

ORIENTAMENTI

LUCA BARON

Riflessioni attorno allo “statuto ermeneutico” della malversazione in erogazioni pubbliche, tra ambiguità del dato semantico e centralità del formante giurisprudenziale

L'emersione di nuove forme di frodi pubbliche, innescate dall'imponente apparato di sostegni economici disposto a favore dell'impresa in epoca pandemica e post-pandemica, ha non solo posto il delitto di malversazione in erogazioni pubbliche al centro dell'attenzione giurisprudenziale, ma ha altresì consentito che tale reato - complice anche l'ambiguità del testo normativo - divenisse il punto di convergenza di tendenze ermeneutiche contrapposte. Nel presente lavoro si intende muovere dallo studio di due tematiche “classiche” - quella della delimitazione dell'oggetto materiale della condotta malversativa, e quella dell'individuazione del momento consumativo del reato - per evidenziare l'opposto approccio che pare animare l'attività interpretativa giurisprudenziale, conducendola ora ad allargare, in una prospettiva di effettività di tutela, i confini applicativi della fattispecie incriminatrice; ora ad assumere un contegno più prudente nei confronti della *littera legis*, limitando le prospettive espansive della penalità.

Considerations on the “hermeneutic status” of the crime of embezzlement of public funds, between ambiguity of the text and importance of jurisprudential indications

The emergence of new forms of public fraud, triggered by the economic support mechanisms arranged in favor of businesses to overcome the pandemic crisis, has not only placed the crime of embezzlement of public funds at the center of jurisprudential attention, but has also allowed this crime - also accomplice to the ambiguity of the normative text - to become the point of convergence of opposing hermeneutic tendencies. In this paper we intend to move from the study of two “classic” issues - that of the delimitation of the material object of the embezzling conduct, and that of the identification of the moment of consummation of the crime - in order to highlight the opposite approach that seems to animate jurisprudential interpretative activity, leading it now to broaden, in a perspective of effectiveness of protection, the applicative boundaries of the crime; now to be more attentive to the literal datum, limiting the expansive perspectives of the penalty.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le garanzie pubbliche su finanziamenti privati come provvidenze “ottenute” dallo Stato? - 3. Malversazione, distrazioni *in itinere* e individuazione del momento consumativo del reato. - 4. I confini mobili della condotta malversativa nella giurisprudenza di legittimità: dalle tendenze ampliative cripto-analogiche... - 4.1. (segue): ... alla “riscoperta” della struttura omissiva del reato.

1. *Introduzione.* L'onda lunga degli effetti criminogenetici, collateralmente innescati dal ricco apparato di misure di sostegno economico alle imprese va-

rato in epoca pandemica¹, ha consentito alla fattispecie di malversazione in erogazioni pubbliche² non solo di guadagnarsi un posto in prima fila nell'orizzonte di riflessione sull'efficacia repressiva delle "tradizionali" fattispecie incriminatrici dinanzi alle nuove manifestazioni delle frodi pubbliche³; ma altresì di divenire un significativo punto di emersione della complessa dialettica tra *littera legis* e "creazionismo" giudiziale, tra testo legislativo e «conformità ermeneutica dell'interpretazione»⁴, tra diritto penale "legislativo" e diritto penale "giudiziario" che, a sua volta, rappresenta un'epifania del più ampio «*topos* giuridico-storiografico»⁵ della c.d. crisi della legalità penale o, in termini più neutri, delle «macro-trasformazioni» della legalità penale⁶.

¹ L'imponente apparato di misure economiche dispiegate nei vari settori economici ha infatti catalizzato l'emersione di molteplici comportamenti fraudolenti ed abusivi, imponendo un'ampia riflessione in ordine all'efficacia delle fattispecie incriminatrici esistenti e dedicate al contrasto alle frodi pubbliche. Per vero, la spiccata potenzialità «criminogenetica» dei meccanismi di sovvenzionamento pubblico già da tempo era stata evidenziata in dottrina: v. VALENTI, *Frodi nelle sovvenzioni pubbliche*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, 528.

² Così come oggi risulta rubricato il delitto di cui all'art. 316-*bis* c.p., all'esito dell'insolito *iter* legislativo che ha visto dapprima la pubblicazione del d.l. 25 febbraio 2022, n. 13, quindi la sua abrogazione per effetto della L. 28 marzo 2022, n. 25, la quale, tuttavia, nel convertire il d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 (c.d. Decreto sostegni *ter*) ha inserito l'art. 28-*bis*, per effetto del quale sono stati ricompresi gli stessi contenuti già previsti dall'abrogato d.l. 13/2022: su tali profili, v. PANTANELLA-FEDERICI, *Profili penali del "Decreto sostegni ter": dalla modifica dei reati di "frode" all'introduzione del delitto di false asseverazioni*, in *DisCrimen*, 24.5.2022, 1-5.

³ Emblematica, in tal senso, la nota comunicazione ai Presidenti delle Commissioni Finanze e Attività produttive della Camera, a firma dei P.M. Greco F. e Melillo G., con la quale si suggeriva di apportare talune modifiche in sede di conversione del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 «destinate ad operare, da un lato, sul versante del rafforzamento della serietà e della trasparenza dell'offerta reputazionale che accompagna l'accesso al credito garantito dallo Stato e, dall'altro lato, a consentire il tempestivo accertamento e l'efficace repressione di condotte criminose». Su questi temi, pur approfondendo profili e questioni differenti, v. in particolare ATTANASIO, *Il sostegno economico alle imprese nella "legislazione pandemica": un'occasione per riflettere sulla revisione dell'apparato punitivo delle frodi pubbliche*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 515 ss.; BELL-VALESCCHI, *Finanziamenti garantiti dallo Stato: la disciplina dell'emergenza ridisegna (riducendola) l'area del penalmente rilevante per le imprese e le banche*, in *Sistema penale*, 2020, 6, 89 ss.; DI VIZIO, *I nuovi abusi penali nelle sovvenzioni pubbliche: dalla direttiva PIF al decreto sostegni-ter*, in *Sistema penale*, 4 dicembre 2023; MUCCIARELLI, *Finanziamenti garantiti ex d.l. 23/2020: profili penalistici*, in *Sistema penale*, 4 maggio 2020; ORSI, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato alle imprese colpite dalla pandemia Covid-19*, in *Sistema penale*, 2020, 6, 57 ss.; RUTA, *La criminalità economica nella crisi generata dall'epidemia*, in *Quest. giust.*, 2020, 148 ss.

⁴ MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, 2020, 3, 129.

⁵ CARUSO-DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo il c.d. decreto liquidità. Tra esigenze di giustizia 'sostanziale' e divieto di crypto-analogia in malam partem*, in *La legislazione penale*, 26.1.2024, 3.

⁶ CASTRONUOVO, *Crisi della fattispecie e nullum crimen*, in *Ars interpretandi*, 2019, 1, 92.

Trattasi di una tematica talmente vasta, complessa e divisiva da rendere non solo impensabile qualsivoglia tentativo di offrire, in questa sede, un’analisi ad ampio raggio sui molteplici fattori – indiretti e diretti, esogeni o endogeni⁷ – che erodono l’apparente “immutabilità marmorea” evocata dal brocardo *nul-lum crimen sine lege*⁸, ma da rendere velleitaria persino la pretesa di condurre un approfondimento mirato su quello che viene individuato come il «nucleo centrale della questione aperta dalla crisi della legalità legalistica», ossia il «mutato rapporto tra legge e giudice»⁹. Molto più sommessamente, ci si limiterà in questa sede ad osservare che la fattispecie di cui all’art. 316-*bis* c.p. sembra costituire un significativo esempio della (ben nota) relazione inversamente proporzionale che intercorre tra “qualità della legge scritta” e creatività ermeneutica¹⁰, nonché delle opposte tensioni che sembrano ispirare l’attività interpretativa giurisprudenziale, conducendola ora a “stiracchiare” – se non a superare – i confini del dato normativo, ampliando l’area di applicazione della fattispecie incriminatrice allo scopo di rafforzare la tutela di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione penale; ora ad assumere un contegno più prudente nei confronti della *littera legis*, limitando le prospettive espansive della penalità.

In effetti, la fattispecie di malversazione in erogazioni pubbliche – anche a seguito delle interpolazioni intervenute con d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 – poggia su di un sostrato definitorio alquanto “sdruciolevole”: dal tecnicismo

⁷ Richiamando l’efficace classificazione proposta da MANTOVANI, *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in *Criminalia*, 2017, 126 ss., le cause dell’erosione del principio di legalità si distinguono in *indirette* (riferibili ai mutamenti subiti, non solo in Italia, dalla democrazia reale, tali da indebolire la stessa «ratio democratico-garantista della riserva di legge») e *dirette* (tali da contribuire a erodere *direttamente* la riserva di legge). Queste ultime, a loro volta, si distinguerebbero in cause *endogene* – con ciò intendendosi dei fattori erosivi legati a profili “patologici” della stessa legislazione penale (inflazione legislativa, instabilità legislativa, sciatteria e oscurità del testo, uso di clausole, indeterminatezza della legge penale, decodificazione) – e in cause *esogene*, ossia esterne alla legge penale e a loro volta riferibili a fattori operanti a livello nazionale oppure sovranazionali/internazionali. Per il rilievo rispetto al tema qui più specificamente esaminato, preme evidenziare che l’A. annovera, tra le cause *esogene nazionali*, anche la *creatività normativa giurisdizionale*.

⁸ Sulla (solo) apparente «consistenza ed immutabilità quasi marmoree» del principio di legalità penale, v. PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 3, 977.

⁹ PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, 1253.

¹⁰ Sul tema, v. PALAZZO, *La scienza della legislazione penale nella modernità giuridica*, in *Cass. pen.*, 2023, 2, 395 ss. Si veda anche ID., *Scienza della legislazione e buone intenzioni legislative*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 3, 285 ss.

«tutt'altro che impeccabile» impiegato dal legislatore nell'elencazione delle provvidenze di provenienza pubblica la cui acquisizione integra il presupposto della condotta¹¹, alla scelta poco felice – la «peggiore», secondo alcuni, tra quelle emerse nel corso dei lavori parlamentari¹² – di tipizzare una condotta puramente omissiva imperniata attorno alla «laconica espressione»¹³ di “non destinazione”, la disposizione in esame ha presentato dei margini di vaghezza tali da imporre, sin dalla sua introduzione, uno sforzo interpretativo che ne chiarisse la portata applicativa¹⁴. L'ambiguità semantica ha così offerto il terreno ideale per lo sviluppo di un ambiente esegetico vivo e dagli esiti applicativi tuttavia incerti, in particolare in corrispondenza delle due tematiche “classiche” riguardanti, rispettivamente, l'identificazione dell'oggetto materiale del reato e l'individuazione del momento consumativo dell'illecito le quali, di recente, sono state investite da alcuni interessanti – e tuttavia “opposti” – spunti ermeneutici.

Mentre sul primo tema sembra aver infatti prevalso una linea interpretativa fortemente estensiva, se non «cripto-analogica»¹⁵ *in malam partem*, teleologicamente votata a massimizzare la capacità repressiva della fattispecie a fronte delle nuove fenomenologie predatorie innescate dai recenti interventi normativi di sostegno economico alle imprese, sul problema dell'individuazione del momento consumativo del reato si è per converso manifestata una nuova e più equilibrata sensibilità interpretativa che, muovendo dalla valorizzazione della struttura oggettiva della fattispecie, nonché dei principi di offensività e di sussidiarietà, ha preso le distanze dalla severa affermazione secondo la quale

¹¹ PISA, *Art. 316-bis*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Padovani, Torino, 1996, 43.

¹² Così SEMINARA, *Art. 316-bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Forti-Seminara-Zucclà, VI ed., Milano, 2017, 1023-1024. Ancor più netto il giudizio dell'A. nella successiva edizione del *Commentario*, ove afferma che ancora «a distanza di oltre trent'anni suscita turbamento che il legislatore riformista del 1990, mentre sopprimeva il peculato per distrazione a causa delle distorsioni applicative verificatesi in giurisprudenza, adottasse una norma assai simile per l'art. 316 bis» (v. Id., *Art. 316-bis*, in *Commentario breve al codice penale*, Forti-Riondata-Seminara, VII ed., Milano, 2024, 1176).

¹³ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, IV ed., Milano, 2019, 72.

¹⁴ Sulla vaghezza delle espressioni linguistiche impiegate in ambito giuridico, v. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 3 ss.

¹⁵ CARUSO-DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi*, cit., 15.

qualsiasi distrazione *in itinere* delle erogazioni rileverebbe in chiave consumativa, a prescindere dalla realizzazione o meno dell'opera (in senso lato) sovvenzionata.

2. *Le garanzie pubbliche su finanziamenti privati come provvidenze "ottenute" dallo Stato?* Le tensioni ampliative della *littera legis* hanno caratterizzato la storia del delitto di malversazione in erogazioni pubbliche sin dai primordi applicativi della fattispecie, allorché si era posto il problema di individuare quali fossero le erogazioni di provenienza pubblica (ulteriormente connotate dalla loro natura "agevolata" e dall'essere gravate da un vincolo finalistico) il cui ottenimento costituiva – e ancora oggi costituisce – il presupposto della condotta sanzionata dall'art. 316-*bis* c.p.¹⁶

In verità, la tesi che fin da subito aveva guadagnato maggiori consensi era quella secondo cui l'elencazione legislativa («contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a [...]») non fosse tassativa e pertanto non risultasse esaustiva delle erogazioni suscettibili di costituire oggetto della condotta sanzionata. Si era infatti sostenuto, da un lato, che il legislatore non avesse inteso «trapiantare *sic et simpliciter* concetti propri del diritto amministrativo»¹⁷, peraltro privi di significati univoci persino in tale settore, e che, dall'altro lato, nonostante le dissonanze rispetto al testo del coevo art. 640-*bis* c.p. (il quale recava invece la formula di chiusura «ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate», assente nella formulazione – originaria – dell'art. 316-*bis*)¹⁸, si sarebbe dovuto prescindere dall'«approssimativo linguaggio impiegato»¹⁹ per ritenere ricompresi nell'alveo della fattispecie tutti «gli ausili economici di qualsiasi tipo»²⁰, con esclusione di quelli aventi natura prettamente previden-

¹⁶ *Ex multis*, AMARELLI, *La malversazione a danno dello Stato*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Fiore-Amarelli, Milano, 2018, 73; GAMBARDELLA, *Artt. 314, 317-bis, 318, 322-bis, 323, 323-bis, 335-bis, 357-360*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lupo-Lattanzi, VII, Milano, 2010, 62; PELISSERO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in BARTOLI-PELISSERO-SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Milano, 2021, 454.

¹⁷ PELISSERO, *Osservazioni sul nuovo delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1, 187.

¹⁸ Tale clausola di chiusura è stata inserita all'interno dell'art. 316-*bis* c.p. ad opera del d.l. n. 4/2022.

¹⁹ PISA, *Art. 316-bis*, cit., 46.

²⁰ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 68.

ziale ed assistenziale²¹, purché caratterizzati da tre requisiti: la provenienza pubblica, la vantaggiosità, l'esistenza di un vincolo di destinazione²².

È proprio nel solco di tale impostazione interpretativa che è emerso il problema della rilevanza penale di condotte di sviamento di finanziamenti *erogati* da soggetti privati, ma *assistiti* da garanzie pubbliche: tematica poi “esplosa” all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto liquidità).

Come noto, la grave crisi di liquidità determinata dall'emergenza pandemica aveva indotto il legislatore ad elaborare una strategia d'intervento a sostegno delle imprese che – nel tentativo di coniugare la triplice esigenza di assicurare un intervento rapido ed efficace²³, di evitare un'esposizione diretta per le casse dello Stato²⁴ e di rispettare i divieti unionali in materia di aiuti di Stato – si imperniava attorno ad un sistema di garanzie pubbliche previsto a favore degli istituti di credito i quali, direttamente, avrebbero concesso alle imprese l'accesso alla liquidità. Un meccanismo, a ben vedere, di «assistenza solo indiretta» da parte dello Stato²⁵, dove le banche divenivano la “cinghia di trasmissione” per l'immissione di liquidità nel circuito dell'economia reale e nell'ambito del quale un ruolo cruciale veniva ad essere attribuito a due operatori “pubblici” da tempo esistenti, ossia *Sace S.p.a.* e il *Fondo PMI* i quali – per quanto qui rileva evidenziare – erano chiamati a garantire i finanziamenti

²¹ Sotto la vigenza della formulazione antecedente alle modifiche apportate dal c.d. decreto sostegni *ter*, le Sezioni unite avevano precisato che laddove l'oggetto materiale delle condotte *lato sensu* abusive fossero erogazioni di contributi aventi natura assistenziale, gli unici illeciti configurabili sarebbero stati quelli di cui all'art. 316-*ter* e all'art. 640-*bis* c.p.: così Cass., Sez. un., 27 aprile 2007, n. 16568, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 897 ss., con nota di GRILLO, *Truffa aggravata e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato: intervengono le Sezioni Unite*, *ivi*, 900 ss.

²² SEMINARA, *Art. 316-bis*, cit., 1023; v. BENUSSI, *Art. 316-ter c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milano, 2021, 548. Che i termini fossero utilizzati dal legislatore in senso a-tecnico, è tesi che ha trovato riscontro anche in giurisprudenza: le Sezioni unite (Cass., n. 16568/2007, cit.) hanno infatti affermato che il linguaggio legislativo «è infatti tanto deliberatamente generico da escludere che nella definizione delle fattispecie penali si sia inteso recepire un improbabile linguaggio tecnico, peraltro certamente non desumibile dalla ricchissima legislazione premiale di cui si avvale da decenni l'intervento pubblico, anche europeo, allo scopo di orientare o sostenere le più diverse attività economiche e sociali».

²³ MUCCIARELLI, *Finanziamenti garantiti*, cit., 2.

²⁴ Che l'obiettivo fosse quello di «evitare che fosse lo Stato a farsi carico dell'insostenibile peso economico di interventi di finanziamento diretto a favore delle imprese colpite dalla crisi economica da Covid-19», è rilevato da BELL-VALSECCHI, *Finanziamenti garantiti dallo Stato*, cit., 104-106.

²⁵ CARUSO-DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi*, cit., 8.

concessi dagli istituti di credito a imprese e a liberi professionisti²⁶.

Posto che il legislatore non aveva contestualmente introdotto nuove norme penali specificamente destinate a reprimere le condotte *lato sensu* abusive che avrebbero potuto inquinare il sistema di sostegno alle imprese disciplinato dal c.d. decreto liquidità, è presto emerso l'interrogativo in ordine all'idoneità delle fattispecie incriminatrici esistenti a reprimere tali abusi²⁷ e, in particolare,

²⁶ Per una efficace e dettagliata ricognizione della disciplina operativa di tali modelli di garanzia statale, ai quali era possibile accedere sino al 30 giugno 2022, v. BELL-VALSECCHI, *Finanziamenti garantiti dallo Stato*, cit., 92-102, nonché ORSI, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato*, cit., 60-67. Si veda anche ATTANASIO, *Il sostegno economico alle imprese nella "legislazione pandemica"*, cit., 518-519. In estrema sintesi, il modello di garanzia basato sull'intervento del Fondo PMI (istituito dall'art. 2, co. 100, l. 662/1996 e il cui fine istituzionale è quello di assicurare il credito concesso dagli operatori bancari e dagli intermediari finanziari a favore delle piccole e medie imprese), così come plasmato a seguito delle modifiche apportate dall'art. 13 del c.d. decreto liquidità, si articolava su due strumenti tecnici - la garanzia diretta a favore dell'istituto di credito ovvero la controgaranzia e la riassicurazione a favore di terzi garanti; era connotato dalla gratuità del rilascio della garanzia (salvo, dall' 1.12.2022, il pagamento di una commissione); la garanzia veniva prestata a fronte della presentazione di una autocertificazione (con la quale il privato attestava, tra gli altri dati, che l'impresa è stata danneggiata dalla pandemia), senza ulteriori valutazioni inerenti al merito creditizio del beneficiario (verifica dalla quale lo stesso finanziatore risulta esentato). Quanto invece a Sace Spa (istituita con l. 24 maggio 1977, n. 227, quale Sezione speciale per l'assicurazione del credito all'esportazione dell'Istituto Nazionale Assicurazioni, successivamente trasformata in società per azioni con capitale interamente detenuto da Cassa Depositi e Prestiti, a sua volta controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze), l'art. 1 d.l. n. 23/2020 stabiliva che quest'ultima concedesse garanzie a favore di banche e altri soggetti abilitati all'esercizio del credito per finanziamenti volti ad assicurare liquidità alle imprese colpite dall'epidemia e che producessero un'autocertificazione attestante la sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa: trattasi di garanzia a prima richiesta, esplicita ed irrevocabile, a sua volta coperta da garanzia «esplicita, incondizionata, irrevocabile» dallo Stato. A differenza della garanzia del Fondo PMI, quella rilasciata da Sace non era gratuita, bensì remunerata ancorché in termini "attenuati", e si caratterizzava per la previsione di specifici vincoli di scopo: il finanziamento «coperto dalla garanzia deve essere destinato a sostenere costi del personale, canoni di locazione o di affitto di ramo d'azienda, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia, [...]» (art. 1, co. 2, lett. n)).

²⁷ In dottrina era stato prontamente rilevato che il sistema di finanziamento alle imprese previsto dal Decreto Liquidità si esponeva a molteplici rischi-reato. Innanzitutto, venivano in rilievo i delitti di falso: in particolare, il falso ideologico del privato in atto pubblico (art. 483 c.p.), la falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o sulle qualità personali (art. 495 c.p.), o il c.d. falso in autocertificazione (art. 76, d.P.R. n. 445/2000: per un'ampia e approfondita disamina, v. SIENA, *Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 237 ss.). Ancora, nel caso in cui l'aspirante destinatario del finanziamento dovesse rendere al funzionario bancario notizie o dati falsi sulla propria condizione economica, il fatto risulterebbe sussumibile nel delitto di mendacio bancario di cui all'art. 137, co. 1-bis, t.u.b., mentre nell'ipotesi in cui l'imprenditore percettore del finanziamento garantito dovesse fallire a distanza di poco tempo, si prospetterebbe il rischio di contestazione di uno o più reati di bancarotta: sul tema, anche in relazione ai possibili margini di coinvolgimento (e di "esenzione") dell'ente finanziatore a titolo di terzo concorrente, v. in particolare BELL-VALSECCHI, *Finanziamenti garantiti dallo Stato*, cit., 106 ss., nonché PANTANELLA, *Il diritto penale della crisi d'impresa alla prova della sindemia: tra modelli di falso e ritorno allo stellionato*, in *Cass. pen.*, 2021, 6,

è sorto il dubbio circa la riconducibilità delle garanzie pubbliche «nel paradigma delle facilitazioni finanziarie»²⁸ provenienti dallo Stato (o da altro ente pubblico o da parte dell'Unione europea) rilevanti ai fini dell'applicabilità dei delitti di cui agli artt. 316-*bis*, 316-*ter* e 640-*bis* c.p. Più precisamente, muovendo dalla riconosciuta “anima pubblicistica” che ispirava il meccanismo normativo²⁹ e dall'indubbio connotato di vantaggiosità che presentavano le garanzie in parola per l'imprenditore (ultimo) beneficiario, la discussione veniva a focalizzarsi sul punto relativo alla possibilità di inquadrare le operazioni di finanziamento in esame nel novero delle “erogazioni” “provenienti” dallo Stato (o da altro ente pubblico) e che, sole, costituiscono oggetto materiale dei reati poc'anzi menzionati, *in primis* del delitto previsto dall'art. 316-*bis* c.p.³⁰

Attorno a tale questione sono andati profilandosi, in dottrina e in giurisprudenza, due diversi indirizzi interpretativi: uno restrittivo, secondo il quale il legislatore avrebbe tracciato un rapporto di derivazione “diretta” tra le erogazioni concesse al privato e la loro fonte pubblica («*avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee*»); uno “ampliativo”, meno vincolato al dato semantico e orientato a massimizzare la portata applicativa della fattispecie in vista di una più efficace repressione delle condotte abusive.

La prima e più restrittiva linea esegetica ha incontrato ampia condivisione in dottrina e, almeno in un primo momento, è stata avallata anche dalla giurisprudenza³¹. Tra gli argomenti posti alla base di tale impostazione si annovera innanzitutto una precisa presa di posizione circa la conformazione del mec-

2271-2272.

²⁸ ORSI, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato*, cit., 74.

²⁹ Fermo restando che solo il modello di garanzia basato sull'intervento di Sace contemplava specifici vincoli di scopo per i finanziamenti assicurati, mentre il modello di intervento concernente il Fondo PMI non stabiliva finalizzazioni specifiche, in ogni caso è indubbia la «matrice pubblicistica» del sistema elaborato dal legislatore: l'obiettivo era infatti quello di rivitalizzare il tessuto produttivo italiano facilitando l'accesso alla liquidità per le imprese nazionali colpite dalla pandemia (cfr. ancora Orsi, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato*, cit., 75).

³⁰ Sulla questione, oltre ai contributi dottrinali richiamati in nota n. 3, v. anche FILIPPINI, *Decreto Liquidità: reati, sanzioni e conseguenze processuali*, in *Giur. pen. web*, 2020, 6, 2 ss.

³¹ Il riferimento è a Cass., Sez. VI, 15 aprile 2021, n. 22119, in *Cass. pen.*, 2021, 2745 ss.; nonché in *Il penalista.it*, con nota di SANTORIELLO, *Concessione agevolata del credito in pandemia: le condotte penalmente rilevanti*, 16 agosto 2021.

canismo di operatività delle garanzie pubbliche, così come plasmato dal c.d. decreto liquidità. Nelle ipotesi di concessione di finanziamenti bancari garantiti – si è sostenuto – «ad essere onerato della materiale elargizione è l’istituto di credito e non lo Stato, che si limita a prestare una garanzia sull’intero o una parte dell’importo»³². Il meccanismo di sostegno alle imprese in parola poggerrebbe infatti su due distinti rapporti giuridici: uno di natura privatistica, riconducibile ad un mutuo di scopo, intercorrente tra impresa e banca erogatrice del finanziamento, e uno accessorio di matrice pubblicistica, consistente in un contratto autonomo di garanzia, che coinvolge l’ente finanziatore e il garante pubblico e si attiva solo in via eventuale, ossia solamente laddove il mutuatario risulti inadempiente. Di conseguenza, nonostante la copertura statale indubbiamente avvantaggi il privato – il quale, proprio in virtù della garanzia pubblica, può accedere a finanziamenti altrimenti non ottenibili, o ottenibili a condizioni più gravose – il meccanismo in esame non peserebbe direttamente sulle casse dello Stato³³, in quanto le uniche “erogatrici” del finanziamento resterebbero le banche³⁴.

Posta la diretta “provenienza” privata del finanziamento e l’inequivoco tenore letterale dell’art. 316-*bis* («avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee») – il quale parrebbe circoscrivere l’operatività della fattispecie codicistica ai soli casi in cui lo Stato (o l’ente pubblico o l’Unione europea) è “concedente” o “erogante” ma non anche laddove quest’ultimo assuma il ruolo di mero “garante” – la disposizione da ultimo citata non sarebbe in grado di intercettare le condotte abusive perpetrate in sede di utilizzo dei fondi privati, assistiti da garanzia statale³⁵.

³² ATTANASIO, *Il sostegno economico alle imprese*, cit., 520.

³³ Del resto, l’obiettivo ultimo, anche in considerazione dell’esigenza di superare il divieto unionale degli aiuti di Stato, era proprio quello di «evitare che fosse lo Stato a farsi carico dell’insostenibile peso economico di interventi di finanziamento diretto a favore delle imprese colpite dalla crisi economica da Covid-19»: cfr. BELL-VALSECCHI, *Finanziamenti garantiti dallo Stato*, cit., 104-106. Gli Autori altresì evidenziavano – vigente la “vecchia” formulazione dell’art. 316-*bis* c.p. – la difficoltà di ravvisare «nella concessione della garanzia sul credito quale strumento per immettere liquidità nel sistema economico nazionale un’iniziativa diretta “alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di pubblico interesse”».

³⁴ Cfr. ancora ATTANASIO, *Il sostegno economico alle imprese*, cit., 525.

³⁵ Cfr. ORSI, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato*, cit., 76. Si evidenzia peraltro che in sede di conversione del d.l. 23/2020, proprio allo scopo di consentire l’operatività delle fattispecie penali det-

Nel solco di tale riflessione è stata altresì evidenziata la portata «controintuitiva» della «pretesa di ricondurre alla tipicità semantica del sostantivo ‘erogazioni’ anche la mera prestazione di una garanzia»³⁶: una simile interpretazione finirebbe infatti per imporre al cittadino di evincere dal dato terminologico un significato che fuoriesce dai significati normalmente desumibili dal termine “erogare”, pregiudicando la capacità di orientamento del singolo dinanzi alla norma giuridica, con l’effetto ultimo di incidere sulla stessa prevedibilità delle conseguenze penali.

Secondo altra parte della dottrina i delitti sulle “frodi in sovvenzioni” potrebbero invece trovare applicazione anche nell’ambito dei finanziamenti garantiti dallo Stato³⁷. Si è in tal senso osservato che le garanzie, gratuite o ad onerosità attenuata, rilasciate dal Fondo PMI o da SACE S.p.a., integrerebbero degli «interventi aventi indiscutibile valore economico»³⁸ caratterizzati dal fatto che tra finanziamento privato e garanzia pubblica verrebbe a crearsi un rapporto «simbiotico»³⁹ il quale, a sua volta, darebbe luogo a un meccanismo economico articolato non su due distinti rapporti giuridici, bensì su “rapporto triangolare”(tra garante, banca concedente e soggetto finanziato) sostanzialmente “unitario”, dove la connotazione pubblicistica del rapporto accessorio (la garanzia sul finanziamento) irradierebbe la natura, altrimenti privatistica, del rapporto principale (il finanziamento erogato). In un simile contesto, si è sostenuto che «il rischio della restituzione del finanziamento bancario ricade

tate in materia di frodi pubbliche era stato proposto di modificare il testo degli artt. 316-ter e 640-bis c.p., introducendo un espresso riferimento, dopo la parola “erogati” al termine “o garantiti”, nonché modificando l’art. 316-bis c.p. con l’innesto della proposizione “sovvenzioni o finanziamenti con una specifica destinazione, oppure una garanzia per la loro erogazione, non li destina alle finalità previste”: cfr. la comunicazione ai Presidenti delle Commissioni riunite Finanze e Attività produttive della Camera dei Deputati formulata dai Procuratori della Repubblica di Milano e di Napoli, Greco e Melillo, reperibile in www.camera.it.

³⁶ CARUSO-DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi*, cit., 21

³⁷ Nella dottrina più risalente, sulla riconducibilità delle garanzie pubbliche tra le “erogazioni agevolate”, v. PELISSERO, *Osservazioni sul nuovo delitto di malversazione*, cit., 187, il quale citava l’esempio di «contributi a fondo perduto, tassi di interesse agevolato, garanzie pubbliche, crediti speciali, benefici fiscali». In questo senso anche TROJANO, *Tutela penale delle pubbliche sovvenzioni. Malversazione a danno dello Stato (art. 316-bis)*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3839.

³⁸ Così ORSI, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato*, cit., 76. Si veda anche RUTA, *La criminalità economica*, cit., 155 ss.

³⁹ CARUSO-DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi*, cit., 21, nel senso che la garanzia diverrebbe *condicio sine qua non* per la concessione del finanziamento.

sullo Stato che ha previamente accantonato apposito fondo, con garanzia a prima richiesta»⁴⁰, lasciando invece l'istituto di credito «indenne da un'eventuale mancata restituzione degli importi da parte del beneficiario»⁴¹. A sostegno di tale esegesi, si è peraltro ritenuto di poter contare anche su un aggancio normativo extrapenale: l'art. 7, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123 (recante «Disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese a norma dell'articolo 4, comma 4, lettera c), della legge 15 marzo 1997, n. 59»), esplicitamente include la «concessione di garanzia» tra gli strumenti di erogazione di sostegno alle imprese⁴².

Quest'ultima linea esegetica ha finito per affermarsi anche in seno alla giurisprudenza di legittimità.

Infatti, pur a fronte di un primo arresto – rimasto isolato – nel quale, negata la possibilità di inquadrare il finanziamento garantito tra le erogazioni “dirette” concesse dallo Stato⁴³, è stata esclusa la riconducibilità del fatto nell'alveo dell'art. 316-*bis* c.p., risulta oggi nettamente prevalente in giurisprudenza la tesi della configurabilità della fattispecie di malversazione⁴⁴ laddove il privato

⁴⁰ FILIPPINI, *Decreto Liquidità*, cit., 3.

⁴¹ ATTANASIO, *Il sostegno economico alle imprese*, cit., 524.

⁴² Si veda MUCCIARELLI, *Finanziamenti garantiti*, cit., 14, il quale peraltro – non nascondendo che, *de iure condito*, il tentativo di inquadrare le condotte “abusive” sui finanziamenti garantiti all'interno delle fattispecie penali esistenti presenta delle criticità – suggeriva di introdurre una disposizione (di portata eccezionale e temporalmente limitata) con la quale si attribuisse la qualifica di soggetto pubblico all'operatore bancario e di innestare nel corpo delle disposizioni penali un richiamo espresso al menzionato art. 7, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123.

⁴³ Cass., n. 22119/2021, cit. La Corte di legittimità, dopo aver ricostruito il meccanismo di funzionamento normativo della garanzia Sace S.p.a. come tracciato dal d.l. n. 23/2020, aveva in particolare rilevato che «il finanziamento, sebbene comotato da onerosità attenuata e destinato alla realizzazione delle finalità di interesse pubblico [...], non viene erogato direttamente dallo Stato o da altro ente pubblico, bensì da un soggetto privato (nel caso concreto, un istituto bancario)», sicché «ad avviso del Collegio deve, dunque, escludersi che, in presenza di un finanziamento erogato ai sensi della L. n. 40 del 2020 e assistito dalla garanzia di Sace S.p.A., l'omessa destinazione delle somme così ottenute alle finalità di interesse generale previste dall'art. 1 della legge citata possa configurare la condotta sanzionata dall'art. 316-*bis* c.p.».

⁴⁴ Così come quella di cui all'art. 316-*ter* c.p.: in tal senso Cass., Sez. VI, 24 novembre 2021, n. 2125, in *Guida dir.*, 2022, 11, 105. In motivazione la Suprema Corte ha ritenuto «che la prestazione di una garanzia fideiussoria proprio perché costituisce di norma una prestazione onerosa, se rilasciata gratuitamente e costituendo anche fondamentale presupposto per l'erogazione del finanziamento, rappresenta di per sé sola un valore economico a carico dello Stato di cui il beneficiario si avvale così da essere riconducibile alla nozione di "altre erogazioni... comunque denominate" contenuta sia nell'art. 316-*ter* che nell'art. 640-*bis* c.p.». La Corte ha inoltre precisato che il caso sottoposto al proprio vaglio appariva diverso da quello esaminato nella precedente sentenza n. 22119/2021: in quella vicenda, evidenzia il

“distragga” risorse ottenute tramite un finanziamento garantito ai sensi del c.d. decreto liquidità⁴⁵.

La Suprema Corte ha infatti ritenuto che l’operazione – complessivamente e unitariamente considerata – integri gli estremi di un «ausilio economico [...] “ottenuto” dallo Stato, in quanto è erogato sulla base di una disciplina di diritto pubblico, nel perseguimento di specifiche finalità di pubblico interesse [...] che si pongono come condizione della sua erogazione», dove il rischio di credito «ricade integralmente sullo Stato, che ha previamente accantonato un apposito fondo»⁴⁶ e proprio la “presenza” dello Stato, alle spalle delle banche, renderebbe possibile un’operazione di finanziamento che altrimenti non si sarebbe realizzata, o quantomeno non si sarebbe realizzata alle medesime condizioni. In sintesi, la previsione di una garanzia statale marchierebbe in chiave “pubblicistica” l’intera operazione e la concessione del finanziamento, materialmente erogato da istituti privati, sarebbe inscindibilmente legata alla garanzia stessa, di talché ci si troverebbe dinanzi ad «un ausilio economico “ottenuto dallo Stato”, secondo il lessico dell’art. 316-*bis* c.p., ancorché il finanziamento sia direttamente erogato dalle banche»⁴⁷.

Giudice di legittimità, «la condotta incriminata investiva non la fase genetica delle modalità di acquisizione della garanzia pubblica [...], ma soltanto la distrazione delle somme erogate con il finanziamento dalle finalità cui per legge avrebbero dovuto essere destinate, e la verifica se tale condotta potesse rientrare o meno nella fattispecie del delitto di malversazione previsto dall’art. 316-bis c.p., che non contiene il riferimento, operato invece negli artt. 316-ter e 640-bis c.p., alle erogazioni “comunque denominate”. La clausola di chiusura adoperata nelle norme incriminatrici è un chiaro indice della volontà legislativa di prescindere dal nomen iuris del vantaggio economico goduto dal privato e di attribuire rilievo a qualsiasi “erogazione” da cui il destinatario tragga un tale vantaggio a spese dello Stato». In senso conforme, v. Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2022, n. 11246, in *Guida dir.*, 2022, 17, 83-84.

⁴⁵ In questo senso, in tema di finanziamento garantito dal Fondo PMI, Cass., Sez. VI, 6 maggio 2022, n. 28416, in *Cass. pen.*, 2022, 3968; in *Isocietario.it*, 14 settembre 2022, con nota di SANTORIELLO, *E’ malversazione utilizzare per fini personali i finanziamenti garantiti dal Fondo per le PMI*; in *D&G*, 2022, 128, 12 ss., con nota di MINNELLA, *Il finanziamento ottenuto per far fronte alla crisi economica derivante dal Coronavirus è un ausilio economico ‘ottenuto dallo Stato’*; Cass., Sez. II, 7 dicembre 2022, n. 49693, in *Dejure*. Si veda anche, Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 6955, in *Soc.*, 2023, 5, 599 ss., con nota di NICOLINI, *Il momento consumativo della malversazione a danno dello Stato come criterio di individuazione della condotta penalmente rilevante*, *ivi*, 601 ss., ove la Suprema Corte ha ricordato con un *obiter dictum* che «il vantaggio per il beneficiario delle erogazioni può essere di vari tipi, potendo consistere in una contribuzione a fondo perduto o in un finanziamento per la cui restituzione sono disposti tassi di interesse agevolati, ma potendo anche concretarsi, ad esempio, sul piano delle condizioni per l’accesso al credito ovvero delle garanzie che lo assistono».

⁴⁶ Cfr. in motivazione Cass., n. 28416/2022, cit., par. 10.2.

⁴⁷ Cass., n. 28416/2022, cit., par. 10.3.

Così ricostruita in chiave “unitaria” la dinamica strutturale dell’operazione di finanziamento garantito, la Corte di legittimità si è peraltro profusa in uno sforzo argomentativo ulteriore, probabilmente ben consapevole che la partita “vera” si sarebbe giocata sul piano della conformità del risultato applicativo prospettato rispetto al principio di tassatività e al divieto di analogia *in malam partem*. In questo senso, la Suprema Corte ha prontamente “messo le mani avanti”, precisando che nessuna violazione del principio di tassatività della legge penale si sarebbe profilato in quanto, per un verso, poteva dirsi ormai ampiamente condiviso (anche in dottrina) l’invito a non esasperare la capacità classificatoria dell’art. 316-*bis* c.p. e a superare il dato nominalistico sino a ricomprendere, nell’oggetto materiale della malversazione, qualsiasi forma di pubblica erogazione finalisticamente vincolata; e, per altro verso, valorizzando una prospettiva sistematica, in quanto la stessa normativa in materia di incentivi pubblici corroborava tale impostazione, posto che all’interno del sintagma “finanziamento agevolato” troverebbe collocazione anche la concessione di garanzie sui prestiti⁴⁸.

Seguendo pertanto l’indirizzo esegetico consolidatosi in giurisprudenza prima delle modifiche apportate dal d.l. 4/2022, la nozione di “erogazione pubblica”, rilevante ai sensi dell’art. 316-*bis* c.p., si presterebbe a ricomprendere anche le ipotesi in cui l’intervento pubblico avvenga in via “indiretta”, come nel caso della concessione di garanzie sui prestiti: la malversazione, in altri termini, «non deve necessariamente avere ad oggetto *pecunia publica* ma può avere anche ad oggetto finanziamenti erogati in ragione della presenza di una garanzia pubblica»⁴⁹.

3. *Malversazione, distrazioni in itinere e individuazione del momento consumativo del reato.* Abbandoniamo, per un momento, il problema della rilevanza “malversativa” dei finanziamenti assistiti da garanzia pubblica e rivolgiamo l’attenzione all’altro “grande tema” sul quale si è recentemente registrata una significativa evoluzione interpretativa, ossia quello concernente

⁴⁸ Il riferimento è al già menzionato art. 7, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123: cfr. *supra*, nt. 42; cfr. Cass. n. 28416/2021, cit., par. 11.4.

⁴⁹ Cass., n. 28416/2022, cit., par. 11.6.

l'individuazione del momento consumativo del reato di malversazione, in particolare allorché vengano in rilievo ipotesi di c.d. distrazioni *in itinere*. Fissati entrambi gli snodi teorico-operativi di interesse, sarà infatti possibile svolgere alcune osservazioni critiche sugli ondivaghi percorsi giurisprudenziali in punto a definizione dei confini applicativi del reato di malversazione.

A tal fine, pare opportuno innanzitutto ricordare che il delitto di malversazione – tanto nella sua versione *ante* intervento novellistico, quanto in quella attualmente vigente – postula che le erogazioni pubbliche ottenute dal privato siano da questi *non destinate* alle finalità di pubblico interesse per la realizzazione delle quali erano state concesse: pertanto, come costantemente affermato in dottrina, la condotta tipizzata presenta la fisionomia di un reato omissivo proprio⁵⁰.

La connotazione omissiva della condotta peraltro non impedisce che la stessa si possa in concreto manifestare secondo una cadenza commissiva, assumendo la fisionomia di una “distrazione”⁵¹. La generica espressione «non destina» si presta infatti a ricomprendere un vasto arcipelago di ipotesi di “scostamento”, quantitativo o qualitativo, dal vincolo di destinazione: dai casi di mera inazione (mancato utilizzo *tout court* dell'erogazione pubblica ottenuta, in assenza di restituzione della stessa), a quelli di impiego delle risorse pubbliche per finalità diverse da quelle che costituivano il *target* del finanziamento (di-

⁵⁰ Dottrina ampiamente maggioritaria: *ex multis*, v. LOMBARDO, *La malversazione a danno dello Stato*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Romano-Marandola, Milano, 2020, 106; PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 192; PISA, *Commento alla l. 26 aprile 1990, n. 86*, in *Leg. pen.*, 1990, 284; RIVERDITI, *Delitti a tutela dell'attività di finanziamento pubblico*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Grosso-Pelissero, Milano, 2015, 149; SEMINARA, *Art. 316-bis c.p.*, cit., 1024; SCOTTI, *La nuova fattispecie di malversazione a danno dello Stato: primi rilievi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 970 ss. È rimasta minoritaria la tesi che qualifica il delitto come reato omissivo improprio, in cui l'evento del reato consisterebbe nel danno cagionato alla p.a.: in questo senso, MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Padova, 1994, 62. Minoritaria risulta altresì la tesi secondo la quale, valorizzando la centralità della *distrazione* rispetto alla dinamica della condotta di *mala gestio administratio*, nel senso che la condotta consisterebbe in una gestione degli importi «non conforme allo scopo e quindi una distrazione dell'erogazione dalle sue finalità», il reato *de quo* avrebbe struttura commissiva: v. SEGRETO-DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, cit., 185-186.

⁵¹ Nel senso che «il delitto *de quo* è un reato integrato da una condotta omissiva, eventualmente associata a comportamenti commissivi, che però ne integrano soltanto il presupposto», TROJANO, *Tutela penale delle pubbliche sovvenzioni*, cit. 3934. Sui plurimi significati che può assumere il termine “distrazione” in diritto penale, v. MARINUCCI, voce *Distrazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, vol. XIII, 309 ss.

strazione, appunto), a quelli ancora di omessa destinazione solo parziale delle somme erogate (purché fosse previsto un obbligo di restituzione dell'eventuale eccedenza inutilizzata). Non a caso parte della dottrina – preso atto dell'assenza di ulteriori elementi funzionali a meglio specificare la condotta tipizzata⁵² e del rischio che letture eccessivamente formalistiche della locuzione «non destina» potessero condurre a esondazioni applicative della fattispecie, sino a colpire fatti dall'evanescente disvalore concreto – ha valorizzato il vincolo di destinazione delle erogazioni quale parametro di riferimento per accertare se la “non destinazione” abbia o meno determinato la effettiva frustrazione dello scopo di pubblico interesse sotteso all'erogazione stessa, elemento nel quale si incardina «il baricentro disvaloriale della fattispecie»⁵³: sulla scorte di tale approccio, non ogni “scostamento”, non ogni inazione o distrazione dalla finalità pubblica assumerebbero rilievo penale, ma solo quelli concretamente idonei a compromettere la finalità di pubblico interesse sottesa all'erogazione, ossia solamente quelli caratterizzati da una concreta lesività⁵⁴.

In tale prospettiva assume importanza centrale l'analisi del contenuto del provvedimento con cui è stata concessa l'erogazione, anche ai fini dell'eventuale previsione di un termine espresso entro il quale gli importi debbono essere destinati in conformità all'interesse pubblico.

Come la recente dottrina non ha mancato di rimarcare, la variabilità fenomenica che assume – in concreto – la malversazione non può incidere sulla conformazione giuridica – astratta – di una fattispecie incriminatrice che, si è ri-

⁵² Elementi che peraltro erano stati ipotizzati in alcune delle proposte legislative formulate nel corso dei lavori che hanno condotto all'emanazione della l. 26 aprile 1990, n. 86. La proposta di legge n. 1219 (presentata alla Camera dei deputati il 27 luglio 1987) in particolare, oltre a limitare la soggettività attiva del reato al solo “imprenditore”, descriveva una condotta attiva consistente nel *distrarre* i contributi, le sovvenzioni o i finanziamenti di matrice pubblicistica verso la realizzazione di «finalità private».

⁵³ SCORCIA, *Sulla struttura della malversazione a danno dello Stato: la giurisprudenza fa dietrofront (ma non del tutto)*, in *Arch. pen. web*, 2023, 3, 4.

⁵⁴ In particolare, v. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 74., nonché VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 303. Altra parte della dottrina sostiene invece che anche la semplice deviazione dell'erogazione dall'obiettivo per il quale è stata ottenuta integrerebbe il delitto di malversazione: v. COPPI, *Appunti in tema di «malversazione a danno dello Stato» e di «truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche»*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1991, vol. I, 576.

cordato, è strutturata sullo schema del reato omissivo proprio⁵⁵. Ciò significa che l'individuazione di un termine per la destinazione dovrebbe costituire un elemento costante e fondamentale (anche laddove non esplicitato a livello normativo) per la configurabilità del delitto in esame, a prescindere dalla concreta modalità di manifestazione della condotta: tenuto conto che «l'obbligo di fare postula sempre, per necessità logica, un termine entro il quale il fare deve essere realizzato»⁵⁶, se non ci fosse un termine l'incriminazione in esame non potrebbe mai trovare applicazione⁵⁷. Coerentemente con tali premesse, e preso atto che l'art. 316-*bis* c.p. non reca alcuna indicazione esplicita sui tempi di destinazione delle somme, in dottrina si è sostenuto che l'elemento temporale non può che essere ricercato «nella legge istitutiva del finanziamento o nei decreti di attuazione o, più spesso, nel provvedimento di concessione, in cui sono specificate le modalità relative alla utilizzazione delle somme pubbliche percepite»⁵⁸ e, laddove ciò non sia possibile, spetterà al giudice individuare *aliunde* il termine stesso: alla luce della complessiva «situazione contingente»⁵⁹, egli dovrà infatti stabilire *quando* la “non destinazione” delle erogazioni abbia irrimediabilmente frustrato la realizzazione della finalità di pubblico interesse alla quale erano teleologicamente vincolate.

Spostando l'attenzione dal piano dottrinale a quello dell'elaborazione giurisprudenziale, non può fare a meno di osservarsi che quel rapporto (apparentemente) lineare tra fattispecie astratta e fatto concreto, tale per cui i connotati giuridici della prima non potrebbero mutare in dipendenza delle contingenti manifestazioni del secondo, sembra essersi talora rovesciato proprio in relazione al problema della rilevanza – o meno – del termine per la realizzazione della finalità di pubblico interesse ai fini dell'individuazione del momento consumativo del reato di malversazione.

Scorrendo la giurisprudenza di legittimità, emerge un primo orientamento interpretativo formatosi in relazione a casi di c.d. malversazione pura. Secondo

⁵⁵ SCORCIA, *Sulla struttura della malversazione*, cit., 6.

⁵⁶ Così GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 228-229.

⁵⁷ Sull'essenzialità di un termine per l'adempimento nei reati omissivi propri, vedasi il fondamentale lavoro monografico di CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, II, Padova, 1988, 825 ss.

⁵⁸ PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 197.

⁵⁹ Così ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 75.

tale impostazione – tenuto conto della struttura omissiva del reato e della *ratio* che ispira l’incriminazione, coincidente con l’obiettivo di reprimere la “non destinazione” dei fondi pubblici allo scopo per il quale erano stati ottenuti – il termine di realizzazione dell’opera, così come individuato nell’atto di concessione dell’erogazione, assume importanza centrale per l’individuazione del momento consumativo del reato: solo con l’infruttuoso decorso del termine stesso può infatti predicarsi con certezza la mancata destinazione dell’erogazione agli scopi prefissati⁶⁰. Seguendo tale impostazione appare dunque evidente l’irrelevanza di eventuali scostamenti *in itinere* dell’erogazione dall’obiettivo stabilito, in quanto solo con lo spirare della data fissata per la realizzazione dell’opera si determinerebbe la frustrazione dell’interesse pubblico ad essa sotteso.

A differenti conclusioni è pervenuto un secondo indirizzo di legittimità, emerso a fronte di condotte di malversazione concretizzatesi in contegni attivi (*recte*: in distrazioni). La Suprema Corte, chiamata in particolare a identificare il *dies a quo* per il computo del termine prescrizione del reato, ha ritenuto che la consumazione dell’illecito si radica nel momento in cui si verifica l’inadempimento dell’obbligo di destinazione dei fondi pubblici, il quale a sua volta viene a coincidere con il compimento dell’atto di distrazione dei fondi stessi, mentre a nulla rilevarebbe la tardiva destinazione di essi alle medesime finalità⁶¹, se non sul versante del trattamento sanzionatorio⁶². Sulla scorta di tali indicazioni esegetiche, come ulteriormente specificate da alcuni arresti successivi, la distrazione *in itinere* sarebbe dunque rilevante ai fini dell’integrazione del reato⁶³ e, correlativamente, l’eventuale termine stabilito

⁶⁰ In questo senso, Cass., Sez. VI, 8 novembre 2002, n. 40375, in *Cass. pen.*, 2004, 1, 117 ss., con nota di MADIA, *Malversazione a danno dello Stato: quid juris nell’ipotesi in cui i finanziamenti ottenuti siano utilizzati dal beneficiario per la soddisfazione di un interesse pubblico diverso rispetto a quello cui erano destinati*.

⁶¹ Cass., Sez. VI, 3 giugno 2010, n. 40830, in *Cass. pen.*, 2012, 151; nonché in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2010, con scheda di ZIRULLA, *Malversazione a danno dello Stato: un’interessante pronuncia della Cassazione sulla nozione di “ente pubblico” e sul dies a quo della prescrizione*. A sostegno della tesi che attribuisce rilievo consumativo alla distrazione *in itinere*, la Suprema Corte ha evidenziato che, attesa la natura di reato omissivo proprio e istantaneo del delitto di malversazione, non sarebbe ipotizzabile «la permanenza dell’azione tipica che ne determina la consumazione».

⁶² Cass., n. 40830/2010, cit. In dottrina, v. BENUSSI, *Art. 316-bis*, cit., 523.

⁶³ Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 23778, in *Guida dir.*, 2013, 15, 70, nell’ambito della quale la Su-

per l'esecuzione delle opere – termine che peraltro non costituirebbe, a differenza di altre ipotesi di reato, un elemento strutturale della fattispecie⁶⁴ – non rileverebbe ai fini del perfezionamento dell'illecito⁶⁵.

In buona sostanza l'*excursus* giurisprudenziale consegna l'immagine di un delitto connotato da una «duplicità di regime»⁶⁶, dal momento che solo nei casi di malversazione c.d. pura la consumazione del reato verrebbe a coincidere con lo spirare del termine di adempimento, laddove invece nei casi di malversazione c.d. attiva il *tempus commissi delicti* verrebbe anticipato al momento dell'atto distrattivo⁶⁷.

Entrambe le menzionate impostazioni giurisprudenziali prestano il fianco a talune osservazioni.

Se alla prima tesi – che pure ha il pregio di articolare un ragionamento coerente con la riconosciuta fisionomia di reato omissivo proprio del delitto in esame – può obiettarsi che talora il termine stabilito nel bando o nel decreto di concessione non è perentorio, sicché il suo mancato rispetto «non costituisce elemento sufficiente, di per sé, all'affermazione della responsabilità penale agli effetti della malversazione»⁶⁸, per contro la seconda linea interpretativa menzionata non convince in quanto, oltre a “sconfessare” la fisionomia giuridica di reato omissivo proprio della malversazione – escludendo la rilevanza del termine dell'adempimento – finisce per far coincidere il momento consumativo del reato con il compimento dell'atto distrattivo delle somme, pre-

prema Corte ha espressamente affermato che si «verifica certamente distrazione del contributo pubblico dalla finalità prevista nell'ipotesi di scostamento in itinere dal progetto finanziato, si da frustrare lo scopo di pubblico interesse per il quale il sovvenzionamento fu concesso». In senso conforme, Cass., Sez. II, 8 aprile 2015, n. 14125, in *Dejure*.

⁶⁴ A differenza di quanto accade, ad esempio, in taluni reati tributari: si pensi all'art. 10-*bis* o all'art. 10-*ter*, d.lgs. 74/2000.

⁶⁵ Sul punto, da ultimo, Cass., Sez. V, 12 novembre 2020, n. 331, in *www.sistemapenale.it*, 23 febbraio 2021, con scheda di NIGRO IMPERIALE, *Tra mera omissione e distrazione: il momento consumativo della malversazione a danno dello Stato*.

⁶⁶ Così SCORCIA, *Sulla struttura della malversazione*, cit., 6.

⁶⁷ Cfr. ancora SCORCIA, *ibid.* In senso analogo, CANTISANI, *Il momento consumativo della malversazione: note a margine di due recenti sentenze*, in *Giur. pen. web*, 2022, 12, 7, secondo la quale «la definizione del termine, più che un problema “strutturale”, unicamente riferito al dettato della disposizione legislativa, [è] piuttosto questione “del caso”, relativo, cioè, alle circostanze che accompagnano la condotta».

⁶⁸ DE LIA, *Il momento consumativo nelle fattispecie criminose in materia di agevolazioni finanziarie alle imprese*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, 17 e, in particolare, v. nota 43.

scindendo dal verificare se tale impiego, intervenuto prima dello scadere del termine eventualmente fissato, abbia effettivamente determinato l'irreversibile mancato conseguimento del risultato di pubblico interesse perseguito mediante la concessione dell'erogazione "distratta". Trattasi di una lettura formalistica, non solo dell'elemento della "non destinazione", ma anche della nozione di "distrazione".

Infatti, ove si consideri che proprio il richiamo al concetto di "distrazione" - che «evoca un raffronto in termini di difformità tra l'impiego del denaro e lo scopo della sua concessione» - dovrebbe «favorire una lettura dell'art. 316 *bis* in termini "sostanzialistici", proiettati sullo scarto fra il vincolo finalistico gravante sul contributo *etc.* e la destinazione effettivamente conferita al denaro e sul mancato conseguimento del risultato perseguito attraverso il contributo»⁶⁹, al contrario l'impostazione giurisprudenziale che tende ad individuare la consumazione dell'illecito nel momento dell'impiego delle somme verso obiettivi diversi da quelli prestabiliti - a prescindere da ogni indagine circa l'"effettiva" frustrazione dell'interesse pubblico sotteso - finisce per svuotare di "sostanza" la nozione stessa di "distrazione". In altri termini, valorizzando esclusivamente lo scostamento formale dal vincolo finalistico, tale giurisprudenza rinchiude la "distrazione" in una dimensione puramente omissiva, con l'effetto di determinare una indebita sovrapposizione tra "distrazione" e "non destinazione" e, quindi, di anticipare la consumazione del reato al momento dell'impiego finalisticamente difforme, anche laddove l'obiettivo di interesse pubblico dovesse essere concretamente "ancora" realizzabile.

Nel tentativo di porsi quale «punto di sintesi tra le diverse soluzioni emerse in merito alla rilevanza del termine ai fini del perfezionamento del reato in esame»⁷⁰, un terzo orientamento si è più recentemente affacciato sul complesso scenario giurisprudenziale.

Muovendo dalla duplice premessa che il delitto di malversazione è reato strutturalmente omissivo - ancorché suscettibile di manifestarsi mediante comportamenti attivi - e che non è possibile individuare il «tempo della "omessa destinazione"» una volta per tutte, dovendosi invece tenere conto di

⁶⁹ Così SEMINARA, *Art. 316 bis*, cit., 1024.

⁷⁰ Cass., Sez. VI, 6 maggio 2022, n. 19851, in *Cass. pen.*, 2022, 3964-3966.

«una pluralità di fattori, relativi alle condizioni contrattuali e alla tipologia delle sovvenzioni/finanziamenti, che rendono imprescindibile il confronto dell'interprete con le specifiche situazioni concrete»⁷¹, la Corte di legittimità è giunta ad elaborare una soluzione di compromesso⁷², mediana⁷³ rispetto alle tesi contrapposte su richiamate. Si è in particolare affermato che laddove il provvedimento di concessione, o il contratto, o una specifica disposizione normativa, preveda un termine per la realizzazione della finalità di pubblico interesse, allora il reato di malversazione non può considerarsi perfezionato prima dello scadere di tale termine, ma questo «principio generale»⁷⁴ deve essere contemperato in relazione alle specificità del caso concreto e delle ulteriori condizioni eventualmente previste nell'atto di erogazione: con la conseguenza che l'irreversibile compromissione della realizzazione della finalità di pubblico interesse - momento coincidente con la consumazione del reato - potrebbe collocarsi temporalmente prima dello spirare del termine stabilito, ossia in corrispondenza della violazione di tali condizioni ulteriori⁷⁵, ovvero anche in un momento successivo, se il termine *de quo* fosse meramente "ordinatorio" e il suo infruttuoso decorso non comporti la frustrazione definitiva dell'obiettivo pubblico, bensì un mero ritardo⁷⁶.

In definitiva, seguendo la linea interpretativa da ultimo citata, pare desumersi che il termine indicato nell'atto di erogazione è "di regola" rilevante per stabilire la soglia di consumazione del reato e tuttavia non è "automaticamente" determinante, in quanto l'analisi delle peculiarità del caso concreto potrebbe imporre di anticipare il momento consumativo rispetto alla scadenza del termine fissato⁷⁷. Se infatti, la *ratio* dell'incriminazione non è quella di punire la

⁷¹ Cass., n. 19581/2022, cit., par. 2.1. e 2.2.

⁷² LUI, *La consumazione del reato di malversazione di erogazioni pubbliche: l'incidenza del termine per la realizzazione delle opere o attività di pubblico interesse*, in *Sistema* 231, 1-2, 2023.

⁷³ CANTISANI, *Il momento consumativo*, cit., 7.

⁷⁴ In questi termini, Cass., Sez. VI, 6 settembre 2022, n. 32828, in *Guida dir.*, 2022, 39. In senso conforme, Cass., n. 6955/2023, cit.

⁷⁵ In giurisprudenza si porta l'esempio della previsione, nell'accordo o nella normativa di riferimento, della creazione di un conto dedicato: in un caso del genere «non si potrebbe escludere che la distrazione delle somme versate su tale conto configuri, già in sé, un "non destinare", a prescindere dalla pendenza del termine» (Cass., n. 19851/2021, cit.).

⁷⁶ Cfr. ancora Cass., n. 19851/2022, par. 2.3.

⁷⁷ Come evidenziato da PISA, *Art. 316-bis*, cit., 53, ferma la rilevanza del termine fissato a livello norma-

«disobbedienza al vincolo contrattuale, bensì la frustrazione dell'interesse concreto che lo Stato, l'ente pubblico o l'organismo europeo perseguiva attraverso il finanziamento dell'opera o servizio»⁷⁸, è proprio al “momento” in cui si registra la compromissione irreversibile dello scopo perseguito con l'erogazione che deve guardarsi per collocare la consumazione del reato: e questo potrebbe coincidere con la scadenza del termine fissato nell'atto di erogazione, se ciò determina la frustrazione dell'interesse pubblico (come accade, ad esempio, nei casi in cui il termine sia essenziale⁷⁹ o qualora il ritardo accumulato sia tale pregiudicare definitivamente la realizzazione della finalità), oppure potrebbe collocarsi in epoca antecedente allo spirare del termine stesso (quando questo non sia essenziale)⁸⁰.

Il riflesso applicativo di tale indicazione ermeneutica appare immediato: eventuali scostamenti *in itinere* delle somme erogate dalla finalità di pubblico interesse alla quale queste sono vincolate appaiono di regola irrilevanti, salvo che l'impiego *aliunde* degli importi – tenuto conto delle condizioni e dei vincoli contrattualmente o normativamente previsti per il loro utilizzo – dimostri sul piano logico che lo scopo perseguito con l'erogazione pubblica sia già stato compromesso con l'atto distrattivo.

4. *I confini mobili della condotta malversativa nella giurisprudenza di legittimità: dalle tendenze ampliative cripto-analogiche...* Ripercorsi rapidamente i rivolgimenti interpretativi che hanno recentemente interessato due questioni “classiche” e tuttavia estremamente attuali in tema di malversazione – la selezione delle “provvidenze” pubbliche suscettibili di non-destinazione penalmente rilevante e l'individuazione del *tempus commissi delicti* – è a questo punto possibile riannodare il filo dell'esposizione con le riflessioni d'apertura.

tivo, provvedimento o contrattuale, «un'eventuale diversa destinazione a scopo non conforme alle finalità pubbliche specifiche giustificanti l'erogazione può determinare l'effetto di accelerare la consumazione del reato».

⁷⁸ In questi termini, Cass., n. 6955/2023, cit., par. 4.1.

⁷⁹ BENUSSI, *Note sul delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1045.

⁸⁰ Sul punto, v. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, Milano 2013, 410 ss.; MADIA, *La tutela penale dei finanziamenti pubblici nell'economia*, Roma, 2012, 65; AMARELLI, *La malversazione*, cit., 75.

Il delitto di malversazione – si è detto – poggia su una struttura linguistica che non si segnala per nitore e precisione descrittiva, e le incertezze semantiche si riflettono sul tipo criminoso il quale, lungi dallo scolpire una «unità omogenea di disvalore»⁸¹ agevolmente individuabile, pare invece delimitato da un confine di sabbia, mutevole in quanto esposto alle folate interpretative che corrono negli interstizi del testo normativo e come tale suscettibile di sovraestensioni applicative (c.d. *overbreadth*)⁸².

Non è peraltro difficile scorgere, alla base di tali tendenze “estensive” della fattispecie, quella più generale direttrice giurisprudenziale – particolarmente evidente, tra gli altri, nel settore “trainante” del diritto penale dell’economia⁸³ – a supplire a ritenute “inazioni” legislative attraverso l’adozione di soluzioni ermeneutiche ampliative dell’ambito delle incriminazioni «al fine di proteggere “a tappeto” tutti i possibili beni giuridici»⁸⁴.

Del resto, proprio il timore di vuoti di tutela si poneva alla base dell’allarme, lanciato da alcuni Pubblici Ministeri all’indomani dell’entrata in vigore del d.l. n. 23/2020, in ordine alla temuta incapacità delle fattispecie incriminatrici esistenti (compresa la malversazione) di colpire le condotte abusive che avrebbero potuto incunearsi nel meccanismo dei finanziamenti garantiti dallo Stato: non a caso, in quel contesto veniva proposto di modificare l’art. 316-*bis* c.p. introducendovi un esplicito richiamo alle garanzie sui finanziamenti⁸⁵. Ma significativo appare altresì quanto evidenziato dall’Ufficio del Massimario a commento dell’estensione, operata dal d.l. 4/2022, dell’oggetto della condotta di malversazione sino a includervi i «mutui agevolati» e «altre erogazioni pubbliche, comunque denominati»: nella propria Relazione, l’Ufficio ha infatti emblematicamente osservato che l’intervento normativo sembrava aver tenuto conto «di alcuni *vulnus* di tutela posti in luce dalla più recente giurisprudenza di legittimità» in relazione a casi di “distrazione” di finanziamenti bancari ga-

⁸¹ Parafrasando PALAZZO, *La scienza della legislazione penale*, cit., 397.

⁸² Su tale fenomeno, con specifico riguardo ai reati di corruzione e fattispecie “limitrofe”, v. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1143 ss.

⁸³ PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 981, secondo il quale il «creazionismo giudiziale» nel settore dell’economia è «sospinto da crescenti esigenze di tutela del tutto coerenti con l’onnipervasività dell’economia nelle moderne società».

⁸⁴ CADOPPI, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 254.

⁸⁵ Cfr. la Comunicazione dei P.M. Greco e Melilo, *cit.*, nota 3.

rantiti dallo Stato⁸⁶.

Compreso l'obiettivo, resta peraltro da valutare la legittimità della strada percorsa per raggiungerlo: e qui sorgono alcuni problemi, dal momento che l'operazione interpretativa si sviluppa lungo il pericolante crinale che separa (sempre che tale separazione sia possibile) l'interpretazione estensiva e l'interpretazione analogica *in malam partem*. Occorre infatti domandarsi se l'inclusione delle garanzie pubbliche nel novero delle erogazioni ottenute dallo Stato rientri tra i possibili significati letterali desumibili dal dato semantico, oppure se fuoriesca da tale perimetro, violando il divieto di analogia *in malam partem* il quale – come ribadito recentemente dalla Corte costituzionale – «non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo»⁸⁷.

L'impressione è che – nonostante il tentativo di parte della giurisprudenza di “mettere le mani avanti”, assicurando la conformità dell'operazione al principio di tassatività⁸⁸ – il percorso interpretativo intrapreso abbia oltrepassato i confini dell'interpretazione estensiva, conducendo verso risultati *in malam partem* non prevedibili alla luce dell'originario dettato letterale⁸⁹.

Muovendo dal piano strettamente semantico si osserva che, anche ad aderire alla tesi tradizionale, secondo la quale “contributi, sovvenzioni o finanziamen-

⁸⁶ Rel. Massimario, cit., 6.

⁸⁷ Corte cost., 28 aprile 2021 (dep. 14 maggio 2021), n. 98, con nota di PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9, 1218 ss.

⁸⁸ V. *supra* Cass. n. 28416/2021, nota 48.

⁸⁹ Un percorso peraltro “in controtendenza” rispetto a quello seguito dalla Suprema Corte, sempre nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione ma in materia di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* c.p.), che ha portato il Giudice di legittimità – muovendo proprio dal monito espresso da Corte cost. n. 98/2021 – ad affermare che «la stretta osservanza del principio di legalità preclude all'interprete di abbandonare il dato letterale della norma incriminatrice ed il suo significato semantico, per ricercare profili ulteriori in grado di colorare ulteriormente il perimetro dell'illecito», e ad escludere la configurabilità del reato nelle ipotesi in cui il procedimento di scelta sia svincolato da ogni schema concorsuale ovvero quando la decisione di procedere all'affidamento diretto sia essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara: cfr. Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, in *Cass. pen.*, 2023, 1647, con nota di SBARRO, *I principi di tipicità e offensività quali strumenti di gestione del rischio di overbreadth: un esempio pratico*. Si veda anche MADIA, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta: fattispecie a rischio overbreadth*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 14 ss.

ti” non esaurirebbero le tipologie di provvidenze pubbliche la cui disponibilità costituiva - *ante* modifiche operate dal d.l. 4/2022 - il presupposto della condotta sanzionata, pare tuttavia insuperabile il requisito per cui tali erogazioni comunque debbano essere “ottenute” dallo Stato: il tenore letterale della disposizione («*avendo ottenuto dallo Stato*») sembra esprimere un rapporto di derivazione diretta tra la provvidenza e le “casse” pubbliche che, per contro, non pare ravvisabile laddove l’impegno pubblicitario si risolva nella previsione di una mera garanzia a fronte di una erogazione ottenuta dal mondo privato. L’interposizione degli istituti di credito - materiali finanziatori dell’operazione - non appare elemento irrilevante: è da questi che si può dire essere stato “ottenuto” il finanziamento, non certo dallo Stato.

Il dato ricavabile dal piano semantico - e tralasciando ogni ulteriore considerazione critica sull’opportunità di interpretare “in chiave unitaria” il rapporto triangolare tra ente finanziatore, privato percettore e Stato-garante⁹⁰ - sembra del resto trovare conforto laddove si sposti l’attenzione sulla dimensione offensiva dell’incriminazione. La valorizzazione del principio di offensività - parametro esegetico che impone al giudice di interpretare la fattispecie «focalizzandola su un bene giuridico dotato di concretezza» guidandolo «in una “prevedibile” ricostruzione del “senso del divieto”»⁹¹ - pare infatti suggerire un’ermeneutica restrittiva della platea di provvidenze pubbliche rilevanti ai sensi dell’art. 316-*bis* c.p. Quale che sia l’esatta conformazione dell’oggettività giuridica presidiata - il buon andamento della p.a., *sub specie* della corretta destinazione delle risorse erogate alle finalità istituzionali perseguite⁹²; oppure l’economia pubblica, la cui integrità sarebbe intaccata dalla condotta di chi distrae le risorse pubbliche dalla loro destinazione⁹³ - appare difficoltoso intra-

⁹⁰ Come rilevato da CARUSO-DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi*, cit., 25-27, tale soluzione ermeneutica finisce non solo per «adombrare la *ratio*» che ha spinto il Governo ad optare per un sostegno alle imprese mediante garanzia, invece che attraverso “dazioni dirette” - ossia evitare una esposizione in prima battuta delle risorse pubbliche - ma anche per determinare una «irrazionale inversione della gerarchia esistente tra rapporto principale e rapporto accessorio»: ci si chiede infatti quale sia la ragione per cui una garanzia - che è tipicamente servente e che «accede ad un negozio principale - dovrebbe essere in grado di influenzare il rapporto posto in primo piano, al punto da mutarne la natura da privata in pubblica».

⁹¹ MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, 88.

⁹² RIVERDITI, *Delitti a tutela dell’attività di finanziamento pubblico*, cit., 143.

⁹³ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 66; PELISSERO, *I delitti contro la Pubblica*

vedere una concreta offesa al bene protetto nel caso in cui il finanziamento provenga da una fonte “privata” che si interpone tra l’imprenditore beneficiario e lo Stato il quale, quantomeno sino al momento della (eventuale) effettiva attivazione della garanzia, resta sullo sfondo dell’operazione come mero garante.

A ulteriore riprova della inidoneità della fattispecie a colpire i fenomeni abusivi correlati ai meccanismi preveduti dal c.d. decreto liquidità, viene in rilievo la stessa evoluzione legislativa che ha interessato l’art. 316-*bis* c.p. Come già ricordato, il d.l. 4/2022 ha ampliato la portata applicativa della disposizione, incidendo sia sull’oggetto materiale della condotta (non più limitata a «contributi sovvenzioni o finanziamenti», ma oggi estesa anche ai «mutui agevolati» e, in generale, a «altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate»), sia sul vincolo finalistico impresso alle menzionate erogazioni (non più destinate «alla realizzazione di opere o allo svolgimento attività di pubblico interesse», ma più genericamente proiettate verso la «realizzazione di una o più finalità») e tali modifiche rispondevano proprio «alla comune finalità di un rafforzamento della tutela penale delle risorse pubbliche e a un più puntuale adeguamento alle previsioni della direttiva PIF»⁹⁴: difficile non scorgere nella novella legislativa l’obiettivo di colmare una lacuna della fattispecie, percepita come inidonea a intercettare le malversazioni di finanziamenti erogati da istituti bancari e assistite da garanzie pubbliche. Ma l’*intentio legis* concorre a disvelare la natura dell’operazione interpretativa compiuta dalla giurisprudenza di legittimità sulla “originaria” fattispecie dell’art. 316-*bis*. Se davvero il delitto di malversazione, nella versione *ante* d.l. 4/2022, fosse stato in grado di colpire coloro che avessero “distratto” i finanziamenti privati accompagnati da garanzia pubblica, allora la novellazione non avrebbe avuto ragion d’essere: la scelta di intervenire in via legislativa rivela quindi che tali “distrazioni” fuoriuscivano dal fuoco applicativo della fattispecie e che, conseguentemente, lo

Amministrazione, cit. 454.

⁹⁴ Si veda il testo della Relazione illustrativa al d.d.l. 2545 (reperibile *online* nel sito del Senato della Repubblica), ove si precisa anche che la scelta di ampliare la platea delle erogazioni contemplate dall’art. 316-*bis*, allineandola a quelle contemplate negli artt. 316-*ter* e 640-*bis* c.p., rispondeva alla presa d’atto che una «differenziazione, meramente nominalistica, delle erogazioni nelle varie norme risulta, infatti, intrinsecamente incoerente e, soprattutto, suscettibile di ingenerare incertezze e perplessità in fase applicativa e, con esse, lacune di tutela».

sforzo esegetico compiuto dalla Suprema Corte non si muoveva entro i legittimi confini di una “mera” interpretazione estensiva⁹⁵.

4.1. (*segue*) ... alla “riscoperta” della struttura omissiva del reato. In una diversa direzione si dirige il percorso tracciato in tema di “distrazioni *in itinere*” e individuazione del momento consumativo del reato. Gli approdi interpretativi più di recente raggiunti dalla Suprema Corte sembrano infatti non solo fissare un condivisibile “punto di sintesi” tra le contrapposte tesi emerse nella giurisprudenza più risalente, ma soprattutto paiono delineare una soluzione esegetica coerente tanto con l’intenzione “storica” del legislatore del 1990, quanto con i principi di offensività e di sussidiarietà che dovrebbero orientare l’intervento penale.

In effetti, uno sguardo retrospettivo sui lavori parlamentari che hanno condotto all’introduzione dell’art. 316-*bis* nell’ordito codicistico rivela un passaggio particolarmente significativo. Nella sua formulazione iniziale – così come elaborata nel disegno di legge di marca governativa – la nuova disposizione dell’art. 316-*bis* c.p. attribuiva uno specifico rilievo strutturale alla individuazione di un termine entro il quale l’opera, il servizio o l’operazione finanziata con risorse pubbliche dovesse essere realizzata, fissandosi allo scadere di quel termine il momento consumativo del reato: infatti, allo scopo di evitare di creare «impacci e disincentivi agli operatori economici», si era inteso collegare la punibilità «non alle modalità di utilizzazione dei fondi, ma al conseguimento del risultato cui la loro concessione è finalizzata, coerentemente del reato con la natura dell’interesse protetto»⁹⁶. Nel corso delle discussioni in Com-

⁹⁵ In questa direzione anche CARUSO-DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi*, cit., 34, i quali concludono nel senso che le modifiche legislative «denotano le carenze – ben compendiate nella Relazione al disegno di legge – di una fattispecie che non si sarebbe potuta applicare alle malversazioni compiute su finanziamenti privati se non ammettendo (come è stato fatto) una interpretazione oltremodo estensiva e – come pare evidente – inconciliabile con il significato sotteso alla riforma introdotta con il Decreto sostegni *ter*».

⁹⁶ Con queste chiare indicazioni l’allora Ministro di Grazia e Giustizia Vassalli aveva accompagnato l’illustrazione del nuovo delitto di malversazione in danno dello Stato, come ipotizzato nel disegno di legge n. 2441, presentato il 7 marzo 1988 alla Camera. Il d.d.l. n. 2441, abbandonata la configurazione – prospettata in altre proposte di legge – dell’illecito come reato proprio, per un verso recava una dettagliata elencazione delle diverse finalità alle quali avrebbero dovuto riferirsi le erogazioni agevolate oggetto di distrazione o di impiego in iniziative estranee alla destinazione stabilita e, per altro verso, limitava la punibilità ai soli casi in cui le opere, i servizi, o le prestazioni di interesse pubblico non fossero «com-

missione Giustizia la fisionomia della fattispecie venne modificandosi, registrandosi in particolare la soppressione del riferimento allo scadere del termine di realizzazione dell'opera, dei servizi o delle prestazioni quale condizione di punibilità del reato: scelta che, nonostante una proposta di emendamento governativa tesa a ripristinare il richiamo all'elemento temporale (significativamente motivata dal timore che, in assenza, «si potrebbe dar luogo ad un eccesso di criminalizzazione anche per fatti non penalmente rilevanti»), venne confermata, precisandosi tuttavia che la disposizione dovesse essere interpretata nel senso «che il reato di malversazione non si consuma con una distrazione puramente temporanea dei contributi, bensì con l'effettiva destinazione degli stessi ad altra finalità»⁹⁷.

La dinamica parlamentare evidenzia una volontà legislativa chiara: è la mancata destinazione delle risorse, da intendersi come definitiva mancata realizzazione della finalità pubblica in vista della quale erano state concesse o erogate, a rendere configurabile il reato, non già una loro diversa utilizzazione meramente temporanea⁹⁸. Collocandosi in questa prospettiva finalistica e offensiva, si comprende perché appariva superfluo modificare il disegno di legge subordinando espressamente la punibilità del reato alla scadenza del termine di realizzazione dell'opera: ciò che contava era la realizzazione dell'iniziativa finanziata, elemento nel quale ancora oggi si concretizza l'interesse pubblico tutelato dalla fattispecie incriminatrice.

Ciò ovviamente non significa che il dato temporale divenga irrilevante: quando il contratto o il provvedimento di concessione contemplano un termine "essenziale" – ossia «un termine [...] oltre il quale la realizzazione dell'opera o del servizio si rivelerebbe inutile»⁹⁹ – l'infruttuoso spirare dello stesso determina *ex se* la frustrazione irreversibile dell'interesse pubblico e, quindi, la consumazione del reato di malversazione.

più nei tempi previsti nell'atto di erogazione».

⁹⁷ In questo senso l'intervento del Sottosegretario di Stato per la grazia e la giustizia alla seduta in II Commissione Giustizia del 23 gennaio 1990 (p. 7 del verbale stenografico, reperibile *online* sul sito della Camera), condivisa anche dal relatore (On. Nicotra).

⁹⁸ Interessante notare come, nel corso della medesima seduta in II Commissione, il Presidente avesse sottolineato che «il concetto di "destinazione" dovrebbe essere diverso da quello di "utilizzo"; quest'ultimo presuppone infatti un uso temporaneo».

⁹⁹ Cass. n. 19851/2021, cit., par. 2.3.

La volontà storica del legislatore pare dunque trovare concreta affermazione nell'indirizzo giurisprudenziale di più recente emersione, dal quale sembra potersi ricavare una griglia di valutazione a "doppio livello" capace di orientare il giudice in sede di accertamento della consumazione del delitto, in tutti i casi in cui vengano in contestazione degli scostamenti *in itinere* nell'impiego delle somme erogate dallo Stato, dagli altri enti pubblici o dall'Unione europea¹⁰⁰.

L'interprete è innanzitutto chiamato a verificare se esista un termine - fissato a livello normativo, provvedimentale o contrattuale - entro il quale l'iniziativa supportata dalle risorse pubbliche debba essere attuata. Se quel termine esiste (ed è "essenziale"), allora il reato non potrà dirsi consumato fintanto che la *deadline* temporale non sopraggiunga in quanto, sino a quel momento, non è astrattamente possibile escludere che il destinatario dell'erogazione - pur avendo *medio tempore* distratto gli importi verso altri obiettivi - sia ancora in grado di destinare le risorse verso la realizzazione della finalità di pubblico interesse.

A questa prima linea di accertamento segue però un approfondimento ulteriore. Il giudice deve infatti scandagliare minuziosamente le peculiarità del caso concreto per accertare se, al di là della fissazione di un termine per la realizzazione dell'opera o del servizio, esistano sul versante normativo, provvedimentale o contrattuale ulteriori limiti che vincolano l'impiego delle risorse e che, laddove violati da parte del privato, conducano logicamente a ritenere che l'interesse pubblico sia stato definitivamente frustrato, pur essendo ancora pendente il termine ultimo eventualmente stabilito per la sua realizzazione. Ad analoga valutazione dovrebbe inoltre pervenirsi laddove il privato, dopo aver destinato le risorse pubbliche a fini personali, si trovi in condizioni di impossibilità di reperire le risorse necessarie a realizzare l'obiettivo pubblicistico.

Assumendo come punto di riferimento la definitiva frustrazione dell'interesse pubblico sotteso all'erogazione delle somme, la tesi giurisprudenziale in esa-

¹⁰⁰ In senso analogo SCORCIA, *Sulla struttura della malversazione*, cit., 19, secondo il quale l'orientamento giurisprudenziale in esame finirebbe per delineare una fattispecie a «duplice momento consumativo».

me ha dunque il pregio di proporre un approccio esegetico al problema dell'individuazione del momento consumativo del reato di malversazione che, respingendo ogni formalismo interpretativo, sembra iscrivere la reazione penalistica entro una dimensione conforme ai principi di offensività e sussidiarietà.

In un ambito caratterizzato dalla presenza di sistemi di controllo extrapenali (si pensi al potere di revoca dell'erogazione in capo alla p.a.) come è quello del finanziamento agevolato alle imprese, costituisce infatti un'esigenza prioritaria quella di riservare il ricorso all'arsenale punitivo - in conformità con il principio di *extrema ratio* - ai soli casi in cui la risposta extrapenale appaia insufficiente a "coprire" il disvalore del fatto¹⁰¹, nella prospettiva di garantire una equilibrata compresenza tra sanzioni di diversa natura convergenti *in idem*. Come evidenziato dalla stessa Suprema Corte, laddove si dovesse attivare l'illecito penale a fronte di una mera disobbedienza al vincolo contrattuale, senza accertare l'effettiva compromissione dell'interesse pubblico sotteso all'opera o al servizio, «nella migliore delle ipotesi, si finirebbe con il sovrapporre indebitamente l'illecito penale all'illecito civile; nella peggiore, la rilevanza penale della condotta potrebbe addirittura trascendere quella civilista»¹⁰².

La tesi giurisprudenziale in parola non manca peraltro di sollevare qualche dubbio.

In particolare, il grande impegno ricostruttivo che viene riposto in capo all'interprete - chiamato ad addentrarsi nel dettaglio delle clausole specifiche che regolano il rapporto tra l'ente erogatore e il privato percettore al fine di

¹⁰¹ Esigenza da tempo avvertita ed emersa nel dibattito dottrinale in epoca antecedente all'introduzione dell'art. 316-*bis* c.p., dove si suggeriva estrema cautela nel ricorso all'intervento penale: cfr. in particolare FIANDACA, *Sul controllo penale della captazione abusiva di finanziamenti pubblici da parte dei privati beneficiari*, in *Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, a cura di Mazzamuto, Milano, 1987, 725; nonché FIANDACA-MAZZAMUTO, *Abuso di sovvenzioni e controllo sanzionatorio: spunti problematici e comparatistici*, in *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, a cura di Costi-Libertini, Milano, 1982, 408 ss. *Contra*, nel senso dell'indispensabilità dell'intervento penalistico in materia, MUSCO, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, *ibid.*, 433.

¹⁰² Aggiunge la Suprema Corte che, «comunque, si opererebbe in spregio dell'*extrema ratio* penale, assegnando alla fattispecie di malversazione una dimensione inammissibilmente e soltanto formale, che confliggerebbe con i principi costituzionali, tradendo oltretutto una pericolosa incomprensione dei delicati meccanismi di funzionamento dell'economia» (par. 4.1.).

individuare il momento di irreversibile frustrazione del vincolo di destinazione – sembra recare in sé il pericolo di nuove “storture formalistiche”. Una verifica ispirata dal principio di offensività dovrebbe infatti guidare il giudice attraverso un’attenta e puntuale distinzione tra clausole (violate pretermine) che siano *attinenti* al piano dell’offesa (ossia preposte alla realizzazione dell’obiettivo sovvenzionato) e clausole (parimenti violate pretermine) che siano invece «ulteriori» o “eccedenti” il piano dell’offesa, giungendosi coerentemente ad affermare che solo la violazione delle prime può assurgere a parametro sintomatico dell’intervenuta compromissione irreversibile della finalità perseguita.

In talune esemplificazioni portate (frequentemente) dalla giurisprudenza, non sembra tuttavia scorgersi una particolare attenzione per la citata distinzione. Si pensi alle clausole che prevedono l’apertura di un conto dedicato, sul quale far convergere le somme erogate: clausole considerate alla stregua di un “paradigmatico” esempio di «condizioni e vincoli ulteriori rispetto alla specifica destinazione» per cui le somme sono state erogate, la cui violazione renderebbe «dimostrabile sul piano logico che la tutela della fattispecie intende predisporre è stata irreversibilmente frustrata»¹⁰³, ma rispetto alle quali è opinabile se vantino sempre e automaticamente una simile capacità dimostrativa sul piano penalistico, o se al contrario siano meramente indicative di una violazione del rapporto civilistico tra erogante e percettore. Si pensi al caso dell’imprenditore che, per far fronte a una improvvisa crisi di liquidità, impieghi provvisoriamente alcune delle somme erogate e confluite sul conto dedicato per eseguire taluni pagamenti, salvo poi rimpinguare a stretto giro il conto medesimo: risulta difficile cogliere la portata offensiva di tale condotta. Tanto più ove si consideri che la stessa giurisprudenza adesiva al “valore sintomatico” della costituzione di un conto dedicato, ha invece escluso tale valenza in relazione ad una clausola contrattuale che espressamente ostava a che le somme concesse fossero impiegate per realizzare una o più attività *specificamente* individuate, quando proprio verso tali attività (contrattualmente) vietate gli importi fossero stati destinati¹⁰⁴. Analoghe perplessità potrebbero poi

¹⁰³ Cfr. Cass., n. 19851/2022, cit., par. 2.4.

¹⁰⁴ Cfr. Cass., n. 6955/2023, cit., par. 4.1. Nella vicenda esaminata dalla Suprema Corte il contratto di fi-

sollevarsi con riguardo a clausole che prevedano degli obblighi di rendicontazione periodica in capo al percettore: clausole la cui violazione, beninteso, è sì destinata a trovare sanzione, ma su piani diversi rispetto a quello proprio dell'intervento penale¹⁰⁵.

Non resta che attendere i prossimi arresti giurisprudenziali per capire se lo sforzo interpretativo da ultimo profuso, al quale deve riconoscersi il merito non solo di aver ricondotto la *vexata quaestio* dell'individuazione del momento consumativo del reato nel prisma dei principi di sussidiarietà e offensività, ma di aver altresì "riscoperto" la struttura omissiva propria del reato di malversazione, rischierà o meno di essere "vanificato" da letture superficiali, formalisticamente orientate, del contenuto delle clausole contrattuali poste a disciplina dei rapporti tra privato percettore ed ente erogante le provvidenze pubbliche.

nanziamento tra *Simest S.p.a.* e la società destinataria prevedeva espressamente, all'art. 2.2, il divieto di impiegare le somme erogate «per il salvataggio, la ristrutturazione/consolidamento delle passività della partner, della società partecipata, della società operativa e/o di società da essi direttamente o indirettamente partecipate o che in essi direttamente o indirettamente partecipano». Il Giudice - pur ritenendo non dimostrato nel caso concreto che proprio a tale fine fossero stati destinati i fondi del prestito *inter-company* contestato, e pur precisando altresì che fosse in ogni caso *tranchant* l'intervenuta restituzione degli importi prima della scadenza del termine fissata per la realizzazione dell'opera sovvenzionata da *Simest S.p.a.* - ha tuttavia evidenziato che anche laddove tali somme fossero state utilizzate per ripianare i debiti della società controllante (quindi in aperta violazione della menzionata clausola contrattuale), «la violazione di tale clausola sarebbe in grado di integrare una violazione civilistica».

¹⁰⁵ Come opportunamente evidenziato anche da SCORCIA, *Sulla struttura della malversazione*, cit., 12.