ulteriori di matrice sostanziale, non si ritiene di condividere le critiche mosse a tali teorie, soprattutto in ordine al preteso "arbitrio" conseguente all'applicazioni di simili criteri. Pur presentando carattere valoriale, i criteri alternativi, per come individuati nell'elaborazione teorica fornita dalla dottrina, ben lontana dall'applicazione che sembra farne la giurisprudenza, non si fondano su un mero arbitrio.

Non condividendo, o almeno non interamente, la soluzione offerta dalla pronuncia delle Sezioni Unite, il caso in esame potrebbe essere in alternativa ricondotto

²⁶ Corte Cost., 31 maggio 2016, sent. n. 200, in *questa Rivista* con nota di S. ZIRULIA, [Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art 649 c.p.p. nell'interpretazione datante dal diritto vivente italiano \(ma il processo Eternit bis continua\)](#), 24 luglio 2016.

²⁷ "Il criterio dell'*idem legale* appare allora troppo debole per accordarsi con simili premesse costituzionali, perché solo un giudizio obiettivo sulla medesimezza dell'accadimento storico scongiura il rischio che la proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, offra l'occasione per iniziative punitive, se non pretestuose, comunque tali da porre perennemente in soggezione l'individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato", così Corte Cost., 31 maggio 2016, n. 200, cit.

ad un concorso apparente di norme, che vada risolto secondo quello che può essere considerato il “*principale criterio non logico, ma di valore, utilizzato per risolvere i casi di conflitto apparente di norme non risolubili alla stregua del rapporto di specialità*”²⁸ : il criterio di assorbimento che faccia riferimento, nello specifico, alla categoria del *post factum* non punibile.²⁹

Il criterio dell’assorbimento, infatti, permette di allargare la portata applicativa della disciplina del concorso apparente anche ai casi in cui si sia in presenza di “continenza assiologica³⁰” e cioè qualora una fattispecie sia in grado di assorbire interamente “l’antigiuridicità”, il disvalore, dell’altra. I principi alternativi a quello di specialità, infatti, si fondano su criteri assiologici che non si radicano nella struttura formale della fattispecie ma piuttosto nella sua considerazione in chiave “finalistica”. Ed infatti, quale logica conseguenza di un simile ragionare, la declinazione del *ne bis in idem* nelle teorie sostanzialistiche non è quella di vietare la doppia valutazione di un medesimo fatto, quanto piuttosto di evitare di sottoporre due volte al fuoco della sanzione penale il medesimo “contenuto d’illecito”. Si ravviserebbe così la violazione di tale criterio ogniqualvolta si applichi più di una norma laddove, invece, l’intero contenuto di disvalore possa esaurirsi in un’unica fattispecie.

Ed è proprio su questo punto che sembra errare la Suprema Corte, laddove afferma che il caso in esame non possa qualificarsi, nemmeno alla luce di questi rilievi, come concorso apparente in quanto non si tratta di unico fatto ma di condotte cronologicamente distinte. Infatti, nei rapporti di valore a fondamento dei criteri sostanzialistici, i fatti non si compenetrano uno nell’altro in quanto sono di per sé strutturalmente diversi; l’“*un fatto rientra nell’altro non nella sua struttura*”³¹ come chiederebbe l’applicazione del principio logico-formale di specialità, ma la sovrapposizione avviene “*solo per [il suo] intimo significato di disvalore giuridico*”³², e dunque, ragionando *a contrario*, la continenza assiologica presuppone fatti distinti e strutturalmente irriducibili ad unità³³.

5. (segue) Il principio di assorbimento come possibile alternativa. Profili critici.

Dando seguito alle argomentazioni svolte, si osserva che, nel caso in cui le erogazioni siano state ottenute mediante frode, il disvalore “del fatto” si incentrerebbe unicamente sul profitto illecitamente conseguito, ottenuto al momento in cui la condotta truffaldina ha condotto all’errore dell’ente pubblico e alla successiva

²⁸ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale-Parte generale*, cit., 722.

²⁹ Quella che fa riferimento all’antefatto e al post fatto non punibili è solo una delle tante declinazioni dei criteri valoriali che determinano l’assorbimento. Su tale specifica declinazione v. R. A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 517 e ss.; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 88 e ss.; G. VASSALLI, *Antefatto non punibile*, cit., 505 e ss.

³⁰ In questi termini si è espresso molto chiaramente M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 149.

³¹ Così A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 79.

³² A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 80.

³³ A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., 80.

erogazione del contributo. Dunque sarebbe del tutto ininfluenza, ai fini della risposta sanzionatoria penale, il successivo utilizzo delle somme da parte del soggetto attivo e la loro effettiva destinazione, che diverrebbe così un *posterius* irrilevante.

L'utilizzo di una simile argomentazione è diffuso nella prevalente dottrina, la quale riconosce nella malversazione, ovvero nella libera disposizione del denaro fraudolentemente sottratto alla pubblica amministrazione, un mero atto esecutivo conseguente alla precedente condotta illecita, il cui disvalore risulterebbe completamente assorbito dalla norma che incrimina l'illecita percezione³⁴.

Anche il minoritario orientamento giurisprudenziale³⁵ rileva che il diverso impiego del denaro, ottenuto mediante artifici e raggiri, rispetto agli scopi prefissi, rappresenterebbe una naturale conseguenza della condotta truffaldina, concludendo così che l'applicazione della disciplina del concorso di reati finirebbe per duplicare ingiustificatamente la risposta sanzionatoria, punendo due volte un comportamento offensivo "unitario", seppur perpetrato in modo temporalmente suddiviso.

È tuttavia da rilevare che l'applicazione dei criteri sostanzialistici ad opera della giurisprudenza sembra spesso ispirata ad una logica di risultato, che non si preoccupa di vagliare le fondamenta dei criteri alternativi applicati, ispirandosi piuttosto ad una generale e non troppo consapevole logica tendenzialmente intuitiva ed equitativa.

Riportando l'attenzione all'analisi delle due fattispecie, plurimi sono gli elementi che ne fanno ritenere necessaria un'osservazione congiunta. Lungi dall'essere monadi, infatti, le due norme corrono su un binario comune e condividono un substrato che le rende tra loro necessariamente interferenti e funzionalmente connesse.

È innanzitutto la stessa esperienza ad insegnare, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che, qualora un soggetto si appropri di risorse pubbliche, sarà fisiologicamente portato ad utilizzarle per scopi diversi da quelli istituzionali. Così come il ladro che ruba, chi ottiene fraudolentemente di denaro pubblico, lo fa per poterlo successivamente utilizzare a suo piacimento.

A supporto di tale ricostruzione giunge la teoria del post fatto non punibile, il cui fondamento teorico risiede proprio nel particolare rapporto che lega due fatti.³⁶ In casi come quello in esame si è in presenza di una pluralità di fatti, che è tale sia dal punto di vista naturalistico che da quello giuridico, nel senso che entrambe le condotte illecite, naturalisticamente e cronologicamente distinte, potrebbero integrare autonome

³⁴ Sul punto cfr., C. BENUSSI, *Note sul delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1997, 1066 ss.; A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale – Parte speciale*, X ed., 2008, 121; M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, II ed., Milano, 2006, 74; S. SEMINARA, *Sub art 316- bis*, in A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, V ed., 2008, 762 ss.; M. GAMBARDILLA, *Sub art. 316- ter*, in *I delitti contro la personalità dello Stato, I delitti contro la pubblica amministrazione*, G. LATTANZI – E. LUPO (a cura di), in AA.VV., *Codice penale*, Vol. III, Milano, 2005, 58.

³⁵ Tale orientamento sembra essere supportato efficacemente da un'unica pronuncia, Cass. Pen., VI sez., 12 maggio 2009, n. 23063, cit.

³⁶ In questo senso, G. VASSALLI, *Antefatto non punibile*, cit., 512, che sottolinea come la logica di "mezzo a fine" caratterizza il postfatto non punibile in quanto il disvalore contenuto nel secondo illecito rappresenta uno degli ordinari modi di realizzazione del fine caratteristico del primo.

fattispecie di reato. Erra dunque la Corte ad affermare che l'autonomia delle condotte, le quali fisiologicamente si consumano in tempi differenti, sia "preclusivo di un rapporto di identità tra norme suscettibile di qualificare un concorso apparente". La teoria del post fatto non punibile contempla come presupposto specifico la pluralità di condotte tra loro distinte, che però, poiché legate da una "unicità di fine"³⁷ e rappresentando differenti gradi di offesa del medesimo bene giuridico, vengono ricondotte ad unità valutandone unitariamente il disvalore d'illecito a fini sanzionatori.

Su questo punto afferma la Corte che il criterio in esame, o altri di simile natura, non possano comunque trovare applicazione in quanto non vi è alcun "id quod plerumque accidit" nel caso in oggetto, posto che non si rintraccerebbe alcun comportamento naturale ed abituale tale da rinvenire un nesso funzionale che legghi le due fattispecie. Infatti, secondo il Supremo Collegio, l'esecuzione "concreta" delle due condotte può indifferentemente declinarsi secondo tre diverse modalità: "a) il privato ottiene un finanziamento illecitamente e, successivamente, utilizza la somma per scopi privati [...] b) il privato ottiene con mezzi fraudolenti l'erogazione, ma la destina effettivamente ad opere o attività giustificanti il sostegno economico richiesto [...]; c) il privato ottiene legittimamente il finanziamento, ma omette di destinarlo all'attività o all'opera di pubblico interesse per cui era stato erogato". Sulle pecche di un simile ragionamento torneremo nel paragrafo successivo.

Passando ad un'osservazione più ampia, che miri ad osservare le fattispecie per come inserite in un più complesso sistema di tutela, si può notare come l'assetto normativo di cui fanno parte, per la sua nascita e per la sua struttura sanzionatoria, dimostra la volontà del legislatore di evitarne la simultanea applicazione.

L'introduzione dell'art. 316-bis ad opera della legge n. 86 del 1990³⁸ ad un mese di distanza dall'art 640-bis nell'ambito di un progetto di tutela penale dei finanziamenti pubblici e comunitari, conferma, a differenza di quanto sostenuto dalla Corte, l'intenzione del legislatore di creare un sistema che, facendo leva su due fattispecie complementari, non lasciasse priva di tutela nessuna fase dell'erogazione di denaro pubblico. Si può affermare infatti, condividendo l'interpretazione in tal senso fornita dal filone interpretativo propenso a ravvisare il concorso apparente di norme, che le due norme tutelino se non lo stesso bene giuridico sicuramente beni tra loro vicini ed omogenei.

In questa prospettiva il predetto filone afferma che, seppur vero che i due articoli tutelano formalmente due beni giuridici differenti - il patrimonio l'uno e il buon andamento della pubblica amministrazione l'altro- tuttavia i due interessi risultano di fatto sovrapporsi in quanto "da un lato, quando è offeso il patrimonio della pubblica amministrazione è offeso anche il buon andamento della pubblica amministrazione, e,

³⁷ G. VASSALLI, *Antefatto non punibile*, cit., 512.

³⁸ Vale la pena fin da subito sottolineare la dubbia collocazione della fattispecie, la quale, sebbene collocata nell'ambito dei reati dei pubblici ufficiali, può essere realizzata solo da un soggetto che sia estraneo alla pubblica amministrazione. Sarebbe stato forse preferibile, dunque, inserire tale reato tra quelli contro il patrimonio, rappresentando la condotta di malversazione a ben vedere una consecuzione logica e ragionevole del reato di cui all'art 640-bis.

*dall'altro, quando è offeso il bene del buon andamento della pubblica amministrazione, con la destinazione dei finanziamenti a scopi diversi da quelli sottesi alla norma che quei finanziamenti concede, si realizza anche un'offesa del patrimonio della pubblica amministrazione.*³⁹

Il bene giuridico del buon andamento della pubblica amministrazione risulta leso nel momento in cui sono stati destinati, a seguito di fraudolenta attività, dei denari pubblici ad un soggetto che non rispetta i requisiti richiesti dalla legge per poterne essere destinatario, con ciò già distraendoli dalla loro destinazione istituzionale. Inoltre, se l'interesse giuridico tutelato dalla norma è quello al corretto impiego degli strumenti economici di sostegno ad attività di pubblico interesse, nella correttezza che deve risultare dalla conformità dell'uso fattone rispetto ai criteri di buona amministrazione, non si può non notare che tale interesse risulti già pienamente leso al momento in cui il finanziamento fuoriesca dal patrimonio dello Stato e sia diretto, illecitamente ad un soggetto che non rispetti i requisiti richiesti dalla p.a, la cui sola valutazione può consentire la scelta del miglior "contraente". E infatti, nel caso di specie, la tutela della conformità dell'utilizzo dei fondi pubblici rispetto ai criteri di buona amministrazione passa dalla tutela del risultato perseguito con la previsione dei contributi, finanziamenti o sovvenzioni che sono state concesse⁴⁰.

Tali considerazioni, affiancate dall'osservazione dei diversi livelli sanzionatori che caratterizzano le due fattispecie, mettono in luce come il legislatore abbia voluto creare un unitario sistema normativo costituito da fattispecie tra loro complementari e sequenziali. Se così è, si dovrà giocoforza concludere che, nel caso in cui si verifichi sia il fraudolento ottenimento che la successiva diversa destinazione delle somme percepite, la cornice edittale nettamente più aspra dell'art 640 *bis* sia in grado di esprimere a pieno l'intero disvalore della vicenda, ricomprendendo al suo interno anche quello della malversazione.

Tuttavia, sebbene si condivida lo sforzo e la necessità di ricercare ulteriori criteri di risoluzione del concorso di norme, che arginino le iniquità a cui l'utilizzo del solo criterio di specialità porterebbe, nel caso in esame l'applicazione della teoria dell'assorbimento sembra presentare alcuni punti critici.

Se è vero che tale principio ben risolve il problema di concorso tra il reato di truffa aggravata e quello di malversazione, lo stesso non può dirsi per contrasti molto vicini e simili a quello in esame. Poniamo il caso che la condotta di illegittimo ottenimento dei fondi pubblici non raggiunga la soglia della truffa, perché non commessa con artifici e raggiri, ma integri piuttosto il meno grave (e residuale) reato di "indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato" di cui all'art 316 *ter*. Anche in questo caso, seguendo il ragionamento portato avanti dalla Corte sull'irrilevanza del momento genetico della malversazione, si porrebbe un caso di concorso di reati, che l'approccio "pluralistico" risolverebbe alla stregua di quello in oggetto. Infatti, anche nell'ipotesi prospettata, il reato che integra pienamente il disvalore di offesa è quello

³⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 12 maggio 2009, n. 23063, cit.

⁴⁰ M. RIVERDITI, *Delitti a tutela dell'attività di finanziamento pubblico*, in M. PELISSERO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in C. F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 141-171.

che sanziona la condotta di illegittimo ottenimento, ovvero il primo momento distrattivo dell'erogazione pubblica, mentre la malversazione si porrebbe anche in questo caso quale *post-factum* non punibile. Nonostante la ricostruzione appaia *prima facie* corretta, in tale circostanza il reato più gravemente punito risulterebbe però essere quello di malversazione, che sarebbe dunque chiamato ad assorbire il meno grave art. 316-ter⁴¹; così facendo, però, si tradirebbe il criterio valoriale alla base dell'assorbimento giungendo ad una irriducibile contraddizione del sistema.

Sono inoltre da considerare le ricadute che le sorti, sostanziali e processuali, della fattispecie assorbente hanno su quella assorbita. Se, da un lato, l'applicazione dei criteri di sussidiarietà e convergenza comporta la perdita di qualsiasi efficacia alla fattispecie assorbita, ciò è vero fintanto che quella primaria non subisca cause estintive di vario genere. Poiché l'applicazione della disciplina del concorso apparente di norme avviene non in ragione di un rapporto di continenza strutturale, ma in quanto la fattispecie assorbente esaurisce l'intero disvalore, comprendendo anche le finalità perseguite dalla disposizione secondaria, si ritiene che quest'ultima riacquisti efficacia qualora risulti impedita l'effettiva tutela dell'interesse di maggiore portata⁴², in quanto *lo scopo di una norma [...] può in concreto comprendere in sé quello di un'altra solamente nel caso che essa si applichi effettivamente*⁴³.

Nel caso oggetto del presente intervento dunque, anche alla luce dell'applicazione dei criteri alternativi ed espansivi del concorso di norme, la dichiarazione di estinzione per prescrizione del reato di cui all'art 640-bis avrebbe portato in ogni caso alla riespansione, e conseguente applicazione, dell'art 316- bis⁴⁴.

6. Prevenire è meglio che curare: e se si trattasse “solo” di interpretare?

Rilevata la descritta criticità, si tenterà in questa sede di ricercare una soluzione alternativa a quelle prospettate, che provi a definire in modo più lineare il rapporto tra i due reati.

L'assunto di fondo da cui sembra opportuno partire è che non sempre i criteri sostanzialistici rappresentano l'unico strumento per evitare dannose duplicazioni sanzionatorie e per sottrarre il rapporto tra norme alla rigida disciplina della specialità.

⁴¹ G. SALCUNI, *Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. CADOPPI- S. CANESTRARI- A. MANNA- M. PAPA, Parte speciale, II, Torino, 2013, 132 – 133; G. FORNASARI, *Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in A. BONDI- A. DI MARTINO- G. FORNASARI, *Reati contro la P. A.*, Torino, 2004, 164 ss.

⁴² A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 202 e ss.; precedentemente già A. MORO, *Unità e pluralità*, cit., 60.

⁴³ A. PAGLIARO, voce *Concorso*, cit., 552.

⁴⁴ Contrario a tale tesi G. VASSALLI, *Antefatto non punibile*, cit., sostenendo che l'applicazione del post fatto non punibile fa perdere al fatto assorbito “ogni carattere di reato (per difetto di tipicità) “ così che “la causa estintiva potrà venire in effettiva considerazione solo per il fatto che la legge vuole vedere punito: e in questo caso nessun limite potrà derivare alla sua applicazione dalla avvenuta commissione di quell'altro fatto il cui disvalore la legge ha già dimostrato di ritenere assorbito nel disvalore del fatto principale”.

Spesso appare maggiormente funzionale, oltre che prioritario, impegnarsi in uno sforzo interpretativo delle fattispecie analizzate, così da evitare *ex ante*, laddove possibile, l'insorgenza di qualsiasi concorso o conflitto tra norme⁴⁵.

Partiamo allora dal dato fondamentale per ogni operazione ermeneutica: il testo. L'enunciato dell'art. 316- *bis* si occupa di sanzionare quel soggetto che "*avendo ottenuto*" da qualche ente pubblico finanziamenti destinati ad attività specifiche, successivamente li destini a scopi differenti. Risulterebbe del tutto indifferente, afferma la Corte, "*l'elemento genetico*" e cioè la modalità con la quale il soggetto sia venuto ad essere destinatario del finanziamento, in quanto "*la norma rimanda all'acquisizione del finanziamento, nelle sue varie forme, come fatto storico, prescindendo dalla focalizzazione degli aspetti inerenti alla modalità di ingresso nel patrimonio del destinatario di tali importi*"⁴⁶.

Volendo dare seguito all'interpretazione del dato testuale offerta dalle Sezioni Unite, che valorizza l'assenza di un "legittimamente" che avrebbe dovuto accompagnare la descrizione dell'attività precettiva, non si può non segnalare una serie di nodi problematici che seguono a tale soluzione.

In altra occasione la Corte di Cassazione, nell'interpretare congiuntamente le due disposizioni –operazione necessitata dallo stretto lasso temporale intercorrente tra l'introduzione delle due fattispecie - sottolineò come la truffa sia fattispecie operante sul momento precettivo, mentre il reato di malversazione sia stato pensato per reprimere "*le frodi successive al conseguimento di prestazioni pubbliche dallo scopo tipico individuato dal precetto che autorizza l'erogazione, un interesse generale che risulterebbe vanificato ove il vincolo di destinazione venisse eluso.*"⁴⁷ A fronte di tali affermazione, viene dunque da chiedersi: come può verificarsi una "frode successiva" di risorse già distratte illecitamente?

A parere di chi scrive, dunque, pur assestandosi su due momenti differenti-quello precettivo la truffa e quello "esecutivo" la malversazione-, nei casi in cui si verificano entrambi, la distrazione dalla destinazione impressa al denaro deve necessariamente farsi risalire ad un unico e unitario momento, ovvero a quello della distrazione truffaldina.

Inoltre, seguendo alla lettera quanto affermato dalla Corte, dunque non riconoscendo alcun valore all' "*elemento genetico*", e proseguendo oltre, siamo portati ad affermare che il reato di malversazione si applichi in tutti i casi in cui il soggetto, avendo acquisito in modo penalmente illecito l'erogazione pubblica, non la destini alle predette finalità; e dunque anche nei casi in cui il finanziamento sia ottenuto mediante altre tipologie di aggressione criminosa, come la corruzione o l'estorsione. E tuttavia non si rinvengono precedenti in tal senso.

Seguendo l'impostazione della Corte che afferma l'applicabilità del delitto di malversazione alle tre differenti ipotesi sopra richiamate, si è portati necessariamente

⁴⁵ Sull'opportunità di utilizzare, quale criterio risolutore "naturale", innanzitutto l'interpretazione, anche sistematica, delle fattispecie apparentemente concorrenti v., M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 128 ss.

⁴⁶ Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n. 20664, cit.

⁴⁷ Così Cass. Pen., Sez VI, 28 settembre 1992, n. 3362, in CED, Rv. 193155

ad affermare, come effettivamente fa la Corte, che quelle somme già distratte mediante frode –o, si ripete, ottenute in modo penalmente illecito- mantengono in vita il loro vincolo di destinazione e che, come già detto, continui a gravare sul soggetto l'obbligo di rispettare tale vincolo⁴⁸.

In questo senso va rilevato che in entrambi i casi il denaro ottenuto illecitamente è soggetto a sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente (art 322 *ter* e art. 640 *quater*). È dunque chiaro che il vincolo sulle somme sia spezzato al momento della fraudolenta sottrazione, altrimenti non si vede perché, sostenendo che il soggetto possa ancora (*rectius*: sia tenuta a) destinare le somme nel senso del vincolo, esse possano essere soggette a sequestro e poi a confisca.

Ancor più dubbia appare l'applicazione di detta disciplina all'ipotesi prospettata dalla Corte come “più rara ma non certo impossibile” nella quale il privato, ottenuta l'erogazione con mezzi fraudolenti, destini effettivamente i fondi ad opere o attività giustificanti il sostegno economico richiesto.

Delle due l'una: o il vincolo di destinazione permane e allora il soggetto deve essere lasciato libero di destinare lui stesso il denaro alla finalità pubblica prescritta, anche nel caso in cui sia stata ottenuta mediante frode – e si sia aperto un procedimento a suo carico in questo senso- oppure, al contrario, il vincolo di destinazione non può sussistere su un bene illecitamente acquisito, e allora il denaro così ottenuto potrà essere oggetto di sequestro e successiva confisca.

A sostegno di tale ricostruzione può invocarsi quella parte della dottrina che, seppur con altri fini, - la messa a fuoco della qualificazione della condotta come commissiva o omissiva-, afferma che la formula “non destinazione”, altro non sia che un travestimento verbale del concetto di distrazione⁴⁹. Se dunque la fattispecie di cui all'art. 316-*bis* sanziona quell'interruzione del nesso teleologico tra la destinazione indicata dal precetto che autorizza l'erogazione, e quella effettivamente impressa dal soggetto privato, appare chiaro che nel caso in cui detto nesso sia stato precedentemente interrotto la sua applicazione risulti del tutto ultronea.

Un secondo nodo problematico riguarda la funzione che viene affidata all'art. 316- *bis* c.p. nelle diverse ipotesi di applicazione prospettate dalla Cassazione. Nel caso in cui il privato ottenga legittimamente i fondi e successivamente, invece che destinarli alle finalità per cui sono stati erogati, li utilizzi per scopi privati, la fattispecie avrebbe

⁴⁸ In tal senso dispone chiaramente Cass. Pen. 2011, n. 43349, in CED, Rv. 250994 “che artificialmente si ottengano pubblici contributi che poi vengano destinati a uno scopo diverso da quello vincolato”. Afferma invece la Corte in altra occasione: “ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 316 *bis* c.p. (malversazione a danno dello Stato), la finalità di pubblica utilità delle opere o attività per le quali è stato concesso il finanziamento pubblico è da ritenere insita nel fatto stesso dell'avvenuta concessione, atteso che solo il soddisfacimento di un interesse pubblico può giustificare il trasferimento a titolo gratuito o a condizioni particolarmente agevolate di danaro pubblico ad un privato”, Cass. Pen., sez.VI, 3 novembre 2003, n. 47311, in CED, Rv. 227469; Conf. Cass. Pen., Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 23778. Ma se questa è insita nel fatto che la p.a. abbia scelto correttamente il suo interlocutore al quale trasferire somme di denaro, a contrario, laddove la fase di percezione sia viziata, la pubblica utilità viene meno in tale momento.

⁴⁹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, IV ed., 198 e ss.; S. SEMINARA, *Sub art. 316 bis*, cit., 899 e ss.

la funzione di punire la lesione al patrimonio della pubblica amministrazione, avvenuta non al momento della percezione, bensì successivamente, in quello che possiamo chiamare “momento esecutivo”. Nel caso in cui, invece, i fondi siano stati ottenuti mediante frode –o più in generale “in modo penalmente illecito”- e dunque la lesione del patrimonio della pubblica amministrazione sia già avvenuta nel momento della fraudolenta distrazione, la norma tutelerebbe un’ “illecita destinazione” di somme illecitamente ottenute, e dunque *in re ipsa* liberate dall’originario vincolo di destinazione. Appare chiara come una tale applicazione faccia assumere alla norma una funzione simile a quella svolta da fattispecie quali la ricettazione, il riciclaggio, ecc., esplicitamente volte ad arginare fenomeni di “consolidamento e aggravamento del danno patrimoniale” già raggiunto mediante ulteriori illeciti penali⁵⁰.

Inoltre, sempre seguendo la prospettazione per la quale le due condotte potrebbero combinarsi secondo tre modalità, senza che le diverse combinazioni incidano sulla portata del concorso, si può sottolineare come si giunga ad un effetto paradossale in punto di trattamento sanzionatorio. Infatti, verrebbe punito più gravemente chi, ottenute fraudolentemente le erogazioni pubbliche, le destini effettivamente alle finalità per cui sono state erogate, non disperdendo dunque la *publica pecunia* attraverso circuiti di denaro privati, rispetto a chi pur ottenute legittimamente le somme, se ne appropria destinandole a scopi diversi e personali.⁵¹

7. Conclusioni.

Dimostrata ormai, crediamo sufficientemente, la scarsa plausibilità dell’opzione offerta dai giudici della Corte, riteniamo invece che la soluzione ermeneutica da offrire al testo sia diversa, e anzi, del tutto opposta. La locuzione usata dal legislatore (“*avendo ottenuto*”) dà per scontata, al contrario, la natura legittima del conseguimento del denaro pubblico, al termine di un procedimento amministrativo di assegnazione

⁵⁰ È da notarsi inoltre che qualora il legislatore abbia voluto a punire l’utilizzo del profitto derivante da un precedente reato commesso dalla medesima persona, lo ha fatto mediante l’introduzione di una fattispecie *ad hoc*, il c.d. autoriciclaggio di cui all’art 648- *ter.1*, peraltro senza non pochi problemi. Anche in tale caso però, la descrizione normativa delle condotte rilevanti non comprendono la mera utilizzazione per scopi privati dei beni ottenuti illegittimamente, dando a buon senso rilievo solo a quelle successive utilizzazioni che ledano beni giuridici ulteriori rispetto a quelli già lesi dal presupposto reato. In tal senso si cfr. F. MUCCIARELLI, [Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2015, 108 ss.

⁵¹ Un’altra riflessione può venire in aiuto di tale ricostruzione. A tal fine ci viene in soccorso l’utile paragone con l’interpretazione della fattispecie di appropriazione indebita, laddove è ormai pacifico che la formulazione “a qualsiasi titolo” che riguarda il tipo di possesso da parte del soggetto attivo, non ricomprenda il possesso penalmente illecito. Ormai pacificamente si richieda, quale presupposto implicito della condotta, che il possesso abbia natura lecita, nonostante la lettera della legge non indichi in tal senso. Seppur una tale interpretazione nel caso del reato di appropriazione indebita, trovi un facile appiglio nell’incompatibilità del possesso illecito con la necessaria interversione del possesso, “*il possesso acquisito in modo penalmente illecito [...] degrada a post-facta non punibili gli atti dispositivi della cosa rubata, estorta, ecc., successivi a tali reati*”. Così F. MANTOVANI, *Diritto penale - parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, IV edizione, 115.

legittimo e non caratterizzato né da artifici e raggiri, né da qualsiasi altra condotta penalmente rilevante e finalizzata all'illecito ottenimento. La *ratio* del reato di malversazione si attesterebbe infatti sulla fase successiva a quella dell'ottenimento (legittimo), che tuteli il denaro pubblico una volta che esso, uscito dal patrimonio dello Stato, sia in mano al privato ma conservi intatto il suo vincolo di destinazione.

Infatti, lo si ripete, la logica del "sistema" creato dal legislatore attraverso l'introduzione ravvicinata degli artt. 640-*bis*, 316-*bis* e 316-*ter* è quella di tutelare i finanziamenti pubblici mediante fattispecie tra loro complementari, ciascuna delle quali è approntata per colpire la distrazione delle risorse pubbliche in qualsiasi fase e modo essa venga effettuata.

Appare quantomeno curioso come, nell'epoca della crisi della legalità e della contemporanea –e problematica- ascesa del diritto giurisprudenziale⁵², la Corte si faccia protettrice del principio di legalità inteso nella sua versione più formalistico-testuale. In un sistema in cui, proporzione e ragionevolezza sono quotidianamente messe in pericolo da interventi legislativi ipertrofici e asistematici, seppur si condivida quella dottrina che trova in ulteriori criteri "sostanzialistici" un'alternativa valida alla secca specialità, non di meno si riconosce che essi "*non sempre costituiscono gli unici strumenti nelle mani dell'interprete per scongiurare esiti applicativi iniqui*"⁵³. Molto spesso infatti, gli esiti sostanzialmente irragionevoli che l'applicazione di tali criteri alternativi sono tesi ad evitare, possono essere parimenti aggirati attraverso una sistematica e corretta interpretazione delle fattispecie in gioco⁵⁴. Ed anzi, la possibilità di avere a disposizione all'interno dello strumentario in uso all'interprete, criteri alternativi di facile e veloce applicazione, può indurre inconsapevolmente a relegare il momento interpretativo a passaggio residuale.

Lo sforzo ermeneutico, invece, dovrebbe essere riportato a momento principale e primario nell'affrontare il terreno, spesso scivoloso, del concorso di norme e di reati. Tanto più se si considera il sempre maggiore tasso di de-sistematizzazione e del ruolo sempre meno centrale e unificatore che la forma "codice" riesce a svolgere nei nostri sistemi, e particolarmente nel nostro, sempre più ipertrofico e decodificato. Per affrontare il problema dell'incontrollata proliferazione delle fattispecie criminose, appare dunque necessario ricorrere in primo luogo allo strumento dell'interpretazione

⁵² Sul tema, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; G. FIANDACA., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; ID., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro italiano*, 2000; ID., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997; F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia*, 2015; ID., *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, in *Critica al diritto*, fasc.1, 2013, p. 84-99; ID., *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?* In *Criminalia*, 2011, p. 77-78; G. INSOLERA, *Luci ed ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in "*Studi in onore di Mario Romano*", Napoli, 2010; ID., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, in *Criminalia*, 2012; F. PALAZZO, [La legalità fra law in the books e law in action](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2016, 4 e ss.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2015;

⁵³ F. CINGARI, *Acquisto e detenzione*, cit., 3211.

⁵⁴ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit.; A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 373 e ss.



12/2017

che, per la sua intrinseca elasticità, consente di mantenere vivo il dialogo tra gli attori giuridici, permettendo il confronto continuo tra gli interlocutori, nel tentativo, solo laddove attuabile, di creare il minor numero possibile di “strappi” in un sistema già così fortemente lacerato.