



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SESTA SEZIONE PENALE

Composta da

| | | |
|----------------------|----------------|--------------------|
| Domenico Carcano | - Presidente - | Sent. n. sez. 1646 |
| Angelo Costanzo | | |
| Pierluigi Di Stefano | | UP – 03/11/2016 |
| Massimo Ricciarelli | -relatore- | R.G.N. 27398/2016 |
| Laura Scalia | | |

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso proposto da

St. P. nata il

B. F., nata il

avverso la sentenza del 18/02/2016 della Corte di appello di Genova

visti gli atti, la sentenza impugnata e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Massimo Ricciarelli;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Enrico Delehayé che ha concluso per il rigetto dei ricorsi

Udito il difensore, Avv. Leo Mercurio, in sostituzione dell'Avv. Grazia Volo, che ha concluso riportandosi alla memoria depositata e chiedendo la declaratoria di inammissibilità o il rigetto dei ricorsi con liquidazione della nota spese

Udito il difensore, Avv. Ernesto Monteverde, anche in sostituzione dell'Avv. L. Massimo Boggio, che ha concluso chiedendo l'accoglimento dei ricorsi

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 18/2/2016 la Corte di appello di Genova ha confermato quella in data 6/2/2015, con cui il Tribunale di Genova aveva dichiarato l'estinzione per prescrizione del delitto di cui all'art. 640-*bis*, cod. pen., ma aveva riconosciuto S e B colpevoli del delitto di cui all'art. 316-*bis*, cod. pen., limitatamente alla cessione, non autorizzata da Sviluppo Italia s.p.a., di beni strumentali della società C.f , acquisiti attraverso le provvidenze erogate ai sensi del d.lgs. 185 del 2000, condannando le predette alla pena di giustizia, con le attenuanti generiche in favore della S e con il beneficio della sospensione condizionale della pena subordinato per entrambe le imputate al pagamento della provvisionale riconosciuta alla parte civile Invitalia.

2. S e B hanno presentato separati ricorsi, peraltro sostanzialmente coincidenti, soprattutto con riguardo ai primi tre motivi.

2.1. Deducono infatti entrambe con il primo motivo violazione di legge e vizio di motivazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., in riferimento all'art. 640-*bis* cod. pen. e alla asserita impossibilità per la B di chiedere i finanziamenti oggetto della contestata truffa.

Era erroneo l'assunto di partenza dei Giudici di merito secondo cui la compagine sociale di CEI era stata fittiziamente creata per accedere ai finanziamenti, che sarebbero stati preclusi alla B, la quale esercitava la libera professione.

In realtà la normativa applicabile implicava che il 50% fosse rappresentato da soggetti privi di occupazione, non essendo vietato alla B di partecipare alla società per il 50% restante.

Inoltre era erroneo l'assunto della Corte territoriale secondo cui l'erogazione era volta a favorire il lavoro di giovani e disoccupati per le imprese di nuova costituzione, giacché la normativa non conteneva alcun riferimento a profili di innovatività e a nuovi progetti, ma mirava solo a promuovere il lavoro autonomo e l'imprenditorialità.

La Corte aveva ommesso altresì di valutare le dichiarazioni del teste De Romedis in ordine all'opportunità di affiancare soci esperti.

Di qui il venir meno delle ragioni per cui la B avrebbe dovuto ricorrere ad una fittizia costruzione giuridica al fine di ottenere finanziamenti a lei comunque concedibili.

2.2 Con il secondo motivo le due ricorrenti deducono violazione di legge e vizio di motivazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc.

pen., in riferimento all'art. 640-*bis* cod. pen. e all'art. 316-*bis* cod. pen., relativamente alla malversazione dei beni strumentali, con riguardo all'asserita inesistenza e inoperatività di CE e allo sviamento dei finanziamenti erogati.

La Corte territoriale era giunta ad affermare la costituzione di comodo e l'inoperatività della società ed a ritenere non rilevante la occasionale presenza dell'anziana St nella sede della società, essendo necessario invece provare che taluno, diverso dalla Ba, vi lavorasse.

Pongono in luce le ricorrenti come tale affermazione si ponga in contrasto con quanto osservato anche dal Tribunale a proposito dell'avvio dell'attività, dell'impiego dei contributi, dell'acquisto di beni strumentali e di arredi, dell'effettivo svolgimento dell'attività oggetto dei contributi e delle provvidenze, delle dichiarazioni dei redditi e della documentazione INPS e di alcune testimonianze.

La Corte territoriale aveva finito per travisare le prove, omettendo di considerare chiare emergenze istruttorie.

Era smentito da precise prove, all'uopo richiamate, che la sede della società fosse di fatto condivisa, che nessuno diverso dalla Ba vi avesse lavorato, che quella della CE non fosse una vera attività e si sovrapponesse a quella della libera professionista, che la Si non avesse mai lavorato, peraltro compatibilmente con la grave malattia che l'aveva colpita.

Viene a tal fine invocato il travisamento delle prove ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., alla luce degli atti allegati, travisamento di cui si assume la decisività in rapporto all'adeguatezza delle considerazioni di cui il giudice di merito si era avvalso.

Viene altresì segnalata la contraddittorietà della motivazione nella parte in cui da un lato si assume l'inoperatività della società e dall'altro si ricorda che vi erano beni destinati alla società, utilizzati nei locali promiscui occupati dalla C e dalla Ba.

Quanto poi al reato di cui all'art. 316-*bis* cod. pen. viene sottolineato l'ulteriore travisamento operato dalla Corte territoriale in merito al luogo in cui si trovavano i beni finanziati e al fatto che la cessione dei beni strumentali fosse avvenuta meno di cinque anni dopo l'ammissione al finanziamento.

Peraltro era certo che la cessione fosse avvenuta dopo cinque anni e che per contro il rispetto della doppia condizione scopo-temporale di cui alla specifica normativa rendesse non configurabile il reato contestato, essendo irrilevanti le considerazioni della Corte a proposito dell'assenza di autorizzazione e del supposto elemento soggettivo attribuito alla Ba.

La Corte anzi aveva mostrato di condividere al riguardo l'impostazione difensiva delle ricorrenti, sottolineando che la relativa osservazione sarebbe stata fondata con riguardo alla titolarità dei beni e alla natura del rapporto ormai intercorrente tra la titolare dei beni e l'Ente erogatore: ma poi aveva disatteso la censura, sottolineando l'atteggiamento doloso, peraltro non correlato alla condotta tipica del reato.

Di qui i vizi di violazione di legge, illogicità e contraddittorietà della motivazione in ordine alla configurabilità dei reati contestati.

2.3. Con il terzo motivo entrambe le ricorrenti deducono violazione di legge e mancanza e illogicità della motivazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., in riferimento al tema del concorso dei due reati contestati.

Prospettano la natura sussidiaria della fattispecie di cui all'art. 316-*bis* cod. pen., in quanto i due reati puniscono comportamenti che offendono stati o gradi diversi dello stesso bene giuridico, cosicché il primo reato deve ritenersi assorbito nel secondo.

Secondo tale assunto il fatto che il finanziamento sia stato ottenuto con frode e dunque illegittimamente esclude ogni possibilità di contestare la fattispecie di cui all'art. 316-*bis* cod. pen., dovendo l'agente essere chiamato a rispondere solo del delitto di cui all'art. 640-*bis* cod. pen., che esaurisce da solo l'intero disvalore della vicenda, mentre la successiva malversazione costituisce un *post factum* non punibile, rappresentando la fase esecutiva di quello che è un unico progetto criminoso.

Invocano le ricorrenti arresti giurisprudenziali favorevoli alla loro impostazione (in primis la sentenza della Corte di cassazione n. 23063/2009), pur contrastati da altri, segnalando come la Corte avesse liquidato la questione in poche battute.

2.4. Il quarto motivo della ricorrente B₂ deduce violazione di legge e vizio di motivazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), ed e), cod. proc. pen., in relazione alla mancata concessione delle attenuanti generiche.

La Corte aveva rilevato che la ricorrente non aveva dato alcuna collaborazione alle indagini, inserendo tale aspetto in un ragionamento incentrato sulla gravità della condotta e la scaltrezza della B₂ ciò che però avrebbe potuto essere valorizzato nella determinazione della pena ma non ai fini del diniego delle attenuanti generiche, a fronte degli elementi indicati nel motivo di appello, allorché erano state poste in luce la volontà di rispondere, la sottoposizione ad interrogatorio, la presenza in udienza, le spontanee dichiarazioni, nulla rilevando che la B₂ avesse respinto gli addebiti.

2.5. Con il quarto motivo della S e il quinto motivo della B vengono dedotti violazione di legge e vizio di motivazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., in relazione alla subordinazione della sospensione condizionale della pena al pagamento della provvisionale.

Non erano state spiegate le ragioni dell'esercizio del potere di subordinazione del beneficio, non essendosi in particolare motivato alcunché in ordine alla S e dunque neppure in ordine alla B giacché si era condivisa solo la subordinazione «anche per la B in quanto socia di fatto».

In realtà la Corte si era limitata a richiamare l'inadempimento protratto nel tempo per trarne la conseguenza della inaffidabilità delle due imputate, cui aveva aggiunto il rilievo che la fruizione del beneficio senza alcun limite avrebbe vanificato l'efficacia della sanzione penale.

Ma ciò contraddiceva la finalità e la *ratio* del beneficio giacché la subordinazione ancorata al dato economico era in conflitto con il principio di personalità della sanzione, alla luce dell'art. 27 Cost.

Inoltre con riguardo alla S era da valutare nel quadro del giudizio prognostico l'età avanzata, il valore esiguo dei beni, il buon comportamento processuale, lo stato di malattia, nonché il fatto che da un lato era stata considerata la B la mente del progetto criminoso e che invece dall'altro le due ricorrenti erano state accomunate ai fini della subordinazione del beneficio, come se fossero stati equiparati i contributi.

2.6. Il quinto motivo della St denuncia vizio di motivazione in ordine all'entità della pena ed al diniego della non menzione mentre il sesto motivo della B i deduce vizio di motivazione in ordine al diniego della non menzione.

La Corte non aveva considerato gli spunti forniti nell'atto di appello della S ai fini della determinazione della pena-base, che erano stati invece ignorati essendosi fatto riferimento solo all'elemento, comune alle due imputate, dell'importo assai elevato del finanziamento ottenuto.

Peraltro la condanna era stata pronunciata con riferimento ai beni strumentali distratti, il cui valore era assai esiguo.

Quanto alla comune doglianza riguardante la non menzione, le ricorrenti rilevano che la Corte aveva sottolineato l'impossibilità di confidare incondizionatamente nell'astensione in futuro dalla commissione di reati.

Ma ciò contraddiceva presupposti e finalità del beneficio, che persegue il ravvedimento mediante l'eliminazione della conseguenza negativa costituita dalla pubblicità della condanna, senza un profilo di prevenzione che caratterizza la sospensione condizionale della pena, avente lo scopo di evitare un contatto non

necessario con il carcere e di costituire remora per ulteriori violazioni della legge penale.

Era da ritenersi dunque illogico un diniego fondato su una prognosi di recidiva sfavorevole, quando la stessa sentenza riconosceva di poter concedere la sospensione condizionale, pur condizionata, e quindi implicitamente aveva formulato un giudizio positivo circa l'astensione da ulteriori delitti.

3. Ha presentato una memoria difensiva la parte civile Intitalia s.p.a., nella quale, anche con il supporto della sentenza di primo grado, si illustrano le ragioni che dovrebbero condurre a far rilevare l'inammissibilità o l'infondatezza dei primi tre motivi di ricorso delle due imputate.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. I primi due motivi di ricorso, per la parte concernente il delitto di truffa di cui all'art. 640-*bis* cod. pen., pur deducendo anche violazione di legge, sono in realtà volti a contestare la motivazione sulla base della quale è stato ravvisato il reato, peraltro dichiarato già in primo grado estinto per intervenuta prescrizione, essenzialmente segnalando travisamento di prove o profili di contraddittorietà.

Anche il primo motivo, incentrato sull'esatta interpretazione del d.lgs. 185 del 2000 e sull'individuazione dei presupposti per l'erogazione delle provvidenze, non risulta dirimente per escludere la configurabilità del delitto di truffa, ma può assumere rilievo solo al fine di far emergere vizi nella ricostruzione del fatto in relazione alle potenzialità operative della Ba che avrebbe potuto fare a meno di ricorrere a mezzi fraudolenti.

2. Sta di fatto che i Giudici di merito hanno rilevato che la Ba, in quanto dedita stabilmente all'esercizio di attività libero-professionale, non avrebbe potuto ottenere di per sé le provvidenze previste dal d.lgs. 185 del 2000, ed hanno altresì ritenuto che la predetta, avvalendosi di persone compiacenti, a cominciare dall'anziana madre S aveva costituito la società C, facendo in modo che la partecipazione in tale società fosse in apparenza riferibile a soggetti che possedevano in astratto i requisiti per aspirare ai contributi stabiliti in favore di nuove iniziative imprenditoriali, anche se alla resa dei conti era ella stessa a tenere le redini gestionali della società, quale schermo fittizio, creato solo al fine di poter ottenere le provvidenze.

Il Tribunale sul punto ha ampiamente motivato (pagg. 2 e 3), segnalando gli elementi dai quali era dato desumere che, nonostante l'intestazione della società ai soci Bo e S, la stessa era stata ideata e gestita in via esclusiva dalla

B , unica amministratrice e unico soggetto effettivamente coinvolto nella gestione della società, che proseguiva quella dello studio professionale.

Anche la Corte di appello ha formulato analoghi rilievi (pag. 4), rilevando che era stata creata una compagine fittizia e sottolineando come fosse irrilevante che la S si recasse talvolta nella sede della società, occorrendo in senso contrario non la prova della presenza ma del fatto che taluno, diverso dalla B , vi lavorasse.

Sul punto le censure delle ricorrenti in ordine alla dimostrazione dell'operatività della società e dell'impiego lavorativo di talune dipendenti non minano di per sé la tenuta della trama argomentativa dei Giudici di merito, dovendosi ritenere che non si sia inteso escludere che fosse ravvisabile un'attività formalmente imputabile alla società, ma che si sia invece voluto affermare che quest'ultima costituiva una creazione surrettizia, non derivata da un'iniziativa imprenditoriale realmente facente capo ai soci apparenti, ritenuti privi di poteri gestionali.

In ogni caso, poiché, a fronte di una declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di truffa ex art. 640-bis cod. pen., non potrebbe disporsi un annullamento con rinvio per nuovo esame, e poiché non emergono con evidenza ai sensi dell'art. 129, comma 2, cod. proc. pen., elementi tali da far escludere la configurabilità del reato ipotizzato a carico delle due ricorrenti, i motivi di ricorso per la parte afferente al delitto di truffa appaiono inammissibili (Cass. Sez. U. n. 35490 del 28/5/2009, Tettamanti, rv. 244275).

3. Con riguardo ai residui motivi di ricorso, deve osservarsi che nel caso di specie sono stati contestati alle due ricorrenti sia il delitto di cui all'art. 640-bis cod. pen., nel presupposto che le provvidenze di cui al d.gs. 185 del 2000 fossero state ottenute attraverso l'artificiosa rappresentazione dei relativi presupposti, sia il delitto di cui all'art. 316-bis cod. pen., in concreto ravvisato dai Giudici di merito solo con riguardo alla dispersione dei beni strumentali della C , almeno parte dei quali (si rinvia sul punto alle osservazioni formulate dal Tribunale a pag. 10) ceduti con fattura n. 68 del 28/12/2009 alla stessa B , senza autorizzazione scritta di Sviluppo Italia, in violazione del vincolo di destinazione impresso originariamente su quei beni, in ragione del fatto che secondo il contratto per la concessione delle agevolazioni la società beneficiata si era impegnata «a non trasferire fuori della sede né ad alienare a qualsiasi titolo o a destinare ad usi diversi da quelli previsti nel programma degli investimenti senza la preventiva autorizzazione scritta di sviluppo Italia, i beni e i diritti aziendali ammessi alle agevolazioni...per un periodo di 5 anni con decorrenza dalla data di deliberazione della concessione delle agevolazioni da

parte di Sviluppo Italia...e comunque fino a quando non sarà stato interamente rimborsato il finanziamento agevolato».

I Giudici di merito hanno in proposito rilevato che al momento della cessione risultavano pagate solo sei delle ventotto rate del mutuo agevolato ottenuto.

D'altro canto va rimarcato come ai fini dell'inquadramento del reato di cui all'art. 316-*bis*, cod. pen. «la nozione di "opere" o "attività di pubblico interesse a cui la norma fa riferimento...non può che essere intesa in senso molto ampio, sì da escludere dal suo campo applicativo soltanto quei sussidi economici elargiti per finalità assistenziali o sociali senza alcun vincolo preciso di destinazione. La formula normativa, in sostanza, ha riguardo.....allo scopo perseguito dall'ente pubblico erogante piuttosto che all'opera o all'attività di per sé considerata. L'interesse pubblico dell'opera o dell'attività non è connesso alla natura oggettiva dell'una o dell'altra, ma piuttosto alla provenienza pubblica del finanziamento gratuito o agevolato e al vincolo di destinazione dello stesso, quale espressione delle scelte di politica economica o sociale dello Stato o di altro ente pubblico» (così Cass. Sez. 6, n. 23778 del 13/12/2011, dep. nel 2012, Saia, rv. 253026).

4. Ciò posto, risulta pregiudiziale l'esame del terzo motivo di ricorso, comune alle due ricorrenti, incentrato sull'assunto della non configurabilità del concorso del delitto di cui all'art. 316-*bis* cod. pen. e del delitto di cui all'art. 640-*bis*, cod. pen., nel presupposto che il secondo sia destinato ad assorbire il primo.

E' invero evidente che, nel caso in cui si escludesse il concorso, dovrebbe prendersi atto dell'intervenuta declaratoria di estinzione per prescrizione dell'assorbente delitto di cui all'art. 640-*bis*, cod. pen.

5. Sul punto si registra un contrasto di giurisprudenza che riproduce analogo contrasto presente in dottrina.

Deve premettersi che l'art. 640-*bis* è stato introdotto nel codice penale dall'art. 22, legge 55 del 1990, mentre l'art. 316-*bis* è stato introdotto dall'art. 3, legge 86 del 1990 e curiosamente inserito nel Capo I del Titolo II benché il reato sia commesso da «chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione».

E' stato subito rilevato che si tratta di disposizioni parallele, che prendono in considerazione prestazioni pubbliche, qualificabili come sovvenzioni, contributi e finanziamenti, con le prime due denominazioni riferibili ad attribuzioni pecuniarie a fondo perduto, di tipo gestorio, la terza ad atti negoziali dall'onerosità attenuata: in tale prospettiva la truffa opera nel momento percettivo, mentre l'art. 316-*bis* è destinato a reprimere «le frodi successive al conseguimento di prestazioni pubbliche dallo scopo tipico individuato dal precetto che autorizza

l'erogazione, uno scopo di interesse generale che risulterebbe vanificato ove il vincolo di destinazione venisse eluso» (così Cass. Sez. 6, n. 3362 del 28/9/1992, Scotti, rv. 193155).

La diversa ipotesi di cui all'art. 316-ter, introdotta dall'art. 4, legge 300 del 2000, si pone invece in potenziale conflitto con la truffa ma non con la malversazione: esaminando il rapporto tra la truffa e tale forma di indebita percezione di erogazioni, le Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass. Sez. U. n. 16558 del 19/4/2007, Carchivi, rv. 235962) hanno preliminarmente rilevato la differenza, incentrata sul «titolo», intercorrente tra l'aggravante della truffa in danno dello Stato di cui all'art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen. e quella prevista dall'art. 640-bis, cod. pen., ed hanno poi confrontato tale disposizione con l'art. 316-bis, osservando che tale norma si riferisce al contenuto della prestazione ed è volta a reprimere la distrazione dei contributi pubblici dalle finalità per le quali erano stati erogati e si riferisce dunque a contributi connotati da vincolo di destinazione mentre gli artt. 316-ter e 640-bis sono «applicabili anche ad erogazioni non condizionate da particolari destinazioni funzionali».

6. Orbene, si tratta di verificare se l'ipotesi della truffa, che reprime il momento percettivo, sia destinata ad assorbire la condotta susseguente all'erogazione, ovvero se quest'ultima, in relazione al suo peculiare contenuto, possa assumere autonoma rilevanza.

L'indagine può essere effettuata sulla base di parametri diversi, eventualmente valutati sincronicamente: ma è comunque proprio a questo riguardo che si registra il rilevato contrasto interpretativo, che induce a rimettere la questione alle Sezioni unite.

7. Ed invero secondo un filone giurisprudenziale, si ritiene che le due ipotesi di reato possano concorrere, pur a fronte di un'erogazione ottenuta fraudolentemente.

Si sottolinea che l'art. 316-bis ha la funzione di reprimere le frodi successive al conseguimento delle prestazioni pubbliche, attuate non destinando i fondi alle finalità per le quali erano stati erogati. Tale ipotesi di reato non presuppone che i fondi siano stati ottenuti fraudolentemente, essendo ipotizzabile una situazione in cui il beneficiario espone correttamente la situazione, solo successivamente versando nell'illecito, allorché destina il finanziamento a scopi diversi.

Si rileva per contro che la truffa presuppone la frode quale mezzo per l'ottenimento dell'erogazione: per tale via possono individuarsi due comportamenti illeciti differenti, puniti da norme diverse, ben potendosi concepire un finanziamento ottenuto con modalità fraudolente, ma poi destinato

alle finalità previste, e un'erogazione ottenuta lecitamente, ma poi distratta dalle sue finalità.

Il fatto che i comportamenti possano sommarsi non esclude in tale ottica la possibilità di concorso: non si verte su una stessa materia regolata da più disposizioni penali, per cui possa valere il criterio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen.; la concomitanza dei comportamenti è solo eventuale e non vale a qualificare una delle condotte come speciale rispetto all'altra.

Diversi, si fa rilevare, sono i beni protetti: la truffa tutela il patrimonio da atti di frode, aggravata nel caso di conseguimento di erogazioni pubbliche; la malversazione tutela la P.A. da atti contrari agli interessi della collettività, anche di natura non patrimoniale.

Tale orientamento, espresso da Cass. Sez. 1, n. 4663 del 1/10/1998, Saccani, rv. 211494, è stato assertivamente ribadito da Cass. Sez. 6, n. 4313 del 2/12/2003, dep. nel 2004, Gramegna, 228655, poi convintamente ripreso da Cass. Sez. 2, n. 43349 del 27/10/2011, Bonaldi, rv. 250994, infine ribadito da Cass. Sez. 2, n. 29512 del 16/6/2015, Sicilfert, rv. 264232, che qualifica l'assunto come ormai affermatosi.

8. Secondo un opposto orientamento, che peraltro riflette un maggioritario insegnamento dottrinario, incentrato sulla nozione di «bis in idem sostanziale», si ritiene che tra le due norme intercorra un rapporto di sussidiarietà, alla stregua del quale il reato di malversazione di cui all'art. 316-*bis* cod. pen. ha natura sussidiaria e residuale, rispetto alla truffa di cui all'art. 640-*bis*, cod. pen.

Si sono schierate in tal senso Cass. Sez. 6, n. 23063 del 12/5/2009, Bilotti, 244180 e Cass. Sez. 2, n. 39644 del 9/7/2004, Ambrosio, rv. 230365.

Si è in particolare rilevato che non è dirimente il fatto che l'art. 316-*bis* non presupponga necessariamente la consumazione del reato di cui all'art. 640-*bis*: si assume infatti che il problema sorge quando la diversa destinazione venga impressa in presenza di erogazione ottenuta fraudolentemente e si prospetti un problema di concorso apparente norme.

Neppure si attribuisce valore decisivo alla diversità del bene tutelato, sia perché in generale si esclude che tale tipo di analisi possa rilevare al fine di risolvere problemi di concorso apparente, sia perché, si osserva, non può stabilirsi una netta differenza, posto che l'offesa al patrimonio implica anche un'offesa al buon andamento e d'altro canto l'offesa al buon andamento con la destinazione dei finanziamenti a scopi diversi finisce per offendere il patrimonio della pubblica amministrazione.

Piuttosto che ad un rapporto di specialità si fa riferimento alla sussidiarietà, applicabile in presenza di fattispecie che contemplino comportamenti diversi, che

offendano gradi o stadi diversi dello stesso bene: in tale prospettiva, si assume, è indubbio che il bene sia offeso fin dal momento consumativo della truffa, cioè da quello realizzativo del profitto con altrui danno, e che la diversa destinazione impressa rappresenti la fase esecutiva del medesimo progetto criminoso, tanto nell'ipotesi in cui esso sia programmato fin dall'inizio o quanto in quella in cui abbia preso corpo dopo l'erogazione.

Pertanto il diverso impiego del finanziamento non è che una conseguenza naturale del conseguimento dell'erogazione con artifici e raggiri, per cui non possono sottoporsi a sanzione due comportamenti offensivi dello stesso bene in due diversi momenti.

A tale orientamento finisce per richiamarsi anche Cass. Sez. 2, n. 42934 del 18/9/2014, Messina, non massimata, il che smentisce l'assunto del carattere ormai dominante dell'orientamento opposto.

9. Così definiti i termini del contrasto, deve effettivamente escludersi che possa assumere rilievo dirimente la diversità o meno del bene protetto: infatti alla base delle due norme vi è un'erogazione, che nel caso della truffa è di per sé lesiva del patrimonio dello Stato o dell'ente pubblico e che nel caso della malversazione va correlata alla concreta destinazione conferitale, fermo restando che anche la distrazione dalle finalità risulta comunque tale da incidere sul patrimonio dell'ente erogatore; d'altro canto l'erogazione di un contributo vincolato, dovuta a fraudolenta rappresentazione dei presupposti, e lo sviamento dell'erogazione dalle vincolate finalità parimenti offendono il buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Nel contempo non sembra di per sé decisivo neppure il fatto che possano ravvisarsi condotte distinte che prescindono dal compimento dell'altra, giacché il problema si pone proprio quando quella condizione si verifichi, quando cioè la distrazione almeno parziale dell'erogazione dalle sue finalità intervenga con riguardo a provvidenze ottenute di per sé con mezzi fraudolenti.

Non può per contro sottacersi che, come è stato autorevolmente notato, al di fuori di canoni legalmente definiti, «i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale» (Cass. Sez. U. n. 47164 del 20/12/2005, Marino, rv., 232302-4).

10. Sembra dunque che la questione assuma anche un rilievo strutturale di più ampio respiro, coinvolgendo il tema della sfera di residua applicabilità di nozioni quali quelle di sussidiarietà o assorbimento.

Ed invero deve individuarsi una regola che sfugga a quel tipo di intuitive valutazioni.

A tal fine viene primariamente in considerazione l'art. 15 cod. pen., che dà prevalenza alla disposizione di legge speciale, salvo che sia diversamente stabilito, nel caso in cui più leggi penali o disposizioni della medesima legge penale regolino la stessa materia.

In tale prospettiva si tratta dunque di verificare se possa o meno dirsi che le due fattispecie prese in considerazione in questa sede disciplinino la stessa materia.

Deve peraltro escludersi che possa assumere di per sé rilievo l'identità del bene protetto (Cass. Sez. U. n. 19/4/2007, Carchivi, rv. 235962 cit.).

Deve invece aversi riguardo alla fattispecie astratta, cioè al fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato (Cass. Sez. U. n. 1963 del 28/10/2010, dep. nel 2011, Di Lorenzo, rv. 248722).

D'altro canto, una volta individuata la medesima materia, si deve se del caso stabilire quale delle disposizioni possa dirsi speciale.

In tali valutazioni (secondo quanto rilevato da Cass. Sez. U. 248722 del 2011, Di Lorenzo, cit.) occorre aver riguardo all'oggettività giuridica ed al profilo strutturale.

Possono in tal modo configurarsi casi di specialità unilaterale ovvero bilaterale o reciproca, nei quali entrambe le fattispecie contengono rispetto all'altra elementi di specificazione o aggiuntivi: non di rado in casi siffatti la stessa disposizione di legge utilizza formule (che in dottrina vengono spesso valorizzate a sostegno dei principi di sussidiarietà o di consunzione) che mirano a regolare la prevalenza di una norma sull'altra, ma che con riguardo alle fattispecie ora in esame non sono ravvisabili.

11. Sta di fatto che, una volta svilita la distinzione basata sul bene protetto e messa in discussione l'autonoma rilevanza della nozione di sussidiarietà, al di fuori di canoni legalmente definiti, non vengono comunque meno le ragioni del contrasto, pur inquadrate nell'ottica dell'individuazione della «stessa materia» e dell'eventuale configurabilità della specialità di una delle disposizioni.

L'orientamento contrario al concorso dei due reati fa leva infatti sul dato fondamentale rappresentato dal fatto che l'erogazione ottenuta fraudolentemente assorba per intero ed anche sul piano strutturale, in rapporto alla disponibilità dell'intera somma o dell'intero beneficio, cioè del profitto

correlato all'altrui danno, il disvalore della condotta, che nella fase successiva non potrebbe che assumere un rilievo meramente esecutivo, in tal senso dovendosi trasporre le considerazioni espresse nelle sentenze sopra citate in ordine alla graduazione dell'offesa del medesimo bene protetto.

Quello favorevole al concorso per contro fa leva sulla configurabilità di autonome condotte, l'una non necessariamente implicante l'altra, con la conseguenza che il fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato si sottrarrebbe ad una valutazione totalizzante, conservando una specifica identità, anche strutturale, in rapporto alla concreta utilizzazione del beneficio ottenuto.

Di certo non deve attribuirsi rilievo ai fini del concorso al fatto che l'erogazione abbia avuto un principio di regolare destinazione: in tal modo infatti si giungerebbe alla paradossale conseguenza di punire più gravemente chi ha tenuto una condotta almeno in parte meno riprovevole.

D'altro canto non può trascurarsi il fatto che un'erogazione ottenuta con mezzi fraudolenti potrebbe essere «ab origine» distratta dalle finalità previste, il che finirebbe per far coincidere «uno actu» profitto, danno e sviamento.

Ma nel contempo deve rilevarsi come sul piano strutturale l'illecito ottenimento dell'erogazione non implichi che il vincolo di destinazione impresso al contributo o al finanziamento sia *tamquam non esset*, cioè privo di qualsivoglia efficacia: non può del resto escludersi che anche contributi ottenuti con mezzi fraudolenti siano poi in tutto o in parte destinati alle finalità previste, proprio come, secondo il giudizio dei giudici di merito, deve ritenersi avvenuto nel caso di specie, in cui la malversazione è stata ravvisata in relazione solo ad una parte delle provvidenze ricevute.

Va altresì segnalato come, secondo quanto ritenuto dalle Sezioni unite nella richiamata sentenza n. 248722 del 2011, Di Lorenzo, cit. (cfr. punto 1.3. del Considerato in diritto), non sia dato ravvisare la medesima materia in caso di specialità reciproca bilaterale per aggiunta, «nei casi in cui ciascuna delle fattispecie presenti un elemento aggiuntivo eterogeneo»: ciò potrebbe dirsi nel caso di specie, in cui al dato comune della erogazione, riconducibile alla nozione di contributo, sovvenzione o finanziamento, si aggiunge per un verso l'utilizzo di mezzi fraudolenti e per l'altro la distrazione dalle finalità vincolanti.

12. La rilevanza della questione, che può risultare dirimente per la soluzione del caso, e la ravvisabilità di un contrasto che non può dirsi definitivamente superato con riguardo ai profili, anche strutturali, sui quali si fonda, induce dunque a rimettere i ricorsi alle Sezioni unite della Corte di cassazione perché il contrasto sia composto.

In particolare, avuto riguardo al tema che forma oggetto del presente processo e al contenuto degli orientamenti in contrasto, si deve rimettere la questione «se nel caso di erogazione da parte di ente pubblico di contributo o finanziamento, ottenuto fraudolentemente, il delitto di cui all'art. 640-*bis*, cod. pen. concorra con quello di cui all'art. 316-*bis*, cod. pen., ove il contributo finalizzato a favorire attività di interesse pubblico sia destinato almeno in parte ad altre finalità, ovvero assorba tale ultimo delitto, nel presupposto che esso realizzi uno stadio minore dell'offesa al medesimo bene protetto».

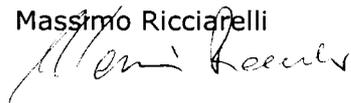
P. Q. M.

Rimette i ricorsi alle Sezioni unite.

Così deciso il 3/11/2016

Il Consigliere estensore

Massimo Ricciarelli



Il Presidente

Domenico Carcano

