

ORIENTAMENTI

SIRIO MORENO SCORCIA

Sulla struttura della malversazione a danno dello Stato: la giurisprudenza fa dietrofront (ma non del tutto)

Esigenze eminentemente pratiche di repressione hanno indotto la giurisprudenza di legittimità a delineare la malversazione a danno dello Stato (art. 316-*bis* c.p.) come reato dalla fisionomia mutevole, il cui momento consumativo, cioè, è stato variamente fissato in considerazione della fattispecie concreta. Oggi, sembra in atto un processo di rivisitazione ermeneutica, diretto a ripristinare l'attitudine omissiva ed istantanea del delitto di specie; eppure, taluni incisi contenuti nelle sentenze espressive dell'orientamento più recente fondano il sospetto che una nuova mobilità del *tempus commissi delicti* sia destinata a rimpiazzare quella precedente.

About the essential elements of the offence of embezzlement against the Italian State case law doubles back (although not completely)

By pursuing concrete needs for repression, the case-law has profoundly altered the structure of the offence of embezzlement against the Italian State (art. 316-bis i.c.c.). In the past, the Supreme Court used to identify the moment when the offence was committed differently according to the specific case. Today an opposing thesis seems to emerge, which confirms the omissive and instantaneous nature of the crime. Nevertheless, some passages of the most recent rulings raise doubts that the tempus commissi delicti might continue to remain uncertain in the future too.

SOMMARIO: 1. La condotta distrattiva: una precisazione terminologica. - 2. *Tempus commissi delicti*: l'indirizzo del doppio regime. - 3. La malversazione nel contesto delle c.d. fattispecie di durata. - 4. L'inversione di rotta e la *vexata quaestio* del tentativo nei reati omissivi propri. - 4.1. L'impossibilità di adempiere prima della scadenza del termine: un momento consumativo (ancora) mobile?

1. *La condotta distrattiva: una precisazione terminologica.* La tipicità del delitto di *malversazione di erogazioni pubbliche* si incentra sulla condotta di *omessa destinazione* di risorse pubbliche (conseguite lecitamente o meno¹) alla precipua finalità cui le stesse sono preposte, la quale, come di sovente viene

¹L'irrelevanza del momento percettivo dell'erogazione pubblica è stata definitivamente suffragata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite con la nota sentenza Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, in *Dejure*, che, a partire dalla posteriore collocazione cronologica della condotta di malversazione rispetto a quella truffaldina, ha escluso che tra il fatto punito all'art. 640-*bis* c.p. e quello di cui all'art. 316-*bis* c.p. possa sussistere tanto un rapporto di specialità quanto di consunzione.

specificato, può declinarsi mediante azioni *distrattive* oppure in veste integralmente *passiva* (c.d. *malversazione pura*)².

In via preliminare, si avverte l'esigenza di precisare sul piano terminologico il riferimento alla condotta di tipo *distrattivo*, a cui nell'ambito che ci occupa si assegna un significato piuttosto lato e non collimante con quanto avviene altrove.

Come noto, infatti, il divario ontologico tra quest'ultima e la condotta *appropriativa* è oramai stato messo in luce ed accentuato dalla riforma del peculato ad opera del legislatore del 1990³, di cui le Sezioni Unite Vattani hanno offerto una preziosa chiave interpretativa⁴. Se, in passato, la comune collocazione all'interno dell'art. 314 c.p. aveva reso tutto sommato secondario il problema del confine tra l'una e l'altra (data l'identità del titolo di responsabilità e della sanzione penale), oggi è piuttosto incontrovertito che l'elemento differenziale debba cogliersi nella assenza, con specifico riguardo alla distrazione, di un momento autenticamente *impropriativo*, cioè, di piena affermazione da parte del pubblico ufficiale di un potere *uti dominus* sulla cosa nella sua disponibilità.

La speculazione dogmatica sviluppatasi attorno alle fattispecie di peculato ha quindi ridotto la distrazione ad una alternativa, sussistendo: a) o quando i fondi pubblici siano sottratti alla destinazione vincolata ma vengano impiegati pur sempre a soddisfazione di un interesse istituzionale della medesima amministrazione (si tratta del c.d. peculato per distrazione, dai più ritenuto estraneo al

²Cfr. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali: art. 314-335-bis cod. pen., Commentario sistematico*, Milano, 2019, 72; LOMBARDO, *La malversazione a danno dello Stato*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Romano-Marandola, Milano, 2020, 106; MAGNINI, *Il delitto di malversazione a danno dello Stato. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Palazzo, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Moccia, Napoli, 2011, 87; BARTOLI-PELISSERO-SEMINARA, *Diritto penale, Lineamenti di Parte speciale*, Torino, 2021, 455; PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, I, 117; CATENACCI, *I delitti di peculato*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Catenacci, Torino, 2016, 52.

³Come noto, per il tramite dell'art. 1, L. n. 86 del 26 aprile 1990, la disposizione incriminatrice del peculato è stata significativamente rimaneggiata: all'espunzione della condotta distrattiva dal primo comma, si è accompagnata l'introduzione del c.d. peculato d'uso nonché l'assorbimento della malversazione a danno di privati nell'ambito dell'art. 314 c.p., per effetto della formale abrogazione dell'illecito di cui all'art. 315 c.p.

⁴Cass., Sez. un., 20 dicembre 2012, n. 19054, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2063, con nota di AIMI, *In tema di uso e appropriazione nell'ambito dei delitti di peculato*.

perimetro del “nuovo” art. 314 c.p); b) oppure quando vi sia un uso a fini egoistici limitato nel tempo, cui faccia seguito la restituzione immediata (secondo lo schema del peculato d’uso). Il dato costante risiede nel fatto che, sul piano oggettivo, non matura la c.d. *interversio possessionis* ed il reo conserva nei confronti della *res* l’atteggiamento del possessore *non* proprietario (premettendo l’adozione di una nozione squisitamente penalistica di possesso, non approssimabile a quella privatistica ed anzi più vicina al concetto di detenzione).

Nella prassi criminale, invece, la malversazione si manifesta o nella forma della definitiva deviazione delle sovvenzioni pubbliche verso fini privati ovvero come perdurante inerzia del beneficiario, sino alla maturazione del termine di adempimento entro il quale si sarebbe dovuto realizzare lo scopo di interesse generale. Nel primo caso, il reo, godendo o disponendo pienamente della *res*, svolge le facoltà dominicali così come descritte all’art. 832 c.c.; nel secondo, pone in essere un comportamento passivo, esercitando ancora una volta una prerogativa tipica del proprietario (come noto, infatti, la signoria del titolare sulla cosa propria incontra il solo limite degli atti emulativi, mentre può ben dispiegarsi lungo una dimensione negativa). Se così è, qualora si intendessero mutuare al delitto di specie le nozioni appena vagliate, si dovrebbe convenire che è la condotta *appropriativa* a costituirne il modo di invero più frequente.

Di contro, l’integrazione mediante una condotta, *stricto sensu*, distrattiva sarebbe da escludere in radice sotto la forma dell’uso momentaneo seguito dalla restituzione immediata poiché, attesa la connotazione omissiva ed istantanea della malversazione a danno dello Stato, ove le risorse siano correttamente impiegate entro il termine di adempimento, perderebbero di rilevanza gli eventuali utilizzi indebiti precedenti. Al più, potrà riscontrarsi la distrazione autentica nella controversa ipotesi del privato che, usurpando i compiti dell’autorità amministrativa, si faccia illegittimo curatore dell’interesse comune e decida di devolvere i finanziamenti ricevuti ad una finalità pubblica diversa da quella originariamente impressa dalla fonte normativa⁵.

⁵Una parte della dottrina ritiene che sia irragionevole ricondurre una tale ipotesi al delitto di cui all’art. 316-*bis* c.p., ostandovi i medesimi argomenti addotti in ordine al c.d. peculato per distrazione: così,

Dunque, a proposito del fatto punito all'art. 316-*bis* c.p., si potrà discorrere di “distrazione” soltanto in senso ampio, cioè, in un’ottica di mera contrapposizione rispetto alla malversazione *pura*, con l’intento di segnalare l’eterogeneità tra le modalità con cui l’illecito può venire a consumazione. Purché ci si intenda su di una tale eccentricità semantica, il termine risulta opportuno, anche, perché in grado di fare luce sul bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, che risiede non tanto nell’interesse alla integrità del patrimonio pubblico quanto in quello alla corretta destinazione delle risorse verso l’obiettivo cui il legislatore, a monte, e l’amministrazione, a valle, hanno deciso di indirizzarle. Detto diversamente, la disposizione in esame intende tutelare il buon andamento dell’attività amministrativa *sub specie* del principio di *funzionalità* del potere pubblico, come è reso evidente dalla costruzione del reato in chiave omissiva. Il che equivale a dire che, quand’anche la vicenda concreta sia segnata dal momento *impropriativo* (quindi, a rigore, ricorra una condotta di appropriazione), il baricentro disvaloriale della fattispecie resta pur sempre incardinato su quello, logicamente antecedente, di sottrazione del finanziamento allo scopo pubblicistico predeterminato. Descritta in questi termini, la distrazione, quando riferita alla malversazione a danno dello Stato, assume una accezione più prossima a quella di consueto assegnata alla condotta tipizzata nella prima parte dell’art. 216, L. fall. Anche in questo secondo caso, infatti, la giurisprudenza tende a valorizzare il profilo finalistico (e, precisamente, l’effetto di depauperamento) piuttosto che riporre l’attenzione sugli impieghi – in ogni caso

PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., 118; CATENACCI, *I delitti di peculato*, cit., 52-53, con la precisazione che il diverso interesse pubblico soddisfatto debba comunque essere devoluto alle funzioni istituzionali di quell’ente erogatore. L’indirizzo prevalente, muovendo dal difetto di qualifica pubblicistica in capo all’autore della malversazione, pare però orientato in senso opposto: COPPI, *Profili dei reati di malversazione e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Coppi, Torino, 1993, 69-70; ROMANO, *I delitti*, cit., 74; LOMBARDO, *La malversazione*, cit., 108; MAGNINI, *Il delitto di malversazione*, cit., 89; BATTILORO-DI TULLIO D’ELISIIS-ESPOSITO-GIANNELLI-LAUDONIA, *Reati contro la pubblica amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 62. Si veda, inoltre, PELISSERO, *Osservazioni sul nuovo delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 193 ss., che, pur ammettendo in linea di principio la malversazione per distrazione dei fondi verso un diverso interesse collettivo, premette la necessità di valutare con il massimo rigore il concretarsi di un pregiudizio per lo specifico scopo istituzionale cui è volta l’erogazione pubblica, risultando viceversa insufficiente l’accertamento della mera divergenza formale tra l’opera finanziata e quella realizzata.

impropri – effettuati dal fallito, rintracciando il disvalore del fatto nella volontà di defalcare taluni cespiti alle finalità sociali ed alla funzione di garanzia patrimoniale. Chiaramente, quale ineliminabile elemento di discontinuità tra le due fattispecie, resta il presupposto della condotta: da una parte, l'illecito fallimentare richiede l'appartenenza dei beni al suo autore, dall'altra, la malversazione si radica sulla precondizione della origine pubblicistica delle risorse distratte⁶.

2. *Tempus commissi delicti: l'indirizzo del doppio regime.* Ciò premesso, ai fini del presente lavoro, occorre prendere le mosse da un primo punto fermo in ordine alla natura giuridica della malversazione. L'illecito in parola consiste nell'inadempimento di un *obbligo di agire* assunto nei confronti dell'erogatore pubblico; quindi, sebbene sul piano materiale possa realizzarsi anche mediante operazioni attive di sviamento delle erogazioni pubbliche dalla destinazione vincolata, sul piano giuridico la consistenza del delitto resta senza dubbio ommissiva. Più precisamente, si tratta di un reato *omissivo proprio*⁷ e, come tutti i delitti appartenenti al genere, esso richiede, quale elemento costitutivo, un *termine essenziale di adempimento*. La struttura del reato omissivo proprio, infatti, pretende sempre che l'adempimento del dovere giuridico avvenga in un lasso temporale ben definito⁸: ove l'esecuzione della prestazione fosse libera nel tempo, l'omissione sarebbe priva di significato penale, semplicemente perché assistita dalla possibilità di rimediare alla precedente inerzia attraverso l'attivazione successiva, che dovrebbe ritenersi ad ogni modo fruttuosa e puntuale. Ciò è vero anche quando il termine non traspare esplicitamente dal tenore letterale della norma incriminatrice oppure non è determinato in modo tassativo, come nel caso dell'illecito di cui all'art. 593 c.p., dove, tuttavia, si precisa il

⁶ Sulla tipicità del reato fallimentare, a titolo esemplificativo: Cass., Sez. V, 25 gennaio 2023, n. 14558, in *Dejure*; Cass., Sez. V, 15 novembre 2022, n. 46074, *ivi*; Cass., Sez. I, 1 dicembre 2022, n. 18333, *ivi*. Per una riflessione sulla gamma di significati cui si presta la distrazione, si veda MARINUCCI, *Distrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, vol. XIII, 309 ss.

⁷ In questo senso, tra i tanti, ROMANO, *I delitti*, cit., 76; MAGNINI, *Il delitto di malversazione*, cit., 87.

⁸ Sul punto concorda in modo pressoché unanime la manualistica: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 142; GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 211; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2019, vol. II, 80, PALAZZO-BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023, 215.

carattere *immediato* dell'obbligo di soccorso, finendo per far coincidere il perimetro cronologico dell'azione doverosa con il momento in cui sorge il presupposto della condotta (e, cioè, il ritrovamento del soggetto in stato di pericolo). Quanto all'eventualità del termine soltanto *implicito*, è per l'appunto ciò che accade al cospetto dell'art. 316-*bis* c.p., sovvenendo in questo caso, a fornire determinatezza alla fattispecie, l'atto, *lato sensu*, di erogazione del finanziamento.

Una volta precisata la fisiologia omissiva della malversazione, occorre aggiungere una considerazione, invero, piuttosto banale e tuttavia resa necessaria dalle tendenze giurisprudenziali in atto sino a non molto tempo fa con riguardo al *momento consumativo* del delitto in argomento: la natura giuridica di qualsivoglia fattispecie criminosa, la quale è da inferire in astratto, non può essere incisa dalle modalità contingenti con cui la condotta si manifesta in corrispondenza della fattispecie concreta. Ciò significa, con riferimento alla specifica ipotesi di nostro interesse, che, ove si dovesse concludere (come avviene unanimemente) per la qualificazione della malversazione alla stregua di un reato omissivo, se ne dovrebbero ricavare corollari costanti ed uniformi in punto di disciplina, senza che la sussistenza di modalità variegata di manifestazione dell'illecito possa condurre ad una differenziazione tra le soluzioni giuridiche. Al contrario, si ammetterebbe la figura di un illecito penale dalla struttura *cangiante*, cioè, di volta in volta conformata (*rectius*: piegata) agli obiettivi di politica criminale ed alle esigenze repressive avvertite dall'interprete.

A parere di chi scrive, un fenomeno di questo tipo si è verificato proprio al momento in cui la giurisprudenza di legittimità è stata chiamata a pronunciarsi sul *tempus commissi delicti* del fatto incriminato all'art. 316-*bis* c.p. In proposito, infatti, per molto tempo ci si è orientati nel ritenere che vi fosse una sorta di *duplicità* di regime a seconda che la omessa destinazione delle sovvenzioni pubbliche si concretasse nella forma della c.d. *malversazione pura*, dovendosi, in questo caso, necessariamente correlare la responsabilità penale allo spirare di un termine di adempimento (poiché l'inertza protratta, se non ancorata al dato temporale, resta fenomeno muto nella prospettiva penalistica), ovvero si caratterizzasse per dei contorni attivi (a titolo esemplificativo, impiego delle

risorse vincolate in *altra* attività economica oppure sviamento delle stesse dal conto corrente destinato verso quello personale): in questa seconda evenienza, si è sostenuto che già la *prima condotta distrattiva* fosse sufficiente ad integrare il fatto tipico.

L'indirizzo ermeneutico in esame trova un momento di chiara esplicitazione in una pronuncia emessa dalla Suprema Corte nel 2020, che rappresenta, per così dire, il culmine prima della recente inversione di rotta e di cui non si ritiene superfluo riproporre i passaggi motivazionali più significativi⁹.

All'imputato, beneficiario di un ingente finanziamento agevolato destinato alla riconversione del Polo Industriale di Termini Imerese, veniva contestato di avere dirottato la prima *tranche* dell'erogazione su altri conti correnti, sottraendola dunque al vincolo pubblicistico, per poi porre in essere una serie di operazioni decettive ulteriori, integranti il reato di cui all'art. 648-ter. 1 c.p. Il contratto di sovvenzione fissava al 30 giugno 2018 la data ultima per l'esecuzione del progetto ma l'erogatore pubblico, a fronte dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali previste in dipendenza del primo rateo (presentazione SAL e rendicontazione di spesa), procedeva alla revoca del mutuo già nei primi mesi dell'anno. La difesa aveva censurato l'ipotesi ricostruttiva dei giudici di merito giustappunto nella parte in cui la malversazione veniva identificata come delitto presupposto del successivo autoriciclaggio: infatti, premettendo l'inquadramento del primo reato come *omissivo* ed a *consumazione istantanea*, il *tempus commissi delicti* veniva collocato in corrispondenza del termine ultimo per l'adempimento (non ancora scaduto) e se ne ricavava, quale ulteriore precipitato, la precedenza cronologica dell'attività dissimulativa. A tali obiezioni il giudice di legittimità ha risposto precisando come, in realtà, l'affermazione circa l'indole *istantanea* ed *omissiva* della malversazione a danno dello Stato, per quanto parzialmente vera, «si articola con diversità di accenti». Segnatamente, «rammentando le possibili ipotesi configurabili nella prassi, il reato potrà perfezionarsi nel momento in cui le somme erogate vengano impiegate in tutto o in parte a profitto proprio o altrui, ovvero non vengano utilizzate per la realizzazione dell'opera o, ancora, vengano destinate ad una finalità di pubblico

⁹ Cass., Sez. V, 12 novembre 2020, n. 331, in *Dejure*.

interesse diversa da quella sottostante al finanziamento. Nel caso in cui l'erogazione del contributo avvenga in più fasi, il reato si realizza già con la prima omissione ma si consuma soltanto con l'ultima mancata destinazione del rateo alla finalità di interesse pubblico», sovvenendo in questo caso la distinzione tra perfezionamento e consumazione dell'illecito. Una volta stabilito che i requisiti tipici del delitto di specie sussistono già in corrispondenza della prima azione distrattiva, per il giudice di legittimità diviene agevole ripristinare l'ordine logico tra il reato presupposto e la fattispecie riciclatoria e, in definitiva, ritenere la responsabilità dell'imputato tanto per l'uno quanto per l'altra. A ciò si associa una soluzione esplicitamente negativa circa la rilevanza del *termine* contrattuale poiché, a differenza di quanto accade per taluni reati tributari assunti come termine di paragone dal ricorrente ed aventi natura istantanea ed unisussistente, la norma incriminatrice del reato contro la pubblica amministrazione non contemplerebbe alcun riferimento, né esplicito né implicito, allo stesso.

Di fatto, l'operazione ermeneutica a cui si assiste è duplice: da un lato, si finisce per negare l'appartenenza della malversazione a danno dello Stato al paradigma dei *reati omissivi propri* o, meglio, per configurare un prototipo criminoso a "geometria variabile", la cui struttura muta a seconda della postura assunta dalla fattispecie concreta; dall'altro, nella misura in cui si tiene distinto il momento di prima realizzazione dell'illecito da quello dell'esaurimento definitivo dell'*iter criminis*, viene evocata la sagoma, a matrice giurisprudenziale, dei reati a *consumazione prolungata*¹⁰.

3. *La malversazione nel contesto delle c.d. fattispecie di durata.* Quest'ultimo approdo non costituisce, in realtà, un inedito. Infatti, l'accostamento del delitto di cui all'art. 316-*bis* c.p. alle fattispecie di durata è stato già condiviso da una parte degli studiosi, senza che perciò se ne sia alterata la struttura omissiva. Ci

¹⁰ Nel medesimo solco si pongono anche: Cass., Sez. V, 28 maggio 2019, n. 40445, in *Dejure*; Cass., Sez. VI, 5 aprile 2018, n. 29266, *ivi*; Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 12653, *ivi*; Cass., Sez. VI, 3 giugno 2010, n. 40830, *ivi*. Sebbene non sia sempre condivisa la qualificazione della malversazione a danno dello Stato come reato a *consumazione prolungata* ed anzi talvolta se ne sostenga apertamente la natura *istantanea*, tutte convergono nella direzione della inessenzialità del termine di adempimento, facendo coincidere il perfezionamento dell'illecito con la *prima condotta distrattiva*.

si riferisce, in particolare, a quella autorevole dottrina che riconduce la malversazione ai danni dello Stato tra i c.d. reati *eventualmente abituali* allorché sia prevista una assegnazione rateale della erogazione pubblica: in una evenienza tale, già la prima condotta distrattiva potrebbe integrare il tipo criminoso, mentre quelle successive determinerebbero soltanto uno slittamento del momento consumativo.¹¹ Occorre, tuttavia, riflettere su di un aspetto che segna definitivamente la discontinuità tra la posizione dottrinale in esame e l'orientamento giurisprudenziale di cui si è dato conto: nel primo caso non viene mai messa in discussione la qualificazione della malversazione come illecito *omissivo proprio* e, dunque, non sorge alcun dubbio circa l'*essenzialità* del termine di adempimento. Ne deriva la possibilità di ricorrere allo schema del reato *eventualmente abituale* soltanto quando alla pluralità delle *tranches* corrisponda anche la presenza di più termini di adempimento, essendovi, in capo al privato, l'obbligo di realizzare progressivamente la finalità di pubblico interesse. Detto in altre parole, nella tesi dottrinale, la lettura in termini unitari della vicenda distrattiva *non* serve ad anticipare la soglia di punibilità ma intende temperare il trattamento sanzionatorio, scongiurando l'alternativa del *concorso materiale* allorché le distrazioni di sovvenzioni pubbliche siano plurime ma pur sempre afferenti ad una medesima operazione di finanziamento.

Ciò spiega il riferimento alla abitualità *eventuale*, che viene in rilievo quando si accorpi sotto un medesimo titolo una serie di condotte *omogenee*, ciascuna delle quali reca in sé già tutti i requisiti di tipicità e sarebbe, pertanto, foriera di responsabilità penale anche se considerata singolarmente. Come noto, la figura è altamente controversa in dottrina poiché, a ben vedere, non si tratta di una vera e propria categoria dogmatica (difettando di requisiti identificativi stabili) bensì di un rimedio pratico, che risponde a finalità di tipo equitativo e sostanziale. Essa è priva del tratto caratterizzante della classe cui pretende di partecipare, cioè a dire, della *reiterazione* quale *requisito costitutivo* dell'illecito: nelle ipotesi criminose usualmente considerate come *eventualmente abituali*¹²,

¹¹ PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 198; PISA, *Commento alla L. 26 aprile 1990, n. 86*, in *Leg. pen.*, 1990, 284.

¹² Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale sono tali, ad esempio, il favoreggiamento e lo sfruttamento della prostituzione di cui all'art. 3, n. 8, L. n. 75/1958 (Cass., Sez. III, 18 gennaio 2022, n.

infatti, è pacifico che l'avvicinarsi di comportamenti omogenei non sia richiesto dalla norma incriminatrice quale elemento essenziale, come invece accade nella abitualità *necessaria*, ma, ove presente, esso giustificerebbe l'irrogazione di una sanzione unica, al più, parametrata spingendosi verso il limite massimo della cornice edittale prevista per quel determinato delitto.¹³ Da ciò, per inciso, l'avversione di una parte della dottrina, la quale conclude che il reato abituale o contiene la reiterazione come elemento *indefettibile* oppure non è.¹⁴ Ma, quand'anche non si volesse fare proprio quest'ultimo postulato e si riconoscesse cittadinanza al reato *eventualmente abituale*, la figura si potrebbe scorgere soltanto nell'ipotesi in cui più atti tipici si accodino e, per così dire, conducano alla dilatazione cronologica di un fatto di reato già perfettamente integratosi in una fase precedente.

Volgendo lo sguardo alla figura del reato a *consumazione prolungata*, l'esito non è dissimile: infatti, se è pur vero che in questo caso non è sempre necessario che tutti gli atti della serie criminosa siano "autoportanti", potendosi essi limitare ad attualizzare ed approfondire l'offesa, è comunque certo che i tratti della tipicità debbano sussistere con riguardo alla prima condotta. A titolo esemplificativo, si pensi alla eventualità di una fattispecie corruttiva che non si arresti al momento di formazione dell'accordo (in sé punibile), ma si protragga sino alla fase esecutiva del pagamento del prezzo originariamente promesso (in sé non punibile).

13941, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 19 settembre 2019, n. 43255, in C.E.D. Cass., n. 277130; Cass., Sez. IV, 16 novembre 2017, n. 27582, *ivi*, n. 273512); oppure il reato di *esercizio abusivo dell'intermediazione finanziaria* di cui all'art. 166, d.lgs. n. 58 del 1998 (Cass., Sez. V, 14 dicembre 2016, n. 8026, in *Dejure*; Cass., Sez. V, 26 febbraio 2010, n. 7986, *ivi*).

¹³ Apertamente critici: BELLAGAMBA, *Il reato abituale. Prospettive per una possibile lettura rifondativa*, Torino, 2023, 113 ss.; AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reato*, Torino, 2019, 159; FORNASARI, *Reato abituale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXVI, 6. Si veda anche PETRONE, *Reato abituale*, Padova, 1999, 51.

¹⁴ Particolarmente efficace sul punto, BELLAGAMBA, *Il reato*, cit., 115: «Non sembrano concepibili fatti tipici meramente tollerati o, all'opposto, non necessari. Perché delle due l'una: se è vero che anche una sola condotta è penalmente apprezzabile, è allora giocoforza concludere che la reiterazione si riversi integralmente nella fase post-consumativa; al contrario, ove si reputi che la norma richieda più condotte ai fini della consumazione del reato, quest'ultimo non potrebbe che essere ricondotto nel novero dei reati necessariamente abituali».

Se così è, qualora si volesse annoverare anche la malversazione a danno dello Stato tra le fattispecie di durata (discorrendo indifferentemente di reato *eventualmente abituale* ovvero a *consumazione prolungata*), ai fini del perfezionamento, bisognerebbe comunque attendere che venga infruttuosamente a scadere un primo termine di adempimento, atteso il carattere essenziale che questo riveste nell'economia dell'illecito. E poiché la lettera dell'art. 316-*bis* c.p. non fissa in via generale un termine esplicito, valido per qualsivoglia operazione di finanziamento, l'individuazione del momento ultimo entro il quale il privato è chiamato a realizzare l'opera di interesse pubblico è compito rimesso all'interprete, che, compulsando la fonte del dovere giuridico di agire, ben potrà anche ricavare la previsione di una pluralità di scadenze in dipendenza di una erogazione pubblica scandagliata nel tempo.

È ciò che forse sarebbe potuto accadere anche nel caso riportato al precedente paragrafo, in cui, come anticipato, la prima condotta distrattiva è emersa a seguito dell'inadempimento dell'obbligo di presentazione del SAL e di rendicontazione della spesa. Non è da escludere (ma neppure lo si può inferire in modo implicito) che dietro tali doveri contrattuali si possano celare altrettanti termini di adempimento. Sul punto, però, occorre riporre la massima attenzione ed evitare ogni automatismo: la malversazione rappresenta una forma di inadempimento penalmente sanzionato ma non tutti gli obblighi inerenti al rapporto di finanziamento tra il privato e il soggetto pubblico sono tutelati dalla norma incriminatrice, poiché ad essere punita è soltanto quella violazione che si pone frontalmente in contrasto con lo specifico interesse generale cui la sovvenzione è preposta.¹⁵ Di contro, è ben possibile che talune prescrizioni richieste al privato siano ancillari rispetto alla prestazione principale, consistente nella «realizzazione dell'opera o nello svolgimento di attività di pubblico interesse», e siano funzionali alla protezione di interessi pubblici differenti o semplicemente alla instaurazione di un corretto rapporto civilistico tra l'ente erogatore ed il percettore.

¹⁵ Da questo punto di vista, la lettera della norma è inequivoca nella parte in cui, riferendosi alle «predette finalità», stabilisce un preciso nesso di derivazione tra la mancata realizzazione dell'opera o l'omesso svolgimento delle attività di pubblico interesse e la responsabilità penale.

Limitatamente alla prospettiva penalistica, ne consegue la preclusione a ravvisare un termine essenziale dietro quelle clausole del contratto o quelle porzioni del provvedimento amministrativo che *non* si pongono in stretta correlazione con gli scopi stabiliti dalla legge istitutiva del finanziamento. Come è ovvio, ciò non preclude, a fronte della violazione, l'attivazione di rimedi su altri piani dell'ordinamento: ad esempio, non è revocabile in dubbio che la rendicontazione omessa o intempestiva delle spese giustifichi il recesso e l'inibizione nella erogazione dei ratei programmati.

Come detto, tuttavia, nella suddetta sentenza, espressiva di un certo orientamento pretorio, non vi è stato spazio per l'indagine in ordine al *contenuto* dei singoli obblighi contrattuali, in quanto si è optato per la *superfluità* di ogni termine di adempimento, mettendo più radicalmente in discussione la natura omissiva della malversazione ai danni dello Stato.

4. *L'inversione di rotta e la vexata quaestio del tentativo nei reati omissivi propri*. Oggi, la giurisprudenza di legittimità si è fatta carico del compito di rimeditare sulla solidità di tali approdi ermeneutici. Da questo punto di vista, pare inequivoco il tenore delle seguenti affermazioni: «la condotta penalmente rilevante descritta dall'art. 316-bis c.p. è strutturalmente omissiva (“non destina”), sebbene, su un piano naturalistico, suscettibile di estrinsecarsi, indifferentemente, in comportamenti attivi oppure omissivi»; «in effetti, quando il contratto o la normativa preveda un termine e finché tale termine non è giunto a scadenza possono ben darsi casi in cui il privato, il quale abbia diversamente impiegato il denaro per scopi imprenditoriali o anche personali, sia ancora in grado di realizzare l'opera o il servizio»; «il delitto di malversazione non può dunque considerarsi perfezionato fintanto che residuino spazi per la realizzazione della finalità istituzionale del finanziamento» poiché «a ragionare diversamente si finirebbe con l'anticipare il momento consumativo del reato, contravvenendo alla legge ed avallando indebitamente la discrezionalità giudiziaria»¹⁶.

¹⁶ I passaggi motivazionali appena menzionati sono contenuti in Cass., Sez. VI, 6 maggio 2022, n. 19851, Rv. 283267, ma si ripropongono in modo pressoché analogo in Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2022, n.

Eppure, nonostante il sostanziale ravvicinamento degli ultimi sviluppi giurisprudenziali con le più attente ricostruzioni dottrinali, residuano taluni profili di incongruenza tra i primi e le seconde, sui quali è probabile che si concentri il dibattito penalistico, una volta consolidatosi il nuovo indirizzo e, dunque, superata la principale ragione di divergenza emersa in passato. Più precisamente, ai condivisibili esiti tratti in ordine alla coincidenza tra il momento consumativo della malversazione ai danni dello Stato e la scadenza del termine essenziale di realizzazione dello scopo pubblico, il giudice di legittimità fa seguire un *risolto applicativo* e vi associa una *asserzione* tutt'altro che incontrovertibile in dottrina.

In primo luogo, si ammette che le azioni distrattive intraprese quando non si è ancora addivenuti al termine ultimo di adempimento possano configurare la variante *tentata* del medesimo reato, dando, con ciò, per certa la compatibilità dei *reati omissivi propri* con l'istituto di cui all'art. 56 c.p.

In secondo luogo, pur muovendo da questo presupposto, si sostiene la consumazione del delitto allorché, anche prima dello spirare del termine, il privato abbia *definitivamente* frustrato le finalità di pubblico interesse sottese al finanziamento: in questo caso, l'attesa del termine risulterebbe vana e, pertanto, il *tempus commissi delicti* dovrebbe comunque arretrare ad un momento precedente¹⁷.

Volendo prendere le mosse dal primo punto, come noto, l'orientamento dottrinale più risalente ritiene che il reato omissivo proprio possa concretarsi soltanto nella forma *consumata*. Ciò, si sostiene, perché le fattispecie appartenenti a questa categoria si incardinano su di una omissione qualificata in senso penalistico dalla maturazione di un *termine essenziale*: da qui dovrebbe seguire l'*irrelevanza penale* di tutto ciò che lo precede e la *dequalificazione* di ciò che lo segue alla stregua di mere *conseguenze permanenti* del reato¹⁸.

6955, in *Dejure*, Cass., Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 32828, *ivi*.

¹⁷ Così, Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2022, n. 6955, cit.: «laddove sia previsto un termine essenziale per la realizzazione dell'opera o del servizio, il delitto di malversazione ai danni dello Stato si consuma soltanto allo spirare di detto termine, a meno che non risulti con evidenza l'avvenuta irreversibile compromissione dell'interesse pubblico alla cui attuazione l'erogazione agevolata era preposta».

¹⁸ Con riferimento a questo secondo riflesso della natura istantanea del delitto di specie, PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., 120, che precisano come, trascorso il termine, la consumazione comunque non subisce un approfondimento.

In altri termini, con riguardo a tali figure omissive difetterebbe in principio quella articolazione dell'*iter criminis* che invece occorre perché possa segnarsi la cesura cronologica tra il tentativo e la consumazione: esse sarebbero strutturalmente *unisussistenti* e, come tali, suscettibili di consumarsi soltanto *istantaneamente* ed in un arco temporale definito¹⁹.

Inoltre, si osserva come l'assenza di una dimensione propriamente reale della omissione non consenta, quand'anche il proposito criminoso si fosse già insinuato nella mente dell'obbligato, di percepire alcunché dall'esterno, e ciò sino a quando, inveratesi le circostanze di spazio e di tempo qualificanti dell'inerzia, l'illecito non risulti già del tutto perfetto.

Infine, non è mancato neppure chi ha valorizzato il dato letterale dell'art. 56 c.p., che, riferendosi alla «azione» incompiuta (o alla mancata verifica dell'evento), parrebbe limitare il tentativo alle fattispecie connotate in chiave *commissiva*²⁰.

Invero, come evidenziato da una parte consistente della dottrina moderna, gli argomenti posti a sostegno della tesi appena vagliata non sono insuperabili²¹. In effetti, essa sembra il frutto della combinazione tra la antica ricostruzione che fissa il limite minimo del tentativo in corrispondenza dell'inizio dell'esecuzione, sorta sotto il codice previgente, e le teorie *naturalistiche* formulate a proposito dell'elemento oggettivo del reato, con particolare riguardo alla componente della condotta.

Quanto al primo profilo, è indubbio che, guardando alla fase esecutiva dell'*iter criminis*, l'art. 56 c.p. possa accostarsi soltanto a quelle norme di parte speciale compatibili con lo svolgimento *frazionato* dell'azione, poiché è con esclusivo riferimento alle stesse che vi è la possibilità di contrapporre sul piano ontologico una condotta *compiuta* ad una *incompiuta*. Tuttavia, escludere che gli illeciti omissivi propri siano suscettibili di una estensione della fase attuativa non

¹⁹ CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, vol. II, 926; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1981, vol. II, 521; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 512; PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, 50.

²⁰ RAMACCI, *Corso di diritto penale*, a cura di Guerrini, Torino, 2021, 462.

²¹ Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, vol. I, art. 1-84, 597; PALAZZO-BARTOLI, *Corso*, cit., 462; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 492; DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 646; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, 332.

significa ancora negare *tout court* la configurabilità del tentativo. Come noto, infatti, la dottrina ritiene che, per effetto della riformulazione da parte del codificatore del 1930, il fulcro dell'istituto sia venuto a calibrarsi sui requisiti di *idoneità* ed *univocità* piuttosto che sullo stadio di progressione della parabola criminosa (da qui, il pervicace sforzo degli studiosi per assegnare a questi ultimi un contenuto preciso²²), con la conseguente possibilità di arretramento della soglia di punibilità sino agli atti c.d. *pre-tipici*²³.

Venendo al secondo punto, invece, bisogna ritenere che a determinare la natura attiva o passiva di una fattispecie di reato non sia tanto la fenomenologia della condotta (breve: necessità di un movimento corporeo per l'azione e totale assenza dello stesso per l'omissione) quanto il contenuto della prescrizione normativa: in particolare, quando ad essere punito è l'inadempimento di una obbligazione di fare, la struttura dell'illecito resta omissiva, a prescindere dall'eventuale manifestazione della trasgressione per mezzo di una attività materiale.²⁴ Ora, se si premette la prevalenza della dimensione giuridica su quella naturalistica a fini del riparto tra le fattispecie commissive e quelle omissive proprie, occorre prendere atto che i fondamenti del tentativo possano emergere anche al cospetto di una o più azioni che, per quanto situate in fase *pre-consumativa*, ostino al puntuale adempimento dell'obbligo giuridico di attivarsi a protezione di un dato bene giuridico.

Dunque, ferma la necessità di evitare ogni approccio di tipo presuntivo, non vi sono ostacoli affinché le azioni distrattive del finanziamento pubblico possano integrare, quanto meno in linea di principio, altrettanti atti pre-tipici, punibili come malversazione tentata, allorché siano dotate di una attitudine causale

²² Tra i tanti, danno conto del fatto che proprio questo sia divenuto il più recente nodo del dibattito scientifico, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 482 ss.

²³ Si veda, PALAZZO-BARTOLI, *Corso*, cit., 457 ss.

²⁴ Non pare che considerazioni di tal fatta si pongano in contrasto con le autorevoli osservazioni di BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, 48 ss. L'Autore, seppure nell'ambito di un lavoro più ampiamente proteso a valorizzare la consistenza naturalistica della condotta omissiva (da intendere non come accidente bensì come dato costante), sostiene che la «contrapposizione logica» tra azione ed omissione, nel confronto tra i reati commissivi a forma vincolata e quelli omissivi propri, sia tutta da rintracciare (e da ridurre) nella diversa modellatura del precetto penale, rispettivamente, incardinato su di un divieto oppure su di un comando.

rispetto al delitto consumato e di contorni obiettivi tali da rivelare il dolo del beneficiario.

4.1. *L'impossibilità di adempiere prima della scadenza del termine: un momento consumativo (ancora) mobile?*²⁵ La conciliabilità tra l'istituto del tentativo e il reato omissivo proprio costituisce il presupposto dogmatico perché si possa sondare anche la seconda questione, relativa all'ipotesi in cui il percettore del finanziamento si sia posto in condizioni tali da rendere *impossibile* l'adempimento. Al cospetto di una fattispecie concreta siffatta, occorre chiedersi quale sia lo stato di avanzamento dell'illecito omissivo e, cioè, se la malversazione ai danni dello Stato si sia consumata oppure si sia arrestata alle soglie del tentativo. L'ultima giurisprudenza sembra orientata nel primo senso; mentre, in dottrina, la riflessione sul tema ha vissuto un momento di intensificazione nella seconda metà degli anni Settanta²⁵ benché, anche se in forma latente, non sia sopita neanche ai nostri giorni.

Quest'ultima affermazione è presto confermata se si tengono a mente gli esempi proposti da quella parte della manualistica che ammette il tentativo dei reati *omissivi propri*. Da un lato, vi è chi propone, come paradigma, quello del pubblico ufficiale che, fuggendo all'estero in procinto della data di scadenza per l'emanazione di un determinato atto d'ufficio, commetta il delitto di cui all'art. 328 c.p. nella forma tentata²⁶; dall'altro, chi evoca il caso di scuola del soggetto che, obbligato a rendere taluni prodotti ai pubblici ammassi, provi (ma senza riuscirci) a distruggerli²⁷.

²⁵Tra i contributi "storici" più significativi, CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1975, *passim*; FIANDACA, *Sulla configurabilità del tentativo nei delitti di omissione*, in *Ind. pen.*, 1976, 13 ss.; GELARDI, *Il tentativo nei delitti omissivi puri*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 264 ss.; GIULIANI BALESTRINO, *Aspetti del tentativo nei delitti di omissione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 427 ss.

²⁶Tra gli altri, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale.*, cit., 670. Peraltro, un tale inquadramento giuridico della vicenda di specie è destinato ad essere precario, cioè, a perdurare sino a quando lo spirare del termine di adempimento segnerà il passaggio verso la fattispecie consumata. A ben vedere, la punibilità a titolo di tentativo vi potrà essere soltanto nel caso in cui l'evento lesivo sia scongiurato in ragione dell'adempimento da parte di un terzo ovvero quando sopravvenga una causa di forza maggiore.

²⁷GALLO, *Diritto penale*, cit., 80-81, il quale, coerentemente, ritiene il delitto perfetto allorché l'obbligato realizzi il proprio proposito criminoso, disperdendo o distruggendo la merce.

La diversificazione tra le esemplificazioni proposte riflette un diverso atteggiamento ermeneutico in ordine alla qualificazione giuridica da riconoscere alla impossibilità di adempiere, che sia stata intenzionalmente precostituita. In particolare, all'esempio riportato da ultimo è sotteso il convincimento che, quando il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è già del tutto compromesso poiché le circostanze materiali sono tali da rendere certa la trasgressione, l'ostinata attesa del termine di adempimento non soltanto risulti superflua ma rischi persino di ingenerare un effetto discriminatorio, essendo affidato al mero decorso del tempo il passaggio dalla fattispecie tentata a quella consumata: il sottinteso è che si farebbe dipendere dalla reattività, maggiore o minore, dell'autorità di polizia e giudiziaria una significativa discrepanza nell'entità della sanzione. Volendo ripiegare sul delitto di nostro interesse, bisognerebbe concludere che, qualora il privato abbia destinato integralmente le risorse assegnategli a fini personali e sia certa l'impossibilità di rimettersi in carreggiata entro la data imposta per l'esecuzione dell'opera pubblica (ad esempio, perché è provata la indisponibilità di altra fonte di reddito o di cespiti patrimoniali cui attingere), la malversazione si è già dispiegata del tutto sul piano assiologico e risulta, dunque, consumata.

Per converso, la convergenza tra l'art. 316-*bis* c.p. e l'art. 56 c.p. si potrebbe apprezzare con esclusivo riferimento agli atti propedeutici con cui l'autore si predispone a determinare l'impossibilità di adempiere, purché, come di consueto, esprimano i connotati richiesti dalla norma di parte generale.

La tesi in parola invero non convince e pare persino incongruente quando non venga anticipata da una dequalificazione del ruolo del termine nell'ambito del reato omissivo proprio ma, in accordo con la dottrina prevalente, si muova dalla premessa condivisa della sua *essenzialità*. Infatti, ove il termine venga inteso quale *condizione obiettiva di punibilità* (come, seppure di rado, è stato detto in passato²⁸), la correlazione tra la preordinata impossibilità di agire conformemente all'obbligo giuridico e l'effetto consumativo è presto instaurata, poiché è proprio in quel momento che vengono a sussistere tutti i requisiti tipici della fattispecie omissiva, salva comunque la necessità di attendere ai fini della

²⁸CARACCIOLI, *Il tentativo*, cit., 91 ss. *Contra*, FIANDACA, *Sulla configurabilità*, cit., 18 ss.

punibilità. Se, invece, come è condivisibile, il peso specifico del termine non viene disconosciuto, sembra che la soluzione interpretativa in commento si traduca in una indebita anticipazione del momento consumativo e, dunque, in una torsione del modello legale per esigenze di politica criminale²⁹.

Peraltro, preme mettere in guardia dal rischio che una tale stortura sul piano dogmatico si saldi con una prassi probatoria estensiva al momento in cui il giudice è chiamato a verificare l'eventualità di una offesa precoce ma irrimediabile dell'interesse protetto, finendo così per sterilizzare gli spunti innovativi dell'indirizzo appena emerso. Se la lesione pretermine del bene giuridico corrisponde all'ipotesi in cui il percettore si sia posto in condizioni tali da rendere *irreversibile* l'impossibilità materiale di adempiere, non v'è chi non veda come essa risulterà assai sporadica, oltre che ardua da provare per la pubblica accusa. Sebbene occorra attendere la stratificazione di un maggior numero di sentenze, pur tuttavia, taluni *obiter dicta* dell'ultima giurisprudenza paiono invece protesi verso la semplificazione di un tale accertamento, ravvisando il pregiudizio definitivo già nella violazione di eventuali «condizioni e vincoli ulteriori rispetto alla specifica destinazione pubblicistica delle somme erogate» e, perciò, non precipuamente collegate ad essa.

Ebbene, come anticipato, a parere di chi scrive occorre non sovrapporre i piani e contenersi ad una alternativa: o gli obblighi contrattuali a cui si allude sono, in realtà, preposti alla realizzazione, quanto meno parziale, dell'opera sovvenzionata (dettando, quindi, anche in via soltanto implicita, un termine di adempimento) ed allora la violazione equivarrà a consumazione secondo le dinamiche ordinarie; oppure, laddove le condizioni negoziali siano davvero eccedenti rispetto alla finalità protetta dalla norma incriminatrice, non potrà sorgere alcuna responsabilità penale, se non a costo di prestare il fianco alla interpretazione analogica.

Riconducendo vertiginosamente a sintesi: tra le righe dell'ultimo indirizzo giurisprudenziale, meritoriamente proteso a ripristinare il paradigma omissivo della malversazione a danno dello Stato, sembra che la tesi del *duplice* momento consumativo sia stata riformulata, benché in una versione più ridotta,

²⁹In questo senso, GELARDI, *Il tentativo*, cit., 278 ss.; FIANDACA, *Sulla configurabilità*, cit., 24 ss.

piuttosto che abbandonata del tutto. Il *tempus commissi delicti* sarebbe da collocare, in via principale, allo spirare del termine di adempimento (della cui essenzialità si dà comunque atto) ma, ove la finalità di interesse generale risulti definitivamente avvilta in un tempo precedente, potrebbe essere, in via sussidiaria, anticipato. In linea di principio, il dibattito dottrinale sul reato omissivo proprio evidenzia come quest'ultima condizione tenda a coincidere con il caso in cui l'omittente si sia intenzionalmente posto nella impossibilità di adempiere. Quest'ultima diviene, quindi, la fattispecie dubbia in punto di inquadramento giuridico, dipanandosi l'alternativa tra chi opta per la consumazione del reato e chi, come pare preferibile, per il tentativo.

A ben vedere, ragionando diversamente, sarebbe sospinto verso un esito antinomico quel lungo processo ermeneutico che ha riguardato la teoria generale del reato e che, con il proposito di enfatizzare il principio di offensività, ha ricondotto nel perimetro della tipicità anche la componente disvaloriale, portando a considerare il fatto improduttivo di un evento dannoso o pericoloso come *atipico*. Oggi, dando seguito alla opinione abbozzata in giurisprudenza, si dovrebbe finanche ammettere il perfezionamento dell'illecito in base al mero pregiudizio del bene giuridico, pure in assenza degli altri aspetti oggettivi (poiché tale è da considerare il termine di adempimento nella prospettiva della malversazione).

Così confinata, la critica insisterebbe su di un profilo puramente formale poiché, in effetti, la novità giurisprudenziale sarebbe consistita soltanto nel considerare come punibile un fatto ancora parzialmente difforme dal paradigma normativo ma tutto sommato compiuto sul versante dell'offesa. Come accennato, tuttavia, non pare peregrino il sospetto che, in futuro, possa consolidarsi un approccio piuttosto lasco all'accertamento dell'evento lesivo e che, più brutalmente, la singola condotta distrattiva, in passato valorizzata sul piano della tipicità, sia ritenuta in grado di esprimere e, al contempo, di esaurire il disvalore della malversazione, giustificando ancora una volta l'arretramento della soglia consumativa.

Ma vi è di più. Nella prospettiva della teoria generale, laddove, ai fini della consumazione, ci si contentasse della raggiunta impossibilità di adempiere da

parte del reo, intendendola in una chiave tutta soggettiva e prescindendo dalla disamina sulla obiettiva lesione del bene giuridico, ci si potrebbe arrischiare anche verso il paradosso opposto, quello, cioè, di ritenere il fatto inoffensivo come consumato. Ciò nel caso in cui, sebbene l'obbligato non si sia approntato per adempiere (e sia oramai troppo tardi per farlo), l'evento lesivo sia impedito dall'intervento del terzo: a titolo esemplificativo, si pensi alla emanazione tempestiva dell'atto doveroso da parte di un secondo pubblico ufficiale che, così facendo, inibisce le conseguenze pregiudizievoli che sarebbero potute derivare dalla traversata dell'altro³⁰.

Di contro, la vicenda di specie pare, per così dire, spontaneamente preposta a trovare collocazione nell'area del tentativo, poiché si è al cospetto di atti idonei ed univoci che, come spesso avviene, non degenerano nell'esecuzione criminosa a causa della forzosa interruzione dell'*iter criminis* ad opera di un terzo.³¹ Se così è, al pari di quanto accade per le fattispecie commissive, rispetto alle quali non vi è alcuno che sostenga la necessità/opportunità di anticipare il momento consumativo nel caso in cui il reo non sia più in grado di arrestare il processo causale che egli stesso ha attivato, il principale riflesso che deriva dalla impossibilità di adempiere preordinata è quello di precludere definitivamente l'applicazione del terzo comma dell'art. 56 c.p.³². Infatti, poiché in un'evenienza siffatta il decorso causale verso l'evento lesivo è oramai sottratto alla sfera di controllo del reo, egli non potrà *desistere* (il che, nelle ipotesi omissive, dovrebbe avvenire attivandosi per l'adempimento): da ciò, tuttavia, può ricavarsi soltanto la sicura punibilità del fatto tentato (che resta comunque tale) e non già una forma di consumazione anticipata.

³⁰ L'esempio è riportato in termini sostanzialmente analoghi da DE FRANCESCO, *Diritto penale: principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2022, 647; PALAZZO-BARTOLI, *Corso*, cit., 462.

³¹ Con specifico riguardo all'art. 316-*bis* c.p., PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., 120; ROMANO, *I delitti*, cit., 76. *Contra*, LOMBARDO, *La malversazione*, cit., 110.

³² L'acuta osservazione è di GELARDI, *Il tentativo*, cit., 279.