

Giovanni Maria Alvaro

L'abuso di pubbliche sovvenzioni: criticità e prospettive

LUISS – Libera Università Internazionale degli Studi Sociali

INDICE SOMMARIO

Introduzione

CAPITOLO I

L'ILLECITA CAPTAZIONE DI SOVVENZIONI: INQUADRAMENTO ED EVOLUZIONE STORICA DEL FENOMENO

- 1.1 L'annoso problema dell'abuso nelle sovvenzioni e l'esigenza riformatrice negli anni '80.
- 1.2 Gli strumenti penali e le soluzioni dottrinali.
- 1.3 La riforma tedesca e l'articolo 264 StGB degli anni '70.
- 1.4 Il quadro attuale e l'influenza dell'Unione Europea.

CAPITOLO II

LA TUTELA PRECEDENTE: L'INDEBITA PERCEZIONE DI EROGAZIONI A DANNO DELLO STATO E LA TRUFFA AGGRAVATA PER IL CONSEGUIMENTO DI EROGAZIONI PUBBLICHE

- 2.1 Premessa.
- 2.2 Considerazioni sull'introduzione dell'art. 316 *ter* e sulla legge di attuazione della Convenzione PIF n. 300 del 2000.
- 2.3 Il quadro normativo previgente all'introduzione dell'art. 316 *ter*.
- 2.4 L'impropria collocazione dell'art. 316 *ter*.
- 2.5 La difficile individuazione del bene giuridico tutelato.
- 2.6 I soggetti della fattispecie.
- 2.7 La condotta e il grave scostamento rispetto alla Convenzione PIF.
- 2.8 L'oggetto della condotta: contributi, finanziamenti, mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo.
- 2.9 L'elemento soggettivo.
- 2.10 Consumazione e tentativo.
- 2.11 Circostanze e concorso di persone.
- 2.12 Un ulteriore grave lacuna rispetto alla Convenzione PIF: la mancanza della responsabilità penale dei dirigenti delle imprese.
- 2.13 Questioni di legittimità costituzionale e critiche all'ordinanza della Corte costituzionale n.85/2004.
- 2.14 La criticabile degradazione della frode lieve.
- 2.15 Il rapporto tra l'art. 316 *ter* e i delitti di falso.
- 2.16 Il rapporto tra l'art. 316 *ter* e la malversazione a danno dello Stato.

- 2.17 Considerazioni introduttive sul reato ex art. 640 *bis* : la riduzione in circostanza aggravante e la Sentenza della Cassazione n. 26351/2002.
- 2.18 La violazione del principio del primato.
- 2.19 L'elemento oggettivo dell'art. 640 *bis*.
- 2.20 Casistica.
- 2.21 Il controverso rapporto tra l'art. 316 ter e l'art. 640 *bis*.
- 2.22 Il rapporto tra la frode comunitaria ai danni FEOGA e l'art. 640 *bis*.
- 2.23 Gli orientamenti giurisprudenziali e l'affermazione della sussidiarietà.
- 2.24 Il rapporto tra l'art. 640 *bis* e altri illeciti.
- 2.25 Sulla mancata disciplina della responsabilità penale dei dirigenti delle imprese.

CAPITOLO III

LA TUTELA SUCCESSIVA: LA MALVERSAZIONE A DANNO DELLO STATO

- 3.1 Considerazioni generali e la singolare collocazione della norma.
- 3.2 Il bene giuridico tutelato e le numerose teorie per la sua individuazione.
- 3.3 I soggetti della fattispecie.
- 3.4 Il presupposto della condotta: i contributi, i finanziamenti e le sovvenzioni destinati ad attività di pubblico interesse.
- 3.5 (Segue): le opere e le attività di pubblico interesse. La vaghezza della formula normativa.
- 3.6 La condotta.
- 3.7 L'elemento soggettivo.
- 3.8 Consumazione e tentativo.
- 3.9 Circostanze e concorso di persone.
- 3.10 La responsabilità amministrativa prevista dal d. lgs. 231/2001.
- 3.11 Il concorso tra la truffa aggravata e la malversazione: le criticità della nuova pronuncia giurisprudenziale.

CAPITOLO IV

LA PROTEZIONE DEGLI INTERESSI FINANZIARI EUROPEI E CENNI COMPARATISTICI

- 4.1 Introduzione.
- 4.2 La lenta evoluzione europea e gli strumenti penali *ante* Lisbona.
- 4.3 Il *Corpus Juris* per la tutela degli interessi finanziari dell'UE.
- 4.4 Il Trattato di Lisbona e le nuove basi per un diritto penale dell'Unione Europea.
- 4.5 Il nuovo scenario della criminalità transnazionale e le competenze penali europee per contrastare le frodi comunitarie nel quadro delineato dal Trattato di Lisbona.

- 4.6 I rapporti tra l'art. 325 TFUE e l'art. 83 TFUE.
- 4.7 I profili critici riguardanti la direttiva PIF del 2017 e la nuova frode comunitaria.
- 4.8 La nuova frode comunitaria.
- 4.9 La nuova procura europea e il travagliato iter per la sua approvazione.
- 4.10 Premessa all'analisi comparata.
- 4.11 I sistemi di *common law*: considerazioni generali sulla comparazione.
- 4.12 La tutela prima del "*Fraud Act*" del 2006.
- 4.13 Il *Fraud act* del 2006.
- 4.14 L'ordinamento francese prima della riforma.
- 4.15 La riforma francese e l'introduzione del nuovo *Code Penal*.
- 4.16 La nuova fattispecie di *escroquerie* ex art. 313.1.
- 4.17 Considerazioni introduttive: il *Código Penal* del 1995.
- 4.18 La tutela prima del *Código Penal* del 1995.
- 4.19 La fattispecie di *estafa* ex art. 248 c.p.e.
- 4.20 La truffa nelle sovvenzioni ex art. 308 c.p.e.
- 4.21 Brevi cenni sull'ordinamento penale tedesco.
- 4.22 La truffa (*Betrug*) § 263 StGB.
- 4.23 La frode nelle sovvenzioni (*Subventionsbetrug*) § 264 StGB.

CAPITOLO V

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

- 5.1 Considerazioni critiche sull'attuale disciplina.
- 5.2 Le esperienze degli ordinamenti di *civil law* e le prospettive *de jure condendo* alla luce del nuovo "diritto penale dell'Unione Europea".

INTRODUZIONE

“La sovvenzione, in quanto tale, indipendentemente dalla sua specifica struttura, costituisce un fattore criminogeno di rango elevato in quanto la possibilità di ottenere una prestazione senza controprestazione, solo sulla base di criteri astratti, contiene necessariamente in sé lo stimolo a falsare l’adempimento di questo criterio. Una situazione di tal genere è unica e non trova nella vita economica alcun riscontro”¹.

Già nel lontano 1972 Klaus Tiedemann evidenziava quanto il fenomeno dell’abuso delle sovvenzioni fosse emblematico e significativo nell’area della c.d. “criminalità degli affari”. Nella generica denominazione “abuso di sovvenzioni” rientrano invero una molteplicità di condotte, consistenti in pratiche oggettivamente e soggettivamente illecite volte all’acquisizione di un ingiusto profitto a danno degli enti finanziatori e dell’intera collettività che fornisce le risorse pecuniarie agli stessi², ovvero consistenti nell’utilizzo distorto di finanziamenti acquisiti legittimamente.

Orbene, la seguente trattazione conduce un’analisi critica avente un duplice oggetto: da una parte si propone di approfondire la disciplina apprestata alla tutela del fenomeno; dall’altra si intende evidenziare lo sviluppo dell’Unione Europea con specifico riferimento a quelli che sono gli strumenti penali posti a presidio dei propri interessi finanziari e del proprio bilancio. L’intento perseguito è quello di scoprire le numerose lacunosità e ambiguità della nostra disciplina, proponendo alcune possibili soluzioni per la risoluzione delle gravi incongruenze.

Alla base della trattazione vi è l’assunto secondo cui tra l’area afferente l’abuso di sovvenzioni e la tutela degli interessi finanziari europei sussista un stretto rapporto inferenziale, basti pensare che il disorganico e caotico tessuto normativo attualmente vigente, oltre ad essere il risultato di imperdonabili disattenzioni legislative, è anche frutto di preminenti contingenze sovranazionali. Proprio tali esigenze hanno spinto il nostro legislatore ad introdurre la fattispecie di cui all’art. 316 *ter*, causando peraltro un affievolimento dell’apparato sanzionatorio confliggente con gli stessi obiettivi perseguiti a livello europeo.

¹ TIEDEMANN, *Subventions kriminalität in der Bundesrepublik*, Reinbeck bei Hamburg 1974, pp. 357 ss.

² In tal senso, TARTAGLIONE in una Comunicazione letta in occasione del XIV Convegno dei comitati di Azione per la giustizia, tenuto a Viareggio nei giorni 28-30 Aprile 1978.

Ripercorrendo storicamente tale rapporto, è possibile notare come sin dagli anni '60 la legislazione comunitaria ha influenzato il nostro ordinamento attraverso richieste di intervento penale a presidio dell'integrità del proprio bilancio. Ci si è resi conto che, con la nascita della Comunità Europea, emergevano nuovi beni giuridici meritevoli di essere tutelati, tra cui rientravano gli interessi finanziari sovranazionali.

Malgrado inizialmente i provvedimenti fossero solo di tipo settoriale, l'inferenza sovranazionale diventò sempre più pervicace con il mutare dell'assetto politico-istituzionale dell'entità europea, arrivando ad acquisire una forte incidenza non soltanto sugli aspetti di diritto penale sostanziale ma anche sugli aspetti di diritto penale processuale, come dimostra la recente approvazione del regolamento istitutivo della cooperazione rafforzata che porterà alla creazione di una vera e propria procura europea, dotata di ampi poteri inquirenti (EPPO).

Pertanto, a nostro avviso, lo studio congiunto dell'attuale disciplina e dei nuovi strumenti penali europei è determinante per valutare quali possano essere le prospettive *de iure condendo* e i possibili scenari futuri nella tutela delle pubbliche sovvenzioni.

La prima parte dell'elaborato ripercorre l'evoluzione storica del fenomeno evidenziando come l'immobilismo legislativo abbia comportato gravosi sforzi ermeneutici da parte della dottrina, volti a sopperire i gravi vuoti di tutela. Al contempo si prende a riferimento l'ordinamento tedesco che con lungimiranza introduce in quel contesto storico la fattispecie di "Subventionsbetrug" ossia truffa nelle sovvenzioni.

La seconda parte della trattazione si focalizza verso un'approfondita analisi delle fattispecie attualmente vigenti. Ci si sofferma *in primis* su quelle che sono le c.d. "tutele precedenti", cioè quegli strumenti penali che intervengono prima dell'effettiva percezione della sovvenzione, in specie l'art. 316 *ter*, introdotto con la legge n. 300/200 e rubricato quale "indebita percezione di erogazioni a danno dello stato", e la circostanza aggravante di cui all'art. 640 *bis*, introdotta con la legge n. 55/1990 nell'ambito di disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e rubricata come "truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche". *In secundis* l'attenzione si focalizza sulla tutela successiva, cioè quella che viene apprestata dopo l'effettiva percezione della sovvenzione da parte dell'*accipiens*, rappresentata dalla fattispecie di "malversazione a danno dello stato" ex art. 316 *bis*. Tale parte della trattazione mette in luce un grave disordine normativo, peraltro foriero di numerosi contrasti giurisprudenziali e dottrinali aventi ad oggetto lo spazio applicativo delle norme summenzionate.

La parte finale dell'opera si dedica sia allo studio dei nuovi interessi finanziari dell'Unione Europea sia ad un'analisi comparata con alcuni sistemi di *civil e common law*.

Con riferimento agli interessi finanziari dell'Unione, si ripercorre in breve lo sviluppo istituzionale di quest'ultima con particolare riferimento a quelle che sono le competenze in ambito penale, fino ad arrivare agli ultimi provvedimenti in ambito di tutela degli interessi finanziari, cioè la direttiva PIF del 2017, che ridisegna la c.d. "frode comunitaria", e l'approvazione del regolamento attuativo di una cooperazione rafforzata per l'istituzione di una procura europea, cui competenze sono incentrate prevalentemente al contrasto della frode summenzionata.

Relativamente all'analisi comparata, vengono presi a riferimento gli ordinamenti inglese, francese, spagnolo e tedesco. Dopo alcune brevi digressioni storiche, effettuate per ogni sistema e concernenti la tutela del fenomeno prima delle ultime riforme, vengono esaminati gli articoli dedicati alla frode in generale ed alla frode nelle sovvenzioni.

CAPITOLO I

L'ABUSO NEI FINANZIAMENTI PUBBLICI: INQUADRAMENTO ED EVOLUZIONE STORICA DEL FENOMENO

SOMMARIO: 1.1. L'annoso problema dell'abuso nelle sovvenzioni e l'esigenza riformatrice negli anni '80. - 1.2. Gli strumenti penali e le soluzioni dottrinali. - 1.3. La riforma tedesca e l'articolo 264 StGB. - 1.4. Il quadro attuale e l'influenza dell'Unione Europea.

1.1. L'annoso problema dell'abuso nelle sovvenzioni e l'esigenza riformatrice negli anni '80.

L'annoso problema riguardante le illecite captazioni di sovvenzioni pubbliche, come anche la loro distorta utilizzazione, ha radici risalenti nel tempo. In particolare si nota come tale fenomeno subì un'impennata già all'indomani della seconda guerra mondiale e fu agevolato dallo stato assistenzialista che per facilitare lo sviluppo del Mezzogiorno e rilanciare l'imprenditoria elargiva cospicui aiuti economici attraverso la Cassa del Mezzogiorno. A tal fine furono erogati finanziamenti per realizzare opere pubbliche tra cui le autostrade, per approntare i collegamenti telefonici, per aiutare le aziende agricole, per sostenere la piccola proprietà contadina, per soccorrere l'industria alberghiera e quella turistica. È innegabile che tali sovvenzioni abbiano contribuito alla crescita del meridione andando a ridurre, seppur in minima parte, il divario tra Nord e Sud; tuttavia è altresì rilevabile come vi sia stata una sostanziale dispersione di capitali dovuta spesso all'incapacità di società commerciali e imprenditori individuali i quali spesso non riuscivano a far fruttare i medesimi contributi. Non di rado accadeva che, in modo certamente deprecabile, i finanziamenti destinati alla crescita e lo sviluppo agricolo e industriale del Mezzogiorno venissero devoluti a società aventi i loro centri d'interesse economico nel centro-nord. Gli utili di queste aziende venivano pertanto riciclati e re-investiti in aree al di fuori dell'economia meridionale. È infine utile richiamare il diffuso fenomeno dei c.d. "mutui a tassi agevolati" o "crediti di scopo" concessi per finalità privilegiate. In ordine sparso possiamo citare ad esempio il credito fondiario, il credito edilizio (inteso a favorire la costruzione di abitazioni), il credito alberghiero (inteso a favorire

la costruzione di alberghi), il credito industriale (volto a favorire il miglioramento degli stabilimenti industriali) e così via.

Numerosi sono stati gli abusi perpetrati nella concessione dei suddetti finanziamenti. Si sono infatti ravvisate condotte di corruzione passiva, peculato, malversazione e così via. Molteplici sono state anche le operazioni illecite commesse dai privati per l'ottenimento di queste risorse. Non di rado è accaduto infatti che come pretesto per il loro conseguimento, gli interessati adducessero la volontà di utilizzare i finanziamenti in modo consono e conforme agli obiettivi prefissati dalla legge per poi, dopo la regolare concessione del credito, mutarne la destinazione in favore di attività diverse da quelle originariamente previste³.

Una maggiore e più capillare diffusione del fenomeno criminoso si ebbe tuttavia solo negli anni '60 a causa delle numerose sovvenzioni comunitarie elargite in attuazione del Trattato della Comunità Europea.

Fu appunto in questo periodo che cominciava a constatarsi l'insufficienza e la scarsa efficacia degli strumenti sanzionatori che l'ordinamento apprestava agli operatori giuridici per il contrasto e la repressione di tali condotte. Questi infatti non garantivano alcuna tutela né ai c.d. "beni prestazione" (le vere e proprie erogazioni) né tantomeno all'interesse pubblico sotteso alle suddette sovvenzioni⁴. Divenne sempre più pregnante l'esigenza di un intervento normativo *ad hoc* che disciplinasse tali comportamenti⁵. Un effetto propulsivo in tal senso si ebbe grazie all'impegno e alla dedizione di molti studiosi penalisti il cui interesse, suscitato da tale fenomeno ormai sempre più crescente, aveva portato alla stesura di molteplici monografie ed alla organizzazione di numerosi convegni (tra i più importanti ricordiamo le "Prime giornate europee di difesa sociale sui problemi della criminalità economica"; il Convegno "AREL" del 1978; il Convegno dei Comitati di azione per la giustizia tenutosi a Viareggio sempre nel 1978; il Convegno sui problemi giuridici degli incentivi finanziari all'industria tenutosi a Catania nel 1980).

³ Considerazioni di TARTAGLIONE in *op. cit.*

⁴ FIANDACA e MAZZUMOTO, *Abuso di sovvenzioni e controllo sanzionatorio: spunti comparatistici*, in *Foro it.* 1981, V., 64.

⁵ Della necessità di tale disciplina hanno scritto diversi autori tra i quali: FIANDACA e MAZZUMOTO, *Abuso di sovvenzioni e controllo sanzionatorio: spunti comparatistici*, in *Foro it.* 1981, V., 64; ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979.

Le ragioni sottese all'auspicio di una riforma legislativa di ampio respiro erano sicuramente molteplici e «attinenti direttamente alle stesse condizioni dello sviluppo economico nell'attuale fase di capitalismo c.d. maturo»⁶:

- la connotata carica delinquenziale correlata a questi abusi “perché da un lato fungevano da supporto naturale e diretto alla perpetrazione e all'ulteriore diffusione di fenomeni delittuosi collaterali di considerevole gravità, del tipo di fatti di corruzione, falsificazione di atti e documenti e così via, dall'altro suggerivano, quando addirittura non imponevano, agli operatori economici, anche talvolta per ragioni di concorrenzialità, l'adozione di comportamenti imitativi”⁷;
- la dannosità delle condotte in questione che andrebbero a ledere interessi tutelati dalla Carta dei diritti (lesione che per alcuni sarebbe la *condicio sine qua non* per una tutela penale)⁸;
- in terzo luogo veniva fatto notare che «L'inserimento sempre più marcato dell'Italia nel MEC, se non verrà frenato da tendenze autarchiche, provocherà l'allineamento del nostro ordinamento (...) ai paesi europei ad economia più forte (Germania Federale e Francia), dove è crescente il ricorso alla pena come mezzo di controllo coercitivo delle vecchie e nuove forme di “criminalità degli affari”»⁹;
- è necessario poi fare alcune considerazioni di carattere economico infatti: «il progressivo ricorso al “denaro di tutti” per finanziare le imprese incapaci di autofinanziarsi (...) è di per se stesso un fattore criminogeno carico di immensi danni potenziali per l'intero assetto economico, che va controllato e, in effetti, viene posto sotto controllo nei paesi-guida dell'Europa comunitaria con strumenti pubblicistici e penalistici sempre più volentieri »¹⁰.

Non potevano poi essere ignorati gli ingenti danni arrecati alle risorse della collettività e scaturenti da tali fenomeni.

⁶ MUSCO, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano, 1984, p. 574.

⁷ C.d. fenomeno di «Sogwirkung», accennato da ROMANO, *Diritto penale in materia economica. Riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p. 206.

⁸ Aspetto richiamato da BRICOLA, *Sovvenzioni all'industria e diritto penale*, in AA. VV., *problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, a cura di COSTI e LIBERTINI, Milano, 1982, p. 353.

⁹ MARINUCCI, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in *La responsabilità penale degli operatori bancari*, a cura di ROMANO, Bologna, 1980, p. 46.

¹⁰ MARINUCCI, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, cit., p. 46.

Nonostante l'improcrastinabile esigenza di un intervento riformatore che introducesse misure penali più incisive ed efficaci e la costante e influente spinta della dottrina che caldeggiava l'introduzione di una fattispecie non dissimile dalla c.d. "frode nelle sovvenzioni" del modello tedesco, il legislatore rimase indifferente e inattivo.

Un primo tentativo si ebbe solo nel 1980 per mezzo della proposta di legge Minervini-Spaventa¹¹. L'articolo 5 n. 5 di tale proposta delegava al Governo l'emanazione di una nuova fattispecie strutturata sulla scorta del modello tedesco e volta alla repressione del fenomeno delle illecite captazione delle sovvenzioni pubbliche. In particolare secondo tale punto doveva «introdursi la previsione del delitto di "frode in pubblici ausili finanziari ad imprese", inteso come il comportamento di chi, al fine di ottenere ausili finanziari pubblici per la propria o per l'altrui impresa commerciale, fornisce dolosamente alla pubblica autorità, alle aziende o agli istituti di credito competenti notizie o dati falsi su circostanze rilevanti per l'ottenimento dell'ausilio, ovvero li fornisce incompleti, ovvero li tace»¹².

1.2. Gli strumenti penali e le soluzioni dottrinali.

Visto l'immobilismo del legislatore e considerato il vuoto normativo del Codice Rocco, certamente giustificabile tenendo in considerazione che negli anni '30 il fenomeno del finanziamento pubblico era sicuramente molto esiguo¹³, occorre chiedersi: *quid iuris* nel caso di abuso nei finanziamenti pubblici?

Apprezzabile fu la disamina di molti studiosi i quali analizzarono gli strumenti penali già presenti nell'ordinamento evidenziandone le criticità. Di seguito esamineremo le fattispecie prese in considerazione all'epoca¹⁴.

La prima disposizione degna di essere qui analizzata è il c.d. "mendacio bancario"¹⁵. La fattispecie richiamò l'interesse degli studiosi in quanto agli istituti di credito, pur essendo questi enti privati, era demandato il compito di somministrare il denaro formante oggetto dei

¹¹ La proposta di legge d'iniziativa dei deputati MINERVINI e SPAVENTA n. 1785 del 10 Giugno 1980 recante «provvedimenti urgenti in materia di repressione penale degli illeciti bancari e conferimento di delega al governo per la riforma del diritto penale delle imprese commerciali».

¹² Il testo della legge è pubblicato in *Giur. Comm.*, 1980, I, pp. 854 ss.

¹³ MUSCO, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano, 1984, p. 577.

¹⁴ Approfondite e puntuali disamine dei vari strumenti penali sono state condotte da BRICOLA, ROMANO, MUSCO e MAZZACUVA.

¹⁵ Espressione introdotta da NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, 1955, Milano, p. 422.

c.d. “crediti di scopo” richiamati in precedenza. Le banche pertanto, in molti casi, divenivano lo strumento con cui il finanziamento pubblico veniva erogato al soggetto privato.

La norma fu introdotta con l’art. 95 della legge 7 Marzo 1938 n.141¹⁶ (comunemente detta legge bancaria) e si prefiggeva di punire chi “al fine di ottenere concessioni di credito per sé o per le aziende che amministra, o di mutare le condizioni cui il credito venne primamente concesso, fornisce dolosamente ad aziende di credito notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica patrimoniale e finanziaria delle aziende comunque interessate alla concessione del credito”. Dalla lettera dell’articolo si poteva constatare come questo andasse a normare un fenomeno già previsto e disciplinato dalla fattispecie di truffa ex art. 640 c.p. che salvaguardava gli istituti di credito privati da condotte criminose similari¹⁷, tant’è che la stessa utilità della norma fu messa in discussione. Le ratio sottese a tale introduzione legislativa e individuate dalla dottrina furono essenzialmente due¹⁸: *in primis* secondo l’opinione dell’epoca, le nozioni di “raggiro” e “artificio” (tipiche della truffa) non sarebbero potute essere integrate da comportamenti quali il “silenzio” (anche se concludente) o le menzogne (comportamenti che invece avrebbero certamente integrato la condotta del nuovo mendacio bancario); *in secundis*, attraverso tale introduzione, si svincolava il soggetto passivo dall’onere di provare l’“idoneità” del raggio o artificio che fosse (idoneità che doveva essere dimostrata e provata dalla vittima nel caso di truffa). Seppur inizialmente tali motivazioni potessero risultare valide, furono smentite in seguito, ora dall’estensione effettuata dalla prassi e concernente le condotte criminose di “raggiro” e “artificio” capaci di includere senz’altro anche il silenzio e qualsivoglia comportamento omissivo purché idoneo a trarre in inganno; ora dalla scarsa utilizzazione pratica del nuovo strumento, che fu adoperato in un numero esiguo di casi. Tralasciando le considerazioni inerenti l’effettiva utilità della fattispecie, possiamo analizzare i motivi per cui questa non fosse stata ritenuta sufficiente a colmare i vuoti normativi dell’ordinamento.

Le motivazioni hanno ora *carattere strutturale*, ora *carattere politico*. Per quanto riguarda i limiti strutturali possiamo notare come le «operazioni di credito» cui la norma fa menzione, presupponendo un obbligo di restituzione, mal si atteggiavano ai finanziamenti a fondo perduto. Ulteriori limitazioni di carattere lessicale attengono il riferimento della norma alla

¹⁶ Attuale art. 137 TUBC rubricato come “mendacio e falso interno”.

¹⁷ Questa considerazione viene evidenziata da PARODI GIUSINO, in *Controllo penale dell’abuso dei finanziamenti pubblici*, Palermo, 1984, p. 11.

¹⁸ Un’accurata analisi di tali motivazioni è stata svolta da VASSALLI, in *L’art. 95 della legge bancaria*, in *Banca e borsa*, 1959, pp. 332 e 338.

presentazione di documenti falsi riguardanti la «costituzione o situazione economica, patrimoniale e finanziaria delle aziende» che parrebbe escludere gli ulteriori elementi richiesti nelle agevolazioni; ovvero ancora è possibile ravvisare come il termine «fornisce» escluderebbe le condotte omissive come ad esempio la mancata esibizione di dati rilevanti per l'erogazione del finanziamento¹⁹. L'inidoneità intrinseca della fattispecie è poi ulteriormente confermata dalla “clausola di sussidiarietà” che, posta all'inizio dell'articolo, limita la sua applicazione a quei casi per cui non siano previste “maggiori pene disposte dal codice penale e dalle altre leggi”. Tale locuzione renderebbe di fatto inutilizzabile la norma in quanto le sue condotte ben potrebbero essere assorbite dalla fattispecie di truffa, sia nella forma consumata sia nella forma tentata²⁰. Relativamente alle limitazioni di carattere *politico* si ravvisava un naturale riserbo da parte degli istituti di credito che difficilmente procedevano alla denuncia di illecite captazioni a proprio danno non volendo mettere in luce eventuali manchevolezze o disfunzioni strutturali «senza che a ciò corrisponda oltretutto il minimo tornaconto di carattere patrimoniale»²¹.

Viste le evidenziate insufficienze del “mendacio bancario” la dottrina si sforzò di individuare ulteriori possibili soluzioni per il contrasto delle condotte criminose oggetto di questa trattazione. Tra le fattispecie prese in analisi è bene richiamare l'art. 640.2 c.p. Questo rappresentava *prima facie* «lo strumento più idoneo fra quelli esistenti, per il controllo degli abusi di sovvenzioni pubbliche»²², tuttavia non pare sconsiderato aderire a quegli orientamenti dottrinali, sicuramente maggioritari, che reputavano la tutela apprestata da tale norma insufficiente ed incompleta²³ auspicando pertanto ad un intervento riformatore. La verifica concernente la possibile applicazione di tale articolo come strumento di tutela dei finanziamenti pubblici presentava problematiche particolari in quanto molteplici erano le

¹⁹ Un'analisi dettagliata sui limiti strutturali del “mendacio bancario” è stata effettuata da BRICOLA, *Sovvenzioni all'industria e diritto penale*, in AA. VV., *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, a cura di COSTI e LIBERTINI, Milano, 1982, pp. 355 e ss.

²⁰ Secondo illustre dottrina e in particolare VASSALLI, in *op. cit.*, ogni comportamento invertevole destato nei confronti dell'istituto di credito, integrerebbe il delitto di truffa con la consequenziale inapplicabilità del mendacio bancario.

²¹ Tale considerazione è stata condivisa da un gran numero di studiosi quali ad esempio FIANDACA, MAZZUMOTO, *Abuso di sovvenzioni e controllo sanzionatorio: spunti comparatitici*, in *Foro it.* 1981, V., 64; ROMANO, *op. cit.*, p. 208; VASSALLI, *L'art. 95 della legge bancaria. Un precetto primario e un'incriminazione sussidiaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1959, I, p. 313 e s.; GRASSO, *Truffa in danno della banca, ricorso abusivo al credito, obblighi di denuncia o di rapporto*, in AA.VV., *La responsabilità penale degli operatori bancari* (a cura di ROMANO), Bologna, 1980, pp. 87 e ss.

²² PARODI GIUSINO, *Il controllo penale dell'abuso dei finanziamenti pubblici*, 1986, p. 20.

²³ Ci riferiamo soprattutto a ROMANO, in *op. cit.* o a FIANDACA e MAZZUMOTO, *op. cit.* ed ancora a MUSCO, in *op. cit.*

ragioni addotte a favore dell'una e dell'altra tesi. Le ragioni a sostegno dell'idoneità erano ravvisabili *in primis* in una costante prassi in favore di un'applicazione della fattispecie tanto estensiva da ricomprendere nelle nozioni di "artificio" e "raggiro" le condotte tipiche delle illecite captazioni²⁴; *in secundis* nella mancanza di "elementi specializzanti" inerenti il soggetto agente; infine nella possibilità di ricomprendere nei soggetti passivi ora un privato (pertanto anche un istituto di credito) ora lo stato o altro ente pubblico²⁵. Nonostante le ragioni ora richiamate è innegabile come la norma presentasse vistose criticità nell'effettiva tutela del fenomeno. È utile a tal proposito richiamare le considerazioni di politica criminale addotte dal Romano. L'autore faceva notare come, con l'applicazione del suddetto articolo, l'effettivo disvalore delle illecite captazioni sarebbe stato colto solo parzialmente. Sicuramente sarebbe stato considerato l'elemento privatistico del danno patrimoniale (inteso nella sua accezione più stretta e cioè come *deminutio patrimonii*) subito dallo stato, ma d'altra parte ne veniva ignorato uno ulteriore avente carattere pubblicistico e consistente nella vanificazione dell'interesse pubblico o meglio la «vanificazione dell'interesse pubblico connesso in sede normativa alla prestazione economico-finanziaria» che sarebbe stata tanto più grave se quest'ultima fosse stata «concepita e sviluppata come uno dei momenti, o delle tappe, di un'auspicabile politica di programmazione»²⁶. È bene poi evidenziare alcune perplessità di carattere sistematico che inerivano l'operatività della norma.

In primo luogo veniva fatto notare come l'applicazione della fattispecie di Truffa, richiedendo un "danno", sarebbe stata possibile solo mediante una forzatura interpretativa che avrebbe consentito di identificare nel danno anche il "carattere indebito dell'ausilio" e non solo la *deminutio patrimonii*²⁷.

In secondo luogo, la forzatura interpretativa di cui sopra, rilevava per il perseguimento dell'auspicato «arretramento della linea di tutela», imprescindibile nel settore delle agevolazioni e ostacolato appunto sempre dalla nozione di "danno"²⁸. Se non vi fosse stata un'interpretazione lata di tale elemento non si sarebbero potute perseguire tutte quelle

²⁴ MUSCO, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, in AA. VV., in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, pp. 578 e ss., Milano, 1984 afferma che si è di fronte ad un vero e proprio "scolorimento" delle condotte tipizzate dall'illecito tale da ritenere sufficiente qualsiasi comportamento "menzognero" idoneo ad indurre in errore il soggetto passivo.

²⁵ PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, p. 22.

²⁶ ROMANO, *op. cit.*, p. 213.

²⁷ ROMANO, *op. cit.*, p. 211

²⁸ BRICOLA, *Sovvenzioni all'industria e diritto penale*, in AA. VV., *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, a cura di COSTI e LIBERTINI, Milano, 1982, p. 363.

condotte che non scaturiscono in una *deminutio patrimonii* e che si arrestano alla richiesta abusiva della sovvenzione. Inoltre, pur accettando tale interpretazione, la punibilità del tentativo sarebbe stata comunque subordinata alla necessaria idoneità delle false informazioni fornite dall'impresa richiedente il finanziamento a trarre in inganno e indurre in errore. Tale accertamento peraltro non era sicuramente tra i più agevoli²⁹.

Rifacendoci sempre a quanto ritenuto dal Romano³⁰, un'ulteriore limitazione concerneva l'elemento soggettivo del reato. Non sarebbe stato infatti passibile di pena il mutamento della destinazione del finanziamento verso fini diversi rispetto a quelli previsti se tale variazione fosse dipesa da una volontarietà del soggetto agente sorta solo in un momento successivo rispetto alla richiesta (si tratterebbe in tal caso di un *dolus subsequens*).

Per ultimo, sempre il Romano³¹ affermava che sarebbero rimaste «prive di sanzioni tutte quelle condotte che, sebbene al di fuori di ogni intento fraudolento del soggetto, appaiono nondimeno seriamente riprovevoli e meritevoli di reazione se connotate da un elevato coefficiente di colpa, come quando, in un settore di tale delicatezza ed interesse, vengano trasmessi all'istituto o organo competente per la erogazione dati, notizie, prospetti crassamente incompleti o inesatti».

Si riteneva pertanto che neppure la truffa avrebbe potuto regolare in modo completo ed adeguato un fenomeno ormai sempre più allarmante e crescente. Peraltro non bisognava sottovalutare la considerazione secondo cui un'estensione tanto ampia della fattispecie e tale da ricomprendere i numerosi casi di illecite captazioni avrebbe reso la norma quantomeno “ambigua” o comunque dai contorni tanto labili da ledere il principio di tassatività e determinatezza sancito dalla Carta Costituzionale³².

È bene poi menzionare quegli orientamenti giurisprudenziali³³ che attraverso particolari interpretazioni attribuivano una funzione “suppletiva” alle “false comunicazioni sociali” ex art. 2621 c.c. fin tanto da includere nella sfera di tutela quelle odiose condotte tipiche

²⁹ BRICOLA, *op. cit.*, pp. 363 e 364.

³⁰ ROMANO, *op. cit.*, p. 212.

³¹ ROMANO, *op. cit.*, p. 212.

³² PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, p. 27; ROMANO, in *op. cit.*, pp. 212 e 214.

³³ Ci riferiamo in particolare ad alcune sentenze tra cui quella della Cassazione 28 Novembre 1966, pubblicata in *Rivista Italiana diritto e procedura penale*, 1967 pp. 950 e ss. con nota di VINCIGUERRA; Cassazione del 14 Novembre 1975, pubblicata sempre in *Rivista Italiana diritto e procedura penale*, 1977 pp. 1565 ss. con nota di PEDRAZZI.

dell'illecita captazione. Queste posizioni giurisprudenziali miravano alla protezione degli istituti di credito garantendo la veridicità delle dichiarazioni rese dalle imprese.

Prima di addentrarci nell'analisi della fattispecie delle false comunicazioni sociali, è bene fare una quanto mai doverosa premessa: seppur infatti in determinati ambiti giuridici «il meccanismo della supplenza, per via interpretativa-giurisprudenziale, nella tutela degli interessi e dei beni emergenti anche costituzionalmente fondati» risulti «affascinante ed utile», nell'ambito penale tale meccanismo diviene «vischioso, equivoco e pericoloso»³⁴. Non si può infatti lasciare «alla personale - o collettiva - invenzione giurisprudenziale la identificazione degli oggetti della tutela penale, anche quando, come è nel caso di specie, essa appare particolarmente lodevole ed altamente auspicabile»³⁵. Premesso ciò, le ragioni alla base di questa iniziale estensione sono rinvenibili nella natura del reato stesso. Essendo stato strutturato infatti come un reato di pericolo avrebbe escluso il “danno”, la sua plurioffensività avrebbe poi ampliato i confini dell'ambito della tutela³⁶, l'indeterminatezza dei soggetti passivi infine avrebbe permesso alla fattispecie di essere impiegata «in relazione alle più disparate situazioni di fatto»³⁷. Tali caratteri rendevano lo strumento estremamente duttile nella sua applicazione. L'aspetto sicuramente più significativo era tuttavia ravvisabile nella dilatazione giurisprudenziale³⁸, molto criticata da una parte autorevole della dottrina³⁹, della locuzione di “comunicazioni sociali”. Tale estensione consentiva di ricomprendere nelle comunicazioni anzidette anche la presentazione alle banche di documenti riguardanti il proprio stato patrimoniale.

³⁴ Così MUSCO, in *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, pp. 582 e ss.; considerazioni critiche sul meccanismo di supplenza giurisprudenziale, in assenza di una specifica normativa, sono state peraltro espresse anche da MAZZACUVA che avverte delle possibili “degenerazioni” oltre che “pericoli” connessi ad un simile uso delle norme penali, in *op. cit.*, p. 446.

³⁵ MUSCO, *op. cit.*, pp. 582 e ss.

³⁶ MUSCO, *op. cit.*, pp. 582 e ss.

³⁷ MAZZACUVA, *Agevolazioni per la «ristrutturazione e riconversione industriale» e responsabilità penale dell'imprenditore*, in AA. VV., in *Problemi giuridici delle agevolazioni*, 1982.

³⁸ Si richiamano alcune importanti sentenze tra cui una della Cassazione 28 Novembre 1966, pubblicata in *Rivista Italiana diritto e procedura penale*, 1967 pp. 950 e ss. con nota di VINCIGUERRA; Cassazione del 14 Novembre 1975, pubblicata sempre in *Rivista Italiana diritto e procedura penale*, 1977 pp. 1565 ss. con nota di PEDRAZZI e una sentenza del Tribunale di Roma del 1980.

³⁹ Ci riferiamo in tal caso a diversi autori tra cui MORSELLI, *Il reato di false comunicazioni sociali*, 1974; PEDRAZZI, *Un concetto controverso: le «comunicazioni sociali»*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1977; MUSCO, *Bilanci «anomali» e false comunicazioni sociali: identificazione inevitabile?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1981.

Seppur i profili di operatività della norma avrebbero potuto essere molto estesi come faceva notare autorevole dottrina⁴⁰, numerose erano le ragioni che propendevano nel senso dell'inadeguatezza e dell'insufficienza del reato nella tutela degli interessi menzionati. In primo luogo si poteva pacificamente affermare che il reato di "false comunicazioni sociali" «non tocca, per così dire, la sostanza criminologica dell'illecita captazione, ma colpisce, in via *autonoma*, una situazione di illecito accidentalmente evidenziato nel corso di un procedimento di sovvenzione»⁴¹; in secondo luogo con riferimento alla dilatazione delle "comunicazioni sociali" alcuni studiosi⁴² facevano notare come la natura intrinseca di queste si sostanzierebbe nel carattere della "pubblicità" intesa come conoscibilità pubblica. Quest'ultimo aspetto non verrebbe in considerazione nelle attestazioni riguardanti la propria consistenza patrimoniale rivolte agli istituti di credito. Non è poi trascurabile che una siffatta estensione avrebbe reso la fattispecie assimilabile ad una sorta di "truffa a consumazione anticipata". Ricostruzione questa certamente insensata se si tiene in considerazione che la pena prevista nel 2621 c.c. è nettamente superiore a quella prevista per la truffa, che tra l'altro è caratterizzata, «come tutti i delitti contro il patrimonio, dalla determinatezza del soggetto passivo»⁴³; in terzo luogo andavano evidenziati dei netti limiti strutturali che rilegavano l'applicazione della norma ad un'area assai marginale dell'illecita captazione: le false comunicazioni sociali, ad esempio, non sarebbero potute essere applicate alle imprese individuali, pur potendo queste usufruire delle sovvenzioni; inoltre pur accettando l'interpretazione lata di "comunicazioni sociali" non vi si sarebbero potute sicuramente ricomprendere tutta una serie di documenti richiesti dalle banche durante la fase istruttoria e che esulano dallo stato patrimoniale, economico o finanziario della stessa impresa⁴⁴.

Possiamo infine concludere l'analisi dell'ordinamento pre-riforma con un breve cenno alla fattispecie ex artt. 218 e 225 l. fall. rubricata come "ricorso abusivo al credito". Anche in tal caso ostavano numerose limitazioni di carattere strutturale⁴⁵ tali da rendere la norma inidonea

⁴⁰ Ci riferiamo soprattutto a MAZZACUVA che in *Agevolazioni per la «ristrutturazione e riconversione industriale» e responsabilità penale dell'imprenditore* fa notare come l'importanza delle false comunicazioni sociali rilevi in diversi momenti del procedimento di sovvenzione.

⁴¹ MUSCO, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, in *op. cit.*, 1984, p. 582.

⁴² Ci riferiamo soprattutto al MORSELLI, in *op. cit.*

⁴³ Rilievi di PEDRAZZI, in *op. cit.*

⁴⁴ Per una disamina più accurata si rinvia a BRICOLA, *Sovvenzioni all'industria e diritto penale*, in *op. cit.*, a cura di COSTI e LIBERTINI, 1982, pp. 357 e ss.

⁴⁵ Si rinvia all'analisi effettuata da BRICOLA, in *op. cit.*, pp. 361 e 362.

al perseguimento dello scopo considerato. *In primis* con riferimento alla nozione di “credito” possono essere richiamate le considerazioni svolte in ordine alla fattispecie di “mendacio bancario”. Nello specifico, presupponendo il credito una restituzione o comunque una controprestazione, difficilmente avrebbe potuto includere i finanziamenti a fondo perduto; *in secundis* è doveroso evidenziare come lo stato di dissesto, richiesto dal ricorso abusivo al credito e oggetto della dissimulazione, non si debba necessariamente trovare anche nell’impresa che illecitamente tenta di captare la sovvenzione; *in tertiis* la dissimulazione, «mal si adatta allo schema procedimentale istruttorio in tema di sovvenzioni che tende a sollecitare piuttosto informazioni che silenzi da parte del richiedente»⁴⁶. *Per ultimo* veniva evidenziato come il ricorso abusivo al credito, richiedendo come condizione di punibilità l’avvenuta dichiarazione di fallimento, avrebbe potuto dilazionare in modo anche considerevole l’intervento penale o addirittura, nelle ipotesi di grandi imprese, impedirlo⁴⁷.

Le fattispecie analizzate fin qui costituivano gli unici strumenti utilizzabili dagli operatori giuridici del tempo per il contrasto e la repressione del fenomeno oggetto della trattazione. Accertata pertanto la penuria di strumenti penali, gli studiosi, oltre a caldeggiare vivacemente il pronto intervento del legislatore, focalizzarono l’attenzione su quelli che erano gli strumenti di tutela apprestati dagli ordinamenti europei.

1.3. La riforma tedesca del 1976 e l’art. 264 StGB.

L’interesse della dottrina si incentrò in prevalenza verso la nuova disciplina tedesca introdotta il 29 Luglio 1976 attraverso la prima riforma sulla criminalità economica. La riforma fu il risultato di numerosi e approfonditi studi portati a compimento da studiosi di diritto penale dell’economia tra cui il Tiedemann⁴⁸. Attraverso tale intervento riformatore, si introduceva nel capo del codice penale tedesco dedicato alla truffa e all’infedeltà (“Betrug” e “Untreue”), la fattispecie di “frode nelle sovvenzioni” (Subventionsbetrug). Quest’ultima fu successivamente elevata a modello nella proposta di legge Minervini-Spaventa richiamata in precedenza.

⁴⁶ Considerazione di BRICOLA, in *op. cit.*, p. 362.

⁴⁷ Si fa riferimento alle politiche di salvataggio delle grandi imprese e all’amministrazione straordinaria cui queste possono essere sottoposte.

⁴⁸ TIEDEMANN, *Subventions kriminalitat in der Bundesrepublik*, Reineck bei Hamburg, 1974.

I motivi che indussero il legislatore tedesco ad intervenire erano riconducibili ad un duplice ordine di ragioni⁴⁹.

In primo luogo erano sempre più impellenti le *esigenze di carattere politico-economico* tese ad arginare un fenomeno sempre più straripante e preoccupante che arrecava ingenti danni alle finanze pubbliche. Lo stato tedesco era infatti solito intervenire in modo considerevole nell'economia elargendo, a singoli individui o alle imprese, cospicui finanziamenti per lo sviluppo di settori anche molto diversi fra loro (edilizia, agricoltura, industria ma anche promozione di finalità culturali o sociali); questa "politica di sovvenzionamento" provocava effetti criminogeni allarmanti⁵⁰, dovuti ora all'appetibilità delle risorse erogate, ora alla complessità di eventuali controlli nelle diverse fasi dell'erogazione dei finanziamenti, ora infine a difficoltà di tipo tecnico-giuridico dovute alla vigenza di una fitta selva di norme e disposizioni che venivano spesso sfruttate in modo improprio dagli imprenditori. In secondo luogo possiamo ricondurre il secondo ordine di ragioni a *motivi più strettamente giuridici*: l'ordinamento penale tedesco era infatti ritenuto inadeguato per la repressione di tali abusi soprattutto a causa delle vistose limitazioni strutturali del tradizionale reato di truffa (§ 263). Autorevoli ricerche⁵¹ dimostravano infatti come la maggior parte dei procedimenti istruttori aperti per truffa in sovvenzioni (sulla scorta della fattispecie generale di truffa) non si concludessero con provvedimenti di condanna a causa delle enormi difficoltà nella prova degli elementi materiali del reato.

Le spaventose lacune dell'ordinamento tedesco pacificamente riconosciute e le impellenti esigenze politico-economiche dunque, fondavano la base di un intervento riformatore che fu certamente apprezzabile ma che allo stesso tempo non mancò di suscitare aspre critiche e riserve.

Soffermandoci ora all'analisi della norma notiamo come le condotte disciplinate dal primo comma abbiano l'ammirabile pretesa di punire sia comportamenti attivi (consistenti nell'esibizione di informazioni inesatte o incomplete al soggetto erogatore), sia comportamenti omissivi (consistenti nella mancata presentazione al soggetto erogatore di circostanze rilevanti in ordine alla stessa sovvenzione). Rilevante e degno di nota era poi il

⁴⁹ PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, pp. 82 e ss.

⁵⁰ Parlavano in questi termini VOLK, *Der Subventionsbetrug*, in *Belke/Oehmichen Wirtschafts*, 1983, p. 77; TIEDEMANN, *Commento al §264*, Rn. 4.

⁵¹ Ci riferiamo ad una ricerca di TIEDEMANN riproposta e pubblicata da SCHUNEMANN, *Die Strafrechtliche Regelung der Subventions-Erschleichung in der Bundesrepublik Deutschland*, relazione al Convegno di studio su "il finanziamento agevolato delle imprese: problemi giuridici", (Siena 8-10 Novembre 1984).

fatto che la fattispecie andasse a colpire sia quelle azioni volte al conseguimento indebito del finanziamento e pertanto antecedenti alla captazione sia anche quelle azioni successive⁵².

Il bene giuridico tutelato era chiaramente la sovvenzione cui definizione viene fornita dallo stesso legislatore nel sesto comma. Questa consisteva dunque in una “prestazione di mezzi pubblici, secondo il diritto federale o dei Lander, ovvero secondo la normativa delle Comunità europee ad aziende o imprese”. La sovvenzione doveva inoltre avere due importanti caratteristiche per essere reputata tale: *in primo luogo* doveva essere concessa almeno in parte in assenza di una controprestazione; *in secondo luogo* la prestazione richiesta doveva essere finalizzata allo sviluppo dell’attività economica (venivano escluse pertanto le sovvenzioni concesse per lo sviluppo di attività diverse quali ad esempio quelle culturali o quelle destinate alla promozione della scienza⁵³, per le quali si sarebbe comunque potuto applicare la fattispecie generale di truffa⁵⁴). La definizione aveva carattere sostanziale, con il rischio di ledere il principio di determinatezza (seppur la Costituzione tedesca l’avesse ritenuta conforme), e non formale (non venivano infatti indicati in modo esplicito gli enti che potevano erogare le “sovvenzioni”). Degno di menzione era anche il fatto che i destinatari di tali sovvenzioni non potessero essere i singoli individui, bensì solo le imprese o le aziende (anche pubbliche).

Con riferimento all’elemento soggettivo, per la punibilità della condotta, veniva richiesto il dolo (anche eventuale) che poteva dirsi escluso nel momento in cui il soggetto agente avesse commesso un errore sui diversi elementi del reato. Sicuramente interessante era poi l’introduzione di un *tertium genus* di responsabilità volto al superamento delle difficoltà nei mezzi di prova e consistente nella c.d. “colpa grave” (*Leichtfertigkeit*) nei cui casi potevano essere punite le condotte ai numeri uno e due del primo comma e che rendeva tale fattispecie un *unicum* tra le fattispecie a tutela dei beni patrimoniali «tradizionalmente inclini a reprimere i casi di solo comportamento doloso»⁵⁵. Nonostante il lodevole intento del legislatore, molteplici furono i profili problematici sollevati dalla dottrina. La prima criticità ineriva il

⁵² Ciò lo si può dedurre dal punto 2 del comma primo, in particolare “l’omessa comunicazione, in violazione di precise disposizioni normative, di cose o fatti rilevanti ai fini di una sovvenzione” includerebbe anche le omissioni di comunicazioni inerenti circostanze intervenute successivamente all’ottenimento o durante il suo svolgimento.

⁵³ La mancata inclusione di sovvenzioni diverse ha suscitato scalpore e perplessità anche fra i vari commentatori tedeschi come SCHUNEMANN, in *Die Strafrechtliche Regelung der Subventions-Erschleichung in der Bundesrepublik Deutschland*, relazione al Convegno di studio su “il finanziamento agevolato delle imprese: problemi giuridici”, (Siena 8-10 Novembre 1984).

⁵⁴ Lo fa notare PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, p. 98.

⁵⁵ Rilievi di FIANDACA MAZZUMOTO, in *op. cit.*, e di PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, pp.98-99.

rispetto formale del principio *nullum crimen sine lege*, messo in crisi da iniziali difficoltà inerenti ad esempio i confini della rilevanza dei fatti ai fini della sovvenzione ovvero l'individuazione delle disposizioni dalla cui violazione sarebbe derivata l'omessa comunicazione di circostanze rilevanti per l'ottenimento della sovvenzione. Una soluzione parziale a questi quesiti veniva offerta dal rinvio adoperato dal comma settimo ad una legge extrapenale che disciplina l'abusiva richiesta di sovvenzioni (*Subventionsgesetz*) e che era stata emanata il 6 Agosto 1976. La risposta del legislatore tuttavia non fu molto soddisfacente ponendo questa, in capo all'ente sovvenzionatore, l'onere, non indifferente, di indicare al richiedente i fatti rilevanti ai fini della sovvenzione⁵⁶. Fu infatti evidenziato come con questo trasferimento di responsabilità sarebbero potute sorgere delle «perplexità quanto al rispetto delle regole di una corretta gerarchia delle fonti in campo penale»⁵⁷.

Un ulteriore criticità atteneva invece il profilo soggettivo del reato ed in particolare la “colpa grave” di cui abbiamo anzidetto. Autorevoli commentatori tedeschi⁵⁸ sostenevano infatti come la colpa grave fosse non soltanto il punto focale dell'intera riforma ma anche il polo principale cui si rivolgevano le più veraci critiche. Deprecabile fu ritenuta l'estensione della responsabilità finalizzata al mero raggiungimento di obiettivi di politica criminale. Stravolgimenti simili delle fattispecie penali fanno sorgere gravi perplessità in merito alla loro stessa legittimità di fondo⁵⁹. Non mancò poi chi⁶⁰ individuava in questa estensione una volontà nascosta del legislatore di evitare le incriminazioni dolose ai c.d. colletti bianchi, storicamente vicini al legislatore. Altri autori⁶¹ evidenziavano poi come anche il superamento

⁵⁶ Nel paragrafo del *Subventionsgesetz* inerente la “Definizione delle circostanze rilevanti per l'ottenimento della sovvenzione” veniva infatti stabilito che «l'autorità competente per la concessione di una sovvenzione o altro ufficio o persona (il concedente la sovvenzione) inseriti nel procedimento per l'ottenimento della sovvenzione sono obbligati prima dell'autorizzazione o concessione di una sovvenzione ad indicare a colui che la richiede ovvero intende avvalersi di una sovvenzione o di un beneficio ad essa connesso (beneficio della sovvenzione), come rilevanti per l'ottenimento dell'ausilio le circostanze che secondo: 1) la finalità della sovvenzione; 2) le prescrizioni di legge, le prescrizioni amministrative ed i principi generali in tema di concessione della sovvenzione, così come 3) gli ulteriori presupposti per l'ottenimento della sovvenzione, sono rilevanti ai fini dell'autorizzazione, concessione, ripetizione, proseguimento della sovvenzione o della perdita della sovvenzione o di un beneficio ad essa connesso». Il testo completo del *Subventionsgesetz* è pubblicato da PARODI GIUSINO, in *op. cit.*

⁵⁷ Lo fa notare FIANDACA MAZZUMOTO, in *op. cit.*

⁵⁸ In tal senso VOLK, *Der Subventionsbetrug*, in *Belke/Oehmichen Wirtschafts*, 1983, p. 81; concorde anche SCHUNEMANN, in *op. cit.*, p. 2.

⁵⁹ In tal senso, PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, e SCHUNEMANN, in *op. cit.*

⁶⁰ SCHUNEMANN, in *op. cit.*, p. 10.

⁶¹ In particolare VOLK, in *op. cit.*, pp. 82 e ss.

delle difficoltà probatorie fosse attuato solo relativamente⁶². Per cui difficilmente un fatto non punibile con il tradizionale reato di truffa lo sarebbe stato col nuovo reato di frode nelle sovvenzioni e viceversa⁶³.

Un ulteriore critica mossa alla norma attiene lo stile della sua formulazione. I rinvii, la determinazione dei numerosi elementi e la scarsa sinteticità, seppur mettano in luce il lodevole lavoro svolto dal legislatore, allo stesso tempo rendono difficoltosa l'applicazione della disposizione. Tale difficoltà emerge anche in alcuni studi statistici certamente ingenerosi⁶⁴.

1.4. Il quadro attuale e la frode comunitaria della Convenzione PIF.

La situazione legislativa odierna è certamente il risultato di una lenta evoluzione sostanziata in una serie di incisive riforme, pensate ed attuate sotto un notevole influsso comunitario. A quest'ultimo proposito possiamo notare come, contrariamente all'iniziale scarsa rilevanza che tali fraudolente condotte ricoprivano all'interno di molti ordinamenti nazionali⁶⁵, la comunità europea focalizzò la propria attenzione verso di queste già negli anni '60. Le *ratio* sottese a tale interesse potevano ravvisarsi nel fatto che il bilancio dell'Unione, il quale in un primo momento consisteva solo nei contributi finanziari degli stati, fosse costituito da "risorse proprie della comunità"⁶⁶ in cui rientravano ad esempio il *quantum* della riscossione dei dazi⁶⁷. Diveniva pertanto prioritario che la comunità apprestasse da sé mezzi di tutela idonei e che non demandasse più tale compito agli stati. Dietro il volere della comunità furono quindi introdotte numerose disposizioni nei vari ordinamenti per la salvaguardia del bilancio comunitario.

⁶² In particolare si notava come il gran numero di elementi normativi introdotti nella nuova fattispecie (il concetto di sovvenzione, quello di rilevanza delle circostanze ovvero ancora di promozione dell'economia) potessero generare confusione nel richiedente con la conseguenza dell'impossibilità di punire; anche nelle ipotesi dolose sarebbero potute sorgere delle difficoltà in termini probatori, dovendosi dimostrare la "vantaggiosità" delle indicazioni fornite.

⁶³ Rilievo di VOLK, in *op. cit.*, p. 87.

⁶⁴ Statistiche svolte da VOLK, in *op. cit.*, p. 88.

⁶⁵ Possiamo richiamare qui a titolo esemplificativo gli ordinamenti della Gran Bretagna, della Francia e dell'Italia che non apprestavano una tutela specifica del fenomeno.

⁶⁶ TIEDEMANN, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea*, in *Rivista Trimestrale diritto penale economico*, 1991, pp. 513 e ss.

⁶⁷ MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994.

Seppur una ricostruzione storica legislativa sia poco agevole per usare un eufemismo⁶⁸, possiamo qui richiamare a titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, alcune di queste norme come ad esempio l'articolo 9 del decreto legge n. 1051/67, convertito con alcune modifiche dalla legge numero 10/68 (recante norme per l'integrazione del prezzo dell'olio d'oliva); gli articoli 4 e 5 della legge n. 1140/66 (riguardanti gli aiuti comunitari erogati per la produzione di olio vegetale) ovvero ancora l'articolo 2 della legge n. 898/1986 con cui il legislatore introduceva un particolare tipo di frode ai danni del Fondo Europeo di orientamento e garanzia agricola (FEOGA). Nonostante si trattasse certamente di interventi settoriali, veniva ugualmente messo in luce come il contrasto di queste condotte fosse ormai un impegno urgente di *autotutela* della Comunità⁶⁹.

Il percorso intrapreso dall'Europa si snodava in diverse importanti tappe. È possibile individuare la prima di queste nell'attuazione degli stati del c.d. principio di assimilazione ex art. 208 CE⁷⁰, secondo cui gli ordinamenti nazionali avrebbero dovuto disciplinare le frodi comunitarie in maniera analoga alle discipline nazionali⁷¹. In Italia, questo risultato fu raggiunto attraverso un'ampia riforma che introduceva modifiche sostanziali al capo del Codice Rocco riguardante «i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione»⁷². Per quel che trattiamo, possiamo limitarci a menzionare l'introduzione di due nuove importanti fattispecie ossia il 316 *bis* c.p. rubricato come “malversazione a danno dello stato” e il 640 *bis* c.p. rubricato invece come “truffa aggravata ai danni dello stato” che recavano tra i soggetti passivi la comunità europea⁷³. L'intenzione del legislatore era quella di garantire una tutela piena e completa del fenomeno nelle sue diverse fasi: da una parte infatti si puniva chi indebitamente “captava” le risorse pubbliche, dall'altra si puniva chi utilizzava in modo distorto risorse acquisite in modo legittimo.

⁶⁸ Un'approfondita disamina è stata compiuta da SALAZAR, *Tutela penale nei confronti della frode comunitaria: «incontrollabile frenesia» del nostro legislatore od intervento necessario*, in *Cassazione Penale*, 1994, p. 752.

⁶⁹ TIEDEMANN, *La frode alle sovvenzioni: origine di un diritto penale europeo?*, pubblicato in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1999, p. 563.

⁷⁰ L'articolo 209 del trattato CE affermava che «Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.»

⁷¹ MANCUSO, *Diritto penale e processo*, n.11, 2004.

⁷² Per un'analisi approfondita SINISCALCO, *Premessa al commento l. 26-4-1990*, in *LP*, 1990, 263

⁷³ È bene ricordare come, a causa di una svista del legislatore, nella sua forma originaria, il reato di malversazione ex art. 316 *bis* non recasse tra i soggetti passivi la comunità europea. Soltanto attraverso la L. 7 febbraio 1992, n. 181 la norma fu modificata in tal senso.

La seconda tappa era invece caratterizzata dal processo di armonizzazione delle fattispecie penali già esistenti negli ordinamenti statali. L'armonizzazione mirava al raggiungimento degli obiettivi del trattato di Maastricht ed in particolare alla creazione di uno spazio comune di giustizia. Uno degli strumenti adoperati a tal fine fu la Convenzione per la tutela degli interessi finanziari dell'UE (denominata Convenzione PIF) adottata nel luglio del 1995 e seguita da tre ulteriori protocolli emanati tra il '96 e il '97⁷⁴. La convenzione trovava origine nell'articolo K3 del trattato di Maastricht⁷⁵ e con essa, gli stati, perseguivano lo scopo, indicato nello stesso preambolo della carta, di contribuire attivamente alla repressione degli illeciti a danno degli interessi finanziari dell'Unione, riconoscendo questi stessi che molto spesso le frodi avessero dimensioni transfrontaliere non riguardando soltanto i singoli stati.

Sicuramente il punto focale della convenzione consisteva nella definizione di frode cui veniva dedicato appunto l'articolo 1⁷⁶. Quest'ultimo forniva una nozione molto lata distinguendo tra frodi inerenti le entrate del bilancio e frodi inerenti le uscite. Le prime sono

⁷⁴ VENEGONI, *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁵ “ Nei settori di cui all'articolo K.1, gli Stati membri si informano e si consultano reciprocamente, in seno al Consiglio, per coordinare la loro azione; essi instaurano a tal fine una collaborazione tra i servizi competenti delle loro amministrazioni. Il Consiglio può,
- su iniziativa di qualsiasi Stato membro o della Commissione nei settori di cui ai punti da 1) a 6) dell'articolo K. 1,
- su iniziativa di qualsiasi Stato membro nei settori di cui ai punti 7), 8) e 9) dell'articolo K 1:
a) adottare posizioni comuni e promuovere, nella forma e secondo le procedure appropriate, ogni cooperazione utile al conseguimento degli obiettivi dell'Unione;
b) adottare azioni comuni, nella misura in cui gli obiettivi dell'Unione, data la portata o gli effetti dell'azione prevista, possono essere realizzati meglio con un'azione comune che con azioni dei singoli Stati membri; esso può decidere che le misure di applicazione di un'azione comune siano adottate a maggioranza qualificata;
c) fatto salvo il disposto dell'articolo 220 del trattato che istituisce la Comunità europea, elaborare convenzioni di cui raccomanderà l'adozione da parte degli Stati membri conformemente alle loro rispettive norme costituzionali. Salvo disposizioni contrarie previste da tali convenzioni, le eventuali misure di applicazione di queste ultime sono adottate in seno al Consiglio a maggioranza dei due terzi delle Alte Parti Contraenti. Le convenzioni possono prevedere che la Corte di giustizia sia competente per interpretarne le disposizioni e per comporre le controversie connesse con la loro applicazione, secondo modalità che saranno precisate dalle medesime convenzioni.” Così recita l'articolo K3 dell'anzidetto trattato.

⁷⁶ Il paragrafo primo dell'articolo 1 recita che «Ai fini della presente convenzione costituisce frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee:

- a) in materia di spese, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa:
- all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse;
- alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto;
- alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi;
b) in materia di entrate, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa:
- all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale delle Comunità europee o dei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse;
- alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto;
- alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto».

costituite dai «prelievi sulle importazioni di prodotti agricoli con particolare riferimento alla circolazione dei beni ed alle relazioni economiche intrattenute con gli altri» ovvero dalle riscossioni dei dazi doganali e dall'iva (che, riscossa dagli stati viene devoluta in minima parte all'Unione)⁷⁷. Le seconde includevano principalmente le “spese” per lo sviluppo e la coesione sociale dei diversi membri (c.d. fondi strutturali), l'esonero da imposte o tasse, le sovvenzioni inerenti le politiche agricole, la pesca e così via⁷⁸. A questo punto sono doverose due precisazioni: le frodi non riguardavano solo il bilancio dell'Unione ma anche i fondi dei bilanci gestiti dalle comunità o per conto di esse⁷⁹; in secondo luogo poteva notarsi come anche in tal caso le condotte normative fossero molteplici e apprestassero la c.d. tutela “a due fasi”⁸⁰ coprendo sia l'illecita captazione che la distrazione delle risorse⁸¹. Non essendo la convenzione *self-executing*⁸² il legislatore, per darle esecuzione, intervenne con la l. 29.9.2000 n. 300. Con quest'ultima tra l'altro, non ci si limitava a dare attuazione alla sola convenzione PIF ma anche a numerosi altri atti comunitari⁸³.

Seppur a primo acchito la scelta di dare esecuzione a tutti questi provvedimenti⁸⁴ con un unico atto legislativo potesse sembrare sconsiderata, tenuto conto delle maggiori difficoltà attuative, la strada intrapresa dal legislatore è stata salutata con favore e ciò lo si deve sicuramente al fatto che le convenzioni ed i protocolli fossero accomunati da obiettivi e

⁷⁷ MEZZETTI, in *op. cit.*, pp. 9 e ss.

⁷⁸ VENEGONI, in *op. cit.*

⁷⁹ Questa precisazione è particolarmente importante perché come fa notare VENEGONI “nel complesso sistema finanziario europeo esistono bilanci di origine non comunitaria ma gestiti dalla stessa Comunità o per suo conto”.

⁸⁰ SEMINARA definì tale tutela come “a due fasi”, in *La prevenzione e la repressione delle frodi a danno delle finanze comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1994.

⁸¹ VENEGONI, in *op. cit.*

⁸² Ricordiamo che la Convenzione riguardava l'ambito della “cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni” (CGAI) cioè il terzo pilastro per cui non potevano essere emanati i regolamenti ma solo strumenti intergovernativi.

⁸³ L'articolo 1 della legge affermava infatti che “Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare i seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995; suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996; Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta, Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996; nonché Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997.”

⁸⁴ Un'accurata analisi di questi testi è stata svolta da SALAZAR, in *Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione (e conseguenti obblighi di recepimento da parte italiana)*, in *Cassazione penale*, 1998, pp. 1529 e ss.

tematiche comuni⁸⁵. L'intento del legislatore infatti era quello di evitare interventi frammentari da cui sarebbero potute discendere lacune normative e mancanza di coordinamento. Attraverso la legge anzidetta fu introdotto l'articolo 316 *ter* c.p. rubricato come "indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato". L'intervento legislativo non deve tuttavia indurre a pensare che l'ordinamento nostrano fosse incapace di tutela con riferimento a queste condotte. Per molti versi infatti quest'introduzione non ha fatto altro che complicare un tessuto normativo saturo e già ampiamente predisposto alla salvaguardia degli interessi finanziari dell'Unione.

⁸⁵ PELISSERO, *Commento alla l. 29 Settembre 2000 n. 300*, in *Legislazione penale*, 2001, pp. 1024 e ss.

CAPITOLO II

LA TUTELA PRECEDENTE: L'INDEBITA PERCEZIONE DI EROGAZIONI A DANNO DELLO STATO E LA TRUFFA AGGRAVATA PER IL CONSEGUIMENTO DI EROGAZIONI PUBBLICHE

SOMMARIO: 2.1. Premessa. - 2.2. Considerazioni sull'introduzione dell'art. 316 *ter* e sulla legge di attuazione della Convenzione PIF n. 300 del 2000. - 2.3. Il quadro normativo previgente all'introduzione dell'art. 316 *ter*. - 2.4. L'impropria collocazione dell'art. 316 *ter*. - 2.5. La difficile individuazione del bene giuridico tutelato. - 2.6. I soggetti della fattispecie. - 2.7. La condotta e il grave scostamento rispetto alla Convenzione PIF. - 2.8. L'oggetto della condotta: contributi, finanziamenti, mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo. - 2.9. L'elemento soggettivo. - 2.10. Consumazione e tentativo. - 2.11. Circostanze e concorso di persone. - 2.12. Un ulteriore grave lacuna rispetto alla Convenzione PIF: la mancanza della responsabilità penale dei dirigenti delle imprese. - 2.13. Questioni di legittimità costituzionale e critiche all'ordinanza della Corte costituzionale n. 85/2004. - 2.14. La criticabile degradazione della frode lieve. - 2.15. Il rapporto tra l'art. 316 *ter* e i delitti di falso. - 2.16. Il rapporto tra l'art. 316 *ter* e la malversazione a danno dello Stato. - 2.17. Considerazioni introduttive sul reato ex art. 640 *bis* : la riduzione in circostanza aggravante e la Sentenza della Cassazione n. 26351/2002. - 2.18. La violazione del principio del primato. - 2.19. L'elemento oggettivo dell'art. 640 *bis*. - 2.20. Casistica. - 2.21. Il controverso rapporto tra l'art. 316 *ter* e l'art. 640 *bis*. - 2.22. Il rapporto tra la frode comunitaria ai danni FEOGA e l'art. 640 *bis*. - 2.23. Gli orientamenti giurisprudenziali e l'affermazione della sussidiarietà. - 2.24. Il rapporto tra l'art. 640 *bis* e altri illeciti. - 2.25. Sulla mancata disciplina della responsabilità penale dei dirigenti delle imprese.

2.1. Premessa.

Inquadrato storicamente il fenomeno ed evidenziate le lacune dell'ordinamento previgente, possiamo ora accingerci all'analisi degli strumenti penali apprestati dal nostro legislatore per sopperire al vuoto normativo. Il codice in particolare consta di tre diverse fattispecie che colpiscono il fenomeno nelle sue diverse fasi patologiche.

In specie sono previste forme di tutela precedenti, che mirano a contrastare l'illecita captazione delle risorse pubbliche e forme di tutela successiva, che hanno l'obiettivo di punire la loro distorta utilizzazione. Rileveremo come l'attuale impianto normativo pur

rappresentando un *unicum* nel vasto panorama dei sistemi di *common* e *civil law* e pur rivelando profili peculiari e meritevoli d'attenzione, appaia nel complesso magmatico e confusionario.

2.2. Considerazioni sull'introduzione dell'art. 316 *ter* e sulla legge di attuazione della Convenzione PIF n. 300 del 2000.

Attraverso tale fattispecie, il legislatore ha inteso apprestare una tutela antecedente, che mira a prevenire appunto "l'indebita percezione" e non la scorretta utilizzazione delle risorse come avviene, invece, nel caso di malversazione a danno dello Stato. La figura criminosa rappresenta oggi un ulteriore strumento «per colpire le frodi commesse nella fase propedeutica alla concessione delle erogazioni pubbliche»⁸⁶.

L'indebita percezione di erogazioni a danno dello stato punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni «salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640 *bis*, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee».

Il reato di cui all'articolo 316 *ter* è stato introdotto con l'art. 4 della l. 29 settembre 2000, n. 300⁸⁷. Tale atto legislativo ha dato "piena ed intera"⁸⁸ attuazione alla c.d. Convenzione PIF, approvata il 26 luglio 1995 e rivolta alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee. Questa richiedeva ad ogni stato membro l'introduzione del reato di "frode comunitaria", consistente appunto nelle condotte di cui alla fattispecie da noi esaminata.

In realtà con la legge n. 300/2000 si è data esecuzione a ben cinque Atti convenzionali⁸⁹ di diritto internazionale di cui, tuttavia, solo i primi tre riguardano la tutela degli interessi

⁸⁶ BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, p. 160.

⁸⁷ Un'analisi complessiva dell'intera legge è stata effettuata da PELISSERO, *Commento L. 29.9.2000 n. 300*, in *L.P.*, 2001, p. 991 e da MANACORDA, *Corruzione internazionale e tutela degli interessi comunitari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 415.

⁸⁸ L'art. 2 della menzionata legge recita: «Piena ed intera esecuzione è data agli atti internazionali indicati nell'art. 1 a decorrere dalla data della loro entrata in vigore, in conformità a quanto rispettivamente disposto da ciascuno di essi».

⁸⁹ Oltre alla c.d. Convenzione PIF, è stata data esecuzione al suo primo Protocollo riguardante la lotta alla corruzione lesiva dei medesimi interessi finanziari siglato nel 1996 ed al Protocollo inerente l'interpretazione pregiudiziale della Convenzione da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Non è stato invece attuato il Protocollo del 1997 riguardante la lotta al riciclaggio.

finanziari della Comunità, mentre gli altri due riguardano il contrasto al fenomeno della corruzione internazionale, richiedendo agli Stati membri l'estensione delle discipline nazionali ai fenomeni criminogeni di corruzione riguardanti funzionari dell'Unione Europea o degli Stati membri⁹⁰.

Nonostante i numerosi e corposi atti internazionali da introdurre, la legge richiamata si è tradotta nella sola nuova fattispecie di cui all'art. 4 legge n. 300/2000 (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato) ed in una serie di norme estensive ed integrative. Con riguardo alla fattispecie di "indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato", pur non menzionandole nella rubrica dell'articolo, vengono ugualmente ricomprese le erogazioni stanziare ed elargite dalle Comunità europee.

Con riferimento alle norme integrative ed estensive, numerosi sono gli esempi che possono in tal sede essere richiamati. Di rilevante impatto è certamente l'articolo 322 *bis* c.p., introdotto con l'art. 3 della legge n. 300 del 2000 e rubricato come "Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri". Quest'ultimo ha carattere estensivo ed in particolare permette l'applicazione delle fattispecie menzionate a soggetti operanti in diversi ambiti internazionali⁹¹. Grazie a tale articolo divengono punibili anche soggetti che non sarebbero potuti essere perseguibili perché sprovvisti della qualifica pubblicistica necessaria o perché la nozione di pubblica amministrazione è limitata al contesto italiano e non anche a quello comunitario. In particolare si mira a punire i privati che istighino alla corruzione i soggetti indicati dalla norma ovvero i privati che pongano in essere negozi illeciti con questi ultimi. Il tratto più caratterizzante è certamente espresso dal comma terzo il quale assimila alle figure di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio quei soggetti che esercitano attività analoghe a quelle individuate dal nostro ordinamento in ambito internazionale.

Possono peraltro richiamarsi l'art. 322 *ter* c.p. riguardante l'estensione della "confisca obbligatoria" (anche per equivalente) nelle ipotesi di condanna ovvero di "patteggiamento" ex art. 444 c.p.p. per i delitti menzionati dall'articolo 322 *bis*; la norma concernente la possibilità di punire in Italia delitti commessi all'estero a danno delle Comunità europee ex art. 5 l. n. 300/2000 ovvero ancora la norma che prevede l'applicabilità della pena accessoria

⁹⁰ PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, pp. 615 e ss.

⁹¹ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013, p. 272.

dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione nel caso del reato ex. art. 316 *ter* o nel caso di corruzione internazionale e degli altri reati di cui all'art. 322 *bis*. A questi ultimi viene peraltro estesa l'applicazione della della circostanza attenuante speciale del "fatto di particolare tenuità" (art. 6 legge n. 300/2000)⁹².

Commentando l'apprezzabile, e di per sé non criticabile, intento legislativo di introdurre con un unico atto legislativo, in maniera unitaria e organica, una pluralità di norme internazionali, vista e considerata la contiguità delle materie oggetto di modifica, non possiamo esimerci dal sollevare alcune critiche. Invero la ricercata organicità e unitarietà non può dirsi pienamente soddisfatta sia a causa di evidenti difetti redazionali che inficiano la formulazione dell'art. 316 *ter* c.p., sia soprattutto in ragione di un'erronea valutazione circa il contesto normativo in cui la nuova disposizione si inserisce⁹³.

2.3. Il quadro normativo previgente all'introduzione dell'art. 316 *ter*.

Il contesto normativo in cui si inserisce la riforma del 2000, con particolare riguardo alla fattispecie di cui all'art. 316 *ter*, è pervaso da innumerevoli contraddizioni applicative sorte in giurisprudenza e inerenti le norme già presenti nell'ordinamento.

Invero, la riforma è *ab origine* inficiata dall'erroneo convincimento del legislatore riguardo la presunta, quanto pretesa, completezza dell'ordinamento con riferimento alla tutela degli interessi finanziari in ambito UE⁹⁴. In base a tale assunto si riteneva che sarebbe stata sufficiente una semplice correzione, o meglio integrazione, delle marginali lacune codicistiche che, messe in evidenza dalle richieste di matrice europea, impedivano un pieno soddisfacimento degli interessi finanziari dell'Unione Europea ed una corretta armonizzazione con i dettami comunitari⁹⁵. Non è pertanto scorretto ritenere che il reato di cui all'articolo 316 *ter* rappresenti una sorta di completamento del quadro normativo concernente l'abuso nei finanziamenti pubblici.

⁹² Per ulteriori approfondimenti in merito alla legge menzionata si rinvia a PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, pp. 615 e ss. e PELISSERO, *Commento L. 29.9.2000 n. 300*, in *L.P.*, 2001, p. 998.

⁹³ PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, pp. 615 e ss.

⁹⁴ In realtà, secondo parte della dottrina ritiene che l'intervento normativo si è reso necessario per l'inadeguatezza dell'ordinamento. Vedasi BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, p. 554.

⁹⁵ In tal senso v. BENUSSI, in *op. cit.*, p. 160.

In tale contesto sono stati colpevolmente ignorati i pregressi e contrastanti orientamenti giurisprudenziali circa i rapporti fra le diverse figure criminose già presenti nell'ordinamento. La disposizione di cui all'art. 316 *ter* non ha fatto altro che alimentare i già gravi dubbi interpretativi e di coordinamento, facendo sorgere pericolose contraddizioni in sede applicativa.

Oltre al reato di "malversazione a danno dello Stato", che punisce la distorta destinazione delle erogazioni pubbliche percepite e per il quale si rinvia al prossimo capitolo per un'analisi approfondita, tra gli anni '80 e '90 furono introdotte nell'ordinamento due ulteriori fattispecie a tutela degli interessi finanziari comunitari. Ci riferiamo in particolare all'art. 2 della legge n. 898/1986 che appresta una tutela nei confronti del fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (FEOGA) e all'articolo 640 *bis* c.p. che prevede la "truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche" tra cui rientrano anche quelle comunitarie. La frode a danni del FEOGA aveva quale obiettivo quello di "rafforzare" la salvaguardia degli interessi finanziari della Comunità europea⁹⁶, punendo chi avesse acquisito indebitamente erogazioni di provenienza comunitaria.

In realtà, essendo il trattamento sanzionatorio apprestato dalla richiamata previsione più mite rispetto ai reati di truffa ex art. 640 c.p. e del reato di cui all'articolo 9 d.l. n. 1051/1967 (indebita percezione dell'integrazione del prezzo dell'olio d'oliva), ne derivava una paradossale affievolimento sanzionatorio rispetto al previgente apparato normativo⁹⁷.

Peraltro non possiamo esimerci dal richiamare in tal sede le gravose problematiche afferenti il dubbio rapporto tra l'anzidetta fattispecie criminosa e il reato di truffa aggravata ex art. 640 *bis* c.p., risolte solo attraverso una soluzione di "compromesso" da parte della giurisprudenza⁹⁸.

⁹⁶ In tal senso si pronunciava il Ministro dell'agricoltura il 17 dicembre 1986, IX Legislatura, p. 50918, in sede di discussione della legge di conversione del d.l. n. 701/1986.

⁹⁷ La dottrina è concorde sul punto. A proposito vedasi GRASSO, *L'armonizzazione e il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 836 e ss.; SPAGNOLO, *Breve commento alle "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale"*, in *Riv. it. dir. pen. econ.*, 1990, pp. 695 e ss. e PALERMO FABRIS, *La recente legislazione italiana in tema di frodi nelle sovvenzioni comunitarie*, in *Riv. it. dir. pen. econ.*, 1993, p. 812.

⁹⁸ cfr. *supra*, cap. II, par. 2.22.

2.4. L'impropria collocazione dell'art. 316 *ter*.

L'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato è collocata erroneamente nel capo I del titolo II del libro II, dedicato ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. La collocazione è certamente erranea, oltre che deprecabile, se si tiene in considerazione che la figura criminosa può ben essere integrata dalla condotta di un qualunque privato cittadino che consegua la sovvenzione (vedi sopra paragrafo soggetti attivi).

Come nel caso della malversazione a danno dello Stato (cfr. *retro*, cap. III), possono essere mosse delle critiche con riferimento a tale scelta legislativa. Alcuni autori⁹⁹ invero fanno notare come sarebbe stata più opportuna la collocazione fra i delitti contro il patrimonio ovvero contro l'economia pubblica ovvero ancora fra i delitti commessi dai privati contro la p.a.¹⁰⁰. Peraltro, anche nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione sarebbe stato più opportuna una sistemazione topografica differente. In specie, sarebbe stato meno fuorviante se la norma fosse stata introdotta fra i delitti commessi dai privati a danno della pubblica amministrazione di cui al capo II, anziché fra i delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione di cui al capo I.

Autorevole dottrina¹⁰¹ sostiene invece che sarebbe stato preferibile che la figura criminosa fosse collocata fra i delitti contro il patrimonio ed in particolare in prossimità del reato di truffa aggravata in pubbliche sovvenzioni. In tal modo non soltanto si sarebbe individuato con precisione il bene giuridico tutelato, oggetto di ampi dibattiti dottrinali (cfr. *retro*, cap. II, par. 2.5.), ma avrebbe anche messo in risalto l'opportunità di fondere le due incriminazioni, permettendo di regolare e contrastare il fenomeno in modo più adeguato.

Seppur la collocazione di una norma non sia di per sé sufficiente a vincolare l'interprete, ha comunque un'incidenza nelle scelte applicative e pratiche di quest'ultimo, per cui tale analisi non ha soltanto mero valore teorico. Probabilmente la censurabile scelta legislativa è stata determinata dalla forte attrazione esercitata dal reato di cui all'art. 316 *bis*, che punisce la

⁹⁹ FORLENZA, *Confisca obbligatoria in caso di condanna definitiva*, in *Gdir*, n. 42, 2000, p. 54; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 556; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 170.

¹⁰⁰ Con riferimento all'insolita collocazione, anche il G.u.p Trib. Sanremo 20/11/2001 «Il 316 *ter* c.p. risente di un'incerta ed approssimativa collocazione nel sistema del codice. Esso, infatti, è inserito nel titolo II "contro la Pubblica Amministrazione", anziché, come forse sarebbe stato più corretto nel titolo XIII "contro il patrimonio". Nell'ambito del titolo II, l'art. 316 *ter* è ricompreso nel capo I, intitolato "Dei delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione", lasciando intendere che trattasi di un reato proprio; invece, soggetto attivo può essere "chiunque" e quindi non esclusivamente un Pubblico Ufficiale», in <http://digilander.libero.it/campensanremo>.

¹⁰¹ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

“malversazione” da parte dei privati delle sovvenzioni pubbliche percepite. Tuttavia si sottolinea come, vista la prossimità tra le due figure criminose e l'apparente identità del bene giuridico tutelato, la scorretta collocazione alimenti perlomeno la tesi dell'assorbimento fra le due fattispecie, anziché dell'eventuale concorso (cfr. *retro*, cap. II, par. 2.16.)¹⁰².

Alla luce di quanto evidenziato, possiamo ritenere che il legislatore del 2000 ha colpevolmente e in modo recidivo reiterato imprecisioni e refusi, già commessi negli anni '90 con l'introduzione del reato di malversazione, alimentando così un disordine normativo che è causa di contraddittorietà e difficoltà applicativa e interpretativa.

2.5. La difficile individuazione del bene giuridico tutelato.

La figura criminosa tutela la libera formazione della volontà dell'ente erogatore, statale o sovranazionale che sia, con riferimento alla concessione del finanziamento. L'ordinamento salvaguarda l'interesse affinché non si verifichi un'attribuzione illegittima con la conseguente indebita percezione¹⁰³.

Secondo autorevole dottrina¹⁰⁴ il reato sarebbe plurioffensivo. In specie sarebbero tutelati sia la libera formazione volitiva della pubblica amministrazione, sia anche le risorse pubbliche intese come strumento per il raggiungimento degli obiettivi politico e socio culturali. Secondo questo orientamento, con l'indebita percezione si verifica conseguentemente uno “sviamento” delle risorse pubbliche dai loro fini originari. Compromettendo in tal modo gli obiettivi perseguiti dall'ente erogatore.

In senso contrario, è possibile richiamare quanto assunto da alcuni autori¹⁰⁵, secondo i quali il disvalore penale si sostanzierebbe non tanto nella mera presentazione di documenti falsi e ingannevoli, quanto, piuttosto, nell'indebita percezione dell'erogazione. L'area di tutela includerebbe il buon andamento e l'imparzialità della p.a. in quanto la condotta punibile sarebbe lesiva del corretto svolgimento dell'azione amministrativa.

Altri autori¹⁰⁶ infine sostengono che il reato sia lesivo dell'economia pubblica.

¹⁰² PICOTTI, in *op. cit.* pp. 615 e ss.

¹⁰³ In tal senso ROMANO, in *op. cit.*, p. 82.

¹⁰⁴ SEMERARO, *Osservazioni in tema di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in *C.P.*, 2001, p. 2565; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 170.

¹⁰⁵ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 556.

¹⁰⁶ FORNASARI, *Malversazione a danno dello Stato*, in BONDI - DI MARTINO - FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, p. 158.

I rilievi giurisprudenziali¹⁰⁷ depongono nel senso della tutela della libera volontà della p.a. nell'erogazione e nella destinazione dei finanziamenti. L'obiettivo è quello di evitare una scorretta distribuzione delle risorse economiche attraverso la conseguente sanzione per la presentazione di documenti falsi o notizie inveritiere.

2.6. I soggetti della fattispecie.

Il soggetto attivo della fattispecie è «chiunque» consegua in modo indebito «contributi, finanziamenti pubblici, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate». Malgrado l'insidiosità del pronome indefinito “chiunque”, la fattispecie di cui all'articolo 316 *ter* integra un reato proprio, cui autore può essere solo il fruitore del finanziamento¹⁰⁸.

Come nel caso ex art. 316 *bis* c.p. e del 640 *bis* c.p., soggetto attivo può essere anche la persona giuridica, gravata oggi di una particolare responsabilità introdotta con il d.lgs. 231/2001¹⁰⁹.

I soggetti passivi sono facilmente individuabili grazie alla chiara formulazione della norma. *Subisce* il danno il soggetto erogatore dei finanziamenti che potrebbe essere lo Stato, un altro ente pubblico o l'Unione Europea¹¹⁰.

Soggetti danneggiati sono certamente, oltre la pubblica amministrazione, anche i soggetti privati che non siano riusciti a conseguire l'erogazione pur avendone il diritto e che abbiano denunciato il fatto¹¹¹.

2.7. La condotta e il grave scostamento rispetto alla Convenzione PIF.

Con riferimento all'elemento oggettivo, questo si sostanzierebbe nell'utilizzo o nella presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero nell'omissione di informazioni dovute dalle quali derivi l'ottenimento dell'indebita

¹⁰⁷ Cass., sez. VI, 25/06/2008, n. 31737.

¹⁰⁸ In senso difforme SALCUNI, CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, in *op. cit.*, p. 114; FORNASARI, *Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, 2004, p. 159. Secondo questi il reato sarebbe comune.

¹⁰⁹ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 556.

¹¹⁰ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 171.

¹¹¹ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 171.

percezione dell'erogazione. Pertanto, la condotta è costituita da una falsa prospettazione della realtà volta a trarre in inganno la pubblica amministrazione¹¹².

Da ciò ne consegue che la condotta possa assumere una duplice forma, estrinsecandosi in un'ipotesi ora commissiva, ora omissiva. È commissiva allorché l'autore del reato presenti dichiarazioni o documenti falsi; è omissiva ove, nel momento in cui sussista un obbligo di informazione, un dato o una notizia venga taciuta all'ufficio della pubblica amministrazione deputata all'erogazione del finanziamento¹¹³.

È bene specificare che per dichiarazione si intende una manifestazione di scienza che abbia ad oggetto fatti favorevoli al richiedente e dai quali possa discendere, anche soltanto in parte, l'accoglimento della domanda inerente la sovvenzione; il documento è invece un atto scritto che abbia ad oggetto informazioni o dati richiesti al possibile fruitore del finanziamento¹¹⁴. La falsità può essere materiale o ideologica e può riguardare sia l'*an* che il *quantum* dell'erogazione¹¹⁵. Seppur sull'incriminazione della falsità ideologica possono avanzarsi alcune riserve, come vedremo a breve.

Per l'integrazione della figura criminosa, è altresì necessario l'effettiva percezione dell'erogazione, non essendo sufficiente la mera decisione dell'ufficio o la semplice assegnazione del *quantum* (potendo esservi in questi casi la revoca). Ciò è deducibile dalla chiara lettera dell'articolo che con il verbo "consegue"¹¹⁶ intende la materiale apprensione o l'effettiva disponibilità delle somme oggetto dell'erogazione. In caso contrario potrebbe invece configurarsi l'ipotesi tentata¹¹⁷.

Rilevante è il silenzio serbato dal legislatore riguardo l'indebita ritenzione delle somme percepite. L'anzidetta lacuna, in palese contrasto con quanto richiedeva la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari, non pare essere colmabile attraverso l'opera dell'interprete.

¹¹² BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 557.

¹¹³ In tal senso, BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 557; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 171; CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, p. 54.

¹¹⁴ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 172.

¹¹⁵ ROMANO, in *op. cit.*, p. 91; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁶ Cass., Sez. VI, 26/02/1999, n. 5285 «Ai fini dell'integrazione dei reati di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni comunitarie ex art. 640 *bis* c.p. ovvero di frode comunitaria ex art. 2 l. n. 898 del 1986, come sostituito dall'art. 73 l. n. 142 del 1992, è necessario non solo porre in essere artifici o false dichiarazioni, ma anche conseguire materialmente, per sé o per altri, l'ingiusto profitto, i premi o le erogazioni della Comunità europea».

¹¹⁷ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 558.

Pertanto, in questi casi, non potrà integrarsi il reato di cui trattiamo¹¹⁸. Peraltro, autorevole dottrina¹¹⁹ evidenzia come sia apprezzabile e corretta l'equiparazione della condotta menzognera all'omissione della comunicazione di elementi rilevanti ai fini della concessione della sovvenzione.

Un ulteriore e imprescindibile elemento della condotta è il carattere "indebito" del conseguimento. Ne discende che ove l'ottenimento non sia "ingiusto" o "non dovuto", anche nel caso di false dichiarazioni, non potrà comunque configurarsi il reato¹²⁰.

Premesso ciò, è necessario trattare quanto già evidenziato da alcuni autori¹²¹ con riferimento ad alcune gravose lacune cui la norma è affetta e che ineriscono per l'appunto l'elemento oggettivo. È possibile notare come vi sia stato un ingiustificabile scostamento fra quanto espresso in sede legislativa e quanto previsto dalla Convenzione a protezione degli interessi finanziari. La prima critica concerne la locuzione "*attestati cose non vere*", riferita ai documenti o alle dichiarazioni. Si rileva come vi sia una preoccupante distanza dalla formula normativa prevista dalla Convenzione. Quest'ultima alludeva infatti a "*dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti*". Con tale formula, ed in specie con gli aggettivi usati, venivano assorbite sia la falsità materiale, inerente la contraffazione o l'alterazione del contenuto di un documento, sia anche la falsità ideologica, implicante invece una falsità originaria, inerente il contenuto dell'atto e non dovuta ad una sua contraffazione o alterazione. Orbene, il termine generico "cose"¹²², inteso nella sua accezione più stretta di "beni" o "oggetti", non può fungere da paradigma per le falsità ideologiche, che richiedono invece "fatti", "circostanze" o ancora "informazioni"¹²³, seppur attraverso sforzi ermeneutici oggi vengano ugualmente ricomprese nell'ambito operativo della norma. Peraltro, attribuendo al termine "cose" un significato più generico e atecnico, tipico del linguaggio comune, continuerebbero ugualmente a permanere rilevanti incertezze, infatti, potrebbe conseguire un'indebita riduzione dell'ambito di rilevanza delle falsità.

¹¹⁸ ROMANO, in *op. cit.*, p. 91; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 172.

¹¹⁹ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 172, fa notare come «Anche nella forma omissiva, è indubbio che il soggetto affermi falsamente, seppur in modo non esplicito, l'esistenza di certi elementi che, viceversa, non sussistono».

¹²⁰ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 559; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 173.

¹²¹ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

¹²² Secondo Il vocabolario Treccani la parola "cosa" è tra le più generiche del lessico italiana e perlopiù sostituisce termini non disponibili durante una conversazione o ancora non accessibili per il livello culturale dell'interlocutore.

¹²³ Critiche sollevate da PICOTTI, in *op. cit.*, pp 615 e ss.

Vi sono poi ulteriori criticità riguardanti l'arbitraria riduzione causata dalla locuzione anzidetta. Questa, infatti, renderebbe estremamente problematica l'incriminazione delle "falsità in valutazioni", consistenti in false attestazione riguardo le situazioni patrimoniali, economiche e finanziarie necessarie per la richiesta e l'eventuale ottenimento dell'erogazione, e peraltro assiduamente ricorrenti nell'ambito del fenomeno criminoso da noi trattato. Al contrario, la Convenzione PIF, con i concetti di "inesattezza" e "incompletezza" sembrerebbe voler includere anche le stime e le valutazioni non corrette.

Ancor più evidente è poi la totale assenza di incriminazioni riguardanti le c.d. falsità strumentali alla frode. Esulando da quanto previsto dalla Convenzione al paragrafo tre dell'art. 1¹²⁴, il nostro legislatore infatti non ha reputato opportuno introdurre alcuna disposizione che punisca autonomamente condotte implicanti "la redazione o il rilascio intenzionale di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti" strumentali alla frode. La disposizione convenzionale mirava a reprimere le condotte di soggetti esterni al reato, che abbiano redatto atti trasmettendoli al richiedente o ad altri soggetti capaci di farli circolare¹²⁵, tuttavia tali condotte sono destinate a rimanere impunte. Invero, nei procedimenti riguardanti l'indebita percezione di erogazioni pubbliche viene spesso contestato il reato di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico di cui all'art. 483 c.p., tuttavia viene fatto notare come si tratti di una fattispecie integrata perlopiù dallo stesso autore della frode e comunque disponga di un apparato sanzionatorio alquanto blando.

2.8. L'oggetto della condotta: contributi, finanziamenti, mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo.

Oggetto della condotta sono le attribuzioni economiche concesse in via agevolata dallo stato, da altri enti pubblici o ancora dall'Unione europea. Tali erogazioni possono essere concesse a titolo gratuito (prevedendo quindi la restituzione senza interessi), a titolo oneroso (con la corresponsione di interessi inferiori rispetto a quelli previsti dal mercato) ovvero sotto forma di liberalità (come ad esempio i finanziamenti a fondo perduto)¹²⁶. Le erogazioni

¹²⁴ La convenzione prevede infatti che «ciascuno Stato membro prende altresì le misure necessarie affinché la redazione o il rilascio intenzionale di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui conseguano gli effetti di cui al paragrafo 1 costituiscano illeciti penali qualora non siano già punibili come illecito principale ovvero a titolo di complicità, d'istigazione o di tentativo di frode quale definita al paragrafo 1»

¹²⁵ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

¹²⁶ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 173.

riportate nell'articolo corrispondono a quelle ex art. 640 *bis* c.p. e solo parzialmente a quelle previste nella fattispecie ex art. 316 *bis* c.p.

Come vedremo successivamente¹²⁷ e senza dilungarci ulteriormente, ricordiamo che i contributi sono erogazioni a fondo perduto che perseguono scopi promozionali mentre i finanziamenti sono crediti agevolati caratterizzati dall'obbligo di restituzione o da altri oneri¹²⁸.

I mutui agevolati sono crediti contraddistinti da interessi inferiori rispetto a quelli normalmente praticati sul mercato. La norma fa infine menzione alle "altre erogazioni dello stesso tipo". Il legislatore, in ottica onnicomprensiva, ha inteso ricomprendere tutte quelle erogazioni elargite da entità pubbliche e concesse in forma agevolata, indipendentemente da qualsivoglia criterio nominalistico¹²⁹.

Un'annosa questione riguardava poi se nel concetto di "erogazioni pubbliche" potessero o meno rientrare anche le elargizioni di natura previdenziale o assistenziale. La questione è stata molto discussa nel tempo e ha visto anche numerosi contrasti ora in giurisprudenza ora in dottrina.

In passato l'orientamento giurisprudenziale¹³⁰ maggioritario propendeva per una risposta negativa, malgrado vi fosse un isolato filone giurisprudenziale dissenziente che tendeva

¹²⁷ cfr. *retro*, cap. III, par. 3.5.

¹²⁸ SEMERARO, in *op. cit.*, p. 2565.

¹²⁹ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 174; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 560.

¹³⁰ In tal senso possono essere richiamate alcune risalenti pronunce giurisprudenziali inerenti le erogazioni pubbliche ex art 640 *bis* tra cui Cass., Sez. VI, 19/03/1999, n. 1286, MARRANO, in *C.P.*, 2000, p. 640, «Per "erogazioni pubbliche" cui si riferisce l'art. 640 *bis* c.p. debbono intendersi soltanto quelle finalizzate alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di interesse pubblico, rimanendone quindi escluse le indennità di natura previdenziale o assistenziale (come quella prevista per le lavoratrici madri), la cui fraudolenta percezione può rendere configurabile il reato di truffa aggravata in danno dello Stato o di altro ente pubblico, ai sensi dell'art. 640 comma 2 n. 1 c.p.» e ancora Cass., Sez. VI, 04/12/1997, n.6843, LAZZARO, in *C.P.*, 1999, p. 885, «L'indebito conseguimento di rimborsi e indennità di disoccupazione, malattia o altro da parte dei lavoratori agricoli configura il reato di truffa aggravata a norma dell'art. 640 comma 2 n. 1 c.p., e non quello di truffa previsto dall'art. 640 *bis* dello stesso codice»; tale orientamento non fu peraltro abbandonato con l'introduzione nell'ordinamento del reato ex art. 316 *ter*. A dimostrazione di ciò possiamo menzionare Cass., Sez. VI, 02/03/2006, n. 21112; Cass., Sez. VI, 11/05/2005, n. 26919 e Cass., Sez. VI, 16/02/2006, n.7569. In queste sentenze viene sancito che le dichiarazioni mendaci che abbiano ad oggetto le proprie condizioni sociali, personali, familiari o patrimoniali e che mirino all'ottenimento dell'indennità da "reddito minimo di inserimento" non possano configurare i reati di cui agli artt. 316 *ter* e 640 *bis* in quanto le erogazioni pubbliche, cui questi ultimi articoli fanno riferimento, sono volte al sostegno di attività economiche e produttive.

all'inclusione¹³¹. Ciò veniva peraltro giustificato in quanto, secondo tale visione, le «erogazioni pubbliche» hanno carattere economico finanziario e vengono concesse per sostenere attività economiche produttive, contrariamente alle elargizioni di carattere previdenziale che tali scopi non perseguono.

Più recentemente sono emersi in giurisprudenza¹³² pareri confliggenti con l'orientamento maggioritario, pertanto si è reputato necessario l'intervento delle Sezioni unite¹³³. Queste hanno stabilito che la figura criminosa ex art. 316 *ter* viene integrata anche ove vengano rese dichiarazioni mendaci inerentemente la propria situazione con l'intento di ottenere l'indennità da «reddito minimo di inserimento»¹³⁴ ovvero l'esenzione per le spese sanitarie possibile grazie al c.d. ticket sanitario¹³⁵.

L'input delle Sezioni unite fu inizialmente smentito dalla II Sezione che, attraverso alcune successive pronunce, espresse disappunto e si discostò da tale orientamento, facendo peraltro notare come i contributi, i finanziamenti ed i mutui agevolati fossero “inconciliabili” con le “esenzioni”.

Un successivo e provvidenziale intervento delle Sezioni unite ha risolto definitivamente la controversia. Con la sentenza del 25 febbraio 2011, n. 7537, si è ribadito che «nel concetto di conseguimento indebito di una “erogazione” da parte di enti pubblici rientrano tutte le attività di “contribuzione” ascrivibili a tali enti, non soltanto attraverso l'elargizione precipua di una somma di danaro ma pure attraverso la concessione dell'esenzione dal pagamento di una somma agli stessi dovuta, perché anche in questo secondo caso il richiedente ottiene un vantaggio e beneficio economico che viene posto a carico della comunità».

¹³¹ Cass., Sez. VI, 01/1271997, n. 6753, PENNETTA, in *C.P.*, 1998, p. 3181, «Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 640 *bis* c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), debbono considerarsi tra le “erogazioni pubbliche” anche le prestazioni economiche elargite dall'Inps nel caso di disoccupazione involontaria. (Nella specie, relativa a risoluzione di un conflitto di competenza, le prestazioni in questione erano state ottenute, secondo la prospettazione accusatoria, facendo fittiziamente figurare, da parte del datore di lavoro, l'avvenuta messa in cassa integrazione di alcuni dipendenti)» ovvero ancora Cass. Sez. I, 07/10/1994, n. 4370, DI SANTO, in *C.P.*, 1995, p. 3357, «Le indebite prestazioni economiche elargite dall'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale a titolo di disoccupazione involontaria sono da ricomprendere nell'ampio concetto di contributi comunque denominati, concessi da parte di enti pubblici di cui all'art. 640 *bis* c.p., stante l'evidente natura assistenziale di tali prestazioni».

¹³² In specie, secondo Cass., Sez. VI, 12/06/2006, n. 34437, ove il soggetto agente, per ottenere indennità di natura assistenziale, renda dichiarazioni inveritiere sulla propria condizione familiare, patrimoniale o personale, sarà configurabile il reato di cui all'art. 316 *ter*.

¹³³ Cass., Sez. un., 27/04/2007, n. 16568. In particolare nella sentenza veniva fatto notare come il fine “vincolato” dell'elargizione, fosse presente solo nella fattispecie ex art. 316 *bis* non anche in quelle ex artt. 316 *ter* e 640 *bis*.

¹³⁴ Previsto dal d.lg. n. 237 del 1998 si trattava di un'importante innovazione nel sistema del welfare italiano, prevedendo in particolare il versamento di un'integrazione salariale.

¹³⁵ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 174.

2.9. L'elemento soggettivo.

Il delitto è punito solo a titolo di dolo generico¹³⁶. Errori dovuti a semplice negligenza o leggerezza non potranno comportare una responsabilità penale ma solo la decadenza dal finanziamento, non essendo prevista una responsabilità per colpa¹³⁷.

Sarà pertanto necessaria la coscienza e la volontà di ottenere ingiustamente i finanziamenti con la consapevolezza di presentare notizie o documenti mendaci¹³⁸. Con riferimento all'ipotesi omissiva, occorrerà, invece, la consapevolezza di aver taciuto informazioni necessarie per conseguire ingiustamente il finanziamento¹³⁹.

Per ultimo, è bene richiamare l'attenzione sull'avverbio "indebitamente". L'ottenimento del finanziamento deve essere ingiusto e il soggetto agente deve averne consapevolezza¹⁴⁰. L'eventuale errore su questo elemento comporterà l'esclusione del dolo e quindi la conseguente non punibilità, in conformità a quanto previsto dall'articolo 47 c.p.¹⁴¹.

Per ultimo, giova ricordare che è esclusa la punibilità a titolo di colpa, anche per l'illecito amministrativo del secondo comma. In tal modo si evita una tanto eccessiva quanto ingiustificata dilatazione della responsabilità per il fatto meno grave¹⁴².

2.10. Consumazione e tentativo.

Il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui il finanziamento viene effettivamente percepito dal soggetto richiedente. Come abbiamo rilevato in precedenza¹⁴³, per aversi la consumazione non è sufficiente la mera decisione dell'ufficio potendosi verificare la revoca, ma è necessario la piena disponibilità delle sostanze economiche oggetto della sovvenzione.

¹³⁶ PALMA, in *op. cit.*, p. 107; SALCUNI, CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, in *op. cit.*, p. 121; VINCIGUERRA, in *op. cit.*, p. 294.

¹³⁷ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 175.

¹³⁸ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 564.

¹³⁹ ROMANO, in *op. cit.*, p. 88; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 175.

¹⁴⁰ in tal senso SEMINARA, in *op. cit.*, p. 901, secondo il quale è imprescindibile «la necessaria consapevolezza dell'agente in ordine alla carenza dei presupposti per l'ottenimento dell'aiuto economico»; BENUSSI, in *op. cit.*, 175; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 564.

¹⁴¹ L'anzidetto articolo è rubricato come "errore di fatto" ed esclude la punibilità dell'agente ove vi sia un errore su un elemento costitutivo del reato.

¹⁴² BENUSSI, in *op. cit.*, p. 175.

¹⁴³ cfr. *supra*, cap. III, par. 3.4.

Ove il finanziamento sia erogato in più rate e sia serbato un «perdurante silenzio» da parte del fruitore, il reato si consumerà con la percezione dell'ultima rata. Si avrà in tal caso una «consumazione prolungata»¹⁴⁴, non potendosi configurare più reati legati dal vincolo della continuazione. Non è poi necessario l'inganno dell'ente che concede il finanziamento né tantomeno un danno.

Ove non si verifichi l'evento, potrà aver luogo l'ipotesi tentata. Sono altresì ipotizzabili ora il recesso attivo, allorquando il soggetto, al momento della corresponsione del *quantum*, decida di rinunciarvi, ora la desistenza attiva, ove il soggetto, prima della corresponsione, decida di rinunciarvi non presentando, ad esempio, gli ulteriori documenti richiesti¹⁴⁵.

2.11. Circostanze e concorso di persone.

Alla fattispecie potrà essere applicata la circostanza attenuante speciale prevista dall'articolo 323 *bis* comma 1¹⁴⁶ allorquando il fatto sia di particolare tenuità¹⁴⁷.

Sono poi altresì applicabili le circostanze inerenti l'incidenza patrimoniale del danno. In specie troveranno applicazione le attenuanti ex art. 62 c.p. (speciale tenuità) e le aggravanti ex art. 61 c.p. (rilevante gravità).

Inerentemente all'ipotesi del concorso di persone vengono applicate le regole generali. Ove il soggetto concorrente sia un *intraneus* alla pubblica amministrazione e abbia concorso con il richiedente, risponderanno entrambi a doppio titolo. In capo ai soggetti penderà infatti ora l'accusa per la violazione dell'art. 316 ter, ora l'accusa per la violazione del reato proprio e ascrivibile al pubblico ufficiale (usualmente abuso d'ufficio o corruzione)¹⁴⁸.

¹⁴⁴ in tal senso BENUSSI, in *op. cit.*, p. 176.

¹⁴⁵ ROMANO, in *op. cit.*, p. 92; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁶ L'applicazione dell'attenuante speciale è stata resa possibile grazie all'art. 6 della l. 29 settembre 2000, n. 300.

¹⁴⁷ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 565, ribadisce che per l'applicazione di tale circostanza, è necessaria una valutazione globale del fatto. È possibile richiamare Cass., 15/09/2000, n. 9735, MUCELLI, in *GD*, 2000, n. 41, p. 111, secondo cui «Ai fini della ricorrenza della circostanza attenuante di cui all'art. 323 *bis* del c.p., non può aversi riguardo solo al fatto nella sua oggettività, avulso dalla persona del suo autore e quindi sganciato dai motivi di ispirazione soggettiva; né può assumere rilievo la mera considerazione delle sole conseguenze patrimoniali della condotta criminosa. Il fatto, invece, onde valutarne la portata, deve essere necessariamente considerato nella sua globalità, e quindi insieme alle ragioni che lo hanno determinato e alla personalità del suo autore, giacché queste si riverberano sul dato oggettivo e finiscono per delinearne gli esatti contorni».

¹⁴⁸ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 565; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 177.

2.12. Un ulteriore grave lacuna rispetto alla Convenzione PIF: la mancanza della responsabilità penale dei dirigenti delle imprese.

Tra le lacune dell'attuale disciplina rispetto a quanto disposto dalla Convenzione PIF si ravvisa la grave assenza di una specifica disciplina che attribuisca una responsabilità di tipo penale ai dirigenti di imprese per i reati commessi da soggetti subordinati alla loro autorità. La previsione normativa è contenuta nell'articolo 3 della Convenzione, il quale recita: «Ciascuno Stato membro prende le misure necessarie per consentire che i dirigenti delle imprese ovvero qualsiasi persona che eserciti il potere di decisione o di controllo in seno ad un'impresa possano essere dichiarati penalmente responsabili, secondo i principi stabiliti dal diritto interno, per gli atti fraudolenti commessi ai danni degli interessi finanziari delle Comunità, quali definiti all'articolo 1, commessi da persona soggetta alla loro autorità per conto dell'impresa».

La norma introduce pertanto una distinta e autonoma responsabilità, che si aggiunge a quella prevista per l'autore del reato ovvero per i soggetti che istighino o siano complici di tali condotte criminose e al contempo si distingue dalla responsabilità prevista dagli artt. 3 e 4 del Protocollo aggiuntivo del 1997 e afferente enti e persone giuridiche. Tale ultima responsabilità può infatti essere anche amministrativa.

Il fatto che l'art. 3 preveda un'autonoma figura di responsabilità è invero un dato incontrovertibile. Se infatti le responsabilità su richiamate fossero state reputate sufficienti, non avrebbe avuto senso quanto disposto dall'articolo 3 della Convenzione.

Invero, come evidenzia autorevole dottrina¹⁴⁹, le previsioni contenute nella parte generale del codice Rocco quali ad esempio la responsabilità penale a titolo di concorso, di cui all'art. 110 c.p.¹⁵⁰, e quella per omesso impedimento dell'evento, di cui all'art. 40.2 c.p.¹⁵¹, hanno presupposti differenti rispetto a quelli previsti dalla Convenzione, per cui non sono previsioni che possono adeguatamente sopperire alla mancanza legislativa. In specie, l'art. 110 c.p. presuppone un contributo causale oltre che l'elemento soggettivo del dolo con riferimento alla volontà di concorrere al reato; la responsabilità per omesso impedimento invece incide limitatamente all'imputazione causale dell'evento al comportamento omissivo del soggetto agente.

¹⁴⁹ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

¹⁵⁰ La previsione recita: «Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti».

¹⁵¹ In forza di tale norma «Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

Esaminando la norma sovranazionale può notarsi come questa richieda precisi presupposti e ponga anche specifici limiti. *In primis* vengono tracciati alcuni presupposti qualitativi e quantitativi. È infatti necessario che la responsabilità penale ricada in capo ad un soggetto che rivesta particolari qualifiche soggettive quali ad esempio il “dirigente d’impresa” ovvero in capo a “qualsiasi persona che eserciti il potere di decisione o di controllo in seno ad un’impresa”. Si tratta di soggetti che possono esercitare poteri decisionali e di controllo all’interno dell’impresa e che quindi esercitano “autorità” all’interno della stessa. Affinché sorga la responsabilità penale, è poi necessario che soggetti subordinati a tale controllo o a tale autorità pongano in essere atti fraudolenti e lesivi degli interessi finanziari europei.

La Convenzione pone poi alcuni limiti all’operatività della previsione. Per l’imputazione della responsabilità è imprescindibile l’ottemperanza dei principi del diritto interno e ciò è pacificamente desumibile dalla locuzione «secondo i principi stabiliti dal diritto interno». La dottrina¹⁵² fa peraltro correttamente notare come i contrasti non debbano necessariamente riguardare quelli che sono i principi fondamentali dell’ordinamento penale, quali ad esempio il principio di “tassatività” delle norme penali (art. 25.2 Cost.) o il principio di “personalità della responsabilità penale” o quello di “colpevolezza” (previsti dall’art. 27 Cost. ai commi 1 e 3), potendo afferire anche principi diversi.

La medesima dottrina sottolinea inoltre come la lacunosità normativa non possa ritenersi colmata da quanto previsto dal decreto 231/2001, che introduce un’“inedita” responsabilità, qualificata come “amministrativa”, e gravante in capo alle persone giuridiche¹⁵³. Seppur tale responsabilità concerna “gli illeciti amministrativi dipendenti da reato” e tra questi possano essere ricomprese le fattispecie criminose di cui agli artt. 316 *bis*, 316 *ter* e 640 *bis*, è pur vero che diversi sono sia i destinatari previsti dalla Convenzione che le conseguenze sanzionatorie che ne derivano.

La Convenzione individua quali destinatari i dirigenti di impresa e nei confronti di questi vengono comminate sanzioni penali; il decreto 231/2001 è invece rivolto agli enti ed alle persone giuridiche, nei coi confronti sono previste sanzioni di carattere meramente amministrativo.

Alcune analogie probabilmente possono essere ricondotte alla comune necessità di creare per le imprese modelli sanzionatori differenti e che si discostino dagli schemi classici di cui

¹⁵² PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

¹⁵³ Per approfondimenti si veda LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005.

agli artt. 110 c.p. e 40.2 c.p. Si tratta di un'esigenza che trova il suo fondamento nella complessa struttura delle imprese, spesso costituita in forma societaria¹⁵⁴. Sulla base di tali premesse, il legislatore italiano attraverso il decreto 231/2001 ha delineato un modello di responsabilità incentrata sul rapporto tra soggetto dirigente e soggetto subordinato. Pertanto la responsabilità nascente in capo all'ente, avrà un carattere diverso a seconda che il reato venga commesso da un soggetto in posizione apicale ovvero da un soggetto subordinato a causa dell'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza¹⁵⁵.

Orbene, questi rapporti possono costituire una valida base esegetica per la creazione di una responsabilità penale che soddisfi i requisiti e le esigenze della Convenzione, tenendo comunque presente che, in conformità del dettato costituzionale, la responsabilità così delineata sia conforme ai principi di "colpevolezza" e "personalità". Un'attenta dottrina¹⁵⁶ fa notare come l'imputazione della responsabilità potrebbe derivare dalla mancata osservanza di specifiche misure preventive, fatta salva la possibilità per il soggetto di agire diversamente. Tale responsabilità tuttavia sarebbe da ricondurre nell'are della "colpa" e ciò richiederebbe un esplicita previsione ex art. 42 c.p.

2.13. Questioni di legittimità costituzionale e critiche all'ordinanza della Corte costituzionale n. 85/2004.

Rilevanti dubbi sono stati mossi con riferimento alla legittimità costituzionale dell'articolo 316 *ter* c.p., specialmente con riferimento agli artt. 3 e 10 Cost.

La questione atteneva la possibile disparità di trattamento tra il soggetto che avesse ottenuto un vantaggio economico di entità inferiore ad euro 3.999,00 a danno della pubblica amministrazione ed attraverso la presentazione di documenti falsi e il soggetto che avesse tenuto il medesimo comportamento a danno di un privato. Nel primo caso, infatti, l'autore del reato incorrerebbe in una mera sanzione amministrativa; nel secondo caso il reo sarebbe passibile delle sanzioni previste dall'articolo 640 c.p., nonostante l'apparente minore gravità

¹⁵⁴ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

¹⁵⁵ I diversi gradi di responsabilità che possono gravare in capo all'ente sono delineati dagli artt. 5 e 6 del decreto 231/2001.

¹⁵⁶ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

del fatto. La questione sollevata dal pubblico ministero¹⁵⁷ è stata tuttavia dichiarata infondata e rigettata dal giudice¹⁵⁸ destinatario della questione. Quest'ultimo, infatti, ha reputato che le scelte sanzionatorie del legislatore potessero essere sindacate solo se manifestamente irragionevoli. La manifesta irragionevolezza sarebbe invero assente in questo caso in quanto mentre l'articolo 640 può essere applicato solo mediante querela del privato, l'art. 316 *ter* permette di procedere d'ufficio. Ciò subordinerebbe il perseguimento della condotta lesiva dell'interesse del privato ad una condizione di procedibilità che giustificerebbe il trattamento sanzionatori più severo.

Il 25 novembre 2002 viene sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale dalla Corte d'appello di Milano. La vicenda di cui il giudice *a quo* era stato investito risale agli anni '95/'96 e riguardava l'indebito conseguimento di un "tesserino mensa" e di una borsa di studio di entità maggiore rispetto a quanto spettante da parte di uno studente dell'Università degli studi di Milano. Quest'ultimo, essendo riuscito ad ottenere i benefici economici attraverso la presentazione di false attestazioni concernenti la propria situazione reddituale,

¹⁵⁷ G.u.p. Trib. Sanremo, 20/11/2001, www.campensanremo.it «Il P.M., in via subordinata, ha chiesto che fosse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 316 *ter*, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, riscontrandosi ingiustificato ed irragionevole disparità di trattamento tra chi ottenga un indebito vantaggio economico di importo inferiore a lire 7.745.000, previa presentazione di un documento falso ad una pubblica amministrazione, ovvero ad un privato. Nel primo caso, l'agente commetterebbe un mero illecito amministrativo (art. 316 *ter*, secondo comma), nel secondo, il delitto di truffa (art. 640). La disparità di trattamento sarebbe lesiva del principio d'uguaglianza, perché verrebbe trattata in maniera più severa la fattispecie (art. 640) apparentemente meno grave».

¹⁵⁸ G.u.p. Trib. Sanremo, 20/11/2001, www.campensanremo.it «A parere di questo giudice, il precedente rilievo del P.M. non è accoglibile. Deve premettersi che, per la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, un sindacato che investa direttamente il merito delle scelte sanzionatorie del legislatore, è possibile ove "l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità, che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura, per così dire, sintomatica di eccesso di potere e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa" (sent. n. 313 del 1995; nello stesso senso, ordinanza n. 297 del 1998). In altre parole, non spetta alla Corte Costituzionale rimodulare le scelte punitive adottate dal legislatore nella sua sfera discrezionale né di stabilire il tipo e la quantificazione delle sanzioni, a meno che vi sia contrasto col principio di ragionevolezza nei termini delineati. Nel caso di specie, la scelta legislativa non sembra violare detto principio. Non pare arbitrario diversificare, sotto il profilo sanzionatorio, le due condotte dianzi indicate, e così: - se ad essere "ingannato" è stato un privato (art. 640), il legislatore ha inteso rimettere a lui la scelta di presentare o meno la querela - se ad essere "ingannata" è stata la P.A. (art. 316 *ter*, secondo comma), si è preferito prevedere una congrua sanzione amministrativa, da 10 a 50 milioni di lire, evitandosi in tal modo i costi sociali derivanti dal processo e dall'applicazione della sanzione penale. Si contrappongono, quindi, un delitto punibile a querela di parte ed una condotta costituente illecito amministrativo, con previsione di una sanzione piuttosto elevata (che arriva fino a 50.000.000, a fronte del conseguimento di indebiti profitti non superiori a lire 7.745.000). Nel primo caso la procedibilità penale è incerta (la persona offesa deciderà se sporgere querela), nel secondo la sanzione amministrativa è sicura; nell'ottica del colpevole, peraltro, non sempre il pagamento di elevata somma di danaro (sia pure a titolo di sanzione amministrativa) è meno pregiudizievole di una condanna lieve, in ipotesi, a pena sospesa. Sembra, in definitiva, che vi sia un certo equilibrio nel sistema e che i dubbi del P.M. possano essere superati, concludendosi nel senso dell'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata».

era stato condannato in primo grado per truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640 *bis* e aveva pertanto impugnato in appello la sentenza di condanna¹⁵⁹.

Sollevando la questione di legittimità, il giudice remittente ravvisava una presunta violazione degli artt. 3 e 10 cost. ad opera della figura criminosa di cui all'art. 316 *ter*. In particolare venivano manifestate perplessità in merito al rapporto tra l'indebita percezione ex art. 316 *ter* e la truffa aggravata ex art. 640 *bis*.

Veniva fatto notare come la condotta del soggetto non avrebbe potuto integrare il reato di truffa aggravata ma quello di indebita percezione di cui all'art. 316 *ter*, in quanto secondo gli orientamenti giurisprudenziali più recenti "la presentazione di false attestazioni" non sarebbe potuta rientrare tra i "raggiri" e gli "artifizi" richiesti dal reato ex art. 640 *bis*, per il quale l'imputato era stato condannato; inoltre veniva evidenziato come la pretesa "sussidiarietà" del rapporto tra le due fattispecie si scontrasse con «secolare tradizione interpretativa» che fa rientrare negli "artifizi e raggiri" tutte le condotte fraudolente. Secondo il giudice *a quo*, inoltre, il restringimento delle nozioni di artificio e raggiri sarebbe stato indotto da una giurisprudenza che, dinnanzi all'«insanabile contraddizione» tra «formale sussidiarietà» e «sostanziale specialità», avrebbe voluto ritagliare uno spazio applicativo ad una norma altrimenti inutile e inutilizzabile. Pertanto, l'imputato sarebbe dovuto essere assolto in quanto il fatto, che avrebbe integrato il reato di cui all'art. 316 *ter*, non era previsto come reato negli anni in cui ebbe luogo la condotta criminosa.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il giudice *a quo* riteneva che l'indebita percezione di erogazioni a danno dello stato contrastasse ora con l'articolo 3 della Costituzione, a causa della sua palese irrazionalità, ora con l'articolo 10 della Costituzione, per aver provocato un effetto mitigatore nell'apparato sanzionatorio di condotte che gli obblighi internazionali impongono di contrastare in modo più pervasivo.

Nonostante tali argomentazioni siano per molti versi condivisibili, la Corte Costituzionale pronunciò un'ordinanza interpretativa di rigetto dichiarando manifestamente infondata la questione. La decisione del giudice delle leggi richiamava pedissequamente quanto già asserito in una propria passata decisione, la n. 25 del 1994, inerente la natura del rapporto intercorrente tra la frode a danni del fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (FEOGA), introdotto dall'art. 2 della legge 23 dicembre 1986 n. 898, e l'art. 640 c.p. *bis* (cfr.

¹⁵⁹ Il testo dell'ordinanza n. 95/2004 è consultabile online presso www.cortecostituzionale.it.

retro, cap. II, par. 2.22.). Il richiamo si fondava sulla considerazione che il reato di frode ai danni FEOGA fosse, per *ratio* e struttura, del tutto omologo a quello oggetto di scrutinio.

In realtà, una parte della dottrina¹⁶⁰ ha aspramente criticato tale ordinanza.

In primis veniva evidenziato come la Corte non tenesse in considerazione le plurime differenze inerenti sia la struttura che la formulazione dell'art. 316 *ter*. Quest'ultimo, infatti, presenta una formulazione più articolata che, al contrario dell'acquisizione indebita ai danni FEOGA, non si limita sinteticamente alla sola "esposizione indebita di dati o notizie falsi" ma prevede anche ulteriori modalità attuative quali "l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere" e "l'omissione di informazioni dovute", capaci di coprire anche tutto lo spazio degli "artifici" e dei "raggiri" tipici della truffa.

In secundis si lamentava il fatto che venisse dato ampio rilievo alla *ratio legis* desumibile dai lavori preparatori, dai quali emergerebbe, secondo la Corte, un'inequivoca vocazione sussidiaria, a discapito del dato normativo da cui emergerebbe tutt'altro.

In tertiis si sosteneva come anche l'unico vero "appiglio" a sostegno della tesi della sussidiarietà, rappresentato dalla "clausola di salvezza", come viene definita dalla Corte, fosse in realtà ambigua. Infatti, al contrario della clausola prevista dalla frode ai danni FEOGA, che recita "ove il fatto non configuri il più grave reato previsto dall'art. 640 bis ...", la clausola contenuta nel nuovo reato fa a meno dell'aggettivo "più grave" recitando "salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 bis ...". Seppur la differenza sembri minima, l'aggettivo "più grave" sembrava richiamare un rapporto di assorbimento o consunzione, ora difficilmente provabile.

Viene per ultimo aspramente criticato il fatto che la Corte demandi al giudice di merito il compito di capire, nel caso concreto, se una determinata condotta possa o meno integrare il reato di cui all'art. 640 *bis*, attribuendogli un compito che esula dalla semplice applicazione della legge. Oltre a dimostrare, in tal modo, che le condotte convergono nella tutela di un medesimo fenomeno criminoso, infatti, il giudice delle leggi rinunciarebbe a quello che è il sindacato sui rapporti astratti fra fattispecie degli voluto dalla Costituzione.

2.14. La criticabile degradazione della frode lieve.

Il secondo comma dell'art. 316 *ter* prevede un illecito di tipo amministrativo, che si configura allorquando il *quantum* percepito attraverso l'erogazione sia pari o inferiore ad euro

¹⁶⁰ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

3.999,96. In tal modo si configura una vera e propria degradazione del reato penale ad illecito amministrativo.

La disposizione è stata inserita dal legislatore, giovando della possibilità offerta dall'articolo 2 della Convenzione a tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee firmata nel 1995. Quest'ultima permetteva di punire i "casi di frode di lieve entità" con sanzioni di natura diversa" rispetto a quelle penali¹⁶¹. Si ha una limitazione della sfera di operatività della norma¹⁶² che peraltro vuole valorizzare il principio della "sussidiarietà della risposta penale"¹⁶³. La "reazione" dell'ordinamento, pertanto, potrà essere più o meno incisiva a seconda del danno patrimoniale patito¹⁶⁴, questo diventa l'unico vero *discrimen*.

Nella valutazione della soglia quantitativa, debba essere preso in considerazione il *quantum* totale percepito e non la somma mensilmente corrisposta¹⁶⁵.

Invero, è possibile rilevare come i dettami europei non siano stati rispettati in modo impeccabile e come non vi sia stata una piena ottemperanza agli obblighi comunitari. Addirittura alcuni autori¹⁶⁶ ritengono che gli effetti derivati siano stati "diametralmente opposti" rispetto agli obiettivi di politica criminale dell'Unione. Dai medesimi Autori veniva fatto notare come la Convenzione ponesse due distinti requisiti: il primo, di carattere quantitativo, stabiliva la soglia di 4000 ECU (ora euro) entro cui il reato sarebbe potuto essere degradato, subendo una pena diversa rispetto alla normale sanzione penale. Certamente il legislatore ha pienamente rispettato questo primo requisito. Il secondo, di carattere qualitativo, richiedeva che i fatti oggetto di sanzione diversa non fossero considerati di "particolare gravità" dall'ordinamento nazionale. Orbene, questo secondo elemento è stato totalmente ignorato. Le ipotesi oggi rientranti nel secondo comma, presupponendo l'utilizzazione di documenti falsi o altri elementi fraudolenti, sarebbero state pacificamente sussunte dalla norma di truffa aggravata. All'illecito amministrativo sono stati equiparati fatti "gravi" di frode che, implicando "artifici" e "raggiri", inducono in errore il soggetto passivo arrecandogli un danno.

¹⁶¹ L'articolo richiamato recita «Uno Stato membro può prevedere per i casi di frode di lieve entità riguardante un importo totale inferiore a quattromila ECU, che non presentino aspetti di particolare gravità secondo la propria legislazione, sanzioni di natura diversa da quelle previste al paragrafo 1»

¹⁶² BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 555.

¹⁶³ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 159.

¹⁶⁴ ROMANO, in *op. cit.*, p. 93.

¹⁶⁵ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 182.

¹⁶⁶ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

Contrastando gravemente con la ragionevolezza della Convenzione, la scelta legislativa, peraltro aspramente criticata da una parte della dottrina¹⁶⁷, non ha tenuto in considerazione le modalità attuative della condotta o la sua stessa gravità, volendo considerare il solo requisito quantitativo costituito dal danno patrimoniale¹⁶⁸, estendendo indiscriminatamente l'ambito di applicazione dell'illecito amministrativo.

2.15. Il rapporto tra l'art. 316 *ter* e i delitti di falso.

Alcuni dubbi interpretativi sono inizialmente sorti con riferimento ai rapporti tra l'art. 316 *ter* c.p. e i delitti di falso di cui agli artt. 482 e 483 c.p..

Ci si chiedeva se tra queste figure criminose potesse aversi il concorso ovvero se si verificasse l'assorbimento. Alcune pronunce¹⁶⁹ orientate per la tesi del concorso hanno alimentato le perplessità riguardo i delitti di falso anzidetti e la frode comunitaria.

Non mancavano peraltro orientamenti contrari ora in dottrina¹⁷⁰ ora in giurisprudenza¹⁷¹, che propendevano per l'assorbimento, facendo leva sul fatto che l'indebita percezione di erogazioni, come anche la frode comunitaria, contenessero già tra i propri elementi quelli tipici dei delitti di falso.

Provvidenziale è stato l'intervento delle Sezioni unite¹⁷² che hanno deciso nel senso dell'assorbimento. In specie si è ritenuto che l'art. 316 *ter* preveda già, come modalità della

¹⁶⁷ SEMINARA, in *op. cit.*, p. 765.

¹⁶⁸ ROMANO, *Abusi di finanziamenti comunitari ed indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 274; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 182.

¹⁶⁹ Cass., 15/01/1990, n. 297, SCARCELLI, in *R.P.*, 1990, p. 977, «Il bene giuridico che il reato di falso protegge è l'interesse di garantire la pubblica fede, mentre il bene giuridico protetto nel delitto di truffa è l'interesse concernente l'invulnerabilità del patrimonio; i due cennati reati, oltre ad obiettività giuridiche distinte, presentano elementi strutturali diversi in riferimento ai quali non v'è alcun rapporto di specificità, per il quale occorre il necessario presupposto della esistenza di una norma generale di una norma speciale, ambedue destinate a disciplinare la stessa materia. (Fattispecie in tema di esposizione sul parabrezza di un veicolo discocontrassegno, relativo al pagamento della tassa di circolazione alterato).»; Cass., 13/04/1988, PATERNO', in *C.P.*, 1990, p.1037, «La l. 23 dicembre 1986 n. 898 ha introdotto nel nostro ordinamento una peculiare ipotesi di truffa a carico di colui che "esponendo dati o notizie false", consegue indennità o contributi a carico totale o parziale del fondo europeo agricolo. Tale ipotesi delittuosa, però, non esclude la concorrente responsabilità per il reato di falsità documentale nel caso in cui l'esposizione di dati falsi viene realizzata con la preconstituzione di un attestato "fidefacente" emesso dall'ente, preposto al controllo della produzione e della lavorazione, indotto in errore dall'altrui inganno».

¹⁷⁰ SEMERARO, *Osservazioni in tema di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in *C.P.*, 2001, p. 2568.

¹⁷¹ Cass., 16/12/1997, CANTALI, in *C.P.*, 1999, p. 154 «Vi è un concorso apparente di norme, ai sensi dell'art. 15 c.p., in quanto tutti gli elementi previsti dall'art. 483 c.p. sono ricompresi (e quindi assorbiti) nella fattispecie di cui al primo comma dell'art. 2 della citata legge, sicché quest'ultima risulta avere come elemento specializzante, rispetto al falso, l'indebita percezione del contributo Feaog».

¹⁷² Cass. Sez. un., 27/04/2007, n. 16568, CARCHIVI, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 897.

condotta, la presentazione o l'utilizzo di dichiarazioni o documenti falsi. L'elemento specializzante in tal caso, si sostanzierebbe nell'indebita percezione della sovvenzione.

2.16. Il rapporto tra l'art. 316 *ter* e la malversazione a danno dello Stato.

Con riferimento al rapporto tra l'art. 316 *ter* e la malversazione a danno dello Stato, sebbene le due fattispecie mirino a prevenire lesioni al medesimo bene giuridico, tra i due reati può quindi realizzarsi il concorso, a causa delle sostanziali differenze strutturali che le rendono autonome e distinte tra loro.

Un primo e fondamentale tratto distintivo è ravvisabile nel fatto che la malversazione a danno dello stato di cui all'art. 316 *bis*, appresta una tutela successiva e non precedente. Infatti, mentre l'indebita percezione mira a sanzionare la richiesta di finanziamenti ottenuti attraverso la presentazione di documenti mendaci, la malversazione punisce la scorretta utilizzazione dei fondi legittimamente ottenuti rispetto al vincolo impresso dall'ente erogatore¹⁷³.

Oltre ai distinti momenti operativi, un'ulteriore e non trascurabile differenza attiene l'ambito di applicazione, che è più ampio nel caso dell'indebita percezione. Nel caso di cui all'art. 316 *bis* infatti è necessario che il finanziamento sia vincolato e non possono rientrarvi le prestazioni di carattere assistenziale e previdenziale. Al contrario, l'ambito operativo dell'art. 316 *ter* include sia le erogazioni non vincolate che quelle di natura assistenziale¹⁷⁴.

Infine, è sostanzialmente diverso anche il ruolo rivestito dal l'elemento del finanziamento all'interno delle due figure criminose. Nel caso dell'indebita percezione, il finanziamento rappresenta l'obiettivo, lo scopo cui è finalizzata la condotta dell'autore. Al contrario, nel caso della malversazione, il finanziamento altro non è che un presupposto. La condotta diverrà illecita solo ove lo stesso finanziamento venga usato in modo distorto.

¹⁷³ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 179.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

2.17. Considerazioni introduttive sul reato ex art. 640 bis: la riduzione in circostanza aggravante e la Sentenza della Cassazione n. 26351/2002.

Oltre all'articolo 316 *ter*, ad apprestare una forma di tutela "precedente" rispetto alla distorta utilizzazione della *publica pecunia*, ci pensa l'articolo 640 *bis*¹⁷⁵.

Questo è stato introdotto attraverso la legge 19 marzo 1990 n. 55 a causa del sempre più crescente e allarmante fenomeno dell'illecita captazione di sovvenzioni e stabilisce che «La pena è della reclusione da uno a sei anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee».

Un primo problema riguardava il rapporto con l'articolo 2, l. 23 dicembre 1986, n. 898 (frode comunitaria). Quest'ultimo sanziona con la reclusione da sei mesi a tre anni chi abbia conseguito indebitamente contributi o analoghe erogazioni a danno del fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia. Come è possibile notare, in questo caso, il trattamento sanzionatorio è certamente più mite rispetto al 640 *bis*. In particolare, ci si chiedeva se la frode comunitaria dovesse ritenersi abrogata, come alcuni caldeggiavano¹⁷⁶, in virtù delle

¹⁷⁵ FORNASARI, *Indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in AA. VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008; ALTIERI COLANTUONI, *Quando i fondi Ue svaniscono nel nulla. Gli incroci a rischio fra norme e sanzioni-Artt. 316 ter e 640 bis c.p.: storia di una convivenza difficile*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 35, p. 100; FERRARO, *Frodi «comunitarie»: specialità o sussidiarietà?*, in *Foro it.*, 1996, II, p. 273; BELOTTI, *Rapporto di sussidiarietà tra indebita percezione e truffa*, in *Nuovo dir. agr.*, 1996, p. 426; BARTOLI, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche: è fattispecie autonoma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 295; ROMANO, *Abusi di finanziamenti comunitari ed indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 269; VALENTI, voce *Sovvenzioni pubbliche (frodi nelle)*, in *Digesto disc. pen.*, XIII, 1997, p. 528; LI VECCHI, *Art. 640 bis: reato autonomo o circostanza aggravante?*, in *Riv. pen.*, 2003, p. 25; D'ARMA, *Sulla natura giuridica della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.)*, in *C.P.*, 1999, p.2547; MARINUCCI, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in AA. VV., *La responsabilità penale degli operatori bancari*, a cura di ROMANO, 1980, pp. 46 e ss.; FIANDACA, *Il controllo penale della captazione abusiva di finanziamenti pubblici da parte dei privati beneficiari*, in AA. VV., *Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, a cura di MAZZUMOTO, Milano, 1987, p. 713; TERRACINA, *In tema di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Riv. pen.*, 2000, p. 865; TIEDEMANN, *La frode alle sovvenzioni: origini di un diritto penale europeo?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 561; GRASSO, *L'armonizzazione e il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 836; MEZZETTI, *Ricognizione sui recenti sviluppi delle tecniche di contrasto delle frodi comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 127; ID, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994; CARACCIOLIMENSI, *Frodi comunitarie: novità normative e giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 819; PEDUCA, *Falsa fatturazione e frode comunitaria*, in *C.P.*, 1997, p. 1147; GIGLIO, *Il controllo sanzionatorio delle indebite fruizioni di sovvenzioni comunitarie*, in *C.P.*, 1991, p. 1121; SEMINARA, *La prevenzione e la repressione delle frodi a danno delle finanze comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Riv. pen. ec.*, 1994, p. 127; PELISSERO, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 923; GIORDANO, *Frodi comunitarie e problemi di accertamento istruttorio*, in *Indice penale*, 1990, p. 795; VIVIANI, *Note sulla truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Impresa*, 2003, p. 1262.

¹⁷⁶ SPAGNOLO, *Breve commento alle «nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, p. 703.

pene più severe previste dalla nuova figura criminosa e soprattutto in virtù dell'ampio ventaglio di possibili condotte rientranti nella nuova figura.

Malgrado la tesi dell'abrogazione potesse apparire, per certi versi, più apprezzabile¹⁷⁷, permanevano rilevanti dubbi soprattutto con riferimento alle condotte. La frode comunitaria fa infatti menzione all'esposizione di dati o notizie false e non ai comuni "raggiri" o "artifici" tipici della truffa. Appunto per tali motivi si è ritenuto che l'art. 2, l. 23 dicembre 1986 n. 898 non dovesse essere considerato abrogato ma avrebbe dovuto continuare a trovare applicazione con riferimento alle frodi nel settore agricolo¹⁷⁸.

Non trascurabili perplessità sono poi sorte con riferimento alla natura del 640 *bis*. Ci si chiedeva se l'articolo anzidetto configurasse una figura criminosa autonoma ovvero una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p., visto che lo stesso 640 *bis* fa rinvio a questo.

Inizialmente la giurisprudenza¹⁷⁹ propese per l'autonomia della figura criminosa. A sostegno di tale orientamento si richiamava *in primis* l'autonoma collocazione della fattispecie; *in secundis* si faceva presente che la volontà legislativa, desumibile dai lavori preparatori, fosse chiaramente improntata all'introduzione di una fattispecie autonoma che potesse sopperire all'insufficienza degli strumenti che fino ad allora avevano contrastato il fenomeno delle truffe contro gli organismi comunitari; *in tertiis* si faceva leva sulla diversità del bene protetto costituito, in tal caso, dal complesso di risorse pubbliche destinata obiettivi di incentivazione economica¹⁸⁰.

Successivamente l'intervento delle Sezioni unite¹⁸¹ si è inaspettatamente posto in netto contrasto con questo orientamento. Si è infatti deciso per la natura circostanziale del 640 *bis*

¹⁷⁷ FIANDACA MUSCO, in *op. cit.*, p. 204.

¹⁷⁸ GRASSO, in *op. cit.*, p. 847; PELISSERO, in *op. cit.*, p. 958; CUSANO, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode comunitaria: una questione definitivamente risolta?*, in *Dir. giur. agraria e dell'ambiente*, 1998, p. 586; CESQUI, *Il rapporto tra truffa aggravata e legislazione speciale nelle frodi ai danni del FEOPA*, in *C.P.*, 1996, p. 2913.

¹⁷⁹ Cass., 20/10/2000, n. 11077, BIFFO, in *Riv. pen.*, 2001, p. 656; Cass., 20/02/2001, CERUTI, in *Dir. e giur. agr.*, 2001, p. 470, con nota di MAZZA; Cass., 23/10/2001, BOSSI, in *Riv. pen.*, 2002, p. 212.

¹⁸⁰ FIANDACA MUSCO, in *op. cit.*, p. 204.

¹⁸¹ Cass., Sez. un., 26/06/2002, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 295, con nota di BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, e in *C.P.*, 2003, p. 3368, con nota di ARIOLLI, *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche è una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p.*

c.p.. In specie, le Sezioni, appoggiate successivamente da un'ampia giurisprudenza¹⁸², hanno reputato decisivo il criterio strutturale della descrizione del precetto penale che, in tal caso, avviene attraverso un rinvio all'articolo di cui al 640 c.p., sebbene vi sia comunque un'integrazione nell'oggetto materiale della condotta consistente nelle erogazioni statali o da parte delle Comunità europee. Si è pertanto determinato l'immediato effetto che la più severa pena di cui all'art. 640 *bis* c.p. può ora essere soggetta al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. per cui potrà essere annullata qualora le circostanze attenuanti siano reputate prevalenti o almeno equivalenti. Soltanto nel caso in cui le circostanze aggravanti siano ritenute prevalenti, potrà rispettarsi il più grave apparato sanzionatorio delineato dal legislatore del 1990¹⁸³. Nel giudizio, che peraltro è lasciato alla piena discrezionalità del giudice e non è sindacabile in sede di legittimità¹⁸⁴, dovranno tenersi in considerazione anche le c.d. circostanze attenuanti generiche che, come dimostra la prassi giudiziaria, non vengono negate a nessuno¹⁸⁵.

Sebbene l'affermazione della natura circostanziale sia stata appoggiata da autorevole dottrina¹⁸⁶, non sono mancati visioni dissenzienti¹⁸⁷. Invero, alcuni autori¹⁸⁸ propendono per la tesi del reato autonomo a causa della diversità del bene giuridico tutelato e anche per le specifiche finalità perseguite con la legge n. 55/1990, volte soprattutto ad intensificare il

¹⁸² Cass., 02/10/2003, n. 41480, in *Guida dir.*, 2004, n. 7, p. 96; Cass., 18/11/2003, n. 49400, in *C.P.*, 2005, p. 65, con nota di VALENTINI; Trib. Potenza, 08/03/2004, in *Foro it.*, 2005, II, p. 105; Cass., 16/01/2009, n. 11889, *Guida dir.*, 2009, n. 18, p. 81.

¹⁸³ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

¹⁸⁴ Per approfondimenti si veda BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1974.

¹⁸⁵ La stessa sentenza che sancisce la natura circostanziale della fattispecie in esame, riconosce tale preoccupazione, affermando nel paragrafo 11 «In realtà, la tesi che opta per la qualificazione della fattispecie come autonomo titolo di reato sottende spesso, in modo più o meno esplicito, la preoccupazione di non indebolire la repressione e la prevenzione di un fenomeno criminale – spesso organizzato – quale quello della truffa per il conseguimento di erogazione pubbliche, specialmente comunitarie, giacché la prevenzione e repressione di un simile fenomeno sarebbe inevitabilmente pregiudicata dalla frequente propensione dei giudici di considerare prevalenti o equivalenti pur gracili attenuanti a fronte di circostanze aggravanti anche di maggior peso». Secondo la stessa, nonostante la preoccupazione di un indebolimento della tutela sia apprezzabile, non può comunque avallare e giustificare “manipolazioni esegetiche” che «che finiscono per tradire la oggettiva volontà della legge».

¹⁸⁶ PELISSERO, *Truffa per conseguire erogazioni pubbliche; circostanza aggravante o fattispecie autonoma?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 341; SPAGNOLO, in *op. cit.*, p. 703.

¹⁸⁷ CORBETTA, *Sintesi della giurisprudenza. Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: è fattispecie autonoma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 64; D'ARMA, *Sulla natura giuridica della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *C.P.*, 1999, p. 1235.

¹⁸⁸ AMATO, in *Guida dir.*, 2002, n. 42, p. 64.

contrasto al fenomeno mafioso. Tale contrasto è certamente incompatibile con il giudizio di bilanciamento cui la fattispecie andrebbe incontro se considerata una mera circostanza.

Altri autori¹⁸⁹ hanno invece evidenziato come, qualora il legislatore avesse voluto introdurre una circostanza aggravante, ben avrebbe potuto aggiungerla, sotto forma di un nuovo comma, all'articolo cui circostanza si riferisce, così come avvenuto nel caso della truffa aggravata ai danni dello Stato o di altro ente pubblico¹⁹⁰.

In verità, è la stessa pronuncia giurisprudenziale che chiarisce come il diverso bene giuridico tutelato non sia di per sé condizione sufficiente a far ritenere la nuova figura criminosa un reato autonomo anziché una circostanza aggravante. Ove si ritenesse il contrario, infatti, potrebbero configurarsi conseguenze paradossali e inaccettabili, come ad esempio quella di considerare la truffa aggravata ai danni dello Stato o di altro ente pubblico ex art. 640 cpv. n. 1 un reato autonomo anziché una circostanza aggravante. Tesi, quest'ultima, mai appoggiata né in dottrina né in giurisprudenza.

2.18. La violazione del principio del primato.

Tra le critiche più veraci mosse nei confronti della Sentenza di cui al paragrafo precedente, ve n'è una particolarmente meritevole di essere in tal sede richiamata. Nel contestare la decisione giurisprudenziale che attribuisce natura circostanziale alla norma di cui all'art. 640 *bis*, autorevole dottrina¹⁹¹ ha sostenuto come fosse ravvisabile una chiara violazione del principio del primato¹⁹² del diritto dell'Unione Europea. Secondo tale principio ove vi sia un conflitto o una contraddizione tra una norma comunitaria e una nazionale, le prime prevalgono sulle seconde.

¹⁸⁹ PEZZELLA, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 38, p. 23.

¹⁹⁰ FANELLI, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina Vol. VIII*, Milano, 2010, pp. 545 e ss.

¹⁹¹ PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, pp. 615 e ss.

¹⁹² Il principio fu affermato per la prima volta il 15 luglio 1964 nella celebre sentenza *Costa contro Enel*. In questa si legge come con la creazione della Comunità, gli Stati membri abbiano consapevolmente limitato i propri poteri. Ne discendeva peraltro l'ulteriore corollario secondo cui, un atto unilaterale compiuto da uno Stato membro e contrastante con il diritto comunitario, avrebbe minato le stesse fondamenta su cui poggia la Comunità. Per dovere di completezza non possiamo esimerci dal citare la successiva sentenza *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal* in cui tale principio viene ulteriormente integrato. Nel testo della decisione si legge infatti che «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere “*ipso jure*” inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche, in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri, di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie».

Per effetto di tale assunto, i giudici nazionali rimangono vincolati nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto nazionale, anche di natura penale. Fra le possibili interpretazioni di una norma dovrà essere seguita quella che sia maggiormente conforme alle disposizioni sovranazionali¹⁹³. Si tratta di un principio ormai condiviso da gran parte della dottrina ma purtroppo non ancora pienamente acquisito dalla prassi giudiziaria italiana¹⁹⁴.

Orbene, premesso ciò, nel paragrafo 11 della Sentenza che sancisce la natura circostanziale della fattispecie di cui all'art. 640 *bis*, si legge: «il principio comunitario non può diventare criterio di interpretazione della legge nazionale, al punto da capovolgerne il chiaro dettato normativo in base a una supposta e opinabile violazione del principio stesso. Una cosa è la *voluntas legis* nell'ordinamento nazionale, quale si desume da una corretta esegesi, altra cosa è la valutazione degli obblighi comunitari. Superfluo aggiungere che manca qualsiasi presupposto per il ricorso alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 234 del Trattato di Roma (già articolo 177), non trattandosi di interpretazione di norme comunitarie».

Quanto affermato viene reputato dalla dottrina¹⁹⁵ “illogico” e “sbrigativo”.

In primo luogo non si comprende come la motivazione della sentenza delle Sezioni Unite possa presupporre che il dettato normativo sia “chiaro”, soprattutto tenendo in considerazione il fatto che la giurisprudenza precedente sia orientata in senso diametralmente opposto alla nuova decisione¹⁹⁶.

In secondo luogo l'assunto secondo cui mancherebbero i presupposti per il ricorso alla Corte di giustizia, non trattandosi di interpretazione riguardante norme comunitarie, appare sommario e frettoloso. La Convenzione infatti concretizza quelli che sono gli obblighi pendenti in capo agli Stati membri e riguardanti il primo pilastro con riferimento alla tutela degli interessi finanziari comunitari. Secondo l'Autore tali obblighi trova peraltro un espresso fondamento giuridico, individuato nell'articolo 280 TCE il quale disponeva che gli strumenti introdotti negli ordinamenti nazionali a salvaguardia degli interessi comunitari fossero dissuasivi «e tali da permettere una protezione efficace»¹⁹⁷.

¹⁹³ PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.

¹⁹⁴ BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2002, p. 461 e p. 473.

¹⁹⁵ Ci riferiamo sempre alle opinioni espresse da PICOTTI.

¹⁹⁶ cfr. *supra*, cap. II, par. 2.17.

¹⁹⁷ cfr. *retro*, cap. IV, par. 4.2. per un approfondimento sull'art. 280 TCE.

Viste tali premesse e conformemente a quanto disposto dall'articolo 234 TCE¹⁹⁸, sarebbe stato opportuno rinviare la questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle comunità europee, così da risolvere definitivamente la questione interpretativa.

2.19. L'elemento oggettivo dell'art. 640 bis.

Gli elementi costitutivi della norma sono i medesimi della truffa ex art. 640 fatta eccezione per lo specifico oggetto della frode, consistente, in questo caso, nei «contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo».

Quest'ultima locuzione, forse troppo lata e generica, crea non pochi problemi con riguardo ai principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale. In specie ci si chiede se siano ricomprese anche quelle contribuzioni per il sostegno e la promozione di attività socio culturali e non soltanto di carattere economiche.

Ove si opti per l'una anziché per l'altra possibilità, le conseguenze sarebbero di sicuro rilievo. Qualora si decida per una visione più "economicistica" della locuzione anzidetta, come forse vorrebbe l'intenzione del legislatore¹⁹⁹, la tutela per quei finanziamenti volti alla promozione di attività socio culturali ricadrebbero nella sfera d'operatività dell'articolo 640 cpv. n. 1 con conseguenze drammatiche sotto il profilo del principio di uguaglianza, considerato il diverso trattamento sanzionatorio tra le due figure criminose.

È poi dibattuto se tra le "altre erogazioni dello stesso tipo" possano rientrare o meno contributi o indennità di natura previdenziale ovvero assistenziale.

¹⁹⁸ Il presente articolo recita: «La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

- a) sull'interpretazione del presente trattato;
- b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e della BCE;
- c) sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia».

¹⁹⁹ FIANDACA MUSCO, in *op. cit.*, p. 205.

Un primo orientamento²⁰⁰ si è posto in senso negativo a riguardo. In specie, l'indennità di maternità come le altre elargizioni concesse dall'Inps rientrerebbero nell'alveo della tutela dell'art. 640 cpv. n. 1. Secondo quest'interpretazione i contributi cui gli artt. 316 *ter* e 640 *bis* si riferiscono sono attribuzioni di carattere economico. Queste attribuzioni vengono elargite a fondo perduto o a tasso agevolato rispetto alle normali condizioni di mercato perché volte a soddisfare un interesse pubblico. Quest'ultimo mancherebbe nel caso delle attribuzioni economiche assistenziali o previdenziali.

Gli orientamenti contrari²⁰¹, d'altro canto, sostenevano che le prestazioni economiche elargite dall'Inps, quale titolo per la disoccupazione involontaria, dovessero essere ricomprese nell'alveo della tutela di cui all'art. 640 *bis*.

Quest'ultimo orientamento è stato infine accolto dalle Sezioni unite²⁰², le quali hanno statuito che le fattispecie criminose di cui agli artt. 316 *ter* e 640 *bis* sono configurabili anche laddove i contributi abbiano natura assistenziale o previdenziale.

2.20. Casistica.

Per comprendere meglio quando una condotta possa o meno integrare il reato di cui all'articolo 640 *bis*, è utile ora richiamare alcuni casi giurisprudenziali²⁰³.

Secondo una prima pronuncia²⁰⁴, integra la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche la condotta del legale che, attraverso un'istanza cavillosamente motivata, abbia ottenuto copia di documenti sequestrati nel corso di un altro procedimento penale, mettendoli a disposizione del proprio cliente e facilitando in tal modo l'ottenimento di un finanziamento statale.

²⁰⁰ Cass., 09/07/1996, LANZA, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce Truffa, n. 4; Cass., 24/01/2007, n. 12687, in *Riv. pen.*, 2007, p. 715, con riferimento all'indennità da reddito minimo di inserimento; Cass., 22/11/2007, n. 12100, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce Peculato, n. 2; Cass., 02/03/2006, n. 21112, in *Giust. pen.*, 2007, II, p. 325; Cass., 16/02/2006, n. 7569, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce Peculato, n. 27; Cass., 11/05/2005, n. 26929, in *Riv. pen.*, 2006, p. 210 e in *C.P.*, 2006, p. 2431; Cass., 10/02/2006, n. 10231, *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 1376, con nota di PISA e CALCAGNO e in *Guida dir.*, 2006, n. 30, p. 73, con nota di GALDIERI con riferimento all'esenzione dal contributo del ticket sanitario ottenuta tramite false dichiarazioni sulla propria condizione familiare; Cass., 26/06/2007, n. 32849, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1234; Cass., 08/06/2006, n.23623, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 1382, con nota di PISA e CALCAGNO.

²⁰¹ Cass., 07/10/1994, DI SANTO, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce Truffa, n. 26.

²⁰² Cass., Sez. un., 19/04/2007, n. 16568, CARCHIVI, in *Foro it.*, 2007, II, p. 393, anche in *Corr. merito*, 2007, p. 787, con nota di PICCIALLI, e ancora in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 897, con nota di GRILLO, e in *C.P.*, 2007, p. 3213 con nota di TROJANO.

²⁰³ FANELLI, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina Vol. VIII*, Milano, 2010, pp. 545 e ss.

²⁰⁴ Trib. Potenza, 08/03/2004, in *Foro it.*, 2005, II, p. 105.

Secondo altra pronuncia²⁰⁵ integra il reato di cui all'art. 640 *bis* la condotta di colui che, attraverso artifici e raggiri, faccia credere di organizzare corsi di formazione professionali composti oltre che da una parte teorica anche da una parte pratica, ottenendo finanziamenti dalla provincia. Nello specifico, il raggiri consisteva nella predisposizione di appositi registri attestanti le esercitazioni svolte.

Non si verifica la figura criminosa della truffa aggravata nel caso in cui la regione abbia destinato un contributo all'Enaip per la formazione professionale di piloti di elicottero e lo stesso ente pubblico sia colpevolmente ignorante, per non aver predisposto adeguati controlli ispettivi preventivi, sul fatto che in quella determinata zona non possa svolgersi quel tipo di attività didattica²⁰⁶.

Non può infine integrarsi il reato anzidetto nel caso in cui lo Stato, dopo aver espletato ad articolati controlli sulle possibilità di ripresa produttiva di una società e dopo la stipula di patti parasociali, abbia deciso di intervenire per il risanamento economico della stessa, reputando le difficoltà economiche e finanziarie solo “transitorie”²⁰⁷.

2.21. Il controverso rapporto tra l'art. 316 *ter* e l'art. 640 *bis*.

Rilevanti perplessità sono sorte con riferimento all'individuazione dell'ambito di operatività della norma ex art. 316 *ter* e della norma ex art. 640 *bis*. Lo spazio applicativo delle due norme è inevitabilmente connesso, come si può evincere dalla clausola di riserva che fa da *incipit*²⁰⁸ alla figura criminosa dell'indebita percezione di erogazioni a danno dello stato.

Invero, l'annosa e risalente questione si è posta in quanto le due norme appaiono sovrapponibili fra loro. Vi è, infatti, una convergenza strutturale tra le due fattispecie che riguarda non soltanto i soggetti attivi e passivi, ma anche la natura dell'indebito profitto e le modalità attuative cui si estrinseca la condotta²⁰⁹. Con riferimento a queste ultime, a destare parecchi dubbi sono le nozioni di “artificio” e “raggiri”²¹⁰. In specie, ci si chiedeva se le

²⁰⁵ Cass., 18/11/2003, n. 49400, in *C.P.*, 2005, p. 65, con nota di VALENTINI.

²⁰⁶ Trib. Ragusa, 26/02/2001, in *Riv. pen.*, 2002, p. 409.

²⁰⁷ G.i.p. Trib. Isernia, 19/05/2000, in *Giur. merito*, 2001, p. 1058.

²⁰⁸ La norma apre recitando «salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640 *bis*».

²⁰⁹ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 567.

²¹⁰ Come peraltro già evidenziato in questa trattazione (cfr. *supra*, cap. I, par. 1.2), si tratta di una questione con radici molto risalenti nel tempo.

dichiarazioni mendaci o le omissioni di informazioni dovute, sarebbero potute essere ricomprese nelle definizioni anzidette.

Premesso ciò, si rileva come la clausola di riserva, già richiamata, non sciolga i dubbi interpretativi concernenti il tipo di rapporto intercorrente tra le due figure criminose.

La qualificazione del rapporto come “sussidiario” ovvero “speciale” comporta conseguenze da non sottovalutare. Attribuendo carattere di “specialità” al rapporto infatti, si rischierebbe, secondo alcuni autori²¹¹, di ottenere risultati “deleterii” e “diametralmente opposti” rispetto ai fini di politica criminale perseguiti dal legislatore. Ciò in quanto si consentirebbe²¹² la comminazione di una sanzione sensibilmente ridotta al verificarsi di condotte già costituenti reato e rientranti nell’articolo 640 *bis*. Accogliendo la tesi della sussidiarietà, invece, continuerebbe a trovare applicazione la fattispecie di truffa, ove gli elementi costitutivi siano integrati.

2.22. Il rapporto tra la frode comunitaria ai danni FEOGA e l’art. 640 *bis*.

Le criticità ora evidenziate sono state oggetto di ampi confronti e dibattiti giurisprudenziali e dottrinari, tuttavia, prima di addentrarci nell’analisi di quelle che sono state le conclusioni cui si è addivenuti, conviene fare alcuni brevi cenni riguardo le risposte giurisprudenziali con riferimento al rapporto tra l’articolo 640 *bis* e l’articolo 2 della l. 898/86 (truffa aggravata ai danni del Fondo europeo agricolo orientamento e garanzia). La menzione è utile in quanto la truffa aggravata ai danni del Feoga è una fattispecie del tutto simile a quella ex art. 316 *ter*, differenziandosi le due norme solo per il diverso soggetto passivo e per una limitazione delle modalità attuative della condotta, che nel caso di cui all’art. 2 l. 898/86 può essere integrata solo attraverso l’“esposizione di dati o notizie falsi” e non anche attraverso l’omissione di informazioni dovute.

Anche in questo caso ci si chiedeva se il rapporto tra le due figure criminose, fosse di specialità o di sussidiarietà. Originariamente i rilievi giurisprudenziali qualificarono il

²¹¹ v. BENUSSI, in *op. cit.*, p. 162.

²¹² Sposando tale orientamento l’ambito applicativo dell’articolo 316 *ter* sarebbe ampliato grazie ai limiti edittali inferiori e per via del limite monetario da raggiungere per far scattare la sanzione penale.

rapporto come di “specialità”²¹³, nonostante comunque orientamenti contrari²¹⁴, seppur isolati, non mancarono.

L’art. 73 della l. 19 febbraio 1992, n. 142, ha successivamente modificato l’art. 2 l. 898/86, apponendo all’inizio della formulazione una clausola di riserva che ne limita l’applicazione a quei casi che non possono integrare la fattispecie criminosa di cui all’art. 640 *bis* c.p.²¹⁵.

A seguito di tale modificazione, l’orientamento giurisprudenziale²¹⁶ è mutato in favore della sussidiarietà del rapporto.

²¹³ Cass., 19/09/1992, n. 9566, ARCHIBUSACCI, *DGA*, 1993, p. 367, con nota di MAZZA «L’esposizione di dati o notizie falsi per ottenere l’integrazione di prezzo per l’olio d’oliva integra gli estremi del delitto punito dall’art. 2 della l. 23 dicembre 1986 n. 898 e non già quello di truffa aggravata, in quanto la prima disposizione è speciale rispetto alla seconda»; Cass., 09/08/1987, n. 2528, COLUCCIO, *C.P.*, 1988, p. 1447, «Il reato di indebito conseguimento di contributi o analoghe erogazioni da parte del fondo agricolo di orientamento e garanzia mediante esposizione di dati e notizie false è figura speciale nei confronti della truffa, di cui ripete tutte le modalità esecutive della condotta e degli eventi naturalistici, specificando da un lato gli artifici e i raggiri e dall’altro la qualifica comunitaria dell’ente destinatario»

²¹⁴ Cass., 19/10/1988, n. 10/230, FANI, *C.P.*, 1989, p. 2016, «L’art. 2 L. 23 dicembre 1986, n. 898 (controllo degli aiuti comunitari) è stato introdotto al fine di non lasciare impunte condotte che, seppure fraudolentemente predisposte per il conseguimento di illeciti risultati, potessero sfuggire, non presentando le connotazioni della ipotesi criminosa prevista dall’art. 640 c.p., alla repressione penale e lasciare, quindi, impunte attività comunque incidenti sulla corretta ed ordinata gestione degli aiuti comunitari. Ne consegue che la norma penale speciale è applicabile solo in ordine a quelle condotte fraudolente che non presentano gli estremi degli artifici e dei raggiri e che non possono, pertanto, essere sussunte nel paradigma del reato di truffa».

²¹⁵ La menzionata clausola recita «Ove il fatto non configuri il più grave reato previsto dall’art. 640 *bis* c.p.» e pertanto tende ad includere nell’area d’applicazione della norma tutte quelle condotte che non possono essere considerate tanto fraudolente da essere intese quali “artifici” o “raggiri”.

²¹⁶ Cass., 20/07/1994, n. 8208, CAZZETTA, *C.P.*, 1995, p. 2572 «Tra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato (nella specie truffa aggravata ai danni dell’A.I.M.A.) e quello previsto dall’art. 2 l. 23 dicembre 1986, n. 898 (misure urgenti in materia di controlli degli aiuti comunitari alla produzione dell’olio d’oliva. Sanzioni amministrative e penali in materia di aiuti comunitari al settore agricolo), anche prima della modifica di tale articolo ad opera dell’art. 73 l. 19 febbraio 1992, n. 142 (Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alla Comunità europea) e a maggior ragione dopo tale modifica, esiste un rapporto di sussidiarietà e non di specialità. Ricorrerà pertanto l’ipotesi speciale quando il soggetto si sia limitato a esporre dati e notizie falsi, qualora invece sia ricorso ad ulteriori artifici e raggiri attraverso, per esempio, la formazione e l’utilizzazione di falsi documenti (bolle di accompagnamento e fatture per operazioni inesistenti) dovrà rispondere del reato di truffa aggravata e, dopo l’introduzione nell’ordinamento dell’ipotesi di cui all’art. 640 *bis* c.p., di quest’ultimo reato»; Cass., 04/04/1996, n. 9118, BONTEMPO, *G.P.*, 1997, II, p. 531, «La fattispecie criminosa prevista dall’art. 2 del d.l. 27 ottobre 1986 n. 701, conv. con modificazioni con la l. 23 dicembre 1986 n. 898, che punisce l’indebito conseguimento di erogazioni a carico del Fondo agricolo europeo (FEOGA), costituisce norma sussidiaria e non speciale rispetto al reato di truffa, trovando applicazione nell’ipotesi in cui l’agente si sia limitato soltanto a esporre dati e notizie falsi, mentre i fatti connotati da ulteriori e più gravi elementi di frode, quali la formazione e utilizzazione di falsi documenti, ricadono nella figura di truffa. (Fattispecie in cui è stata ritenuta la sussistenza del reato di cui all’art. 2 d.l. n. 701 del 1986, e non del reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all’art. 640 *bis* c.p., nell’aver l’agente dichiarato, ai fini della richiesta del premio per produttori di agnelli leggeri di cui al regolamento Coe n. 3007 del 1984, di avere, contrariamente al vero, 570 pecore in allevamento)».

Tale orientamento è stato peraltro successivamente ribadito anche dalle Sezioni Unite²¹⁷ e dalla Corte Costituzionale²¹⁸.

Quest'ultima in particolare ha affermato che «è costituzionalmente legittima la norma di cui all'art. 2. l. n. 898 del 1986, che punisce il fatto di chi, mediante l'esposizione di dati o notizie falsi, percepisca indebitamente sovvenzioni erogate dal fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia. Il trattamento penale più favorevole rispetto a quello previsto per il reato di truffa, semplice ed aggravata, ai sensi degli artt. 640 e 640 *bis* c.p. è fondato sulla natura meramente sussidiaria della fattispecie, destinata a sanzionare quei fatti che, concretatesi nell'esposizione di dati o notizie false, non si porrebbe in un rapporto di specialità con la condotta di artificio o raggiri, e pertanto non sarebbero rilevanti penalmente in assenza di un'espressa norma che l'incriminasse».

2.23. Gli orientamenti giurisprudenziali e l'affermazione della sussidiarietà.

Tornando alla relazione tra l'articolo di cui al 316 *ter* e la figura prevista ex art. 640 *bis*, la giurisprudenza di merito è stata inizialmente contrastante.

Una pronuncia di merito infatti, cogliendo le considerazioni esposte nel paragrafo precedente e viste le similitudini tra i reati (che condividono la medesima clausola e la medesima soglia entro la quale la condotta non può costituire illecito penale), ha qualificato il rapporto come di sussidiarietà²¹⁹. In specie nei motivi della decisione di una sentenza emessa il 05/12/2000 dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere si legge «allo scopo di evitare, per effetto di tale “clausola di salvezza”, una applicazione generalizzata dell'art. 640 *bis* c.p. e la sostanziale abrogazione di fatto di tale fattispecie alla luce di quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui anche la semplice esposizione di dati e notizie false costituisce l'artificio o raggiri di cui agli artt. 640 e 640 *bis* c.p., occorre invece aderire a quell'orientamento delle Sezioni Unite del 1996 che aveva ritenuto, il reato di frode

²¹⁷ Cass., Sez. Un., 15/03/1996, PANIGONI, *R.P.*, 1996, p. 712, «Per i fatti anteriori alla modifica introdotta con l'art. 73 della l. 19 febbraio 1992, n. 142, il reato di frode comunitaria, previsto dall'art. 2 della l. 23 dicembre 1986, n. 898, ha carattere soltanto sussidiario rispetto a quello di truffa aggravata. Ne consegue che esso è configurabile solo quando il soggetto si sia limitato semplicemente all'esposizione di dati e notizie false, e non anche quando alle false dichiarazioni si accompagnino artifici e/o raggiri di altra natura, che integrano, invece, il delitto di truffa aggravata. (Nell'enunciare il principio di cui in massima, la Suprema Corte ha affermato che la fattispecie di cui al citato art. 2, menzionando soltanto l'esposizione di dati falsi senza aggiungere “o altri artifici o raggiri”, rivela chiaramente che la norma, nel vastissimo ventaglio di possibili artifici e raggiri, ha enucleato quello di gravità minore, rappresentato dalla semplice “esposizione di dati e notizie falsi” e soltanto a tale condotta, non accompagnata da ulteriori “malizie” dirette all'induzione in errore del soggetto passivo, ha inteso collegare conseguenze più favorevoli in termini sanzionatori di quelle previste per il delitto di truffa)».

²¹⁸ Corte Cost., 10/02/1994, n. 25, SAPONARA, *GCost.*, 1994, p. 177, con nota di MAZZA.

²¹⁹ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 576.

comunitaria di cui all'art. 2 della L. 898/1986, norma "sussidiaria" rispetto a quella dell'art. 640 *bis* c.p. Tale orientamento deve applicarsi anche alla recentissima norma incriminatrice di cui all'art. 316-*ter* c.p. Occorre, infatti, rilevare che il suddetto art. 2 presenta un inciso iniziale non dissimile da quello dell'art. 316 *ter* c.p. di nuova introduzione. Inoltre, anche la parte finale del predetto art. 2 prevede una ipotesi di illecito amministrativo nel caso in cui la somma indebitamente percepita non superi un determinato ammontare, somma che è oggi identica a quello di cui all'art. 316 *ter* c.p. Pertanto, ed in conclusione, anche alla luce di una interpretazione sistematica della norma penale incriminatrice, quando, come nel caso di specie, la condotta illecita dell'imputata, dalla quale deriva l'indebita percezione di fondi statali o comunitari, si configura come un semplice "mendacio", cioè nella volontaria esposizione, orale o scritta, di dati e notizie false, le uniche disposizioni applicabili sono quelle di cui al nuovo art. 316-*ter* c.p. (o quelle speciali di cui all'art. 2 della L. 898/86) che prevedono, nel caso in cui la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a lire 7.745.000, la mera sanzione amministrativa»²²⁰.

Un'altra pronuncia di merito, invero, si è posta in contrasto con quanto evidenziato, propendendo per la tesi della specialità. Si è ritenuto, in tal caso, che le condotte ex art. 316 *ter* integrino già il reato di truffa di cui all'art. 640 *bis*²²¹. Ove si qualificasse il rapporto come di "sussidiarietà", la norma di "indebita percezione di erogazioni a danno dello stato" non troverebbe applicazione. Il legislatore, pertanto, con questa nuova figura criminosa non fa

²²⁰ Il testo è consultabile su www.penale.it.

²²¹ Trib. Bolzano, 21/01/2001, MORANDELL, www.penale.it, «Posto quindi che le disposizioni di cui al contestato art. 640-*bis* c.p. ed al nuovo art. 316-*ter* c.p. sembrano riferirsi allo stesso ambito (e sono pertanto entrambe rilevanti per il caso in esame), occorre stabilire quale sia la regola da adottare per risolvere il conflitto di applicazione (...). A favore dell'adozione del criterio di sussidiarietà depone il chiaro inciso della norma che testualmente prevede: "Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 *bis* c.p....."; a favore dell'adozione del criterio di specialità depone invece il contenuto tipico della norma e la sua interpretazione sistematica alla luce del dibattito sviluppatosi in dottrina ed in giurisprudenza in materia del tutto analoga e precisamente a proposito del rapporto tra l'art. 640 *bis* c.p. e l'art. 2 del DL 701/1986, successivamente modificato con la legge 19.2.1992 nr. 142, norma. Un punto va comunque affermato con assoluta certezza: l'eventuale adesione al criterio di sussidiarietà avrebbe come conseguenza la pratica inapplicabilità del nuovo art. 316 *ter* c.p. e quindi l'assoluta inutilità della sua previsione, considerato che, come già osservato, la condotta ivi prevista rientra certamente nell'area dell'art. 640 *bis*, e che non sono immaginabili ambiti di autonomia propri al di fuori dell'art. 640 *bis* c.p. L'unica soluzione che consenta invece di dare una lettura sensata alla nuova norma è quella di ricercarle un ambito di autonomia all'interno dello stesso art. 640 *bis* c.p., considerando che il legislatore, con conseguenze forse non adeguatamente ponderate, abbia voluto individuare all'interno del reato di truffa o più precisamente nel vasto ambito di possibile estrinsecazione degli artifici e raggiri, una condotta particolare, limitata quanto ad offensività penale e relativa alla "sola" presentazione di documenti falsi o attestanti cose non corrispondenti al vero, ovvero di omissione di informazioni dovute; questo comportamento è stato ritenuto passibile di una sanzione più lieve ed anche, al di sotto di una determinata soglia di indebita percezione, non rientrante nell'ambito penale. Se ciò sia stato fatto ritenendo antieconomica l'applicazione della sanzione penale, con tutti i relativi costi sociali, allorché il contributo pubblico indebitamente percepito sia di limitato ammontare, è una possibile ragione; ciò che comunque preme evidenziare è la necessità di non considerare *inutiliter data* una ben precisa norma di legge».

altro che individuare condotte che, nonostante possano già integrare il reato di truffa, siano meno gravi e pertanto meritevoli di una sanzione più tenue²²².

Il conflitto è stato risolto dalla Corte suprema che ha deciso nel senso della sussidiarietà. In specie, l'art. 316 *ter* può trovare applicazione solo allorquando le condotte non integrino il reato ex art. 640 *bis*. Pertanto occorre in primo luogo verificare che le condotte non rientrino nella previsione normativa di truffa aggravata e soltanto in seguito a tale valutazione potrà trovare applicazione la fattispecie ex art. 316 *ter*²²³. Peraltro, viene smentita la tesi secondo cui, applicando il criterio della sussidiarietà, l'articolo 316 *ter* sarebbe *inutiliter data* o pleonastico²²⁴.

In seguito la giurisprudenza²²⁵ ha ribadito la sussidiarietà del rapporto e ha peraltro sostenuto che, con la nuova figura criminosa, il legislatore abbia voluto sanzionare condotte che, per la loro tenuità, non sarebbero potute rientrare negli artifici e nei raggiri tipici della truffa aggravata. L'intento del legislatore è stato pertanto quello di non lasciare nell'area del penalmente irrilevante determinate condotte, quali ad esempio il semplice mendacio ovvero la mera omissione di informazioni dovute, che non avrebbero potuto, in ogni caso, integrare il reato di cui all'art. 640 *bis*.

Nel commento alla sentenza²²⁶ tuttavia si fa presente come la sussidiarietà sia ravvisabile solo in quelle condotte passive e quindi nell'omissione di informazioni dovute, non anche nelle condotte attive quali ad esempio il mendacio. In quest'ultimo caso il rapporto tra i due

²²² BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 577.

²²³ Cass., 23/11/2001, n. 41928, TAMMERLE, *GD*, 2002, n. 2, p. 59, con nota di FORLENZA, «Il concorso fra le norme dell'articolo 640 *bis* (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) e dell'articolo 316 *ter* (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato) del codice penale non può che risolversi in base al criterio della sussidiarietà, per cui la prima norma, principale, esaurendo l'intero disvalore del fatto e assorbendo l'interesse tutelato dall'altro, ne esclude l'applicabilità. Ne consegue che, a fronte di un fatto riconducibile alla descrizione di cui all'articolo 316 *ter* del codice penale, il giudice, pur in assenza di ulteriori modalità ingannevoli, deve previamente verificare, secondo i normali canoni ermeneutici, se ricorra o meno la fattispecie delittuosa dell'articolo 640 *bis* del codice penale e, solo all'esito negativo di tale verifica, potrà e dovrà valutare se possa eventualmente trovare applicazione la norma di cui all'articolo 316 *ter* nella previsione del comma 1, ovvero in relazione al quantum di indebita percezione, del comma 2».

²²⁴ Cass., 23/11/2001, n. 41928, TAMMERLE, *GD*, 2002, n. 2, p. 59, con nota di FORLENZA, «Ai fini dell'applicazione dell'art. 316 *ter*, non può condividersi il rilievo in base al quale l'unico criterio possibile per regolare i rapporti tra gli art. 640 *bis* e 316 *ter* del codice penale sarebbe quello di specialità poiché a ritenere diversamente (e cioè utilizzando il criterio di sussidiarietà) l'art. 316 *ter* risulterebbe *inutiliter data*. Nel suo ambito previsionale ricadono infatti anche le situazioni riducibili al mero mendacio, quale definito (ai fini dell'illecita captazione di contributi del fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia) dall'art. 2 della l. 898/96, che, alla stregua dell'elaborazione interpretativa offerta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 25 del 26/01/1994 e, più chiaramente, nell'ordinanza n. 433 del 14/12/1998, non integrano ipotesi di truffa».

²²⁵ Cass., 30/10/2001, n. 2976, COGNO, *C.P.*, 2003, p. 2679, con nota di MADIA.

²²⁶ MADIA, *Considerazioni in ordine ai rapporti tra l'art. 316 ter c.p. e l'art. 640 c.p.: quando l'ipertrofia normativa genera disposizioni in tutto o in parte inutili*, in *C.P.*, 2003, p. 2679.

articoli sarebbe di specialità, in quanto il mendacio è considerato quale condotta fraudolenta più specifica rispetto agli “artifici” e “raggiri” ma pur sempre una loro *species*.

Invero una sentenza successiva²²⁷ ha affermato che il rapporto tra le due fattispecie criminose sia solo di sussidiarietà in quanto, sia il mendacio che l’omissione di informazioni dovute possono integrare gli artifici o i raggiri di cui all’articolo 640 *bis*²²⁸. Il *discrimen* in tal caso viene individuato nell’induzione in errore del soggetto passivo. Ove questo sia tratto in inganno, verrà integrato il reato di cui all’articolo 640 *bis*, altrimenti potrà realizzarsi la fattispecie di indebita percezione di erogazioni²²⁹.

Sono infine intervenute le Sezioni Unite che con la sentenza del 25/02/2011, n. 7537, hanno svolto un’apprrezzabile disamina sulle possibili soluzioni interpretative riguardanti il contrasto e risolvendolo definitivamente. Senza dilungarci inutilmente, secondo l’analisi delle Sezioni Unite, le alternative prospettabili sono due: restringere l’ambito di applicazione della truffa, circoscrivendo le nozioni di raggiro e artificio a quelle condotte che non includono la presentazione di documenti falsi o mendaci, ovvero, ritenere che potessero integrare l’art. 316 *ter* c.p. solo quelle dichiarazioni mendaci o quelle omissioni di informazioni dovute che non abbiano carattere fraudolento e che quindi non possano indurre in errore.

Si è propeso per quest’ultima soluzione con la conseguente marginalizzazione dell’ambito applicativo della norma ai casi più modesti quali il silenzio antidoveroso o quelle condotte di per sé inidonee e sprovviste dei caratteri ingannatori e fraudolenti tipici della truffa.

L’esile sussidiarietà²³⁰ riconosciuta in giurisprudenza, è stata condivisa dalla dottrina maggioritaria²³¹. Alcuni autori²³² ritenevano peraltro che la figura criminosa ex art. 316 *ter* c.p. altro non fosse, che un inutile doppione del reato di truffa ex art. 640 *bis* c.p.

²²⁷ Cass., 10/02/2006, n. 10231, *C.E.D. Cass.*, n. 233449.

²²⁸ In senso conforme, Cass., 06/07/2006, n. 30729, *C.E.D. Cass.*, n. 234848.

²²⁹ In senso conforme anche, Cass., 26/06/2007, n. 30155, *C.E.D. Cass.*, n. 236803; Cass., 31/05/2007, n. 28665, *C.E.D. Cass.*, n. 237114; Cass., 12/02/2009, n. 8613, *C.E.D. Cass.*, n. 243313.

²³⁰ ROMANO, in *op. cit.*, p. 86.

²³¹ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 160; BONFIGLIOLI, *L’indebita captazione di sovvenzioni pubbliche*, in *C.P.*, 2003, p. 923; MANDUCHI, *Tanto tuonò... che non piovve: perplessità e reticenze della prima giurisprudenza di legittimità sul nuovo art. 316 ter c.p.*, in *C.P.*, 2003, p. 1224; MANDUCHI, *Un auspicato intervento della Consulta nella storia dei tormentati rapporti tra l’art. 316 ter e l’art. 640 bis*, in *C.P.*, 2004, p. 2257; VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, 2008, p. 296; FORLENZA, *Confisca obbligatoria in caso di condanna definitiva*, in *Gdir.*, n. 42, 2000, p. 50.

²³² MANNUCCI, *Prospettive di applicazione dell’art. 316 ter c.p. introdotto dalla l. n. 300 del 2000*, in *C.P.*, 2001, pp. 2560 e ss.

2.24. Il rapporto tra l'art. 640 *bis* e altri illeciti.

Con riferimento agli illeciti amministrativi di cui agli artt. 115 e 116 r.d.l., 4 ottobre 1935, n. 1827, questi non potranno dirsi integrati laddove i sussidi, erogati dall'Inps e previsti per i lavori socialmente utili, siano stati conseguiti attraverso dichiarazioni false. La falsità delle dichiarazioni costituisce invero il *quid pluris* richiesto per l'integrazione della fattispecie penale²³³.

È bene ricordare poi che risponderà di truffa aggravata ex art. 640 *bis* c.p. e non anche di peculato ex art. 314 c.p. l'incaricato di pubblico servizio che, attraverso espedienti artificiosi e ingannevoli, riesca ad ottenere dei finanziamenti vincolati erogati dall'Unione Europea, distraendoli a proprio favore²³⁴.

Infine il reato di "abuso di ufficio" di cui all'art. 323 c.p., integrato dalla condotta del pubblico ufficiale (in tal caso dal funzionario Inps) volta a procurare ad un terzo, attraverso artifici e raggiri, un ingiusto profitto consistente nel beneficio di arretrati pensionistici non spettanti, concorre con il reato di cui all'art. 640 *bis*²³⁵.

²³³ Cass., 06/06/2006, n. 30628, in *Rep. Foro it.*, voce Truffa, n. 39.

²³⁴ Cass., 23/06/2004, n. 37122, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce Truffa, n. 28.

²³⁵ Cass., 20/05/2010, n. 23682, in *C.E.D. Cass.*, n. 247433.

CAPITOLO III

LA TUTELA SUCCESSIVA: LA MALVERSAZIONE A DANNO DELLO STATO

SOMMARIO: 3.1. Considerazioni generali e la singolare collocazione. - 3.2. Il bene giuridico tutelato e le numerose teorie per la sua individuazione. - 3.3. I soggetti della fattispecie. - 3.4. Il presupposto della condotta: i contributi, i finanziamenti e le sovvenzioni destinati ad attività di pubblico interesse. - 3.5. Il bene giuridico tutelato e le numerose teorie per la sua individuazione. La vaghezza della formula normativa. - 3.6. La condotta. - 3.7. L'elemento soggettivo. - 3.8. Consumazione e tentativo. - 3.9. Circostanze e concorso di persone. - 3.10. La responsabilità amministrativa prevista dal d. lgs. 231/2001.

3.1. Considerazioni generali e la singolare collocazione.

Ad apprestare una tutela “successiva” alla *publica pecunia* e al suo utilizzo è la norma prevista dall'articolo 316 *bis*. La fattispecie è stata introdotta con la riforma del '90²³⁶ e punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni «chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità».

L'intervento normativo ha trovato la sua *ratio* ora nell'impellente necessità di tutelare l'interesse dello Stato, come di qualsiasi altro ente minore, affinché lo sforzo economico, sostenuto per il perseguimento dello sviluppo economico e talvolta anche considerevole, non fosse vanificato dall'inerzia o dalla *mala gestio* dell'*accipiens*²³⁷, ora nel fatto che tali condotte non avrebbero potuto integrare il reato di truffa. L'evidenziata inidoneità fu determinante per la nuova introduzione²³⁸.

²³⁶ L'articolo 316 bis è stato introdotto con l'articolo 3 della l. 26 aprile 1990, n.86.

²³⁷ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: Parte speciale*, Milano, 2008, p. 324.

²³⁸ In tal senso BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, p. 132; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale Vol. 1*, Bologna, 2012, p. 201, in particolare secondo questi il ricorso alla figura di truffa sarebbe stato complicato ove la captazione non fosse stata realizzata attraverso raggiri e artifici.

La fattispecie suddetta offre una tutela successiva, mirando pertanto a prevenire e contrastare gli abusi che seguono l'erogazione del finanziamento pubblico e il suo effettivo ottenimento. In specie si intende punire chi, pur avendo acquisito legittimamente le risorse in questione, le abbia utilizzate in modo non conforme o distorto²³⁹, non rispettando il vincolo di destinazione previsto dall'ente erogatore.

È poi interessante rilevare la singolare collocazione della fattispecie la quale è riportata fra i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. La scelta del legislatore non è apprezzabile in quanto, pur essendo utilizzato nella rubrica dell'articolo il termine "malversazione" che richiama condotte tipiche di pubblici funzionari, sembra essere in evidente contrasto con lo scopo perseguito dalla stessa norma e palesato dall'uso del pronome indefinito "chiunque". Quest'ultimo includerebbe, infatti, anche soggetti estranei alla stessa pubblica amministrazione.

Invero, sarebbe stato più opportuno un *nomen juris* che meglio si sarebbe attagliato alle finalità di politica criminale perseguite dal legislatore²⁴⁰.

Per ultimo, appare utile fare un cenno a quella che era l'originaria formulazione della norma. Questa non prevedeva tra i soggetti passivi le Comunità Europee. L'assenza ingiustificata e certamente imputabile ad una mera dimenticanza del legislatore, è stata corretta solo con un "ritocco"²⁴¹ normativo apprestato dall'articolo 1 della l. 7 febbraio 1992 n. 181. Non poteva infatti escludersi dalla sfera di tutela una fonte di primaria importanza nel finanziamento e nel sostegno di attività economiche e non economiche reputate di pubblico interesse²⁴².

3.2. Il bene giuridico tutelato e le numerose teorie per la sua individuazione.

L'individuazione del bene giuridico tutelato è sovente oggetto di accese discussioni, ora in dottrina ora in giurisprudenza. Invero, numerose sono le teorie a riguardo succedutesi nel

²³⁹ BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, p. 532.

²⁴⁰ BENUSSI, *op cit*, p. 133 fa notare come sarebbe stato più appropriato definire la fattispecie come "illecita destinazione di pubbliche risorse"; in tal senso anche SEMINARA, *Commentario breve al Codice Penale*, Padova, 2003, pp. 898 e ss; FORNASARI, *Malversazione a danno dello Stato*, in BONDI-DI MARTINO-FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, pp. 146 e ss., precisa peraltro che il legislatore avrebbe dovuto inserire il reato nel capo inerenti delitti dei privati contro la pubblica amministrazione.

²⁴¹ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013, p. 60.

²⁴² BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, p. 533.

tempo. La dottrina prevalente²⁴³ sostiene che l'interesse tutelato sia ravvisabile nella corretta gestione delle risorse pubbliche. In specie, l'*accipiens* non deve "farne cattivo uso"²⁴⁴ e quindi deve evitare di utilizzarle in modo distorto rispetto al vincolo impresso dall'ente erogatore. Secondo tali orientamenti, è necessario tutelare la "corretta funzionalizzazione delle risorse della pubblica amministrazione, verso uno sviluppo dell'economia orientata ai fini pubblici, cercando di prevenire utilizzazioni abusive"²⁴⁵.

Alcuni altri autori²⁴⁶ individuano l'interesse tutelato nel risultato per il quale la concessione o il finanziamento è stato erogato. Il Catenacci²⁴⁷, invece, sosteneva che l'oggetto di tutela fosse da riferirsi al "buon andamento della pubblica amministrazione", ex art. 97 Cost., che sarebbe stato irrimediabilmente leso ove le risorse erogate per il perseguimento di un pubblico interesse sarebbero state usate in modo non conforme.

Una dottrina autorevole²⁴⁸, seppur minoritaria, propende invece per la plurioffensività della norma. La fattispecie tutelerebbe ora il buon andamento della pubblica amministrazione (intendendosi per buon andamento il raggiungimento del risultato imposto dall'ente erogatore), ora l'aspetto patrimoniale del finanziamento pubblico. Secondo quest'ultimo orientamento, infatti, lo sviamento delle risorse pubbliche dalla destinazione stabilita dall'ente erogatore costituirebbe motivo di depauperamento del patrimonio della pubblica amministrazione, rappresentando pertanto un danno da prevenire e contrastare.

²⁴³ SALCUNI, CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, *Trattato di diritto penale - parte speciale Vol. II I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008 p. 75 e ss.; FIANDACA MUSCO, *Diritto penale parte speciale Vol. I*, Bologna, 2012, p. 201; PISA, *Sub. art. 316 bis*, in AA. VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 1996, pp. 42 e ss; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol. I: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, pp. 111 e ss; BEVILACQUA, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, p. 533; CELENTANO, *Malversazione a danno dello stato*, in *Riv. Pen. Ec.*, 1996, p. 215; GULLO, *Malversazione a danno dello stato (art. 316 bis)*, in *Dizionario dei reati contro l'economia*, 2000, p. 413; PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione Europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. Pen. Ec.*, 2006, p. 615; TROJANO, *Tutela penale delle pubbliche sovvenzioni. Malversazione a danno dello Stato (art. 316 bis)*, in *C.P.*, 2008, p. 3926.

²⁴⁴ GAMBARDELLA, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina Vol. II*, Milano, 2010, pp. 57 e ss.

²⁴⁵ ROMANO, in *op. cit.*, p. 60.

²⁴⁶ BOLOGNINI, *Malversazione a danno dello stato*, in AA. VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 1999, pp. 143 e ss.

²⁴⁷ CATENACCI, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, pp. 51 e 52.

²⁴⁸ SEGRETO, DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, pp. 170 e ss.; in tal senso anche BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, p. 136;

Infine altri autori, intendevano la fattispecie ex art. 316 bis come reato contro l'economia pubblica, o meglio, come un reato contro "l'intervento regolatore non mediato dei pubblici poteri nell'ambito socio economico"²⁴⁹.

Con riferimento invece ai rilievi giurisprudenziali è possibile richiamare alcune pronunce della Suprema corte, secondo le quali le finalità della norma sono volte alla repressione delle frodi successive al conseguimento dell'erogazione pubblica. Lo scopo generale tipizzato nel precetto della norma che consente l'erogazione, verrebbe fatalmente frustrato ove il vincolo venisse eluso²⁵⁰.

3.3. I soggetti della fattispecie.

Prendendo a riferimento la lettera dell'articolo, soggetto attivo risulta essere «chiunque, estraneo alla Pubblica Amministrazione, abbia ottenuto i finanziamenti pubblici». Il pronome indefinito "chiunque" mal si attaglia al Capo del codice penale cui la norma *de qua* è collocata²⁵¹. Nonostante le aspre critiche della dottrina²⁵², in precedenza richiamate, è diffusa la convinzione che siffatta scelta legislativa non comporti particolari problemi interpretativi²⁵³. È pertanto pacifico ritenere che, ove un pubblico ufficiale ovvero un incaricato di pubblico servizio, realizzasse simili condotte, integrerebbe reati diversi da quello ex art. 316 bis²⁵⁴.

²⁴⁹ FORNASARI, *Malversazione a danno dello stato*, in AA. VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, p. 146; secondo BENUSSI invero, l'orientamento che individua il bene tutelato nell'economia pubblica è in parte apprezzabile in quanto trattandosi, secondo l'autore, di un reato plurioffensivo oltre a ledere l'interesse economico della pubblica amministrazione andrebbe ad incidere in modo significativo nell'assetto economico del Paese. In specie l'autore evidenzia come "sottraendo le risorse della collettività dalla loro destinazione, si finisce per creare un danno alle finanze pubbliche e per aggredire direttamente beni pubblici essenziali" (intendendosi per tali i beni indispensabili per lo sviluppo economico ossia le risorse finanziarie predisposte per l'attuazione dei programmi per lo sviluppo economico).

²⁵⁰ Ci si riferisce in particolare alle Sentenze della Cassazione n. 3362 del 15/12/1992 e n. 8623 del 07/07/1999.

²⁵¹ L'articolo 316 bis è infatti collocato fra i reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

²⁵² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: Parte speciale*, Milano, 2008, p. 324. In particolare l'autore sostiene che si "perpetua il malvezzo di inserire in una legge nuova reati che non si coordinano con i suoi contenuti"; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013, p. 61, evidenzia peraltro come non sia sufficiente a giustificare l'errata collocazione il fatto che, pur essendo il fruitore del finanziamento un soggetto privato, l'attività da questo svolta abbia una "coloritura pubblicistica" per via del vincolo impresso dall'ente erogatore e del fine pubblicistico perseguito.

²⁵³ BEVILACQUA, in *op. cit.*, pp 534 e 535.

²⁵⁴ Ove infatti un soggetto pubblico distragga, a proprio o ad altrui profitto, risorse economiche pubblicistiche, ottenute dal proprio ufficio ovvero per l'esercizio stesso dell'ufficio o servizio, potrà integrare reati quali il peculato, l'abuso d'ufficio ovvero ancora l'omissione di atti d'ufficio ma non la malversazione.

La natura del reato è sempre stata molto dibattuta. Alcuni autori²⁵⁵ ritengono si tratti di un reato comune, ora per l'uso del pronome indefinito «chiunque», ora per quanto emerso in sede legislativa durante i lavori preparatori in cui il riferimento alla figura dell'«imprenditore», quale soggetto attivo del reato, è venuto meno²⁵⁶.

La dottrina prevalente²⁵⁷, al contrario, propende per la teoria del reato proprio. Soggetto attivo potrebbe essere solo colui che ottiene il finanziamento o sovvenzione che sia, cioè il beneficiario dell'erogazione. Qualora il soggetto beneficiario sia una persona giuridica, la responsabilità penale sorgerebbe in capo al soggetto, persona fisica, che concretamente non abbia destinato i fondi verso lo scopo prefissato²⁵⁸.

In ordine alla locuzione «estraneo alla pubblica amministrazione» emergono diversi orientamenti. Una parte della dottrina²⁵⁹ ritiene che la locuzione debba essere intesa in senso oggettivo. Secondo tale primo orientamento, si dovrebbe rinviare alle qualifiche di pubblico ufficiale ex art. 357 e di incaricato di pubblico servizio ex art. 358 per individuare i soggetti estranei alla pubblica amministrazione. I soggetti rientranti in tali categorie, pertanto, verrebbero esclusi dall'ambito d'applicazione della fattispecie di malversazione.

Autorevole dottrina²⁶⁰ si pone in senso contrario ritenendo che «una sola categoria di soggetti può essere estromessa dal raggio di azione della norma incriminatrice: quella dei soggetti che appartengono a quei specifici settori della p.a. preposti alle procedure di

²⁵⁵ Propendevano per tale orientamento COPPI, *Profili dei reati di malversazione e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 63; PADOVANI, *Commento alla riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*, in *Corr.giu.*, 1990, p. 540; PISA, *Commento art. 3 l. 26-04-1990*, in *L.P.*, 2001, p. 278.

²⁵⁶ In alcuni progetti precedenti alla riforma ed in particolare nella proposta Andò ed altri n. 2709/85, il soggetto attivo del reato era l'«imprenditore». Ciò con la duplice conseguenza che i finanziamenti destinati a fini “sociali” o “culturali” sarebbero stati esclusi dalla sfera di tutela e l'ambito d'operatività della norma sarebbe stato circoscritto al diritto penale d'impresa.

²⁵⁷ BENUSSI, *Note sul delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 1042; FIANDACA MUSCO, *Diritto penale parte speciale Vol. 1*, Bologna, 2012, p. 201; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013, p. 61; PELLISERO, *Osservazioni sul nuovo delitto di malversazione a danno dello stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 182; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 1999, p. 172; BOLOGNINI, *Malversazione a danno dello stato*, in AA. VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 1999, p. 143; GIANNONE, voce *Malversazione a danno dello Stato*, in *Dig. d. pen.*, Vol. IV, 2008, p. 661.

²⁵⁸ BEVILACQUA, in *op. cit.*, 2003, p. 535. L'autore inoltre ricorda che, per mezzo dell'articolo 24 d.lgs. 231/2001, è possibile sanzionare l'ente colpevole del reato di malversazione con pene pecuniarie e interdittive (ad es. divieto di contrattare con la p.a. ovvero esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi etc).

²⁵⁹ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, pp. 112 e ss.; PISA, *Commento art. 3 l. 26-04-1990*, in *L.P.*, 2001, p. 278 e *Sub art. 316 bis*, in AA. VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 1996, pp. 36 e ss.

²⁶⁰ BENUSSI, in *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, p. 137.

erogazione e/o di controllo delle sovvenzioni, siano esse di fonte interna o UE». Tali soggetti potrebbero pertanto essere autori di altri reati come ad esempio l'abuso d'ufficio.

Secondo Benussi, tale interpretazione sarebbe quella più aderente al tenore letterale della norma e agli scopi perseguiti dal legislatore. Questi infatti sono volti alla repressione delle distrazioni di finanziamenti pubblici *da chiunque commessi*. La condotta distrattiva pertanto deve reputarsi integrabile da qualsiasi soggetto, purché non preposto alle stesse procedure di erogazione o controllo.

È pertanto utile precisare che anche i soggetti “intraneei” alla pubblica amministrazione possano essere autori del reato di malversazione. È sufficiente infatti che questi agiscano “*iure privatorum*” nel momento della richiesta e non stiano esercitando la loro funzione²⁶¹. Può prendersi ad esempio la condotta del Sindaco o di altro pubblico ufficiale che, *ottimo iure*, chieda e ottenga una sovvenzione con vincolo di destinazione. Ove il soggetto non rispetti il vincolo e destini pertanto le risorse verso altre finalità, sarà colpevole del reato ex art. 316 bis²⁶².

I rilievi giurisprudenziali depongono in tal senso. Può infatti essere richiamato quanto affermato recentemente dalla Suprema Corte²⁶³ secondo cui la nozione di “estraneità” alla pubblica amministrazione debba essere intesa in senso tanto lato da ricomprendere tra i possibili soggetti attivi del reato, non solo coloro che siano avulsi dall'apparato organizzativo della p.a., ma anche coloro che, seppur legati da un vincolo di subordinazione alla p.a., non partecipino alle procedure di controllo delle erogazioni²⁶⁴.

Con riferimento al soggetto passivo si tratta dello Stato ovvero altro ente pubblico ovvero ancora l'UE che ha erogato il finanziamento. La qualificazione di “ente pubblico” è stata recentemente ricostruita dalla giurisprudenza²⁶⁵. In specie, la Cassazione ha affermato che “ai fini della qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico, l'art. 3, comma 26, del d. lgs. n. 163 del 2006 dev'essere interpretato, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, nel senso che devono sussistere cumulativamente i seguenti tre requisiti:

- a) l'ente dev'essere dotato di personalità giuridica;

²⁶¹ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 535.

²⁶² Esempio di BENUSSI, in *op. cit.*, p. 139.

²⁶³ Si richiama in particolare la sentenza n. 41178 del 29 Agosto 2005.

²⁶⁴ GAMBARDELLA, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina Vol. II*, 2010, pp. 59 e ss.

²⁶⁵ Cassazione Sez. Un. Civili, 07 aprile 2010, n. 8225.

- b) la sua attività dev'essere finanziata in modo maggioritario ovvero soggetta al controllo o alla vigilanza da parte dello Stato o di altro ente pubblico territoriale o di organismo di diritto pubblico;
- c) l'ente (anche in forma societaria) dev'essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale. In particolare, quest'ultimo requisito non sussiste quando l'attività sia svolta nel mercato concorrenziale e sia ispirata a criteri di economicità, essendo i relativi rischi economici direttamente a carico dell'ente.”

Infine giova ricordare che, ove l'ente erogatore non coincida con l'ente preposto al controllo del corretto utilizzo della sovvenzione, entrambe le persone giuridiche potranno essere considerate soggetti passivi²⁶⁶.

3.4. Il bene giuridico tutelato e le numerose teorie per la sua individuazione. La vaghezza della formula normativa.

La condotta, consistente nella distrazione delle risorse, presuppone l'avvenuto conseguimento di contributi, finanziamenti o sovvenzioni destinate ad attività di pubblico interesse²⁶⁷.

Il legislatore non offre una definizione per i termini anzidetti, per cui, tali nozioni sono state vagamente ricostruite grazie alla legislazione in tema di pubblici incentivi e per merito della dottrina amministrativistica²⁶⁸.

Senza pretese di completezza possiamo affermare che per “finanziamento” si intende un credito agevolato erogato dallo stato ovvero da altro ente, direttamente o per mezzo di istituti di credito, al cui conseguimento deve corrispondere il pagamento di interessi ridotti rispetto a quelli ordinari ovvero la restituzione del *quantum* ricevuto con modalità ad onerosità attenuata²⁶⁹.

²⁶⁶ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 139.

²⁶⁷ Con la sentenza del 24/07/2001 n. 29541, la Cassazione afferma che: «Il reato di malversazione a danno dello Stato consta di un presupposto e di una condotta, costituita dalla diversa destinazione che il beneficiario dà a quella somma o a una parte di essa; tale destinazione può essere del tipo più variabile, potendo spaziare dal semplice non utilizzo all'appropriazione pura e semplice e persino alla realizzazione di opere di interesse aziendale ma non rientranti fra quelle per le quali il finanziamento era stato concesso».

²⁶⁸ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 140.

²⁶⁹ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 537; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 1999, p. 176.

Si deve specificare come non rientrino nell'ambito operativo della norma, quei finanziamenti di carattere meramente privatistico e le erogazioni di tipo assistenzialistico o previdenziale. È infatti imprescindibile il perseguimento di un interesse generale²⁷⁰.

I “contributi” e le “sovvenzioni” sono erogazioni pecuniarie a fondo perduto²⁷¹. Pertanto, in questi casi, non vi è alcun obbligo di restituzione. In specie i contributi possono essere *in conto capitale* quando l'intero contributo è a fondo perduto ovvero *in conto interessi* quando lo stato si accolla parte degli interessi o il loro intero ammontare²⁷².

Premesso ciò, è possibile constatare come non vi sia una totale coincidenza tra i presupposti della condotta indicati dall'art. 316 bis e quelli individuati dai reati ex art. 316 ter e 640 bis. Nel delineare queste ultime due figure criminose, il legislatore, in un ottica onnicomprensiva, ha incluso non soltanto i contributi, i finanziamenti e i mutui agevolati, bensì anche «altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate». Tuttavia, seppur l'ambito operativo della malversazione possa sembrare più limitato rispetto alle figure criminose anzidette, dottrina e giurisprudenza, anche in virtù della mancanza di univocità nelle definizioni di tali erogazioni in ambito amministrativo, propendono per una generale equiparazione. Pertanto, si ritiene rientrante nell'ambito operativo della norma ex art. 316 bis, qualsiasi finanziamento pubblico caratterizzato da particolari vantaggi per l'*accipiens*²⁷³. Vengono quindi inclusi anche i mutui agevolati²⁷⁴.

I vantaggi cui si fa riferimento si sostanziano nelle condizioni per la concessione del finanziamento. Queste devono necessariamente essere più favorevoli rispetto a quelle offerte dal mercato²⁷⁵. Invero, autorevole dottrina²⁷⁶ individua tre elementi caratterizzanti che debbono cumulativamente sussistere affinché sia integrata la figura criminosa: *in primis* è necessario che il finanziamento abbia ad oggetto somme di denaro di provenienza pubblica; *in secundis* deve sussistere il requisito della vantaggiosità, nel senso che l'erogazione deve

²⁷⁰ Considerazioni di BENUSSI, in *op. cit.*, p. 141 e ROMANO, in *op. cit.*, p. 62.

²⁷¹ DE PALMA, *Reati comuni percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2007, p. 1; PISA, *Malversazione a danno dello Stato*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1996, p. 44.

²⁷² BENUSSI, in *op. cit.*, p. 140.

²⁷³ BECILACQUA, in *op. cit.*, p. 537; ROMANO, in *op. cit.*, p. 62.

²⁷⁴ RUSSO, «Il nuovo» *abuso di ufficio e gli altri reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1998, p. 205; SEGRETO DE LUCA, in *op. cit.*, p. 176; BOLOGNINI, in *op. cit.*, p. 137.

²⁷⁵ BENUSSI, *Note sul delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1997, pp. 1035 e ss.

²⁷⁶ VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 303; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 537; GAMBARDELLA, in *op. cit.*, p. 60; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 140; ROMANO, in *op. cit.*, p. 62.

essere concessa a condizioni più favorevoli rispetto a quelle del mercato²⁷⁷; *in tertiis* deve sussistere un vincolo di destinazione²⁷⁸.

Inoltre, va menzionato che per integrare la fattispecie è necessario che i fondi siano già stati erogati, non essendo sufficiente la decisione dell'ufficio di concederli²⁷⁹.

3.5. (Segue): le opere e le attività di pubblico interesse.

Le sovvenzioni, i contributi ovvero ancora i finanziamenti conseguiti devono poi essere «destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di pubblico interesse». È pacifico ritenere che l'erogazione del finanziamento sia finalizzata alla realizzazione di iniziative non attuate o non ultimate ovvero ancora ad attività da eseguire o non ancora intraprese²⁸⁰.

Con riferimento al “pubblico interesse”, richiamato dalla lettera della norma, sorgono invece alcune perplessità. La locuzione desta rilevanti dubbi perché intrinsecamente connotata da una vaghezza che, per alcuni versi, forse contrasterebbe con i principi costituzionali che richiedono alle norme incriminatrici di i caratteri di determinatezza e precisione²⁸¹.

In dottrina sono essenzialmente due le interpretazioni prospettate. Secondo la prima, certamente maggioritaria²⁸², l'interesse pubblico sussiste ove l'ente erogatore persegua fini pubblicistici²⁸³ e allorquando il finanziamento venga concesso a condizioni più favorevoli rispetto a quelle offerte dal mercato. Quest'ultimo elemento, in particolare, fungerebbe da “criterio selettivo” per l'individuazione del suddetto interesse.

²⁷⁷ Per quanto concerne questo secondo requisito, PAGLIARO, in *op. cit.*, p. 116, fa notare come non possa integrare la condotta l'accipiens che, abbia mutato la destinazione di un finanziamento pubblico concesso secondo le normali condizioni del mercato.

²⁷⁸ Con riferimento a questo ulteriore e imprescindibile requisito, BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, 2016, p. 141, evidenzia come il suddetto possa risultare da un'espressa previsione normativa ovvero da una manifestazione di volontà della pubblica amministrazione. L'autore specifica inoltre che sussistono delle specifiche “figure sintomatiche”, individuate dalla giurisprudenza, che dimostrano come la concessione del finanziamento sia finalizzata al raggiungimento della finalità pubblica. Esempi di tali figure potrebbero distinguersi nell'obbligo di rendiconto o nella restituzione del residuo di gestione. Ciò che tuttavia è imprescindibile è la presenza di una clausola che vincoli espressamente il denaro elargito al fruitore.

²⁷⁹ ROMANO, in *op. cit.*, p. 62.

²⁸⁰ In tal senso ROMANO, in *op. cit.*, p. 63; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 142.

²⁸¹ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 142.

²⁸² PELISSERO, *Osservazioni sul nuovo delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 179 ss; PISA, *Malversazione a danno dello Stato*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1996, p. 48; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 1050; PAGLIARO, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2000, pp. 100 e ss.

²⁸³ In particolare, a questa visione aderisce ANTOLISEI, in *op. cit.*, p. 325.

Taluni autori²⁸⁴ si spingono a sostenere, addirittura, che l'espressione "interesse pubblico" sia di per sé tautologica. La sua individuazione sarebbe pertanto inutile, in quanto, già il legislatore, nel concedere la sovvenzione a condizioni più favorevoli, ha ravvisato interessi meritevoli di essere perseguiti. Un altro autore²⁸⁵ ritiene che «l'interesse pubblico consegue al vincolo di destinazione dei fondi, a mezzo del quale lo Stato opera precise scelte di politica economica e/o sociale»²⁸⁶.

La seconda interpretazione, invece, è sostenuta da una parte minoritaria della dottrina²⁸⁷. Secondo tali autori, l'interesse pubblico è strettamente correlato alla natura dell'attività o dell'opera da realizzare. In questo caso non rilevarebbe solo la provenienza del denaro dato in concessione, bensì, anche l'interesse collettivo, ancorché questo sia solo locale, perseguito dalla realizzazione dell'opera. Pur risultando siffatto accertamento poco agevole, tali orientamenti, si fondano su una distinzione, quantomeno doverosa, tra i finanziamenti che soddisfano interessi pubblici e attribuzioni che non perseguono siffatte finalità²⁸⁸.

Peraltro, si faceva notare²⁸⁹ come, la lettera dell'articolo fosse chiara e non destasse dubbi. Dal dettato normativo emergeva che, sia la provenienza del denaro che il fine pubblicistico dell'iniziativa da compiere, fossero elementi tanto essenziali da non poter, in alcun caso, essere esclusi o pretermessi. Queste riflessioni non sono tuttavia condivisibili per due motivi: *in primis*, in quanto le risorse economiche, che rimangono nella sfera di disponibilità del privato e sono volte al soddisfacimento dei suoi bisogni, solo indirettamente si riflettono all'esterno per il perseguimento delle finalità sociali di cui trattiamo; *in secundis*, le medesime

²⁸⁴ COPPI, *Profili dei reati di malversazione e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 76; SEGRETO DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 181.

²⁸⁵ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 143.

²⁸⁶ A sostegno di tale interpretazione si richiamava la Sentenza della Cassazione n.9529 del 09/07/1998. Nel caso specifico l'attività è stata reputata di pubblico interesse se connessa al progresso della ricerca medica ovvero se volta all'applicazione delle novità scientifiche ovvero ancora se mirata all'aggiornamento professionale dei medici o alla promozione culturale. Secondo la Corte si ravviserebbe un interesse generale in quanto di tali progressi culturali ne beneficerebbe la generalità dei consociati.

²⁸⁷ SCOTTI, *La nuova fattispecie di malversazione a danno dello Stato: primi rilievi*, in *Rivdpp*, 1991, p. 971. VALENTI, *Sovvenzioni pubbliche (frodi nelle)*, in *Digdp*, 1997, p. 534; SEMINARA, *Commento ai delitti contro la pubblica amministrazione commentario al codice penale*, Padova, 1999, p. 821; CORRADINO, *Aspetti problematici dell'art. 316 bis*, in *Rtrimdpe*, 1993, p. 659.

²⁸⁸ ROMANO, in *op. cit.*, p. 63; F.R.D., *Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Gp I*, 1990, p. 272.

²⁸⁹ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 538.

sovvenzioni sono concesse in relazione a specifiche normative e «in funzione di precisi obiettivi che giustificano l'erogazione a condizioni agevolate»²⁹⁰.

3.6. La condotta.

La suprema Corte²⁹¹ sostiene che l'elemento oggettivo della fattispecie si componga di un presupposto, consistente nel conseguimento dell'erogazione, e nella condotta. Orbene, quest'ultima può essere desunta dalla rubrica dell'articolo che menziona appunto la "malversazione". Questa si sostanzia nella «non destinazione» delle somme ottenute «alle predette finalità». In altre parole, in questi casi, si verifica una *male gesta administratio*, ossia una gestione distorta del denaro rispetto a quelli che sono i fini impressi dalla pubblica amministrazione²⁹². La malversazione, pertanto, consiste in una distrazione, anche parziale, delle risorse economiche dalle finalità prefissate nell'atto di concessione²⁹³.

Per l'integrazione della fattispecie, è dunque necessario che le somme percepite siano utilizzate per il perseguimento di "finalità diverse". Con riferimento a quest'ultima locuzione, possono sorgere alcune perplessità, dovute, perlopiù, alle molteplici situazioni patologiche che possono verificarsi nel rapporto tra p.a. e *accipiens*.

È pacifico ritenere che nel caso di impiego totale o parziale del finanziamento, per procurare profitto a se stessi o ad altrui persona, il reato ex art. 316 bis sarà integrato.

Tuttavia, ben può accadere che si verifichi soltanto un "risparmio" rispetto a quello che originariamente era il preventivo di spesa. Inerentemente alle risorse risparmiate, autorevole dottrina²⁹⁴ fa notare come debbano necessariamente distinguersi i casi in cui vi sia un obbligo di rendiconto finanziario, dai casi in cui tale obbligo sia assente.

Solo nel primo caso penderebbe in capo all'*accipiens* un obbligo di restituzione. Il vincolo, in tal caso, andrebbe ad incidere anche sul profilo quantitativo dell'erogazione. In specie, la somma erogata sarebbe interamente vincolata, per cui il fruitore sarebbe costretto a giustificare ogni spesa attinente l'effettiva realizzazione dell'opera. Le eventuali rimanenze rimarrebbero di pertinenza del soggetto che ha erogato la sovvenzione.

²⁹⁰ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 142; in senso non dissimile anche ROMANO, in *op. cit.*, p. 64.

²⁹¹ Cass., sez. VI, 27/05/1998 n. 9881, COSENTINI, *Cass. pen.*, 2000, p. 75.

²⁹² BENUSSI, in *op. cit.*, p. 143; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 540; SEGRETO DE LUCA, in *op. cit.*, p. 186.

²⁹³ Così è stato stabilito dalla Cassazione il 27/05/1998 con la sentenza n. 9881.

²⁹⁴ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 147.

Si evidenzia come in giurisprudenza, tuttavia, siano emersi orientamenti²⁹⁵ non aderenti a questa lettura. Secondo queste interpretazioni, le somme eventualmente residue dovranno essere restituite all'ente che ha concesso il finanziamento. Ciò indipendentemente dall'obbligo di rendicontazione. Una loro diversa utilizzazione infatti integrerebbe il reato ex art. 316 bis²⁹⁶.

Può poi accadere che le risorse non vengano utilizzate. Anche in tal caso, possono profilarsi numerose situazioni. Secondo la dottrina²⁹⁷ può ad esempio accadere che, a causa della difficoltà di realizzazione dell'attività, le risorse siano depositate in un conto transitorio infruttifero. Se di tale deposito sia reso edotto l'ente finanziatore e nel contempo siano chieste, al medesimo ente, istruzioni in merito alla restituzione delle risorse, non potrà integrarsi la figura criminosa. Nel caso in cui la *publica pecunia* venga depositata in un conto fruttifero e vengano destinati, a proprio o ad altrui profitto, i frutti maturati dal deposito, potrà realizzarsi la condotta ex art. 316 bis. Ciò anche ove vi sia stata la restituzione del finanziamento. In questo caso, infatti, le risorse sono veicolate ad una finalità diversa e consistente nell'appropriazione degli interessi bancari²⁹⁸.

Vi è poi l'eventualità che il denaro percepito venga destinato alla realizzazione di opere e attività che, seppur di pubblico interesse, siano diverse rispetto a quelle oggetto del finanziamento. La dottrina in questo caso è divisa. Alcuni autori²⁹⁹ sostengono che in questi casi il reato non potrebbe dirsi integrato a causa dell'assenza del danno alla pubblica

²⁹⁵ Così ad esempio, Cass., sez. VI, 24/07/2001, n. 29541, GILOTTI, in *G.D.*, 2001, n. 32, p. 62, con nota di Amato «In tema di malversazione a danni dello Stato, ove la somma erogata dall'ente pubblico non possa seguire, per qualsiasi obiettiva sopravvenienza, la destinazione prevista, deve rendersi conto all'Ente erogante, nel rispetto della disciplina normativa di settore, e predisporre eventualmente alla restituzione»; Cons. Stato, 11/03/1999, n. 259, «L'impossibilità di perseguire gli obiettivi di interesse pubblico connessi all'erogazione di contributi, legittima la p.a. non solo a sospendere l'erogazione del contributo già concesso, ma anche a chiederne la restituzione, come è comprovato dalla nuova formulazione dell'art. 316 bis c.p., introdotto dall'art. 3 l. 26 aprile n. 86, che configura come malversazione a danno dello Stato o di altro ente pubblico la distrazione - da parte dei beneficiari - dei contributi o finanziamenti ricevuti dalle finalità cui le somme stesse erano destinate».

²⁹⁶ ROMANO, in *op. cit.*, p. 68; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 1058; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 543.

²⁹⁷ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 148.

²⁹⁸ In tal senso RIVERDITI, *Manuale di diritto penale parte generale e speciale*, Padova, 2017, p. 395; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 540; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 148.

²⁹⁹ In specie, SEMINARA, in *Commento ai delitti contro la pubblica amministrazione commentario al codice penale*, Padova, 1999, p. 822, riteneva che il reato potesse dirsi integrato solo ove fosse stato perseguito un fine privato; PAGLIARO, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000, p. 101, riteneva che il danno alla pubblica amministrazione fosse, in questo caso, "insussistente" a tal punto da impedire la consumazione del reato.

amministrazione³⁰⁰. Tale lettura può ormai dirsi superata. La dottrina prevalente³⁰¹ ritiene infatti che, in tal caso, verrebbe parimenti violato il vincolo di destinazione gravante sul finanziamento e vi sarebbe una frustrazione dell'interesse pubblico specifico.

Secondo la giurisprudenza³⁰², la condotta si sostanzierebbe in una “elusione del vincolo di destinazione” impresso sui finanziamenti. In questo caso, la destinazione di parte del finanziamento ad una finalità di pubblico interesse differente rispetto a quella prevista all'atto di concessione non potrebbe escludere l'integrazione della figura criminosa. Il reato infatti è «imperniato sulla frustrazione di un interesse pubblico non generico, ma specificamente sotteso alla legge istitutiva del finanziamento»³⁰³, pertanto, si realizza anche ove vengano realizzate opere urgenti o ugualmente utili, essendo sufficiente che queste siano diverse rispetto al vincolo di destinazione³⁰⁴.

Per ultimo, giova fare riferimento al caso in cui il fruitore del finanziamento abbia realizzato l'opera anteriormente all'erogazione del finanziamento. L'*accipiens* in tal caso, finanzia l'intera attività con mezzi economici propri e, successivamente, una volta erogato il finanziamento, lo utilizza per reintegrare il proprio patrimonio. Autorevole dottrina³⁰⁵ ritiene che in tal caso non si possa parlare di malversazione. In tali casi infatti non può ravvisarsi né una diversa destinazione per le risorse oggetto del finanziamento, né tantomeno una frustrazione della specifica finalità pubblica sottostante al finanziamento. Viene peraltro evidenziato come l'opera non possa essere interamente realizzata ancor prima che il finanziamento sia stato richiesto, altrimenti si integrerebbe l'ipotesi delittuosa ex art. 640 bis.

³⁰⁰ Come evidenza BENUSSI, in *op. cit.*, p. 149, gli autori che sposavano quest'orientamento, richiamavano le medesime motivazioni per le quali si escludeva l'integrazione del peculato per distrazione. Anche in quest'ultimo caso, a causa della “distrazione” per il perseguimento di un fine pubblico, non poteva dirsi integrato il reato. Era assente il danno alla p.a.

³⁰¹ PISA, in *op. cit.*, 1996, pp. 51 e ss., in specie l'autore riteneva che la rilevanza penale della condotta sarebbe venuta meno ove la “diversa” utilità pubblica realizzata dal privato fosse stata omogenea od assimilabile a quella richiesta dall'ente erogatore. Tale orientamento non ha tuttavia trovato conferme in giurisprudenza; COPPI, in *op. cit.*, 1993, p. 69.

³⁰² Cass., sez. VI, 08/11/2002, n. 40375, C.E.D. Cass., n. 222987; 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*, C.P., 2004, p. 115.

³⁰³ GAMBARDELLA, in *op. cit.*, p. 63.

³⁰⁴ Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 06/06/2001, n. 29541, afferma che la diversa destinazione «può essere del tipo più variabile, potendo spaziare dal semplice non utilizzo all'appropriazione pura e semplice e persino alla realizzazione di opere di interesse aziendale ma non rientranti fra quelle per le quali il finanziamento era concesso».

³⁰⁵ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 150.

Alcuni autori³⁰⁶ lamentano, peraltro, che la lettera dell'articolo sia eccessivamente laconica e sintetica, provocando pertanto rilevanti incertezze sul piano interpretativo. Gli stessi inoltre auspicano ad un "raccordo" con le normative inerenti le agevolazioni. L'anzidetto coordinamento renderebbe il nostro sistema più efficiente, in quanto, permetterebbe di combinare l'utilizzo della sanzione penale con la comminazione di sanzioni più lievi e di altro tipo (quali ad esempio civili o amministrative). Questa lettura è certamente apprezzabile, in quanto limiterebbe l'intervento penale ai casi più gravi, attribuendogli il carattere di *extrema ratio* che dovrebbe in realtà avere.

Orbene, consistendo la condotta in una "distrazione" delle risorse economiche da quello che era lo scopo originario prefissato nell'atto di concessione, di primaria importanza è il vincolo di destinazione del finanziamento. Questo deve essere determinato a tal punto da consentire un serio adempimento ed una verifica successiva e puntuale³⁰⁷.

Un profilo non trascurabile attiene poi lo "scostamento", o meglio il grado di difformità, tra quanto realizzato e quanto risultante dall'atto di concessione, necessario per l'integrazione del reato. L'orientamento prevalente³⁰⁸ ritiene che non sia sufficiente una lieve difformità quanto piuttosto uno "scostamento" che vada ad incidere sul "nucleo sostanziale" dell'iniziativa da compiere. Saranno irrilevanti le difformità considerate "modeste" ovvero di "nullo significato". Questa lettura, come fanno notare alcuni autori³⁰⁹, pare apprezzabile anche alla luce del principio di offensività³¹⁰ per il quale la punibilità deve essere limitata a quei fatti realmente lesivi di un bene giuridico tutelato.

Con riferimento alla natura della condotta non vi è una posizione unanime. Secondo alcuni autori³¹¹ la condotta sarebbe omissiva. Tale interpretazione, caldeggiata peraltro dalla

³⁰⁶ ROMANO, in *op. cit.*, p. 66.

³⁰⁷ ROMANO, in *op. cit.*, p. 66.

³⁰⁸ MARCONI, voce *Malversazione ai danni dello Stato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, 1995, p.10; MASSI, *Peculato (delitti di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, p. 4188; ROMANO, in *op. cit.*, p. 67; GAMBARDELLA, in *op. cit.*, p. 63; CATENACCI, in *op. cit.*, p. 53.

³⁰⁹ VINCIGUERRA, in *op. cit.*, p. 303; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 149; GAMBARDELLA, in *op. cit.*, p. 63.

³¹⁰ Il "principio di offensività" può essere ricondotto al brocardo latino "*nullum crimen sine iniuria*" secondo cui non può essere punita la condotta di un soggetto ove la stessa non vada a ledere il bene giuridico tutelato. Oggi tale principio si ricava da alcuni articoli costituzionali tra cui il 25, il 27 e il 49.2 che impedisce la punibilità del reato c.d. "impossibile".

³¹¹ In tal senso MARCONI, in *op. cit.*, pp. 10 e ss.; PAGLIARO, in *op. cit.*, p. 117; PELISSERO, in *op. cit.*, p. 192; COPPI, in *op. cit.*, p. 68; PISA, in *op. cit.*, p. 50.

giurisprudenza³¹², farebbe leva sul dato letterale della norma che appunto menziona una “mancata destinazione”.

Secondo altri³¹³ il reato avrebbe natura commissiva. Questo secondo orientamento fa leva sulla *mala gestio* dell'*accipiens*. In quest'ultimo caso la mancata destinazione sarebbe solo un'omissione apparente in quanto anch'essa costituirebbe un atto di cattiva gestione.

Infine, vi è poi chi sostiene³¹⁴ che il reato possa integrarsi sia con condotte omissive che con condotte commissive. In tal modo peraltro si eviterebbero eccessive dilatazioni delle nozioni di “azione” od “omissione”.

Oltre alla diversa destinazione, la condotta può esplicitarsi nella mera inutilizzazione delle risorse ricevute (ad esempio lasciando giacere le risorse affinché fruttino interessi)³¹⁵ ovvero nell'astensione dall'impiegare le somme per il perseguimento di un interesse pubblico. Secondo alcuni autori³¹⁶ il reato si integrerebbe anche ove solo una parte della somma erogata sia distratta verso un altro scopo³¹⁷.

Autorevole dottrina³¹⁸, evidenzia come la mancata destinazione dei finanziamenti non debba dipendere da fattori di impossibilità oggettiva o non imputabile al fruitore.

Un profilo problematico inerisce la rilevanza da attribuire al termine entro cui realizzare l'opera per la quale il finanziamento viene concesso. Molteplici sono i quesiti che a riguardo sorgono: è sufficiente il superamento del termine affinché la condotta possa ritenersi integrata? È sempre penalmente rilevante il superamento del termine indicato nell'atto d'erogazione? Un'attenta disamina è stata compiuta dal Benussi³¹⁹. L'autore compie un'accurata analisi storica evidenziando come, in un primo momento, il d.d.l. n. 2441

³¹² A tal proposito il Trib. Milano, 10/11/1997, BOTTINELLI, *GM*, 1998, II, p. 472 «Il reato di malversazione a danno dello Stato è reato di pura omissione. Ne consegue che la sua configurazione è strettamente collegata all'individuazione del termine entro il quale il finanziamento deve essere utilizzato, la cui scadenza, senza l'effettiva utilizzazione del finanziamento stesso per la realizzazione dell'opera o dell'attività di pubblico interesse che ne ha motivato la concessione, segna il momento consumativo»

³¹³ SEGRETO DE LUCA, in *op. cit.*, pp. 185 e ss..

³¹⁴ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 541.

³¹⁵ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 540; ROMANO, in *op. cit.*, p. 67; secondo BOLOGNINI, in *op. cit.*, rilevarebbe anche la semplice “inerzia” del beneficiario, non accompagnata da alcuna particolare destinazione per i finanziamenti.

³¹⁶ PAGLIARO, in *op. cit.*, p. 117; PISA, in *op. cit.*, p. 50; RUSSO, in *op. cit.*, p. 209.

³¹⁷ In tal senso, Cass., sez. VI, 17/09/1998, n. 9881, COSENTINI, in *C.P.*, 2000, p. 75, «La condotta consiste nell'aver distratto, anche parzialmente, la somma ottenuta dalla predetta finalità senza che rilevi che l'attività programmata si sia comunque svolta».

³¹⁸ FIANDACA MUSCO, in *op. cit.*, p. 202.

³¹⁹ BENUSSI, in *op. cit.*, pp. 144 e ss.

prevedesse il superamento del termine, indicato nell'atto di concessione, per l'integrazione della condotta. Orbene, secondo il disegno originario, il "termine" rivestiva un ruolo di primaria importanza, in quanto segnava il *discrimen* tra la rilevanza e l'irrilevanza penale.

Tale riferimento tuttavia fu espunto successivamente in quanto, secondo la Commissione Giustizia della Camera, non rilevava tanto l'aspetto temporale quanto piuttosto l'effettiva realizzazione dell'opera. L'autore, pertanto, nota come, in linea di principio, venga superata la rilevanza del termine³²⁰. Resta ferma, naturalmente, la possibilità di comminare sanzioni come ad esempio la revoca del finanziamento, ove il termine non venga rispettato.

Nella disamina richiamata, vengono peraltro fatti salvi due limiti al principio generale dell'irrilevanza del termine. In primo luogo, il termine rileva ove sia reputato "essenziale" e sia pertanto indicato nell'atto di erogazione. In questo caso, l'interesse pubblico potrà essere utilmente soddisfatto solo ove l'opera venga realizzata entro il lasso di tempo individuato. Il secondo limite ha invece carattere quantitativo. In questo caso si ha un ritardo tanto grave da incidere sugli stessi interessi pubblici che non possono più essere soddisfatti.

Ove il termine non sia indicato nell'atto di concessione, allora dovrà essere dedotto, in via interpretativa, da altri elementi quali ad esempio lo scopo dell'erogazione ovvero dalle caratteristiche delle opere da realizzare ovvero ancora dalla normativa di settore etc³²¹.

3.7. L'elemento soggettivo.

L'elemento soggettivo della fattispecie ex art. 316 bis è costituito dal dolo generico. È pertanto necessaria la coscienza e la volontà di sottrarre le risorse economiche percepite allo scopo perseguito e indicato all'atto di concessione. È altresì necessaria la consapevolezza di essere soggetti estranei alla p.a. e che le risorse economiche provengano da un ente pubblico e

³²⁰ A conclusioni non dissimili perviene anche BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 545. In particolare l'autore afferma come siano necessari ulteriori elementi per l'integrazione del reato, quali ad esempio, l'intenzionalità della condotta e GAMBARDELLA, in *op. cit.*, p. 63.

³²¹ COPPI, *Profili dei reati di malversazione e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 68; PELISSERO, *Osservazioni sul nuovo delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 197; PISA, *Malversazione a danno dello Stato*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1996, p. 52; GAMBARDELLA, in *op. cit.*, p. 63; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 146.

siano dirette al perseguimento di specifici fini pubblicistici³²². Non sono richiesti ulteriori finalità come l'intenzione di frodare la pubblica amministrazione³²³.

Il dolo viene escluso ove vi sia un errore sul fatto. L'errore può ad esempio sostanziarsi in un'erronea persuasione del beneficiario di aver realizzato correttamente l'opera finanziata³²⁴.

L'errore, poi, può riguardare l'interpretazione di una legge extrapenale³²⁵. In particolare può interpretarsi erroneamente una clausola dell'atto di erogazione. L'interpretazione può avere ad oggetto le modalità ovvero i termini ovvero ancora il fine pubblicistico perseguito con il finanziamento e può indurre il beneficiario a credere di aver portato a compimento l'operazione in modo conforme³²⁶. La dottrina³²⁷ fa notare come l'errore, per essere rilevante, deve essere "credibile" e pertanto accompagnato da pareri di esperti che depongano nello stesso senso dell'interpretazione cui il beneficiario ha aderito.

È bene rilevare come l'errore possa concernere anche il termine entro cui realizzare l'opera. Tale possibilità può profilarsi ove siano cumulativamente presenti due requisiti: il termine non sia indicato nell'atto di erogazione e le somme percepite non siano già state destinate al perseguimento di scopi incompatibile e, pertanto, si trovino ancora nella disponibilità del fruitore³²⁸.

Nel caso di inerzia, per l'integrazione della fattispecie delittuosa, dovrà parimenti sussistere il dolo. In specie, l'*animus* del soggetto dovrà essere mosso dalla volontarietà di appropriarsi dei finanziamenti in un momento successivo³²⁹. Deve attribuirsi la medesima

³²² La dottrina è unanime, così ad esempio DI VIZIO, *Il peculato*, in *AA. VV., I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2002, p. 49; PALMA, *Malversazione ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *AA. VV., I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, pp. 81 e ss.; MARCONI, in *op. cit.*, p. 11; PISA, in *op. cit.*, p. 54; SEGRETO-DE LUCA, in *op. cit.*, p. 188; BOLOGNINI, in *op. cit.*, p. 152; ROMANO, in *op. cit.*, p. 70; FIANDACA-MUSCO, in *op. cit.*, p. 202; COPPI, in *op. cit.*, p. 77; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 1061; ANTOLISEI, in *op. cit.*, p. 325; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 545; CATENACCI, in *op. cit.*, p. 53.

³²³ In specie la sentenza n.29541, 06/06/2001, della Cass., sez. VI, GILOTTI, in C.P., 2002, p. 2767 afferma che «In tema di malversazione a danni dello Stato, l'elemento soggettivo del reato si risolve nel dolo generico, ossia nella volontà cosciente di sottrarre le risorse allo scopo prefissato, rimanendo quindi irrilevanti le finalità di qualsiasi tipo che l'agente abbia inteso perseguire».

³²⁴ Così BENUSSI, in *op. cit.*, p. 151. In specie l'autore profila l'ipotesi del richiedente cui sia stata garantita, magari dal direttore dei lavori, l'avvenuta realizzazione secondo i criteri e i termini contenuti nell'atto di erogazione; ROMANO, in *op. cit.*, p. 71.

³²⁵ Il riferimento è all'articolo 47 comma 3 c.p. il quale stabilisce che «l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato».

³²⁶ SEGRETO-DE LUCA, in *op. cit.*, pp. 189 e ss.; GAMBARDELLA, in *op. cit.*, p. 65; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 151; ROMANO, in *op. cit.*, p. 71.

³²⁷ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 151.

³²⁸ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 152.

³²⁹ PAGLIARO, in *op. cit.*, p. 119.

“efficacia scusante” all’errore che abbia indotto l’*accipiens* a ritenere il finanziamento a fondo perduto, cosicché le somme residue fossero di sua pertinenza³³⁰.

Riassumendo, l’errore esclude la volontarietà della condotta posta in essere dal soggetto agente. Per cui in tal caso deve escludersi anche l’integrazione della figura criminosa di cui trattiamo, che punisce solo le condotte volontarie e pertanto dolose.

3.8. Consumazione e tentativo.

Il reato ex art. 316 bis è un reato istantaneo³³¹ e non può consumarsi prima della scadenza del termine³³². Alcuni autori³³³ poi specificano che si tratti di un reato “omissivo proprio, istantaneo”. Secondo questi, il momento consumativo sarebbe da individuare nella scadenza del termine indicato all’atto di concessione ovvero, ove non espressamente previsto, in relazione alla situazione contingente.

A conclusioni non dissimili giunge anche la giurisprudenza, che più di una volta, ha sancito la natura di reato istantaneo³³⁴.

Invero, alcuni autori³³⁵ ritengono che il reato possa consumarsi anche prima della scadenza del termine, allorquando le risorse siano utilizzate per scopi diversi ed incompatibili con i fini pubblicistici perseguiti dal soggetto erogatore. Secondo tale orientamento, considerando il momento consumativo coincidente con il termine indicato nell’atto di concessione, si sposterebbe il disvalore penale verso l’utilizzo finale delle risorse, con la conseguente formazione di non trascurabili e pericolosi «vuoti di tutela in tutto il tempo intermedio tra la concessione dei finanziamenti e la scadenza del termine per la realizzazione delle opere».

³³⁰ rilievo di ROMANO, in *op. cit.*, p. 71.

³³¹ Propendono unanimemente PISA, in *op. cit.*, p. 53; SEGRETO-DE LUCA, in *op. cit.*, p. 187; BOLOGNINI, in *op. cit.*, p. 149; SALCUNI-CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, in *op. cit.*, p. 94; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 152; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 546.

³³² PAGLIARO, in *op. cit.*, p. 120.

³³³ ROMANO, in *op. cit.*, p. 69.

³³⁴ Secondo la sentenza del 18/11/2010 n. 40830 della Cass., sez. VI «Il delitto di malversazione ai danni dello Stato è reato istantaneo e non permanente, che si consuma nel momento in cui le sovvenzioni, i finanziamenti o i contributi pubblici vengono distratti dalla destinazione per cui erano stati erogati»; secondo la sentenza della Cass., sez. VI, 06/06/2001, n. 29541, non può escludersi, fino alla scadenza del termine «che l’agente, pur se abbia nel frattempo destinato quei finanziamenti ad altra finalità, non provveda comunque alla realizzazione delle opere con altri mezzi economici di cui abbia o acquisti la disponibilità».

³³⁵ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 546.

Premesso ciò, si evidenzia³³⁶ come la destinazione a «finalità diverse» possa realizzarsi in modi diversi, a seconda che l'erogazione avvenga in un'unica soluzione ovvero attraverso più operazioni³³⁷. Nel primo caso, il reato potrà dirsi consumato, con lo sviamento, anche parziale, delle somme percepite. Nel secondo caso, invece, il momento consumativo sarà coincidente con l'ultimo atto distrattivo, inoltre, la dottrina maggioritaria³³⁸ ritiene che condotte afferenti più rate di un'unica operazione, integrino un unico reato di malversazione.

Rilevata l'importanza del termine, possiamo accennare brevemente alle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi (cfr. *supra*, cap. II, par. 3.6.). In specie, ove sia espressamente previsto un termine entro cui realizzare l'opera, e questo sia essenziale, il suo superamento comporterà la realizzazione della fattispecie criminosa; ove sia previsto un termine, non reputato essenziale, il reato potrà dirsi integrato solo quando il ritardo sia tanto gravoso da frustrare il fine pubblicistico perseguito. Infine, ove il termine non sia indicato, dovrà essere desunto dalle circostanze contingenti (scopo dell'erogazione, finalità perseguite etc)³³⁹.

Il momento consumativo può risultare, più o meno, facile da identificare come evidenzia la dottrina³⁴⁰. Non sorgono particolari problematiche ove le risorse siano utilizzate per scopi meramente privati. Risulta più complicato individuare la distrazione e il momento consumativo ove l'opera sia stata realizzata, seppur con modalità difformi rispetto a quanto previsto all'atto di concessione. In specie, sarà complicato valutare, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, la rilevanza dello «scostamento» dallo scopo perseguito.

Passando ora all'analisi del tentativo, aderendo agli orientamenti che ritengono la malversazione reato commissivo, non sorgono particolari perplessità nel ritenerlo configurabile. In questo caso, sarà infatti sufficiente che il soggetto agente ponga in essere atti idonei e diretti a non destinare quanto ricevuto verso i fini prefissati³⁴¹.

Considerare la figura criminosa un reato omissivo potrebbe comportare invece qualche problema. Tuttavia, malgrado notoriamente si escluda la configurabilità del tentativo per la

³³⁶ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 152.

³³⁷ Nel caso di finanziamento erogato in più tranches, ROMANO, in *op. cit.*, p. 70.

³³⁸ PELISSERO, in *op. cit.*, p. 192; MARCONI, in *op. cit.*, p. 11; *contra* SEGRETO-DE LUCA, in *op. cit.*, pp. 187 e 188.

³³⁹ Per un'approfondita disamina si rinvia a BENUSSI, in *op. cit.*, pp. 152 e 153.

³⁴⁰ ROMANO, in *op. cit.*, p. 70.

³⁴¹ In conformità a quanto previsto dall'articolo 56 c.p. «Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere il delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica».

difficoltà nell'individuazione di atti idonei diretti in modo non equivoco alla omissione³⁴², la dottrina prevalente³⁴³ ritiene che possa, anche in tal caso, verificarsi l'ipotesi tentata. Si ritiene prospettabile l'ipotesi tentata, nel momento in cui il soggetto agente ponga in essere «atti idonei e diretti in modo non equivoco a rendere impossibile il compimento dell'azione doverosa»³⁴⁴. Giova poi ricordare che sia generalmente ammessa l'ipotesi della desistenza volontaria dell'agente, che si può verificare ove l'azione doverosa, in precedenza omessa, sia compiuta senza pressione di circostanze esterne.

3.9. Circostanze e concorso di persone.

Al reato in questione può essere applicata l'aggravante ex art. 61 c.p. numero 7 (danno di rilevante gravità) e le attenuanti comuni ex art. 62 c.p. numero 1, allorché i fondi siano destinati a finalità di interesse pubblico riconosciute dalla generalità dei consociati³⁴⁵ ovvero l'attenuante numero 4 (speciale tenuità del danno) e quella prevista dal numero 6 del medesimo articolo (integrale e tempestiva riparazione del danno). È altresì applicabile l'attenuante speciale ex art. 323 bis c.p. ove i fatti siano «di particolare tenuità»³⁴⁶.

Con riferimento al concorso di persone nel reato, valgono le regole generali. In specie, secondo la dottrina maggioritaria³⁴⁷, ove al reato abbia concorso un incaricato di pubblico servizio o un pubblico ufficiale, preposti alle procedure di erogazione del finanziamento, i soggetti risponderanno dei reati più gravi e ascrivibili ai soggetti qualificati (per esempio peculato o abuso d'ufficio).

Invero, alcuni autori³⁴⁸ ritengono che tale orientamento non sia convincente. Secondo questi, l'assorbimento del reato meno grave potrebbe avvenire solo ove vi fosse omogeneità dei beni giuridici tutelati e ciò, non si verificherebbe nel caso da noi trattato. Infatti, mentre il peculato tutela l'integrità patrimoniale della p.a. e l'abuso d'ufficio mira a salvaguardare il

³⁴² COPPI, in *op. cit.*, p. 70.

³⁴³ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 1064; ANTOLISEI, in *op. cit.*, p. 327; ROMANO, in *op. cit.*, p. 69; MARCONI, in *op. cit.*, p. 11; SEGRETO-DE LUCA, in *op. cit.*, p. 188; BOLOGNINI, in *op. cit.*, p. 151; SALCUNI-CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, in *op. cit.*, p. 95.

³⁴⁴ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 153. In tal senso anche ROMANO, in *op. cit.*, p. 69; FIANDACA-MUSCO, in *op. cit.*, p. 202; PAGLIARO, in *op. cit.*, p. 120.

³⁴⁵ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 154.

³⁴⁶ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 154; COPPI, in *op. cit.*, p. 77; SEGRETO-DE LUCA, in *op. cit.*, p. 190; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 550;

³⁴⁷ BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 548; COPPI, in *op. cit.*, p. 64.

³⁴⁸ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 155.

“buon andamento della p.a.”, la malversazione difende gli interessi collettivi «incarnati dalle opere o dalle attività finanziate dall’ente pubblico nazionale o comunitario»³⁴⁹. Secondo tali orientamenti, i soggetti agenti risponderanno a doppio titolo quali concorrenti sia del reato ex art. 316 bis, sia del reato proprio del pubblico ufficiale.

3.10. La responsabilità amministrativa prevista dal d.lgs. 231/2001.

Con il d.lgs. 231/2001 è stata introdotta una particolare responsabilità amministrativa nascente da reato³⁵⁰, per gli enti forniti di personalità giuridica e per le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica (fatti salvi lo Stato, gli enti pubblici non economici, gli enti aventi funzioni costituzionali e gli enti pubblici territoriali). Tale tipo di responsabilità è definita «autonoma» dall’articolo 8 del decreto, in quanto sorge in capo all’ente, anche ove l’autore del reato non venga identificato ovvero non sia imputabile ovvero ancora, anche se il reato si sia estinto per una causa diversa dall’amnistia.

Tale responsabilità sorge al sussistere di due requisiti, uno di carattere oggettivo, uno di carattere soggettivo. In specie, il requisito oggettivo, indicato dall’articolo 5 del medesimo decreto, si sostanzia nella commissione del reato nell’interesse o a vantaggio dello stesso ente. Il requisito soggettivo prevede che il reato sia commesso da soggetti che, alternativamente, rivestano «funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale» nonché da soggetti che di fatto esercitino il controllo o la gestione dell’ente ovvero da soggetti sottoposti alla vigilanza o alla direzione dei soggetti anzidetti.

Proseguendo la disamina del decreto, giova ricordare che la responsabilità in capo all’ente potrà venire meno in due casi³⁵¹: *in primis*, ove il reato sia stato commesso da un soggetto apicale, sarà necessario che l’ente dimostri l’assenza di colpa. La prova dovrà riguardare ora la corretta attuazione di modelli organizzativi idonei alla prevenzione del reato commesso, ora l’“elusione fraudolenta” posta in essere dal soggetto agente, ora infine la presenza di un organismo dotato di poteri autonomi con riferimento alla vigilanza sull’osservanza dell’anzidetto modello; *in secundis*, ove il reato sia stato realizzato da un soggetto dipendente,

³⁴⁹ BENUSSI, in *op. cit.*, p. 155.

³⁵⁰ L’articolo 1 del decreto anzidetto afferma «Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato».

³⁵¹ Ci riferiamo agli artt. 6 e 7 del decreto 231/2001.

l'ente sarà ritenuto responsabile allorquando «la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza».

Autorevole dottrina³⁵² evidenzia peraltro come la responsabilità amministrativa di cui si tratta, sorga soprattutto ove sussista una «colpevolezza di organizzazione». Quest'ultima può essere «concettualmente problematica» soprattutto considerando che di centrale importanza sarà la valutazione dell'idoneità del modello organizzativo adottato dall'ente per la prevenzione dei reati della stessa specie.

3.11. Il concorso tra la truffa aggravata e la malversazione: le criticità della nuova pronuncia giurisprudenziale.

Incertezze interpretative si sono poste anche con riferimento al rapporto tra la fattispecie di malversazione a danno dello Stato e il reato di truffa aggravata di cui all'art. 640 *bis*. Invero, la giurisprudenza è stata spesso divisa nei suoi orientamenti esegetici tra chi³⁵³ sosteneva che potesse configurarsi il concorso³⁵⁴, in virtù della diversità strutturale delle norme che peraltro impediva l'applicazione del criterio di specialità ex art. 15 c.p., e chi al contrario³⁵⁵ riteneva che, offendendo il medesimo bene, non si sarebbe potuto configurare il concorso ma più correttamente si sarebbe dovuto applicare il criterio di sussidiarietà³⁵⁶.

³⁵² ROMANO, in *op. cit.*, pp. 75 e ss.

³⁵³ Cass., 28/09/1992, SCOTTI, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 210 e in *Riv. pen. econ.*, 1993, p. 541; Cass. pen., sez. I, 01/10/1998, n. 4663; Cass. pen., sez. VI, 02/12/2003, n. 4313; Cass. pen., sez. II, 27/10/2011, n. 43349; Cass. pen., sez. II, 16/06/2015, n. 29512. In dottrina tale orientamento risulta invece nettamente minoritario, si veda in proposito, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – Parte speciale*, II, Milano, 2008, pp. 327 e ss. V. anche www.penalecontemporaneo.it.

³⁵⁴ Il concorso si verifica nel momento in cui più norme incriminatrici confluiscono in una condotta posta in essere dal soggetto. Il concorso può poi estrinsecarsi secondo due diverse modalità: il concorso di reati che a sua volta può essere “materiale” ove i reati siano stati commessi attraverso più azioni o omissioni oppure “formale” quando i vari reati siano commessi con una sola azione od omissione; il concorso apparente di norme si verifica invece quando una stessa condotta, risulta soltanto in apparenza riconducibile a più norme. In realtà in quest'ultimo caso la condotta integrerebbe solo un'unica fattispecie.

³⁵⁵ Cass. pen., 09/07/2004, n. 39644, in *Rep. Foro it.*, voce Peculato, n. 28.; Cass. pen., sez. VI, 12/05/2009, n. 23063, in *Foro it.*, II, p. 503; Cass. pen., sez. II, 18/09/2014, n. 42934. Tale orientamento risulta peraltro maggioritario in dottrina; si veda ad esempio, BENUSSI, *Note sul delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1997, p. 1066 s.; GAMBARDELLA, *Sub art. 316-ter*, in *I delitti contro la personalità dello Stato, I delitti contro la pubblica amministrazione*, LATTANZI LUPO (a cura di), in AA.VV., *Codice penale*, Vol. III, Milano, 2005, p. 58; PAGLIARO e PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale – Parte speciale*, X ed., 2008, p. 121; ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, II ed., Milano, 2006, p. 74; SEMINARA, *Sub art. 316-bis*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, V ed., Padova, 2008, pp. 762 e ss.

³⁵⁶ Tale principio non è previsto da un'espressa fattispecie ma è stato desunto attraverso analogia. Il principio in esame comporta che, ove vi siano più norme che tutelino un medesimo bene, dovrà applicarsi la norma più grave e che connoti un maggior disvalore giuridico.

In particolare i primi sostenevano che l'articolo 640 *bis* interviene nella fase percettiva dell'erogazione, al contrario l'art. 316 *bis* viene applicato nella fase esecutiva, quando cioè la sovvenzione viene effettivamente percepita. Quest'ultimo articolo pertanto perseguirebbe lo scopo di contrastare e reprimere le frodi che avvengono dopo il conseguimento della *publica pecunia*, che peraltro deve consistere in sovvenzioni, contributi ovvero ancora finanziamenti.

Il secondo orientamento invece riteneva che non sarebbe stato corretto sanzionare due comportamenti offensivi del medesimo bene, in quanto la "malversazione" sarebbe stato solo una naturale conseguenza dell'indebita percezione. Peraltro ove fosse stato ritenuto il contrario si sarebbe verificata una violazione del *ne bis in idem* sostanziale, finendo per valutare più volte gli stessi elementi.

In questi casi quindi, la giurisprudenza sosteneva l'esistenza di un concorso apparente di norme, risolvibile solo attraverso il criterio di sussidiarietà.

La questione di diritto è stata sottoposta al giudizio delle Sezioni Unite che, con la sentenza del 23 febbraio 2017 n. 20664, hanno aderito a quell'orientamento maggioritario che sancisce la possibilità del concorso fra le due norme.

Il caso di specie riguardava due imputate che, mediante la creazione di uno di uno schermo societario fittizio, conseguivano indebitamente e attraverso artifici e raggiri un erogazione pubblica per poi successivamente trasferirla dalla società ad una delle imputate, violando il vincolo di destinazione originario³⁵⁷.

Potevano pertanto dirsi integrate sia la condotta di cui all'art. 640 *bis*, sostanziata nell'indebito ottenimento, sia la condotta di cui all'art. 316 *bis*, concretizzata con la violazione del vincolo di destinazione nel caso concreto consistito nel trasferimento dalla società beneficiaria ad una delle imputate.

Per dirimere i contrasti interpretativi, le Sezioni unite prendono in considerazione l'art. 15 c.p. che regola il concorso apparente di norme stabilendo che lo stesso si verifica «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito». Dalla lettera della norma viene desunto e riportato in motivazione (§ 3.2) che il criterio di specialità, secondo cui *lex specialis derogat generali*, rappresenta l'unico criterio legalmente previsto per la risoluzione del concorso apparente. Dopo questa preliminare constatazione, essendo il principio di specialità basato su un

³⁵⁷ FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

confronto strutturale fra le norme, le Sezioni si soffermano sull'analisi degli elementi di queste con particolare attenzione al bene giuridico tutelato (§ 7.1), che nel caso del reato di cui all'art. 640 *bis* è individuato nel patrimonio nella sua funzione "dinamica", tenendo quindi presenti sia la "funzione sociale" dell'erogazione sia anche i principi di "buona amministrazione".

La motivazione continua ritenendo che non vi sia alcun "nesso di interdipendenza necessaria" fra i due reati per cui è richiesta un'autonoma pianificazione per la loro integrazione (§ 7.2). Con riferimento al reato di cui all'art. 316 *bis* viene fatto notare come sia irrilevante la genesi del credito, in quanto nulla viene espressamente previsto dalla norma, non essendo previste delle particolari limitazioni a quelle che sono le erogazioni acquisite lecitamente (§ 7.3). Da ciò ne discende che il reato di malversazione ben può essere integrato qualora il credito sia stato acquisito con mezzi fraudolenti.

Considerato che l'illecita captazione non debba sfociare anche in una violazione del vincolo comportando una malversazione e tenuto presente che i finanziamenti possano essere ottenuti anche non ricorrendo ad artifici e raggiri, la sentenza giunge a delineare tre diversi possibili scenari:

- La prima e più comune ipotesi si verifica allorché il privato consegua indebitamente la sovvenzione e la utilizzi per fini che trascendono da quelli espressamente previsti nel vincolo di destinazione;
- La seconda ipotesi si verifica nel momento in cui l'*accipiens* ottenga fraudolentemente il *quantum* della sovvenzione, ma lo destini alle finalità previste dalla legge istitutiva del finanziamento. Si tratta di una ipotesi desueta ma non impossibile. Tale possibilità è espressiva dell'autonomia delle due fattispecie, in quanto il soggetto agente pone inizialmente una truffa e successivamente rispetti i dettami legislativi afferenti l'utilizzo delle risorse economiche;
- Infine può accadere che il privato abbia ottenuto lecitamente la sovvenzione, salvo violarne successivamente il vincolo di destinazione. In quest'ultima ipotesi si verifica una malversazione pura.

Muovendo da queste premesse e riprendendo quanto assunto inizialmente con riferimento al criterio di specialità che escluderebbe l'applicazione sia del criterio di assorbimento che di sussidiarietà, essendo l'unico strumento utilizzabile in quanto espressamente previsto all'art. 15 c.p., le Sezioni Unite giungono ad avallare gli orientamenti favorevoli al concorso, ritenendo le figure criminose strutturalmente autonome.

Orbene, alcuni Autori³⁵⁸ hanno criticato aspramente tale sentenza facendo notare come il concorso apparente di norme riguardi un unico fatto e non fatti distinti come invece avviene nel caso in oggetto. Per cui ne discenderebbe la possibilità di applicare criteri che esulano dalla mera specialità, prevista solo per il concorso apparente.

In realtà gli orientamenti giurisprudenziali sono sempre stati concordi e fermi nel ritenere tutti gli altri criteri confliggenti con il principio di legalità, ed in particolare con i principi di determinatezza e tassatività delle norme incriminatrici³⁵⁹.

Questo assunto è però posto in dubbio³⁶⁰ per una serie di ragioni: in primo luogo, in tal modo si verificherebbe un'applicazione in *malam partem* del principio di legalità che, anziché salvaguardare i cittadini, amplierebbe i possibili illeciti di cui questi potrebbero essere accusati; in secondo luogo non è del tutto vero che non siano presenti basi normative a sostegno di tali criteri. Addirittura, vista la presenza di numerose norme contenenti clausole di sussidiarietà, quest'ultimo potrebbe essere considerato quale "criterio di sistema"³⁶¹; per ultimo non può essere messo in secondo piano il rispetto del principio fondamentale di proporzione tra illecito commesso e pena comminata³⁶².

Ebbene, contrariamente all'analisi formale-strutturale necessaria per l'applicazione del criterio di specialità, per l'operare del criterio di assorbimento si dovrà effettuare un raffronto sostanziale-valoriale tra le norme. I passaggi logico giuridici³⁶³ da seguire per l'applicazione anzidetta sono essenzialmente tre:

³⁵⁸ FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁵⁹ Cass. pen., Sez. Un., 20/12/2005, n. 47164, *Marino*, (in tema di concorso tra le condotte di acquisto o ricezione punite dall'art. 648 c.p. e le successive condotte di immissione in commercio punite dall'art. 171-ter legge 22 aprile 1941, n. 633); Cass. pen., Sez. Un., 28/10/2010, n. 1963, *Di Lorenzo* (sul concorso tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 213 cod. strada e il reato di cui all'art. 334 c.p.).

³⁶⁰ FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁶¹ FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in www.penalecontemporaneo.it. Lo stesso autore fa notare come già nella relazione al progetto definitivo del codice (Lav. Prep. Cod. pen. e Cod. proc. pen. 1929, vol. V, pt. II, p. 218) si ipotizzava un criterio di sistema. A tal fine viene richiamato come esempio il rapporto tra la fattispecie di strage ex art. 422 c.p. e incendio 423 c.p. secondo cui, anche in mancanza di una clausola di sussidiarietà espressa, si integrerebbe il solo reato di strage nel momento in cui un soggetto abbia cagionato un incendio con l'intento di uccidere.

³⁶² L'anzidetto principio troverebbe riconoscimento nell'art. 49 § 3 della Carta di Nizza e sarebbe riconducibile all'art. 3 CEDU, come confermato dalla giurisprudenza europea (C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 09/07/2013, *Vinter c. Regno Unito*, § 102), e agli artt. 3 e 27 cost. (Corte cost., sent. 10/11/2016, n. 236, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, 2016).

³⁶³ FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

- occorre individuare della fattispecie più grave;
- è necessario confrontare le norme per accertare che le stesse perseguano o meno gli stessi obiettivi e tutelino i medesimi beni. Il confronto sarà effettuato secondo i normali criteri interpretativi (letterale, sistematico, storico, costituzionalmente orientato);
- si procede infine valutare se il disvalore penale di una norma possa essere ricompreso in quello della seconda fattispecie incriminatrice.

Per ultimo, l'attenzione dell'Autore summenzionato si focalizza su quanto affermato dalle Sezioni Unite relativamente alla presunta irrilevanza della genesi della sovvenzione. In specie, secondo l'orientamento giurisprudenziale la limitazione dell'ambito d'azione della norma a quei soli casi di acquisizione lecita della sovvenzione avrebbe configurato un indebito restringimento, non legittimato dal legislatore e da quanto previsto dalla stessa norma. La dottrina in realtà, richiama l'esempio dell'appropriazione indebita ex art. 646 c.p. che, pur menzionando il "possesso a qualsiasi titolo" per l'integrazione della condotta, non potrebbe configurarsi nel caso di beni acquisiti in maniera illegittima.

Tale logica dovrebbe pertanto applicarsi anche al caso della malversazione, in quanto questa rappresenterebbe una naturale conseguenza del reato di truffa aggravata e verrebbe ivi consunta.

Diverso è poi il caso dell'*accipiens*, legittimo titolare del finanziamento, che attraverso artifici e raggiri muti la destinazione del *quantum* percepito arrecando un danno alla pubblica amministrazione. In tal caso non può verificarsi il concorso altrimenti si avrebbe una violazione del *ne bis in idem* sostanziale, tuttavia potrà valutarsi l'applicazione del più grave art. 640 comma 2 n. 1³⁶⁴.

³⁶⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale Vol. 1*, Bologna, 2012; FANELLI, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina Vol. VIII*, Milano, 2010, p. 555.

CAPITOLO IV

LA PROTEZIONE DEGLI INTERESSI FINANZIARI EUROPEI E CENNI COMPARATIVI

SOMMARIO: 4.1 Introduzione. - 4.2. La lenta evoluzione europea e gli strumenti penali *ante* Lisbona. - 4.3. Il *Corpus Juris* per la tutela degli interessi finanziari dell'UE. - 4.4. Il trattato di Lisbona e le nuove basi per un diritto penale dell'Unione Europea. - 4.5. Il nuovo scenario della criminalità transnazionale e le competenze penali europee per contrastare le frodi comunitarie nel quadro delineato dal Trattato di Lisbona. - 4.6. I rapporti tra l'art. 325 TFUE e l'art. 83 TFUE. - 4.7. I profili critici riguardanti la direttiva PIF del 2017 e la nuova frode comunitaria. - 4.8. La nuova frode comunitaria. - 4.9. La nuova procura europea e il travagliato iter per la sua approvazione. - 4.10. Premessa all'analisi comparata. - 4.11. I sistemi di *common law*: considerazioni generali sulla comparazione. - 4.12. La tutela prima del "*Fraud Act*" del 2006. - 4.13. Il *Fraud act* del 2006. - 4.14. L'ordinamento francese prima della riforma. - 4.15. La riforma francese e l'introduzione del nuovo *Code Penal*. - 4.16. La nuova fattispecie di *escroquerie* ex art. 313.1. - 4.17. Considerazioni introduttive: il *Código Penal* del 1995. - 4.18. La tutela prima del *Código Penal* del 1995. - 4.19. La fattispecie di *estafa* ex art. 248 c.p.e. - 4.20. La truffa nelle sovvenzioni ex art. 308 c.p.e. - 4.21. Brevi cenni sull'ordinamento penale tedesco. - 4.22. La truffa (*Betrug*) § 263 StGB. - 4.23. La frode nelle sovvenzioni (*Subventionsbetrug*) § 264 StGB.

4.1. Introduzione.

Come anticipato nel primo capitolo (cfr. *retro*, cap. I, par. 1.4.), l'esigenza di salvaguardare tali interessi trovava la sua *ratio* nel fatto che il bilancio europeo fosse costituito da "risorse proprie", derivanti ad esempio dal pagamento di dazi, dal versamento dell'iva etc., e non più da contributi dei singoli stati. Ne conseguiva una nuova esigenza di tutela che fosse quantomeno "corrispondente"³⁶⁵ alle forme di tutela apprestate dai singoli ordinamenti a protezione delle proprie entrate. Da queste premesse nasce la Convenzione PIF da cui deriva l'odierno apparato sanzionatorio italiano e di molti paesi europei.

³⁶⁵ GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo*, a cura di BARTONE, Padova, 2001, p. 3.

Invero, le nuove esigenze di tutela penale sono il risultato di una decennale evoluzione di quella che oggi è l'Unione Europea. I numerosi stravolgimenti che si sono susseguiti hanno mutato profondamente i caratteri strutturali, gli obiettivi e le funzioni dell'entità sovranazionale, comportando non soltanto la nascita di nuovi beni giuridici meritevoli di tutela ma incidendo anche con riferimento a quelli che sono gli strumenti penali utilizzabili per la salvaguardia di tali interessi. Riteniamo pertanto che una breve premessa storica sia quantomeno doverosa, per meglio comprendere l'attuale influenza delle esigenze europeiste nei diversi ordinamenti penali europei.

4.2. La lenta evoluzione europea e gli strumenti penali *ante* Lisbona.

L'attuale Unione Europea nasceva quale "unione doganale" in cui merci, servizi e capitali potessero circolare liberamente. In tale contesto la protezione degli interessi finanziari europei non poteva che essere affidata agli strumenti sanzionatori tipici degli ordinamenti nazionali³⁶⁶. Tale conclusione può peraltro evincersi dalla nota sentenza del 1989 sul caso del c.d. mais greco³⁶⁷. In quest'ultima veniva espressamente sancita la necessità, o meglio l'obbligo, per gli Stati membri di comminare sanzioni adeguate e proporzionate, anche di tipo penale, qualora vi fossero state violazioni e lesioni degli interessi comunitari³⁶⁸.

L'anzidetta sentenza fu successivamente integrata dall'ordinanza della Corte Europea di Giustizia sul caso *Zwarteld*, che sanciva l'obbligo per gli stati di cooperare al livello di Polizia Giudiziaria e l'obbligo per i propri funzionari di testimoniare in caso di illeciti commessi a danno della stessa Comunità³⁶⁹.

³⁶⁶ PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, testo dell'intervento svolto al convegno internazionale di studi "Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni" svoltosi presso l'Università di Catania il 20 giugno 2013 e pubblicato in www.penalecontemporaneo.it.

³⁶⁷ Causa C 68/88 della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, si veda a tal proposito SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *C.P.*, 1992, p. 1654. La vicenda riguardava una partita di mais esportata in Belgio e introdotta con una documentazione che ne attestava la provenienza greca. L'origine comunitaria permetteva all'esportatore di essere esonerato dal pagamento di particolari dazi, quantificabili nella specie a 7 miliardi di vecchie lire. La frode veniva perpetrata con l'ausilio e la compiacenza di alti funzionari greci che, interpellati dalle autorità europee, ne confermarono l'autenticità dei documenti presentati dall'esportatore. In realtà il mais proveniva dalla Jugoslavia e dopo l'accertamento della Corte Europea, gli autori del reato furono perseguiti e un ministro si dimise.

³⁶⁸ GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, relazione alle «*Vlèmes Journées Greco-Latines de Defense Sociale*», svoltesi a Salonicco nei giorni 6-8 ottobre 1995, pubblicata in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 1159 e ss. Il contributo si inserisce nel quadro della ricerca «*L'avvio alla realizzazione dell'Unione Europea attraverso il diritto*» finanziata dal C.N.R.

³⁶⁹ BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003, p. 12. L'autore fa peraltro notare come tali principi siano stati successivamente recepiti dal trattato di Amsterdam del 1997.

L'interesse alla protezione di diritti e beni giuridici comunitari era vivo e non si limitava a catturare l'esclusivo interesse scientifico e dottrinario³⁷⁰, riflettendo oramai una crescente attenzione anche da parte delle istituzioni comunitarie.

Con il trattato istitutivo dell'Unione europea, siglato a Maastricht il 7 febbraio 1992 e con il successivo trattato di Amsterdam firmato il 2 ottobre 1997³⁷¹, la prospettiva di una tutela per i propri interessi finanziari acquisiva maggiore vigore. Il primo trattato, infatti, suddividendo la struttura dell'Unione Europea in tre pilastri, attribuiva all'entità sovranazionale una conformazione che non fosse soltanto economica ma anche politica, dotandola peraltro di autonomia regolamentare³⁷².

Il terzo pilastro in particolare era rivolto al contrasto dei fenomeni criminosi transnazionali, tra cui le frodi comunitarie. Tale obiettivo sarebbe stato perseguibile attraverso la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni e attraverso la creazione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia³⁷³. Apprezzabile è poi l'esteso ambito dedicato alla repressione del crimine transnazionale. La nuova conformazione europea infatti prendeva in considerazione rilevanti settori che spaziavano dalla «lotta contro la frode su scala internazionale» alla «lotta contro la tossicodipendenza», dalla «cooperazione a livello di polizia al fine della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e altre forme gravi di criminalità internazionale» alla «cooperazione giudiziaria in materia penale»³⁷⁴.

³⁷⁰ Riguardo tale interesse si vedano ad esempio GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989; SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, pp. 965 e ss.; TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, pp. 209 e ss.; DANNECKER, *Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft*, in *Strafrechtsentwicklung in Europa*, a cura di ESER e HUBER, vol. 4.3., 1995.

³⁷¹ Con tale atto vengono introdotte le c.d. "decisioni quadro" che, disciplinate dal previgente articolo 34 TUE, permettevano un "ravvicinamento" delle legislazioni penali nazionali purché fosse volto all'implementazione della "cooperazione giudiziaria e di polizia". Le stesse peraltro vincolavano gli stati destinatari al raggiungimento di un determinato obiettivo senza tuttavia incidere sullo strumento da utilizzare a tal fine, pertanto PICOTTI, in *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it, le accosta correttamente allo strumento della direttiva.

³⁷² BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003, p. 9.

³⁷³ Il Titolo VI del trattato di Amsterdam, dedicato alle "Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale", all'articolo K1 recita: «Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia. Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode». Il testo completo è consultabile presso www.europa.eu.

³⁷⁴ GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 1159 e ss.

Gli intenti summenzionati produssero risultati significativi. A titolo puramente esemplificativo possono essere richiamate la Convenzione istitutiva dell'Europol³⁷⁵ e la Convenzione a protezione degli interessi finanziari europei che, assimilabile ad un atto principalmente penale, prevedeva l'introduzione di sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive»³⁷⁶.

Può notarsi come gli interventi penali fossero effettuati tramite il ricorso a strumenti tipici del diritto internazionale e affetti da tutti i relativi problemi, quali ad esempio, nel caso della Convenzione, le lungaggini applicative e la difficoltà nell'accertamento della loro piena e corretta attuazione³⁷⁷.

In base a tali considerazioni, prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona sarebbe stato prematuro parlare di “sistema penale delle comunità europee” o anche di “diritto penale dell'Unione Europea”, inteso quale branca autonoma rispetto al diritto europeo e capace di reprimere fenomeni criminosi attraverso la comminazione di sanzioni ad opera degli stessi organi dell'Unione³⁷⁸. *Melius*: in questo quadro il diritto penale non poteva che competere esclusivamente gli Stati membri, basti pensare che alla fine degli anni '90 in qualsiasi manuale di diritto penale italiano, nei capitoli dedicati alle “fonti” nessun cenno veniva fatto nei confronti dell'Unione Europea³⁷⁹.

L'inesistenza di un diritto penale europeo era pressoché pacifica, inoltre a suffragio di questa conclusione potevano peraltro richiamarsi ora la totale assenza di legittimazione democratica, ora ragioni meramente giuridiche, sottolineate dalla dottrina³⁸⁰ e concernenti la mancanza di una valida base normativa che legittimasse interventi in ambito penale.

³⁷⁵ Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che istituisce un Ufficio europeo di polizia.

³⁷⁶ GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 1159 e ss.

³⁷⁷ PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁷⁸ GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 1159 e ss.

³⁷⁹ PATRONE, *La dimensione costituzionale del diritto penale dell'UE dopo il trattato di Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it, p.1.

³⁸⁰ cfr. GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo*, a cura di BARTONE, Padova, 2001, p. 5.

Con riferimento al primo profilo, poteva evidenziarsi come il “deficit democratico”³⁸¹ contrastasse inevitabilmente con il principio di legalità, fondamento di numerosi ordinamenti e pertanto recepito³⁸² anche da quello comunitario. In specie, tale principio «conferisce al legislatore il monopolio della produzione del diritto penale»³⁸³.

Con riferimento al secondo carattere richiamato, veniva fatto notare come la semplice quanto ambigua possibilità prevista dai trattati riguardo la comminazione di sanzioni pecuniarie, non fosse di per sé sufficiente a giustificare e avallare interventi in campo penale, seppur secondo alcuni Autori³⁸⁴ tali sanzioni potessero essere considerate quale «embrione di un vero e proprio sistema repressivo comunitario». Non si può peraltro ignorare come le sanzioni anzidette fossero considerate di natura meramente amministrativa³⁸⁵ e non penale, sia dalla prevalente dottrina che dalla giurisprudenza³⁸⁶. Il carattere amministrativo delle sanzioni poteva essere desunto da una molteplicità di ragioni. In primo luogo si sottolineava come in tutti i regolamenti CEE in cui le stesse erano previste, venissero espressamente qualificate come “non penali”; in secondo luogo veniva fatto notare come l’organo competente alla loro comminazione³⁸⁷ avesse natura non giurisdizionale; in terzo luogo

³⁸¹ Espressione usata da GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo*, a cura di BARTONE, Padova, 2001, p. 3. In realtà lo stesso Autore fa successivamente notare come, grazie al trattato di Amsterdam che ha modificato la disposizione di cui all’art. 251 del trattato CE, il deficit democratico abbia perso molto del suo iniziale significato. Il lento processo di democraticizzazione e la nuova procedura della codecisione sembrano meglio garantire quello che è il principio di legalità, consentendo la partecipazione alla funzione legislativa di un Parlamento democraticamente eletto dai cittadini dell’Unione e da un Consiglio composto da rappresentanti dei Governi degli Stati membri.

³⁸² Secondo la Corte i diritti fondamentali assurgono a “principi generali di diritto”, in quanto risultano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e pertanto il suo compito è quello di tutelarne l’osservanza e il rispetto.

³⁸³ Rilievo di PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des états membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, 1981, p. 27; MATTIONI, *La rilevanza degli atti comunitari nell’ordinamento italiano*, Milano, 1971, p. 74.

³⁸⁴ GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell’Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1169.

³⁸⁵ Si veda a tal proposito il regolamento CE ed Euratom n. 2185/96 del Consiglio dell’11/11/1996, inerente i controlli effettuati dalla Commissione in relazione alla repressione delle frodi lesive degli interessi finanziari delle Comunità europee.

³⁸⁶ GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell’Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 1159 e ss. e PICOTTI, *Le basi giuridiche per l’introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it; peraltro la dottrina tedesca tende ad equiparare tali sanzioni alle sanzioni pecuniarie (geldbussen) tipiche dei reati amministrativi (ordnungswidrigkeiten). A quest’ultimo proposito vedasi ZULEEG, *Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen integration*, in *Juristenzeitung*, 1992, p. 763; OEHLER, *Der Charakter der Bussgeldzahlungen der juristischen Personen im den europäischen supranationalen Strafrecht*, in *Festschrift für H.H. Jescheck*, pp. 1414 e ss.; VAN BINSBERGEN, *Le droit pénal des Communautés européennes*, in *Droit pénal européen*, 1970, pp. 203 e ss.; per gli orientamenti giurisprudenziali si rinvia a SAGGIO, *Orientamenti della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di illeciti economici*, in *Il diritto penale europeo dell’economia*, 1984, p. 27.

³⁸⁷ Si intende la Commissione delle Comunità europee.

veniva dato risalto al fatto che tali sanzioni non avessero carattere stigmatizzante, non essendo iscritte nei casellari giudiziari nazionali e comunitari; infine, in caso di mancato pagamento non sarebbero potute essere convertite in pene detentive.

Invero, l'impossibilità di riconoscere in tali previsioni l'elemento legittimante per interventi della Comunità in ambito penale, non fece placare l'attenzione alla ricerca di una valida base normativa, che si focalizzò su altre fattispecie.

Una parte assai minoritaria della dottrina³⁸⁸ individuava nell'art. 172 del trattato CE la base normativa per l'istituzione di un sistema penale comunitario, o *melius*: l'elemento per legittimare l'introduzione di sanzioni penali. Quest'ultimo recitando «i regolamenti stabiliti in virtù delle disposizioni del presente trattato possono attribuire alla Corte di Giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi» induceva ad attribuire alla Comunità una potestà sanzionatoria generale. L'orientamento a sostegno di tale visione rimase tuttavia isolato. Altri autori³⁸⁹, infatti, evidenziavano correttamente come la vaghezza e la genericità della norma non potessero fondare le basi per giustificare lo *ius puniendi*, visti e considerati soprattutto i gravosi effetti limitativi a discapito della sovranità degli Stati membri. La compressione della sfera potestativa statale avrebbe certamente meritato un'espressa e chiara disposizione che non lasciasse spazio a dubbi o ambiguità.

Per ultimo, merita una doverosa menzione la disposizione di cui all'articolo 280 TCE che, introdotta con il trattato di Amsterdam, sembrava concretizzare secondo alcuni Autori³⁹⁰ un vero e proprio "obbligo di fedeltà degli Stati membri nei confronti della Comunità". La norma era posta a presidio degli interessi finanziari dell'Unione Europea e andava a sostituire l'art. 209 A. Mentre la fattispecie sostituita si rivolgeva solo agli Stati membri e prevedeva che questi apprestassero una tutela per gli interessi comunitari corrispondente a quella prevista per

³⁸⁸ BOScarelli, *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, 1981, pp. 90 e ss.

³⁸⁹ GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1164.

³⁹⁰ TIEDEMANN, in *La frode alle sovvenzioni: origine di un diritto penale europeo?*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1999., p. 563.

gli interessi finanziari nazionali attraverso il c.d. principio dell'assimilazione³⁹¹, la nuova previsione *de quo*, invece, si rivolgeva oltre che agli Stati membri, anche alla stessa Comunità, prevedendo un duplice piano di obblighi.

La norma³⁹² disponeva *in primis* che gli strumenti introdotti negli ordinamenti nazionali a salvaguardia degli interessi comunitari fossero dissuasivi «e tali da permettere una protezione efficace». In *secundis*, attraverso il quarto comma richiedeva alla Comunità che la stessa adottasse «le misure necessarie al fine di pervenire ad una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati Membri». Tale ultima norma rappresentava al contempo l'elemento più innovativo e più controverso del disposto normativo. L'aspro contrasto interpretativo tra chi, aderendo ad un'orientamento innovativo, attribuiva alla disposizione valore legittimante per interventi in ambito penale e chi continuava a negare tale carattere³⁹³, discendeva appunto dal requisito dell'"equivalenza".

In base a quest'ultimo vi era chi sosteneva che sarebbe stato necessario adottare strumenti più incisivi rispetto alle mere sanzioni amministrative o alle direttive di armonizzazione. Pertanto sarebbe dovuto essere legittimato l'utilizzo di strumenti più pervasivi e direttamente

³⁹¹ Si tratta di una particolare tecnica normativa per cui viene previsto che l'apparato sanzionatorio impiegato dagli Stati membri per il contrasto e la repressione di determinate condotte lesive di interessi nazionali venga esteso per la tutela dei corrispondenti interessi comunitari. Pertanto l'applicazione di determinate norme nazionali viene estesa e posta a presidio di interessi sovranazionali. Come fa notare GRASSO, in *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1173, la norma comunitaria che prevede l'assimilazione permette la repressione di condotte che altrimenti sarebbero sfuggite alla sanzione penale. Viene peraltro sottolineato dalla dottrina come gli effetti penali si estrinsecano negli ordinamenti degli Stati membri e non in ambito comunitario. Sul punto vedasi, PEDRAZZI, *La tutela penale del segreto nel trattato Euratom*, in *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961, pp. 416 e ss. e BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Indice penale*, 1968, pp. 7 e ss.

³⁹² Art. 280 TCE: «1. La Comunità e gli Stati Membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati Membri.
2. Gli Stati Membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.
3. Fatte salve altre disposizioni del presente trattato, gli Stati Membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari della Comunità contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti.
4. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 189 B, previa consultazione della Corte dei conti, adotta le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati Membri. Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati Membri.
5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati Membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo».

³⁹³ TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, in *Agon*, 1998, n. 17, p. 12; ID., *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, in *Roxin-FS*, 2001, p. 1401; BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, in GRASSO, *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 24; PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del Corpus Iuris*. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 357.

vincolanti, contenenti misure di *jus puniendi*. Quest'orientamento tuttavia era inficiato alla base, infatti, la stessa dottrina³⁹⁴ che aderiva a tale interpretazione eludeva quanto ulteriormente previsto dal quarto comma con riferimento alle stesse misure adottabili, che non avrebbero dovuto riguardare «l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri». Al contrario, la censura non avrebbe potuto operare qualora le disposizioni introdotte avessero avuto carattere sussidiario. In tal caso infatti non si sarebbe verificato alcun nesso inferenziale col diritto penale nazionale.

In senso contrario si poneva un'altra parte della dottrina³⁹⁵ secondo cui la norma era caratterizzata da un'eccessiva ambiguità e pertanto era foriera di contrasti interpretativi non trascurabili. Viste queste premesse sarebbe stato impensabile reputarla quale base normativa per avallare un eventuale *jus puniendi* dell'Unione Europea.

In tale fase storica quindi possiamo escludere che esistesse un sistema penale comunitario, tuttavia è innegabile come le Istituzioni europee abbiano ugualmente inciso nelle scelte sanzionatorie degli Stati membri. Tale influenza è stata esercitata soprattutto grazie al c.d. principio di assimilazione.

4.3. Il *Corpus Juris* per la tutela degli interessi finanziari dell'UE.

Il quadro delineato era certamente poco soddisfacente oltre che inadeguato ad apprestare una tutela efficace ed omogenea agli interessi finanziari dell'Unione Europea. Veniva correttamente evidenziato³⁹⁶ come anche le iniziative tese all'armonizzazione dei vari ordinamenti non riuscissero a produrre un impatto immediato. Le lacune anzidette rappresentarono peraltro l'oggetto di numerosi solleciti³⁹⁷ avanzati da operatori giuridici impegnati nel contrasto alle frodi e nella protezione degli interessi finanziari comunitari. Si

³⁹⁴ PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del Corpus Iuris*. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 367; BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, in GRASSO, *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, pp. 24-26; TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, in *Agon*, 1998, n. 17, pp. 12 e 13.

³⁹⁵ Soprattutto cfr. a GRASSO, in numerosi scritti tra cui, *Il Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, p. 2. L'Autore si poneva in contrasto con professori quali TIEDEMANN e PICOTTI.

³⁹⁶ GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo spazio giuridico e rete giudiziaria* (a cura di BARTONE), Padova, 2001, p. 18.

³⁹⁷ Di certo rilievo fu il c.d. "Appello di Ginevra", lanciato il 1° ottobre 1996 da sette pubblici ministeri di diversi paesi europei. Questi chiedevano che fosse creato uno spazio giudiziario europeo in cui gli stessi potessero scambiare liberamente informazioni riguardo indagini in corso.

auspicava alla creazione di un comune spazio giuridico europeo. L'interesse era focalizzato sull'opportunità di passare dall'armonizzazione e dalla cooperazione ad una vera e propria "unificazione del diritto", con l'intento di creare un vero e proprio sistema penale sovranazionale³⁹⁸.

Tali le premesse fondano la base del c.d. *Corpus Iuris* contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea³⁹⁹. L'opera, risalente alla fine degli anni '90, rappresentava il frutto di approfonditi studi compiuti da numerosi studiosi guidati dalla professoressa Mireille Delmas-Marty dell'Università di Parigi I (Sorbona)⁴⁰⁰ e si collocava al termine delle conclusioni delle seste giornate greco-latine di difesa sociale⁴⁰¹, aventi ad oggetto la creazione di un "sistema penale comunitario"⁴⁰².

Come poteva evincersi dall'ambizioso titolo, anche il contenuto del progetto aveva caratteri rivoluzionari e senza precedenti. Attraverso tale ricerca si suggeriva di introdurre sia disposizioni penali di carattere processuale, che disposizioni di natura sostanziale. Veniva peraltro palesato l'intento di avviare una fase di "micro-codificazione", che fosse omogenea in tutti gli Stati membri e che fosse ben coordinata con le diverse legislazioni nazionali⁴⁰³, in tal modo si sarebbe creato un sistema penale comunitario limitato alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione⁴⁰⁴.

Il carattere più avveniristico si sostanziava nelle disposizioni aventi ad oggetto la creazione di una procura europea che fosse posta a presidio degli interessi finanziari dell'Unione. Il nuovo pubblico ministero sarebbe stato impegnato nella conduzione delle indagini preliminari, nel rispetto di alcuni principi fondamentali e, a conclusione di tale fase, avrebbe rappresentato l'organo dell'accusa all'interno del processo, sin conformità a quello che viene

³⁹⁸ GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo spazio giuridico e rete giudiziaria* (a cura di BARTONE), Padova, 2001, p. 19.

³⁹⁹ per un approfondimento si veda DELMAS MARTY, *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, 1997.

⁴⁰⁰ ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 1; vedasi anche JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, in FOFFANI, *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006 p. 11.

⁴⁰¹ I lavori presero il via durante le Seste giornate greco-latine di difesa sociale, tenutesi a Salonicco nell'ottobre del 1995. Il progetto è stato portato a termine nei primi mesi del 2000.

⁴⁰² GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo spazio giuridico e rete giudiziaria* (a cura di BARTONE), Padova, 2001, p. 19.

⁴⁰³ ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 1.

⁴⁰⁴ Considerazioni di GRASSO, in *op. cit.*, p. 29.

definito “meccanismo del doppio cappello”⁴⁰⁵. In capo ai giudici nazionali continuava a permanere la giurisdizione. Pertanto, una volta concluse le indagini, il processo si sarebbe svolto dinnanzi un giudice nazionale, che avrebbe dovuto applicare le norme incriminatrici previste dallo stesso *Corpus Juris* e soltanto sussidiariamente avrebbe potuto ricorrere a quanto disposto dalla disciplina nazionale⁴⁰⁶.

Con riferimento invece alle disposizioni di diritto penale sostanziale, il progetto introduceva sia numerose figure criminose rivolte al contrasto di fenomeni altamente lesivi di interessi comunitari⁴⁰⁷, sia anche norme di carattere definitorio⁴⁰⁸. Infine, nella parte dedicata alle disposizioni di natura sostanziale, era prevista una parte generale contenente una serie di principi⁴⁰⁹ che, come fanno notare con estrema acutezza alcuni Autori⁴¹⁰, rappresenterebbero una “sintesi” delle esperienze giuridiche degli Stati membri e dimostrerebbero peraltro una cultura penalistica comune.

Non trascurabili erano poi le crescenti critiche movibili contro il *Corpus Iuris* ed evidenziate dalla dottrina⁴¹¹. *In primis* trovava resistenze il pericoloso arretramento di tutela previsto per la frode e per altri reati, punibili anche per colpa grave; *in secundis* dubbi venivano avanzati con riferimento all’indistinta e generalizzata responsabilità delle persone giuridiche, prevista per tutti i delitti del progetto; infine rilevanti perplessità erano suscitate dalla nuova figura del pubblico ministero europeo.

⁴⁰⁵ ALLEGREZZA, in *op. cit.*, p. 1. Il meccanismo del “*double hat*” permette al singolo magistrato di esercitare talora la funzione requirente o inquirente interna, talaltra le funzioni di delegato del prosecutor europeo promuovendo e dirigendo l’attività di indagine.

⁴⁰⁶ GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo spazio giuridico e rete giudiziaria* (a cura di BARTONE), Padova, 2001, p. 22.

⁴⁰⁷ Tra le nuove norme incriminatrici possono essere menzionate la frode in danno al bilancio comunitario, il riciclaggio di danaro costituente prodotto o profitto degli altri reati, due diverse figure di abuso d’ufficio (una delle quali è denominata “malversazione”), la corruzione, la ricettazione etc.

⁴⁰⁸ Le norme di carattere definitorio rivestivano un’importanza non trascurabile, andando a definire dettagliatamente le figure del funzionario nazionale e del funzionario comunitario. Le definizioni prendevano a riferimento il primo protocollo addizionale della convenzione PIF ed erano imprescindibili per la corretta applicazione delle fattispecie criminose.

⁴⁰⁹ Si trattava invero di disposizione afferenti il principio di personalità della responsabilità penale, quello di colpevolezza e proporzione. Veniva inoltre superata l’arcaica idea secondo cui “*societas delinquere non potest*” essendo prevista una forma di responsabilità anche per le persone giuridiche.

⁴¹⁰ GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo spazio giuridico e rete giudiziaria* (a cura di BARTONE), Padova, 2001, p. 21.

⁴¹¹ JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, in FOFFANI, *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006 p. 11.

Orbene, una doverosa specificazione va fatta con riferimento al richiamato “arretramento di tutela”. Come evidenziato dalla dottrina⁴¹², infatti, sia il nuovo reato di frode comunitaria sia anche quello di malversazione (abuso d’ufficio) avrebbero rischiato di punire violazioni meramente formali e non lesive di quei beni giuridici che il legislatore si prefissava in realtà di proteggere.

Altri Autori⁴¹³ poi ravvisavano una pericolosa lacunosità del testo riferibile alla disposizione inerente la figura “giudice delle libertà”⁴¹⁴, sfornita di qualsivoglia criterio per la sua individuazione. Secondo i medesimi Autori il testo presentava insufficienze anche nell’individuazione del giudice del dibattimento. In quest’ultimo caso, infatti, i criteri venivano reputati “incerti ed insufficienti”.

Ad ogni modo il testo del *Corpus* fu vagliato in un successivo Libro verde del 2001 con cui fu ufficialmente aperto un ampio dibattito, avente ad oggetto perlopiù la nuova figura inquisitoria e le relative funzioni. Il confronto, pur coinvolgendo numerosi soggetti e pur acquisendo un rilievo continentale, non riuscì a concretizzarsi in una effettiva proposta legislativa, probabilmente a causa dei tempi poco maturi rispetto all’avveniristica previsione⁴¹⁵. Soltanto con la mancata Costituzione europea redatta nel 2003, l’idea di un pubblico ministero sovranazionale, deputato alla repressione delle eurofrodi e con poteri territorialmente estesi, fu presa seriamente in considerazione, tanto da fondare oggetto di una proposta normativa⁴¹⁶.

4.4. Il Trattato di Lisbona e le nuove basi per un diritto penale dell’Unione Europea.

Il Trattato di Lisbona del 2009 modifica in maniera radicale la pregressa struttura dell’Unione Europea, abolendo la divisione in pilastri delineata dal precedente Trattato di

⁴¹² MOCCIA, *L’involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del Corpus Iuris*, in AA. VV., *Diritto penale europeo spazio giuridico e rete giudiziaria* (a cura di BARTONE), Padova, 2001, p. 37.

⁴¹³ GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo spazio giuridico e rete giudiziaria* (a cura di BARTONE), Padova, 2001, p. 24. Peraltro l’Autore notava come il successivo Corpus Iuris del 2000 avesse soltanto in parte colmato le lacune del progetto precedente.

⁴¹⁴ Si trattava di una particolare figura prevista dall’articolo 25 del Corpus e posta a presidio delle garanzie giudiziarie durante la fase delle indagini preliminari.

⁴¹⁵ In tal senso ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell’Unione*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, p. 2.

⁴¹⁶ ALLEGREZZA, in *op. cit.*, p. 2.

Maastricht e aprendo una nuova fase, caratterizzata dall'interazione tra diritto delle istituzioni europee e diritto penale⁴¹⁷.

Come evidenzia autorevole dottrina⁴¹⁸, ridisegnando una nuova struttura e stravolgendo l'intero assetto istituzionale dell'Unione, il Trattato di Lisbona ha provocato rilevanti conseguenze: l'area dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia è ora assoggettata al principio di supremazia del diritto UE nei confronti di quello nazionale, mentre non poteva dirsi lo stesso per le norme dell'allora III pilastro; trattandosi poi di materie cui la competenza è "concorrente", gli Stati potranno esercitare il proprio potere limitatamente a quanto non esercitato già dall'Unione; in terzo luogo il "deficit giurisdizionale"⁴¹⁹, cui l'Unione era soggetta a causa dal trattato di Amsterdam e implicante considerevoli limiti al controllo esercitato dalla Corte di Giustizia, è ora venuto meno, pertanto, l'organo giurisdizionale potrà esercitare i propri poteri in conformità degli ordinari principi; infine vengono applicate le normali disposizioni sui procedimenti legislativi relativamente alle misure afferenti l'area dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In specie, si evidenzia⁴²⁰ come l'esercizio delle competenze penali attribuite all'Unione sia oggi possibile attraverso l'opera congiunta delle istituzioni rappresentative dei cittadini (Parlamento Europeo) e degli Stati membri (Consiglio), facendo venire meno anche il deficit democratico cui si è accennato precedentemente in questa trattazione⁴²¹. Il pregresso metodo c.d. intergovernativo, tipico del III Pilastro, era volto alla salvaguardia della sovranità dei singoli Stati richiedendo l'unanimità per qualsiasi decisione⁴²².

Le innovazioni non si limitano a quelle appena richiamate. Altri Autori⁴²³ infatti fanno notare come vi siano stati cambiamenti qualitativi e quantitativi, che consentono all'Unione di

⁴¹⁷ GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO-SICURELLA, Milano, 2007, pp. 680 e 681.

⁴¹⁸ Così GRASSO in numerose opere tra cui, *La «competenza penale» dell'Unione Europea nel quadro del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, pp. 684 e 685.

⁴¹⁹ DE AMICIS-IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce la Costituzione per l'Europa*, in *C.P.*, 2004, p. 3070.

⁴²⁰ PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 213.

⁴²¹ cfr. *retro*, cap. IV, par. 4.2.

⁴²² In tal modo si garantiva ad ogni Stato membro una sorta di potere di veto, spendibile nei confronti di qualsiasi decisione.

⁴²³ PATRONE, *La dimensione costituzionale del diritto penale dell'UE dopo il trattato di Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it.

avviare procedure di infrazione per gli Stati che non attuano ovvero rispettano solo in modo parziale le disposizioni UE, di prevedere precetti penali e relative sanzioni, di istituire una procura europea anti-frode etc.

Il trattato ha pertanto avuto il grande pregio di porre le fondamenta per un nuovo diritto penale europeo⁴²⁴, grazie soprattutto alle espresse previsioni che legittimano iniziative legislative sia in materia di diritto penale processuale, che in diritto penale sostanziale. Secondo alcuni⁴²⁵ si è addirittura passati dalla mera “cooperazione giudiziaria” ad un sistema di tendenziale “unificazione” o “armonizzazione” tra i diversi sistemi.

4.5. Il nuovo scenario della criminalità transnazionale e le competenze penali europee per contrastare le frodi comunitarie nel quadro delineato dal Trattato di Lisbona.

Le nuove competenze penali dell’Unione Europea devono essere analizzate alla luce di quelli che sono i nuovi contesti sociali. I profondi mutamenti, cui la società è stata soggetta e dovuti perlopiù agli effetti della globalizzazione, hanno comportato il sorgere di nuove esigenze di politica criminale. A tal proposito alcuni Autori⁴²⁶ evidenziano come lo sviluppo del sistema dei trasporti, che ha reso accessibile e veloce lo spostamento di merci e persone, l’implementazione e la sempre maggiore accessibilità di mezzi di informazione e comunicazione a distanza, che hanno reso il trasferimento di dati di ogni genere più veloce (se non addirittura immediato) e meno costoso, hanno sì reso effettiva la “libertà di circolazione” ma hanno al contempo creato nuove occasioni d’azione in ambito criminale.

Allarmante è poi l’espansione dei fenomeni criminosi in ambito economico. Questi si verificano ormai in settori disparati e non più limitati all’area delle frodi nelle sovvenzioni, del riciclaggio e della corruzione, incidendo ormai anche nella sfera finanziaria, con particolare riferimento ai reati societari che possono minacciare la salute individuale e collettiva o possono danneggiare l’ambiente.

⁴²⁴ Alcuni autori in realtà non si limitano a sostenere che il trattato abbia soltanto posto le basi per il nuovo diritto penale sovranazionale ma si spingono a sostenere che lo stesso abbia “consacrato” la sua esistenza e che lo stesso abbia oggi incidenza diretta sugli ordinamenti nazionali. Tra questi VENEGONI, *La definizione del reato di frode nella legislazione dell’Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it e PATRONE, *La dimensione costituzionale del diritto penale dell’UE dopo il trattato di Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴²⁵ PATRONE, *La dimensione costituzionale del diritto penale dell’UE dopo il trattato di Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴²⁶ PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del trattato di Lisbona*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 209.

Fatta questa doverosa premessa, per il contrasto dei reati che possono ledere gli interessi finanziari europei ed in particolare per la repressione alle frodi comunitarie, è possibile individuare quale base giuridica per un intervento penale gli articoli 83 paragrafi 1 e 2 del TFUE e l'articolo 325 TFUE⁴²⁷. Viene immediatamente in considerazione come solo la disposizione di cui all'art. 83 TFUE⁴²⁸ sia collocata nel capo dedicato allo spazio giuridico di libertà, di sicurezza e di giustizia⁴²⁹.

Il primo comma dell'art. 325 TFUE⁴³⁰ dispone: «L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» riprendendo quasi totalmente quanto disposto dall'art. 280 TCE.

La riproduzione non è completamente corrispondente in quanto il nuovo Trattato di Lisbona ha abrogato il periodo del quarto paragrafo del vecchio testo normativo, che sembrava limitarne l'area di operatività a quelle “misure” non qualificabili come penali. Come visto in precedenza la lettera del quarto paragrafo è stata oggetto di ampi dibattiti

⁴²⁷ Oltre a tali previsioni normative, di assoluta rilevanza è anche l'art. 86 TFUE che attribuisce alla discrezionalità dell'Unione l'istituzione di una procura europea impegnata nel contrasto e nella repressione delle frodi comunitarie o meglio dei reati lesivi degli interessi finanziari europei. Peraltro si sottolinea come l'ambito di competenza della stessa possa essere ampliato ad ulteriori aree criminose purché abbiano carattere transnazionale (è chiaro il riferimento al primo paragrafo dell'art. 83 TFUE). Quest'ultima possibilità giustifica peraltro la collocazione nell'area dedicata alla creazione di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. Si trattava di una semplice possibilità e non di un obbligo, tuttavia nel 2017, dopo aver ricevuto una formale approvazione da parte del Parlamento Europeo, il Consiglio dei ministri della giustizia europeo ha formalmente adottato un regolamento sull'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione di una procura europea. Per approfondimento in merito vedasi ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in www.penalecontemporaneo.it; FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it; SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea (EPPO)*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴²⁸ La disposizione è collocata precisamente nella parte terza del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) all'interno del titolo V dedicato allo «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e situato. Al contrario, l'art. 325 TFUE è collocato nella parte VI del TFUE inerente le “istituzioni”. Precisamente la norma occupa l'intero capo VI del titolo II. Capo dedicato al contrasto alla frode.

⁴²⁹ GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione Europea nel quadro del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 693.

⁴³⁰ Gli altri commi recitano: «2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.

3. Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti.

4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo»

dottrinali, aventi ad oggetto la sua esegesi⁴³¹. Oggi la sua espunzione è estremamente significativa a riprova sia di come tra le “misure” menzionate dalla disposizione rientrino anche quelle di tipo penale, sia di come il bene giuridico europeo sia effettivamente meritevole di tutela⁴³².

Con riferimento all'elemento del bene giuridico tutelato, questo è riconducibile al patrimonio sovranazionale di cui è titolare l'Unione Europea. Come si evince dalla lettera dell'articolo, la lesione al bene non deriva soltanto dalla mera “frode” ma anche da “altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari europei”. Tra tali attività criminose possiamo certamente includere figure quali la malversazione, il peculato, la manipolazione degli appalti oltre che riciclaggio e corruzioni, già oggetto d'attenzione nei protocolli PIF⁴³³.

Alcune doverose precisazioni attengono la locuzione che richiede di «pervenire ad una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» prevista al termine del quarto paragrafo. L'obbligo ha carattere vincolante e precettivo, e ricade in capo sia agli Stati membri che in capo alla stessa Unione Europea. Peraltro è possibile rilevare come la protezione richiesta non debba avere una dimensione esclusivamente orizzontale e afferente i soli Stati membri, sostanziandosi al contrario anche su un piano verticale. La protezione infatti deve concernere anche la struttura della stessa Unione, relativamente ai suoi organi ed alle sue istituzioni, e non soltanto gli Stati⁴³⁴.

Come anticipato, un ulteriore referente normativo che avalli interventi in ambito penale è rappresentato dai paragrafi primo e secondo dell'articolo 83 TFUE. La fattispecie ha un contenuto rivoluzionario in quanto non soltanto sancisce il chiaro superamento dell'anacronistica dicotomia tra primo e terzo pilastro⁴³⁵, ma conferisce espressamente

⁴³¹ cfr. *supra*, cap. IV, par. 4.2.

⁴³² PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ La dicotomia tra primo e terzo pilastro aveva sovente richiesto il ricorso alla tecnica del “doppio testo” che permetteva di accompagnare la disciplina extrapenale del primo pilastro a sanzioni di tipo penale riservate all'ambito del terzo pilastro (introdotte attraverso decisioni quadro o convenzioni). Per un'analisi approfondita sull'argomento si rinvia a VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy. A Cessio Bonorum from the Third to the First Pillar*, in Kimmo Nuotio (Ed.), *Liber Amicorum Raimo Lahti*, 2007, p. 119 e GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione Europea nel quadro del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, pp. 696 e 697.

all'Unione una competenza in materia penale⁴³⁶, da esercitarsi attraverso lo strumento delle direttive⁴³⁷. Sia il primo che il secondo paragrafo prevedono competenze “concorrenti”, che richiedono un importante intervento statale per la loro attuazione⁴³⁸, per tale motivo sarebbe scorretto ritenerla una “diretta potestà incriminatrice”⁴³⁹. La discrezionalità del legislatore sovranazionale è invero estremamente limitata⁴⁴⁰ tant'è che alcuni Autori⁴⁴¹ sostengono che non si possa parlare di esercizio di competenze penali.

Orbene, i due paragrafi dell'articolo prevedono competenze differenziate in base al bene giuridico da tutelare. A quest'ultimo proposito possiamo richiamare la convincente ricostruzione offerta dalla dottrina italiana⁴⁴² con riferimento ai beni giuridici di interesse sovranazionale. A tal proposito possono essere distinti i c.d. beni “istituzionali” dell'entità sovranazionale o quelli in qualche modo afferenti l'esercizio delle sue attività, dai beni di natura “nazionale” ma comunque pregiudiziali al raggiungimento di obiettivi dell'Unione (tra cui rientra ad esempio il contrasto della criminalità transnazionale)⁴⁴³.

Passando all'analisi strutturale dell'articolo notiamo come il primo paragrafo attenga la tutela di quei beni giuridici di origine “nazionale” ed in specie preveda appunto la repressione

⁴³⁶ La disposizione riconosce un vero e proprio obbligo di armonizzazione di origine europea. In tal senso si vedano BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *DPP*, 2004, pp. 5 e ss; PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, 2005, p. 346; SICURELLA, *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, pp. 384-385; GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione Europea nel quadro del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 695.

⁴³⁷ Invero, in passato, non potendosi ricorrere alle direttive, venivano utilizzati strumenti diversi rispetto a quelli tipicamente “comunitari”, come ad esempio le Convenzioni ovvero le c.d. “decisioni quadro” introdotto con il trattato di Amsterdam.

⁴³⁸ PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 216.

⁴³⁹ GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione Europea nel quadro del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 696.

⁴⁴⁰ La stessa dottrina ed in particolare GRASSO fa notare come la discrezionalità sia estremamente circoscritta con riferimento a quelle che sono ad esempio le scelte sanzionatorie ovvero la struttura della fattispecie da introdurre o ancora con riferimento al bene giuridico tutelato etc.

⁴⁴¹ TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, pp. 669-670.

⁴⁴² L'accurata indagine è da attribuire a SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 227 e pp. 463 e ss.

⁴⁴³ GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione Europea nel quadro del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, pp. 696 e 697.

di alcuni gravi reati transnazionali o, rimanendo legati alla lettera della norma, attenga «sfere di criminalità particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni».

Il secondo comma del medesimo paragrafo individua le anzidette “sfere di criminalità” nel «terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata». Secondo alcuni Autori⁴⁴⁴ si tratterebbe di figure criminose gravi a tal punto da rendere insufficiente il solo impegno nazionale e da richiedere, pertanto, l'intervento dell'Unione, conformemente ai principi di sussidiarietà di cui all'art. 5 par. 3 TUE e di *extrema ratio* dell'azione penale.

L'inadeguatezza delle risposte sanzionatorie apprestate dai legislatori nazionali nei confronti di questi fenomeni, aventi ormai una dimensione che trascende dai confini statali, sarebbe peraltro dimostrata dai numerosi interventi in ambito internazionale⁴⁴⁵, succedutisi nel tempo e volti alla repressione delle condotte indicate dal primo paragrafo dell'articolo 83 TFUE.

La previsione infine permette di ampliare tali categorie attraverso una decisione unanime del Consiglio e previa l'approvazione del Parlamento, trovando la sua *ratio* nella possibile “evoluzione della criminalità”. Il ruolo secondario del Parlamento, circoscritto ad una mera approvazione, è stato criticato da una parte della dottrina⁴⁴⁶.

Prima di passare all'analisi del secondo paragrafo, pare opportuno precisare che nell'introduzione di nuove fattispecie penali debbano essere rispettate numerose garanzie. Oltre al rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, le norme incriminatrici dovranno essere soggette ad una piena controllabilità sia politica, da parte dei Parlamenti nazionali, che giudiziaria, ad opera della Corte di Giustizia e dalle giurisdizioni nazionali nel

⁴⁴⁴ PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 216.

⁴⁴⁵ Possiamo richiamare a titolo esemplificativo le Convenzioni dell'ONU contro la criminalità organizzata internazionale ed i protocolli per il contrasto a fenomeni quali la tratta di persone o il traffico di migranti ovvero ancora le Convenzioni volte alla lotta contro il terrorismo. Anche in ambito europeo sono state numerose le misure intraprese per la lotta a tali fenomeni (soprattutto con riferimento alla prevenzione e il contrasto del riciclaggio).

⁴⁴⁶ SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, a cura di BILANCIA-D'AMICO, Milano, 2009, p. 159.

momento applicativo⁴⁴⁷. La garanzia più importante è quella prevista dal paragrafo terzo della previsione del trattato⁴⁴⁸ che prevede il c.d. “freno d’emergenza”. Tale strumento permetterebbe a qualsiasi membro del Consiglio di sospendere la procedura per l’introduzione di un atto di cui ai paragrafi precedenti, qualora lo Stato membro ritenga che lo stesso possa ledere aspetti fondamentali del proprio ordinamento, investendo della decisione il Consiglio europeo. Invero si tratta di un meccanismo estremamente farraginoso e per certi versi inefficace come rileva autorevole dottrina⁴⁴⁹. Il Consiglio europeo, investito della questione, deve infatti prendere una decisione entro quattro mesi. In caso contrario un terzo degli Stati membri può chiedere la creazione di una cooperazione rafforzata per la quale non è necessaria alcuna approvazione da parte del Consiglio.

Secondo la medesima dottrina tale possibilità, oltre a consentire a qualsiasi Stato di bloccare la procedura di armonizzazione, deforma irrimediabilmente i connotati del particolare procedimento legislativo.

Il secondo paragrafo dell’art. 83 TFUE riveste particolare importanza in quanto persegue un duplice intento⁴⁵⁰: garantire il c.d. “effetto utile” delle norme comunitarie⁴⁵¹ e impedire che l’opera di repressione e prevenzione messa in atto dall’Unione sia vanificata dall’assenza di apparati sanzionatori adeguati in alcuni Paesi⁴⁵², che appunto per tale motivo rischiano di trasformarsi in veri e propri “paradisi criminali”⁴⁵³.

⁴⁴⁷ PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del trattato di Lisbona*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 218.

⁴⁴⁸ Il terzo paragrafo dell’articolo 83 TFUE recita: «Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria».

⁴⁴⁹ GRASSO, *La «competenza penale» dell’Unione Europea nel quadro del trattato di Lisbona*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 701.

⁴⁵⁰ BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁵¹ Tale principio vincola all’applicazione e all’interpretazione delle norme comunitarie in conformità di quelli che sono gli obiettivi che la stessa si prefigge di raggiungere. Lo stesso viene spesso utilizzato in chiave esegetica per l’interpretazione delle norme comunitarie. Per ulteriori approfondimenti si veda NIZZO, *L’art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell’integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 381 ss.; SCORRANO, *Il principio dell’effetto utile*, in *L’ordinamento europeo, II, L’esercizio delle competenze*, a cura di MANGIAMELI, Milano, 2006, p. 349 ss.

⁴⁵² BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 1 ss.

⁴⁵³ RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 142; SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 30.

La norma dispone: «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76».

In tal caso la tutela dovrebbe afferire beni di carattere “sovranzionale” che nascono per via della stessa attività esercitata dall’Unione, al contrario di quanto avviene nel caso del primo paragrafo. La conclusione tuttavia non è pacifica a causa del testo normativo ambiguo che sembra subordinare la competenza all’esigenza “indispensabile” per l’attuazione di una politica dell’Unione. L’attribuzione dell’Unione sembrerebbe porsi su un piano funzionalistico da cui potrebbero discendere conseguenze paradossali⁴⁵⁴, quali ad esempio l’esclusione di un eventuale intervento penale in un settore di competenza esclusiva dell’Unione ovvero l’esclusione della competenza in un settore concorrente in cui l’Unione applica misure di “unificazione”⁴⁵⁵. Appunto per tali esiti illogici alcuni Autori⁴⁵⁶ ritengono che l’ambito di operatività della previsione sia da interpretare in senso più esteso e tale da ricomprendere anche le ipotesi anzidette.

4.6. I rapporti tra l’art. 325 TFUE e l’art. 83 TFUE.

Si ritiene pacifico che la fattispecie di cui all’art. 325 TFUE si ponga in rapporto di specialità rispetto ai due paragrafi dell’art. 83 TFUE. In specie rileva come nel primo

⁴⁵⁴ GRASSO, *La «competenza penale» dell’Unione Europea nel quadro del trattato di Lisbona*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, p. 698.

⁴⁵⁵ In tali casi infatti l’Unione non interviene con misure di armonizzazione e dal dettato normativo ne discenderebbe l’impossibilità di intervento. Per ulteriori rilievi critici vedasi RUBI CAVAGNA, *Réflexions sur l’harmonisation des incriminations et des sanctions prévues par le Traité de Lisbonne*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2009, p. 506; BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it. Quest’ultimo peraltro afferma che «sembra incongruo da un lato riconoscere che l’Unione, attraverso apposite direttive, possa dare vita a processi di armonizzazione sanzionatoria in chiave penale in relazione a discipline extrapenali oggetto di una mera armonizzazione a livello europeo; dall’altro lato negare che l’Unione possa dar vita ad analoghi processi di armonizzazione penale in relazione a discipline extrapenali rivelatesi bisognose addirittura di norme europee di unificazione».

⁴⁵⁶ GRASSO, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione Europea*, in GRASSO-SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 695; BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it; RUBI CAVAGNA, *Réflexions sur l’harmonisation des incriminations et des sanctions prévues par le Traité de Lisbonne*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2009, p. 506.

paragrafo di quest'ultimo articolo, che enuncia le aree criminali per cui è possibile un intervento penale, sia assente la frode. L'esclusione sarebbe da attribuire alla menzionata specialità che il legislatore comunitario ha voluto sancire. Il fatto che un'esplicita menzione sia stata operata solo nella fattispecie di cui all'art. 325 TFUE dimostrerebbe infatti l'intento legislativo di apprestare una tutela specifica «con connotati propri e distinti da quelli che caratterizzano le altre fonti riconducibili al più generale spazio di libertà sicurezza e giustizia»⁴⁵⁷.

La specialità è altrettanto evidente con riferimento al paragrafo secondo dell'art. 83 TFUE, che attribuisce una competenza penale “accessoria” all'Unione⁴⁵⁸. Bisogna considerare innanzi tutto le diverse finalità perseguite dall'attribuzione delle competenze per la repressione della frode rispetto a quelle riconducibili all'area dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. In secondo luogo può ravvisarsi un'ampio margine di discrezionalità lasciato al legislatore con riferimento agli interventi nell'ambito dell'art. 83 TFUE secondo paragrafo. Gli interventi normativi sono infatti determinati da una valutazione afferente l'“indispensabilità” dell'intervento per l'“attuazione efficace di una politica dell'Unione”.

4.7. I profili critici riguardanti la direttiva PIF del 2017.

Viste le nuove basi giuridiche attributive di competenza in materia penale, è possibile ora analizzare e cogliere le maggiori criticità della nuova direttiva PIF⁴⁵⁹, approvata il 5 luglio 2017 e da recepire entro il 6 luglio 2019. Rileva immediatamente come, per via del mutato assetto istituzionale dell'Unione e grazie ai nuovi strumenti adoperabili nel contesto penale, sia stato scelto lo strumento della direttiva per introdurre le nuove misure e non più lo strumento della Convenzione, come avvenuto più di due decenni fa.

I lavori preparatori si siano lungamente protratti, per via soprattutto della delicatezza delle tematiche oggetto del testo normativo. A causa di tale delicatezza e della mal celata riluttanza degli Stati a vincolarsi in materie tipicamente afferenti la sovranità nazionale, non stupiscono gli *opt out* della Danimarca e dell'Inghilterra⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Sul punto si veda PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁵⁸ La competenza viene definita “accessoria” in quanto non attiene il “nucleo duro” della politica criminale europea. Quest'ultima infatti è incentrata al contrasto ed alla repressione dei crimini transnazionali di cui al paragrafo primo. Per un approfondimento sull'“accessorietà” della competenza si veda BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁵⁹ Direttiva UE 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁴⁶⁰ BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it.

La fonte normativa posta quale base per l'introduzione della direttiva è indicata nello stesso preambolo dell'atto, è individuabile nell'art. 83 TFUE secondo paragrafo. Orbene, la scelta si discosta da quella che era inizialmente la proposta della Commissione, che avrebbe preferito quale base l'art. 325 TFUE⁴⁶¹. Si tratta peraltro di una scelta certamente deprecabile come fanno notare alcuni Autori⁴⁶². L'impostazione delineata dalla Commissione sarebbe stata certamente più incisiva. Peraltro tra le possibili alternative sarebbe stato adoperabile anche l'art. 86 TFUE.

Le conseguenze derivanti da una delle due impostazione richiamate, sarebbero state considerevoli, come evidenziato dalla dottrina⁴⁶³.

Qualora l'intervento europeo fosse stato attuato secondo l'art. 325 TFUE, si sarebbero potuti evitare gli *opt out* e si sarebbe anche preclusa la possibilità del c.d. "freno d'emergenza". Una simile impostazione⁴⁶⁴ peraltro sarebbe stata avallata sia dal tenore letterale della stessa disposizione sia anche dai recentissimi orientamenti della Corte di Lussemburgo espressi nella sentenza Taricco⁴⁶⁵. Questi ultimi non permettono che la disciplina nazionale sia confliggente con gli interessi finanziari UE. Un tale contrasto comporterebbe la violazione dell'art. 325 TFUE e pertanto permetterebbe la "disapplicazione" della disciplina nazionale⁴⁶⁶.

La possibilità di individuare quale base normativa l'art. 86 TFUE è tutt'altro che pacifica. Alcuni autori⁴⁶⁷ si spingono a tal punto da affermare che l'anzidetta norma attribuirebbe

⁴⁶¹ COM (2012) 363 final, *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law*, 11 luglio 2012. Per un commento vedasi VENEGONI, *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁶² BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁶³ PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, n. 9; VENEGONI, *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016; PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013; VENEGONI, *La direttiva PIF: un ulteriore passo nel processo di sviluppo del diritto penale europeo o un'occasione persa?*, in www.ilpenalista.it, 2017.

⁴⁶⁴ Un approfondimento su tale eventualità è stato offerto da PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, n. 9.

⁴⁶⁵ Sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.*

⁴⁶⁶ Si badi bene che la sentenza richiamata ha ad oggetto le c.d. "frodi carosello", riconducibili alle c.d. "frodi in entrata" inerenti appunto le entrate del bilancio comunitario. Per un approfondimento circa tale sentenza si rinvia a CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

⁴⁶⁷ SATZGER, *International and European Criminal law*, Hart pub ltd., 2012, pp. 74 e ss.

all'Unione una potestà regolamentare afferente la sfera penale, altri⁴⁶⁸ ritengono che tale ipotesi sia scarsamente plausibile e da scartare.

La base normativa si riflette poi su quelli che sono gli effetti che dall'atto discendono. Lo strumento della direttiva, lasciando ampia discrezionalità ai legislatori nazionali, sia in fase di recepimento che in fase di attuazione, comporterebbe una possibile compromissione dell'uniformità del sistema normativo⁴⁶⁹.

Con riguardo agli elementi contenutistici dell'atto, soffermandoci prevalentemente sugli aspetti che ineriscono la nostra trattazione, evidenziamo alcune importanti differenze rispetto alla pregressa Convenzione del 1995.

Da evidenziare è il carattere innovativo dell'art. 2, § 1, il quale fornisce per la prima volta⁴⁷⁰ una definizione onnicomprensiva⁴⁷¹ di "interessi finanziari dell'Unione". Includendo tra i propri interessi «tutte le entrate, le spese e i beni (...) coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù: i) del bilancio dell'Unione; ii) dei bilanci di istituzioni, organi e organismi dell'Unione istituiti in virtù dei trattati o dei bilanci da questi direttamente o indirettamente gestiti o controllati», la previsione normativa ricomprenderebbe quindi i beni che siano anche soltanto indirettamente ricollegabili al proprio bilancio⁴⁷².

Tra le figure criminose lesive degli interessi finanziari sono ricompresi varie ipotesi di frode e malversazione. Vengono peraltro inclusi reati collaterali a tali fenomeni, come ad

⁴⁶⁸ SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in *Europa e diritto penale*, a cura di PALIERO e VIGANO', Milano, 2013, pp. 53 e ss.; SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea; diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013.

⁴⁶⁹ BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁷⁰ Il carattere rivoluzionario della previsione si sostanzia appunto per il fatto che nella Convenzione del 1995 nulla veniva disposto con riferimento alla nozione di "interessi finanziari dell'Unione Europea". La nozione veniva invero ricostruita dalla prassi giudiziaria come evidenza PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, n. 9. A tal proposito si veda la sentenza CGUE 15 novembre 2011, causa C-539/09, *Commissione c. Germania*.

⁴⁷¹ Con riferimento all'onnicomprendività della definizione, PARISI fa notare come, la definizione ricomprenda anche le le entrate IVA. L'inclusione, oggetto di aspri dibattiti interistituzionali, era sempre stata negata dal Consiglio. Criticamente viene però evidenziato come l'inclusione sia subordinata ad una valutazione afferente la "gravità" della frode. Quest'ultima è determinata in base a criteri qualitativi (carattere transfrontaliero della frode) e quantitativi (elevato ammontare oggetto del reato). Inerentemente al criterio quantitativo, ha destato parecchie perplessità la depenalizzazione di tale frode se avente un oggetto inferiore ai 10.000 euro. In particolare BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it fa notare come il disvalore della condotta non possa dipendere dal *quantum* oggetto della frode. Per ulteriori approfondimenti si veda VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *C.P.*, 2015, pp. 2442 ss.

⁴⁷² BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it.

esempio la corruzione attiva e passiva e il riciclaggio di danaro. Peraltro tali competenze andranno a definire anche l'ambito di operatività della Procura Europea (c.d. EPPO)⁴⁷³.

4.8. La nuova frode comunitaria.

La frode comunitaria è disciplinata dall'articolo 3 della direttiva. Secondo quest'ultimo la fattispecie può estrinsecarsi in quattro diverse categorie, a seconda che questa afferisca le spese dell'Unione ovvero le entrate⁴⁷⁴.

In specie, le lettere A e B della norma disciplinano la frode inerente le spese, distinguendola a seconda che questa afferisca spese diverse rispetto a quelle stanziare per gli appalti (lettera A) o che viceversa abbia ad oggetto spese relative a questi ultimi⁴⁷⁵; le lettere C e D configurano la frode con riferimento a quelle che sono le "entrate" del bilancio europeo ed in tal caso le frodi vengono distinte a seconda che derivino da risorse differenti rispetto a quelle IVA ovvero che abbiano origine dal pagamento dell'imposta sul valore aggiunto.

Con riferimento alle modalità attuative possiamo notare come la disposizione riproduca pedissequamente quanto precedentemente disposto dall'art. 1 della Convenzione del '95, potendo la condotta essere integrata sia da condotte di tipo omissivo che da condotte di tipo attivo. Le diverse configurazioni che la frode può assumere possono essere ripartite in tre diverse macro-categorie⁴⁷⁶:

- una prima declinazione della condotta può essere rappresentata dall'utilizzo o dalla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua un indebito profitto con relativo pregiudizio cagionato all'UE;
- un secondo paradigma dell'elemento oggettivo può essere rinvenuto nell'omissione di informazioni dovute in base ad un preciso obbligo. Anche in tal caso deve derivarne il medesimo effetto di cui sopra. Tale schema peraltro è riconducibile all'ipotesi della truffa, includendo il silenzio serbato a fronte di uno specifico obbligo di informazione⁴⁷⁷.

⁴⁷³ cfr. *retro*, cap. IV, par. 4.9.

⁴⁷⁴ BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴⁷⁵ PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, n. 9. Secondo l'autrice quello di includere le spese inerenti gli appalti sarebbe un'"importante innovazione" rispetto alla disciplina delineata dalla pregressa Convenzione del '95 in quanto amplierebbe la sfera d'operatività dell'atto.

⁴⁷⁶ ARANCI, *La direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017: la protezione degli interessi finanziari UE mediante il diritto penale*, in *www.rivista.eurojus.it*; PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, n. 9.

⁴⁷⁷ Tale ultimo accostamento è riferibile a BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

- il terzo modello riprende quelle che sono le tipiche modalità attuative della malversazione, prevedendo l'integrazione della frode allorquando le erogazioni percepite siano state destinate a finalità diverse e incompatibili con quelle originali.

Con riferimento all'ambito soggettivo, al direttiva si rivolge sia alle persone fisiche che alle persone giuridiche. Per l'integrazione delle figure criminose, sarà necessario agire in modo intenzionale, per cui è richiesto il dolo.

Con riferimento ai soggetti agenti, l'articolo 4 al quarto paragrafo delinea le figure del funzionario pubblico europeo o nazionale ed equipara a queste due figure qualsiasi persona incaricata di un pubblico servizio.

Il funzionario europeo è colui che ricopre tale qualifica in quanto assunto sotto contratto dall'Unione in conformità a quanto disposto dal regolamento dei funzionari ovvero che eserciti presso l'Unione funzioni analoghe ai soggetti che rivestono tale qualifica e che sia distaccato sia da uno Stato membro sia da qualsiasi tipo di organismo pubblico o privato, ovvero infine sono assimilati i membri di istituzioni, organi od organismi dell'Unione, istituiti in base ai trattati. Viene peraltro ricompreso il personale nei cui confronti non può applicarsi lo statuto dei funzionari.

La definizione del pubblico ufficiale nazionale, il cosiddetto *national official*, è determinata dal diritto nazionale dello Stato in cui il soggetto esercita le proprie funzioni⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Il testo originale della direttiva recita: «For the purposes of this Directive, 'public official' means:

(a) a Union official or a national official, including any national official of another Member State and any national official of a third country:

(i) 'Union official' means a person who is:

- an official or other servant engaged under contract by the Union within the meaning of the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Union laid down in Council Regulation (EEC, Euratom, ECSC) No 259/68 ⁽¹⁶⁾ (the 'Staff Regulations'), or
- seconded to the Union by a Member State or by any public or private body, who carries out functions equivalent to those performed by Union officials or other servants.

Without prejudice to the provisions on privileges and immunities contained in Protocols No 3 and No 7, Members of the Union institutions, bodies, offices and agencies, set up in accordance with the Treaties and the staff of such bodies shall be assimilated to Union officials, inasmuch as the Staff Regulations do not apply to them;

(ii) 'national official' shall be understood by reference to the definition of 'official' or 'public official' in the national law of the Member State or third country in which the person in question carries out his or her functions.

Nevertheless, in the case of proceedings involving a national official of a Member State, or a national official of a third country, initiated by another Member State, the latter shall not be bound to apply the definition of 'national official' except insofar as that definition is compatible with its national law.

The term 'national official' shall include any person holding an executive, administrative or judicial office at national, regional or local level. Any person holding a legislative office at national, regional or local level shall be assimilated to a national official;

(b) any other person assigned and exercising a public service function involving the management of or decisions concerning the Union's financial interests in Member States or third countries».

Rispetto alle definizioni di pubblico ufficiale contenute nel primo protocollo della Convenzione, non vi sono differenze rilevanti⁴⁷⁹.

L'articolo 6 della direttiva introduce poi la responsabilità delle persone giuridiche⁴⁸⁰. La disposizione richiede agli stati di intraprendere le misure necessarie, affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili ove sia integrato uno dei reati di cui agli artt. 3, 4 o 5 della direttiva. Questi devono essere commessi a vantaggio dell'ente da soggetti che agiscano o individualmente ovvero all'interno di un organo dello stesso ente. Il primo comma prevede in particolare la responsabilità per i soggetti che rivestano una "leading position" cioè un ruolo apicale, che può essere caratterizzato da poteri di rappresentanza ovvero dalla possibilità di prendere decisioni per conto della persona giuridica ovvero infine dalla possibilità di esercitare poteri di controllo all'interno dell'ente.

Il secondo comma prevede che gli Stati membri introducano le misure necessarie affinché l'ente sia ritenuto responsabile qualora l'illecito sia commesso a proprio vantaggio da una persona sottoposta alla supervisione o al controllo di un soggetto apicale e qualora tale controllo sia stato assente. Le sanzioni comminabili nei confronti dell'ente hanno ora natura pecuniaria, ora natura interdittiva. L'ampio ventaglio sanzionatorio⁴⁸¹ dimostra come l'Unione sia indifferente alla comminazione di sanzioni propriamente penali, in conformità a quegli ordinamenti per cui ancora *societas delinquere non potest*⁴⁸².

⁴⁷⁹ PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, n. 9.

⁴⁸⁰ Di seguito il testo originale:

«1. Member States shall take the necessary measures to ensure that legal persons can be held liable for any of the criminal offences referred to in Articles 3, 4 and 5 committed for their benefit by any person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, and having a leading position within the legal person, based on:

- (a) a power of representation of the legal person;
- (b) an authority to take decisions on behalf of the legal person; or
- (c) an authority to exercise control within the legal person.

2. Member States shall also take the necessary measures to ensure that legal persons can be held liable where the lack of supervision or control by a person referred to in paragraph 1 of this Article has made possible the commission, by a person under its authority, of any of the criminal offences referred to in Article 3, 4 or 5 for the benefit of that legal person.

3. Liability of legal persons under paragraphs 1 and 2 of this Article shall not exclude the possibility of criminal proceedings against natural persons who are perpetrators of the criminal offences referred to in Articles 3 and 4 or who are criminally liable under Article 5».

⁴⁸¹ Le sanzioni comminabili alle persone giuridiche sono previste dall'articolo 9 della direttiva e vanno dall'esclusione di ottenere benefici o aiuti pubblici a misure più incisive quali il commissariamento ovvero ancora lo scioglimento dello stesso ente o ancora la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti in cui il reato è stato commesso.

⁴⁸² Rilievi critici di BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it. L'autore peraltro

Alcuni autori⁴⁸³ fanno correttamente notare come tale modello di responsabilità sia per molti versi corrispondente, o quantomeno paragonabile, a quanto previsto dal nostro legislatore con il decreto legislativo 231/2001, il quale ha introdotto una “responsabilità” autonoma per le persone giuridiche.

Altri autori⁴⁸⁴ invece evidenziano l’ apprezzabile evoluzione rispetto alla Convenzione del ’95, che non prevedeva espressamente una responsabilità per le persone giuridiche⁴⁸⁵. Per il superamento di tale deficit, infatti, si è resa necessaria l’ emanazione del secondo Protocollo della Convenzione, che ha previsto un regime equivalente a quello odierno. Innovativo è invece il fatto che tra i reati per cui possa sorgere tale responsabilità siano ricompresi le frodi fiscali (concernenti il mancato pagamento dell’ imposta sul valore aggiunto).

Una breve menzione infine merita la previsione che, ai sensi dell’ art. 5 della direttiva, richiede agli Stati di comminare sanzioni penali in caso di istigazione, favoreggiamento o concorso nei reati di cui agli artt. 3 e 4 della direttiva. Il medesimo articolo prevede poi che possa essere punito il tentativo nelle ipotesi di frode e appropriazione indebita. Invero, riferimenti all’ istigazione ed al concorso erano già presenti nella Convenzione del ’95⁴⁸⁶.

Un elemento distintivo è invece ravvisabile con riferimento alla possibile configurazione delle fattispecie tentate, mentre nella Convenzione il tentativo poteva configurarsi soltanto con riferimento alle persone giuridiche⁴⁸⁷.

Alcuni autori⁴⁸⁸ focalizzano l’ attenzione su talune importanti criticità concernenti l’ applicazione della direttiva. Quest’ ultima infatti, disciplinando istituti particolarmente complessi e appartenenti alla sfera del diritto penale generale, quali sono ad esempio il tentativo o il concorso, renderebbe particolarmente problematico l’ intento di ravvicinamento dello *jus terribile*, soprattutto se si considera l’ assenza di una base comune di “parte generale”.

⁴⁸³ BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁸⁴ PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, n. 9.

⁴⁸⁵ È bene ricordare che nell’anzidetta Convenzione veniva richiesto di introdurre una responsabilità per i dirigenti di impresa non anche per le persone giuridiche.

⁴⁸⁶ v. art. 4 della Convenzione PIF del 1995.

⁴⁸⁷ PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, n. 9.

⁴⁸⁸ BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it.

4.9. La nuova procura europea e il travagliato iter per la sua approvazione.

Tra i meriti attribuibili al Trattato di Lisbona vi è quello di aver dato nuova linfa ai dibattiti sulla Procura Europea⁴⁸⁹, già oggetto di studi e proposte nel Corpus Iuris. Infatti, tra le norme attributive di competenza in materia penale all'Unione Europea vi è l'art. 86 TFUE che offriva espressamente la possibilità alle istituzioni europee di istituire una procura europea volta alla repressione delle euro-frodi, lasciando peraltro intatta l'opportunità di ampliarne considerevolmente lo spazio operativo e le competenze. Pur trattandosi di una mera facoltà, già anni fa la dottrina⁴⁹⁰ faceva correttamente notare come difficilmente le possibilità offerte dai trattati non sarebbero state sfruttate, e così infatti fu.

Dopo due decenni dalle prime proposte è stato infatti formalmente adottato⁴⁹¹ il Regolamento relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea⁴⁹². All'iniziativa hanno partecipato venti Stati tra cui l'Italia, mentre hanno preferito non aderire Malta, Svezia, Polonia, Ungheria e Olanda.

I motivi che hanno spinto all'istituzione di un organo tanto "invadente" per le sfere di sovranità tipicamente nazionali, coincidono sostanzialmente a quelle indicate dalla Commissione nell'iniziale proposta⁴⁹³ e sono riferibili ora nella volontà di tutelare più efficacemente il denaro dei contribuenti europei⁴⁹⁴, ora nel colmare i deficit operativi di organi quali Eurojust, Europol ed OLAF⁴⁹⁵.

L'insufficienza della tutela attualmente apprestata è dovuta perlopiù alla disomogeneità degli ordinamenti e all'impossibilità per l'Unione di compiere atti di indagine, essendo tale competenza riservata all'esclusiva potestà dello Stato. Le indagini peraltro divengono particolarmente difficoltose qualora vi sia l'esigenza di raccogliere prove al di là dei confini nazionali impedendo quindi un incisivo contrasto. Con riferimento ai *deficit* degli organi

⁴⁸⁹ SCIARABBA, L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?, in www.europeanrights.eu.

⁴⁹⁰ ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁹¹ L'approvazione è avvenuta ad opera del Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione, dopo il previo via libera del Parlamento Europeo.

⁴⁹² Nel suo acronimo inglese EPPO, *European Public Prosecutor Office*.

⁴⁹³ Bruxelles, 17/7/2013, COM(2013) 534 final. Il testo è pubblicato in www.eur-lex.europa.eu.

⁴⁹⁴ VENEGONI, *Protezione degli interessi finanziari dell'UE: ripartizioni di ruoli tra OLAF e futuro Procuratore europeo*, in BAZZOCCHI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore Europeo*, 2014, p. 104, 2014, consultabile anche in www.europeanrights.eu.

⁴⁹⁵ CORRERA, *Prime osservazioni sul regolamento che istituisce la Procura Europea*, in www.rivista.eurojus.it.

summenzionati, la proposta evidenziava numerose lacune afferenti ad esempio l'impossibilità di svolgere indagini o nel caso dell'OLAF, per cui tale competenza è riconosciuta, la limitazione del potere inquirente al solo settore amministrativo. Poteva pertanto concludersi che i compiti di questi organismi erano relegati ad un ambito non strettamente operativo e concernente più che altro il coordinamento e la cooperazione.

L'iter che ha portato all'approvazione del testo normativo è stato molto travagliato, come dimostrano la proposta di regolamento⁴⁹⁶ per l'istituzione di tale organo avanzato dalla Commissione nel 2013 e la conseguente apertura di complessi negoziati durante i quali gli Stati si dimostrarono restii e poco propensi alla cessione di poteri investigativi e repressivi in favore un ufficio sovranazionale⁴⁹⁷. Le lungaggini si protesero fino allo scorso 7 febbraio, data in cui non fu trovata l'unanimità sulla proposta in senso al Consiglio.

Nonostante l'esito infelice, è stata ugualmente aperta una nuova fase di negoziazione per l'attivazione della cooperazione rafforzata (disciplinata dagli artt. 20 TUE e 329 TFUE) per la creazione dell'ufficio.

Ciò è stato possibile in quanto l'atto normativo trova il suo fondamento giuridico nell'art. 86 TFUE. Quest'ultimo delinea una procedura legislativa speciale consistente in una previa approvazione del Parlamento europeo ed una successiva deliberazione unanime da parte del Consiglio, permettendo peraltro l'adozione di una cooperazione rafforzata con almeno nove Stati partecipanti ove l'anzidetta unanimità in seno al Consiglio non venga raggiunta. In tal caso il regolamento dovrà essere approvato solo dagli Stati partecipanti alla cooperazione e troverà applicazione limitatamente ai loro territori⁴⁹⁸.

Con riferimento all'organizzazione dell'ufficio, alcuni Autori⁴⁹⁹ ravvisano un "annacquamento" dei poteri originariamente previsti. Questi infatti consentivano inizialmente di svolgere indagini in maniera estesa su tutto il territorio UE con la successiva eventualità di esercitare l'azione penale dinnanzi al tribunale nazionale e secondo la sua giurisdizione. In specie la procura era inizialmente strutturata secondo un modello "verticistico", costituito da cinque membri che avrebbero diretto le indagini e da procuratori delegati europei.

⁴⁹⁶ Proposta del 17/07/2013, COM(2013) 535 def.

⁴⁹⁷ ROCCATAGLIATA, *Il Consiglio UE approva definitivamente il Regolamento istitutivo della Procura Europea. L'EPPO è infine realtà*, in www.giurisprudenzapenale.it.

⁴⁹⁸ Ibidem; SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁹⁹ CORRERA, *Prime osservazioni sul regolamento che istituisce la Procura Europea*, in www.rivista.eurojus.it.

Oggi si è preferito virare verso un modello di tipo “collegiale”, cui potere direzionale spetta al Procuratore capo europeo coadiuvato da almeno un procuratore europeo per Stato partecipante⁵⁰⁰. Questi ultimi potranno eventualmente continuare a svolgere le loro funzioni purché il carico di lavoro in capo a loro gravante lo consenta.

Sintetizzando e volendo riprendere quanto sostenuto da autorevole dottrina⁵⁰¹, si è verificata una «mutazione genetica dell’iniziativa, caratterizzata dallo spostamento verso la dimensione nazionale (“national link”) dell’effettivo centro decisionale».

La procura avrà sede a Lussemburgo e le sue competenze, individuate dalla direttiva PIF (cfr. *supra*, cap. IV, par. 4.8.), ineriscono perlopiù i reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE, includendo sia le frodi in entrata (tra cui quelle inerenti l’IVA) sia le frodi in uscita. Vengono ricomprese anche le condotte di corruzione attiva e passiva e anche i reati commessi dalle organizzazioni criminali, purché l’attività di queste sia caratterizzata da una lesione agli interessi finanziari.

Limitatamente ai casi in cui la pena massima del reato per cui si procede sia di almeno quattro anni, la procura godrà di ampi poteri di indagine, con la possibilità di disporre di misure anche particolarmente pregnanti e incidenti la sfera della libertà personale del soggetto sottoposto ad attività d’indagine. Tra queste possiamo richiamare le intercettazioni, seppur sia prevista la possibilità per gli Stati di limitarle a specifici casi connotati da una particolare gravità⁵⁰².

Orbene, la procura europea comincerà ad operare non prima del 2021, nel frattempo prenderanno avvio tutte le attività propedeutiche necessarie per la sua istituzione. Visto le tempistiche, non sono mancate proposte per ampliare la sfera di competenza dell’organo, volendo ricomprendere reati particolarmente allarmanti e dai connotati transnazionali quali ad esempio il terrorismo.

4.10. Premessa all’analisi comparata.

Focalizzeremo la nostra attenzione nello studio di alcuni ordinamenti tra cui quello inglese, francese, spagnolo e tedesco, prendendo a riferimento le norme dedicate al contrasto della frode e della “frode nelle sovvenzioni”.

⁵⁰⁰ SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁰¹ SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in www.archiviopenale.it, p. 1.

⁵⁰² SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it.

4.11. I sistemi di *common law*: considerazioni generali sulla comparazione.

Prima di addentrarci nell'analisi dell'ordinamento inglese con riferimento alle figure criminose oggetto di questa trattazione, è utile offrire al lettore alcune interessanti considerazioni inerenti ora il processo comparativo con i sistemi di *common law*, ora l'intelaiatura dell'ordinamento inglese⁵⁰³.

Invero lo studio di questi sistemi, storicamente distanti e trascurati dalla cultura giuridica continentale dei sistemi di civil law, ha radici recenti e lo si deve soprattutto al rinnovato e generale interesse alla scienza comparatistica che ha indotto gli studiosi a focalizzare la propria attenzione anche verso gli ordinamenti di common law.

In realtà le ragioni di questa iniziale alienazione sono molteplici, tra le più importanti possiamo citare certamente il disagio per l'assenza di testi legislativi con tutte le annesse e conseguenti insidie che rendono il panorama normativo di common law un "mare di discrezionalità colmo di isole di tecnicismo"⁵⁰⁴.

Nonostante questa iniziale apatia, successivamente la situazione mutò profondamente. Furono abbandonati i classici stereotipi, che avevano frenato il processo comparativo, secondo cui il diritto angloamericano è dominato dal common law e quindi dal diritto non scritto o di fonte extra-legislativa e quello secondo cui in questi paesi non esiste una cultura improntata al diritto positivo e cominciarono a compiersi indagini dal taglio mirato e settoriale che avevano ad oggetto singoli istituti o categorie giuridiche precise.

Peraltro per quanto attiene il primo luogo comune, oggi è pacificamente riconosciuta da ogni ordinamento l'importanza della legge scritta di origine parlamentare. Possiamo spingerci anche a ritenere che il "common law" rappresenti oggi un "tratto recessivo dell'esperienza penalistica"⁵⁰⁵ o addirittura, per certi versi, possa essere considerato anacronistico vista l'ormai torrentizia produzione legislativa.

Con riferimento al secondo luogo comune, secondo cui in questi paesi non esisterebbe una sensibilità verso il diritto positivo, si tratta di uno stereotipo privo di fondamento considerando che uno dei più importanti fautori della codificazione fu l'inglese Jeremy

⁵⁰³ DE FRANCESCO, *Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 233; MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992; VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 2002.

⁵⁰⁴ PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, pp. 210 e ss.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

Bentham il quale non si limitò a predisporre e sviluppare molteplici progetti di codice ma si propose addirittura quale codificatore dinnanzi numerosi sovrani dell'epoca⁵⁰⁶.

Nella formazione del diritto inglese un ruolo fondamentale è stato rivestito, oltre che dal *common law* e dalle decisioni giurisprudenziali, dallo *statutory law* cioè il diritto di fonte legislativa. Invero, l'intero processo di formazione della legge penale è sempre stato scandito da numero riassetamenti e consolidazioni, volti a riordinare il disorganico e confusionario tessuto normativo inglese⁵⁰⁷.

Con riferimento all'argomento da noi trattato, un ruolo di prim'ordine è rivestito dal *Fraud act* del 2006 che ha sostanzialmente riformulato e ridisegnato il reato di truffa.

4.12. La tutela prima del “*Fraud Act*” del 2006.

Per quanto attiene la situazione antecedente all'introduzione del “*Fraud act*” del 2006, possiamo certamente evidenziare come la tutela delle pubbliche erogazioni abbia avuto scarsa rilevanza. Non esistendo infatti una normativa penale *ad hoc*, l'abuso nelle sovvenzioni veniva contrastato mediante l'applicazione di strumenti extrapenali consistenti prevalentemente nella revoca, totale o parziale, del finanziamento usato in modo distorto.

Un esempio di tale revoca potrebbe essere rappresentato dal “*Regional development grants*”, elargito per lo sviluppo regionale e revocabile dal dipartimento per l'industria⁵⁰⁸. Nello specifico «se l'imprenditore non usa il contributo entro sei mesi, ovvero se lo usa per fini diversi o per il fine previsto, ma in un'area (regione) diversa da quella le cui condizioni il contributo mirava a migliorare, quest'ultimo può essere revocato per intero»⁵⁰⁹. Lo strumento della revoca incise in maniera relativa, andando a riguardare solo il 4% dei finanziamenti elargiti (corrispondenti a circa 15 milioni di sterline)⁵¹⁰.

Rilevante fu il “*Theft act*” del 1968 il quale, nella sezione 16 introduceva il nuovo reato “*Obtaining pecuniary advantage by deception*”. Si trattava di una figura di truffa basata

⁵⁰⁶ Per un'analisi più approfondita si rinvia a CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese*, Milano, 1962.

⁵⁰⁷ Numerosi sono gli esempi che possono essere richiamati. Certamente la *consolidation* del 1861 fu rilevante e incise su settori non secondari quali ad esempio il concorso di persone nel reato e i reati contro la persona. Ulteriori esempi possono essere il “*Larceny act*” del 1916 e inerente i reati contro il patrimonio ovvero il “*Sexual offense act*” del 1956 e l’“*Homicide act*” del 1957.

⁵⁰⁸ Per una più approfondita disamina si rinvia a PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, p. 74.

⁵⁰⁹ PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, p. 74.

⁵¹⁰ Dati estrapolati da TERRASI, *Il finanziamento pubblico delle imprese in Gran Bretagna, ne Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, a cura di MAZZUMOTO, Milano, 1987, p. 117.

sull'elemento del “*deception*” cioè un raggiro o un artificio volto all'ottenimento di un vantaggio patrimoniale.

4.13. Il *Fraud Act* del 2006.

Il “*fraud act*” del 2006 è stato l'atto più incisivo con riferimento ai reati relativi alla frode. Entrato in vigore nel gennaio del 2007, la legge ha abrogato numerose figure criminose inerenti la frode e inizialmente introdotte attraverso il *Theft act* del 1968 e il *Theft act* del 1978, sostituendole con un'unica fattispecie che può essere integrata in tre diversi modi.

Si tratta di una legge per certi versi rivoluzionaria in quanto in passato il soggetto agente doveva necessariamente ottenere qualcosa attraverso il raggiro o l'artificio (*deception*). L'ottenimento, pertanto, era il risultato della condotta criminosa ed era la *condicio sine qua non* per la configurazione del reato. Oggi è invece sufficiente la mera “*intention*” ossia la semplice intenzione di ottenere il risultato. L'effettivo ottenimento è pertanto irrilevante per la configurazione del reato⁵¹¹.

Il *Fraud act* nelle sue diverse sezioni, come anticipato, prevede diversi modi per commettere il reato di frode. In particolare la sezione due prevede il reato di “*fraud by false representation*”, la sezione tre prevede il reato di “*fraud by failing to disclose information*” ed infine la sezione quattro prevede il reato di “*fraud by abuse of position*”.

Il reato della sezione due si configura allorquando il soggetto in modo disonesto⁵¹² ponga in essere una falsa rappresentazione della realtà per ottenere un vantaggio per se stesso o per un terzo o per causare una perdita ad un terzo o esporlo a rischio. La rappresentazione è considerata falsa se inveritiera o ingannevole.

Il reato di cui alla sezione seconda sarà invece integrato allorquando il soggetto, sempre in modo disonesto, decida di non fornire informazioni, nonostante in capo a questo penda uno specifico dovere giuridico all'informazione (*legal duty to disclose*). Il rifiuto deve essere diretto all'ottenimento di un guadagno per se o per un terzo ovvero deve essere diretto a procurare una perdita o esporre a rischio un terzo soggetto.

Infine, potrà aversi la figura criminosa di cui alla sezione quarta nel momento in cui un soggetto ricopra una posizione per la quale ci si aspetti che lo stesso salvaguardi gli interessi

⁵¹¹ CAMPBELL, *The Fraud Act 2006*, in *King's Law Journal*, 2007, Vol. 18 Issue 2, pp. 337 e ss.

⁵¹² La legge usa l'avverbio “*dishonestly*” senza tuttavia darne una definizione, così come avvenuto peraltro nel “*Theft act*” del 1968. Secondo i rilievi giurisprudenziali di common law, possiamo affermare che un comportamento può dirsi disonesto quando sia contrario ai normali canoni di onestà e ragionevolezza della generalità dei consociati.

finanziari della vittima. In tal caso il soggetto agente dovrà in modo disonesto abusare della propria posizione per ottenere un guadagno per se stesso o per un terzo ovvero per causare una perdita o esporre a rischio un terzo. In tal caso, è bene specificare, che la condotta del soggetto che abusa della propria posizione può ben essere omissiva.

La differenza rispetto alla figura di cui alla sezione seconda, si sostanzia nel fatto che il “*defendant*”, in questo caso, non deve necessariamente affidarsi alla cooperazione della vittima per raggiungere il risultato desiderato.

4.14. L'ordinamento francese prima della riforma.

In Francia inizialmente la situazione non era molto dissimile rispetto all'ordinamento anglosassone, infatti, anche in tal caso era assente una normativa penale speciale che disciplinasse il fenomeno.

I meccanismi di tutela apprestati dal legislatore avevano carattere extrapenale ed erano dotati di una severità graduata in relazione alla gravità della condotta potendo questi consistere ora nella sospensione delle erogazioni (qualora il contributo fosse frazionabile e la condotta non fosse molto grave), ora nella revoca totale del finanziamento, ora addirittura in una decadenza retroattiva dal diritto alla percezione del contributo con il conseguente obbligo di restituzione nei casi più deplorabili⁵¹³.

4.15. La riforma francese e l'introduzione del nuovo *Code Penal*.

La situazione così delineata mutò radicalmente grazie all'entrata in vigore del nuovo codice⁵¹⁴. Con riferimento a quest'ultimo sono necessari alcuni brevi cenni. La situazione francese è estremamente peculiare. Fino al '94, infatti, in Francia vigeva l'antico codice napoleonico del 1810 che, pur avendo subito una serie di modifiche volte al suo ammodernamento, non era più adeguato alle nuove esigenze di tutela⁵¹⁵.

⁵¹³ Si rinvia anche in tal caso a PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, pp. 75 e 76 e a FAUCEGLIA, *Il finanziamento pubblico delle imprese in Francia, ne Il finanziamento agevolato delle imprese. Problemi giuridici*, pp 85 e ss.

⁵¹⁴ DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 189; LAZERGES, *Reflexions sur lu nouveau Code penal*, 1995; SALAZAR, *Il nuovo codice penale francese*, in *C.P.*, 1992, p. 2271.

⁵¹⁵ Secondo JEAN PRADEL, figura autorevole nel campo del diritto penale francese, il codice napoleonico era “invecchiato male”. Il giudizio è stato peraltro condiviso dal Ministro BADINTER il quale individuò le quattro principali criticità nell'arcaicità, dimostrata dalla sopravvivenza di reati bagattellari puniti aspramente, nell'inadeguatezza a fornire risposte soddisfacenti alle nuove esigenze di politica criminale, comprovata dall'assenza di una forma di responsabilità per le società commerciali, nel carattere contraddittorio, che emergeva dal confronto tra alcune importanti figure criminose, ed infine nell'incompletezza, causata dall'assenza ingiustificata di incriminazioni non secondarie.

Numerosi furono pertanto i progetti di riforma rimasti incompiuti o chiusi nei cassetti del Parlamento senza essere mai calendarizzati e quindi discussi. È solo grazie al certosino lavoro del Presidente Mitterland che nell'89 si ha un'accelerazione concernente la riforma. Già nel '92 si approva il nuovo codice penale, che tuttavia entrerà in vigore soltanto il primo marzo del 1994, a seguito di una *vacatio legis* più che annuale.

In realtà non si trattava di un codice "rivoluzionario". Il nuovo testo infatti, seppur presentasse scelte innovative in alcuni settori, manteneva inalterata la tripartizione degli illeciti penali ed era molto prudente nelle scelte politico criminali⁵¹⁶, senza dimenticare che il testo anzidetto non prevedeva nulla di specifico inerentemente il problema delle truffe nelle sovvenzioni⁵¹⁷.

4.16. La nuova fattispecie di *escroquerie* ex art. 313.1.

La tutela delle pubbliche erogazioni è affidata alla fattispecie generale di truffa, che nel nuovo Code pénal è prevista dal libro terzo, dedicato ai crimini ed ai delitti contro il patrimonio, nell'art. 313-1 c.p.⁵¹⁸. La figura criminosa punisce «chi mediante l'uso di un nome falso o di una falsa qualità, mediante l'abuso di una qualità vera, mediante l'uso di manovre fraudolente, trae in inganno una persona fisica o giuridica ed in tal modo la determina, a suo danno o a danno di un terzo, a consegnare fondi, valori o qualunque bene, a fornire un servizio o a consentire un atto comportante un'obbligazione o un esonero».

Si tratta di un reato plurioffensivo che non si limita a tutelare soltanto il patrimonio ma che salvaguardia anche la libertà del volere del soggetto indotto subdolamente in errore. Il legislatore francese ha voluto sanzionare la lesione alla normale fiducia che governa i rapporti sociali. È possibile peraltro sostenere che oggetto di tutela sia anche il regolare funzionamento oltreché il prestigio degli uffici pubblici, ciò in particolare lo si può dedurre dalla locuzione «*l'abus d'une qualité vraie*» (abuso di una qualità vera) e dalla circostanza aggravante prevista dall'articolo 313.2 e applicabile allorché la figura criminosa sia integrata da una «persona depositaria di un potere pubblico».

⁵¹⁶ PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, pp. 116 e ss.

⁵¹⁷ BARTONE, *Diritto penale europeo*, Padova, 2001, p. 79.

⁵¹⁸ In specie l'articolo recita «L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge» e continua al secondo comma «L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende».

Dalla lettera dell'articolo è possibile notare come siano dettagliatamente descritte le modalità attuative della condotta ingannatoria e fraudolenta. Per cui i mezzi fraudolenti necessari per l'integrazione della figura criminosa sono espressamente tipizzati dalla fattispecie e consistono ad esempio nell'utilizzo di un nome falso o di una falsa qualità ovvero nell'abuso di una qualità vera ovvero ancora nell'uso di manovre fraudolente. Questa dettagliata tipizzazione rappresenta peraltro un importante elemento distintivo rispetto alla disciplina italiana dove invece è l'interprete a dover riempire le nozioni di artificio e raggiro⁵¹⁹.

Le condotte fraudolente anzidette devono poi indurre in errore la vittima, che può essere sia una persona fisica che una persona giuridica, determinandola alla consegna di fondi, valori o altri beni ovvero ancora alla fornitura di un servizio o alla contrazione di un'obbligazione, cagionando in tal modo un danno al soggetto passivo ovvero ad un terzo. Con riferimento all'integrazione della condotta è bene poi ricordare come non sia richiesto il conseguimento del profitto.

L'articolo 313.2⁵²⁰ prevede delle aggravanti applicabili allorché l'*escroquerie* sia commessa:

- 1) da una persona depositaria dell'autorità pubblica o da un incaricato di pubblico servizio, durante l'esercizio delle sue funzioni o del suo incarico;
- 2) da una persona che assume indebitamente (*prend indûment*) la qualità di una persona depositaria dell'autorità pubblica o la qualità di un incaricato di un pubblico servizio;
- 3) da una persona che fa appello al pubblico in vista dell'emissione di titoli o in vista di una raccolta fondi finalizzata all'assistenza umanitaria o sociale;
- 4) a danno di una persona particolarmente vulnerabile a causa della sua età, di una malattia, di un'infermità, di una deficienza fisica o psichica, di uno stato di gravidanza, allorché questa sia manifesta (*apparente*) o conosciuta dal soggetto agente;

⁵¹⁹ BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003, pp. 139 e ss.

⁵²⁰ Il testo dell'articolo «Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 750000 euros d'amende lorsque l'escroquerie est réalisée:

1° Par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission;

2° Par une personne qui prend indûment la qualité d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public;

3° Par une personne qui fait appel au public en vue de l'émission de titres ou en vue de la collecte de fonds à des fins d'entraide humanitaire ou sociale;

4° Au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 1 000 000 Euros d'amende lorsque l'escroquerie est commise en bande organisée».

5) da una banda organizzata.

In questi casi la pena, che nel reato base prevede l'*emprisonnement* (ossia la prigione) di 5 anni e l'ammenda di euro 375.000, è aumentata arrivando a 7 anni di prigione e un'ammenda di euro 750.000. In specie nell'ipotesi della banda organizzata la pena è di dieci anni di prigione e un'ammenda di un milione di euro.

L'elemento soggettivo della figura criminosa è rappresentato dal dolo generico, consistente nella volontà e nella coscienza di utilizzare gli espedienti fraudolenti ed ingannatori per indurre in errore la vittima e trarne un indebito profitto cagionando un danno al soggetto passivo.

Peculiare il fatto che l'art. 313.3 preveda l'equiparazione dell'ipotesi tentata all'ipotesi del reato consumato. Ulteriore differenza tra il nostro sistema e quello francese⁵²¹.

4.17. Considerazioni introduttive: il *Código Penal* del 1995.

L'attuale disciplina penale spagnola, inerentemente alla tutela delle pubbliche sovvenzioni, è frutto di una tumultuosa e incisiva evoluzione, scandita da profonde trasformazioni politiche e sociali che hanno radicalmente il volto del Paese⁵²².

Il momento di svolta fu sicuramente la morte di Francisco Franco. Tale avvenimento segnò il passaggio dal regime dittatoriale ad una monarchia costituzionale, che culminò appunto con l'approvazione della Costituzione del 1978.

Quest'ultima fu estremamente significativa nel processo di rinnovamento dell'ordinamento penale, in quanto incarnando principi democratici e norme di grande rilevanza penale, aveva messo in luce le manchevolezze e l'arretratezza di un codice ormai inadeguato a fornire risposte soddisfacenti alle nuove esigenze di tutela. I nuovi principi costituzionali, peraltro, rappresentavano una nuova esigenza riformatrice e pertanto necessitavano essere tradotti e attuati nel nuovo ordinamento.

Il codice penale da riformare era stato introdotto nel 1944 ma trovava la sua matrice in un codice ancor più vetusto e risalente al 1870. Si trattava di un testo antiquato, che aveva chiaramente subito le influenze del regime e che, nonostante le corpose riforme e le numerose

⁵²¹ BARTONE, in *op. cit.*, p. 140.

⁵²² Per un'approfondita analisi si rinvia a BARBERO SANTOS, *Per una riforma del sistema penale spagnolo*, in *Giur. cost.*, 1975; BARBERO SANTOS, *La riforma della Monarchia costituzionale spagnola*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 1215; CEREZO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993; CEREZO MIR, *Presupuestos para la reforma penal*, Tenerife, 1992; PEDRAZZI, *Politica e diritto penale in Spagna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 673; PERIS RIERA, *Il lungo cammino verso un codice penale della democrazia in Spagna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 3.

novelle legislative introdotte, rimaneva illiberale e anacronistico oltre che disorganico e non unitario⁵²³.

Gli anni '70 e gli anni '80 sono caratterizzati da un notevole fermento legislativo che si traduce in una serie di importanti leggi tra cui quella contro il terrorismo e quella che rinnova i reati contro l'economia pubblica⁵²⁴. Vengono inoltre poste le basi per una riforma del codice grazie ai vari progetti e proposte che segnano tra l'altro l'adesione del diritto penale spagnolo a quelle che sono le più moderne tendenze di politica criminale⁵²⁵.

Infine negli anni '90, grazie anche al mutato clima politico, si ebbe una definitiva svolta, sostanziata attraverso la presentazione di alcuni progetti di riforma del codice tra cui il *borrador de Anteproyecto de nuevo Código Penal Parte General* cioè una bozza di progetto preliminare della parte generale del codice, tuttavia proprio a causa della sua parzialità, questo primo tentativo non andò a buon fine. Nel 1992 fu presentato un nuovo progetto di riforma integrale del *Código* che tuttavia non trovò esecuzione a causa dello scioglimento del Parlamento. L'anzidetto testo fu tuttavia ripreso, in parte modificato ed infine approvato quasi in concomitanza con l'introduzione del nuovo *Code penal* francese⁵²⁶.

Il nuovo codice è stato oggetto di numerose riforme e rivisitazioni⁵²⁷ tant'è che in dottrina si è parlato spesso di "*proceso de constante revision*"⁵²⁸. Molte leggi sono state poi introdotte dietro influenza europea, come peraltro avvenuto in Italia e nei paesi dell'Unione.

Premesso ciò, possiamo ora accingerci all'analisi delle fattispecie penali volte alla tutela delle pubbliche sovvenzioni.

⁵²³ PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, p. 172.

⁵²⁴ cfr. *retro*, cap. IV, par. 4.9.

⁵²⁵ PALAZZO-PAPA, in *op. cit.*, p. 173.

⁵²⁶ *Ibidem*.

⁵²⁷ Ci riferiamo ad una serie di leggi tra cui la l. n. 11/2003 ovvero la n. 15/2003 e soprattutto la legge organica n. 5 del 22/6/10 per la quale si è addirittura parlato di "nuovo codice penale" per le innumerevoli novità contenutistiche.

⁵²⁸ BARROSO, *Derecho Penal Parte Especial y las Consecuencias Jurídicas del Delito en España*, 2011, p. 9.

4.18. La tutela prima del *Código Penal* del 1995.

Già prima dell'introduzione del nuovo e attuale codice penale l'ordinamento iberico presentava caratteri inediti e innovativi. Attraverso la legge organica 2/1985 del 29 Aprile infatti, veniva introdotto un nuovo articolo 350 nel codice penale⁵²⁹.

La norma si articolava in tre diversi commi e i primi due prevedevano due autonome figure di illecito. In particolare il primo puniva l'illecita captazione di "sovvenzioni" o "sgravi pubblici" mediante "falsificazioni" delle condizioni richieste. Il secondo comma al contrario puniva le ipotesi di malversazione e quindi l'utilizzazione distorta di questi finanziamenti prevedendo due diversi elementi per l'integrazione della condotta ossia: una "non ottemperanza" rispetto alle condizioni stabilite ed un "mutamento" sostanziale dei fini per i quali la sovvenzione veniva originariamente concessa. Seppur anche in tal caso lo spirito del legislatore spagnolo fu certamente degno di apprezzamento, è pur sempre vero che critiche considerevoli potessero essere mosse in direzione della nuova previsione incriminatrice⁵³⁰. Con riferimento al primo comma, le più profonde perplessità inerivano la scarsa determinatezza e la poca trasparenza del testo. Veniva infatti devoluto all'opera dell'interprete la definizione delle nozioni di "sovvenzione" e "sgravio pubblico" e non venivano tratteggiati con sufficiente chiarezza i confini della condotta di "falsificazione" con tutti i pericoli che da ciò potevano conseguire⁵³¹.

In relazione al secondo comma le problematiche erano sicuramente meno gravose, tuttavia si notava come l'elemento della "mutazione sostanziale dei fini" attribuisse una tanto ampia discrezionalità al giudice quanto deprecabile considerando la materia prettamente economica⁵³².

4.19. La fattispecie di *estafa* ex art. 248 c.p.e.

Con l'introduzione del nuovo *Código Penal*⁵³³ la tutela delle pubbliche erogazioni è apprestata da due articoli. Il primo di questi è rappresentato dalla fattispecie di "estafa"

⁵²⁹ Il testo della legge è stato pubblicato in lingua spagnola ne *Il fisco*, 1986, p. 2217 ss. con traduzione italiana e commento di CADOPPI, "*Manette agli evasori*" anche in *Spagna*.

⁵³⁰ Considerazioni critiche mosse da PARODI GIUSINO, in *op. cit.*, pp. 77 e ss.

⁵³¹ Ci riferiamo soprattutto all'interrogativo secondo cui anche la falsificazione di elementi secondari e che certamente non incidono sull'opportunità della concessione possano o meno integrare il reato.

⁵³² PARODI GIUSINO fa notare come se una disposizione che demanda al giudice compiti di controllo sull'intervento degli operatori economici fosse stata pronunciata in Italia, convegni, riviste specializzate e studiosi avrebbero avuto sicuramente da ridire sulla sua opportunità.

⁵³³ L'intero testo è consultabile online presso www.boe.es.

contenuta nel titolo tredicesimo dedicato ai “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*” ed in particolare prevista al capitolo sesto dedicato ai reati di frode.

La seconda norma da richiamare è quella contenuta nell’articolo 308 c.p.e. contenuto nel titolo quattordicesimo intitolato “*De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*”, dedicato cioè ai delitti contro l’economia pubblica e contro la sicurezza sociale.

Secondo l’articolo 248 c.p.e.⁵³⁴ commette il reato di *estafa* chi, con lo scopo di lucro, usano inganni sufficienti per indurre il terzo in errore, inducendolo a realizzare un atto di disposizione patrimoniale a proprio o altrui pregiudizio⁵³⁵.

È subito possibile effettuare un importante rilievo. In tal caso il legislatore, come avviene peraltro in Italia e contrariamente a quanto disposto in Germania, in Francia e in Inghilterra, non tipizza le modalità attuative della truffa e nulla specifica riguardo l’inganno cui la condotta si riferisce. È l’interprete a dover riempire la nozione di inganno attraverso la propria attività ermeneutica, capendo peraltro quando questo possa essere considerato idoneo, o meglio “*bastante*”, per rifarci al testo normativo, a trarre in inganno l’altrui persona.

Come può evincersi dalla collocazione della norma, il bene giuridico tutelato è il patrimonio e anche la libertà del consenso nei negozi patrimoniali⁵³⁶.

Con riferimento all’elemento oggettivo invece vi deve essere un inganno “sufficiente” ad indurre in errore il terzo facendogli compiere un atto di disposizione patrimoniale a proprio o ad altrui sfavore. Può notarsi come, contrariamente alla disciplina italiana, non è necessario l’ottenimento di un vantaggio ingiusto. Allo stesso modo di quanto previsto dal *Fraud act* inglese non è elemento imprescindibile per l’integrazione l’effettivo conseguimento del lucro.

Il reato può dirsi consumato nel momento in cui l’atto di disposizione patrimoniale con il conseguente danno viene effettivamente realizzato.

Per quanto attiene l’elemento soggettivo, questo è caratterizzato dall’intenzione del lucro per cui si parla di dolo specifico. Il soggetto agente non soltanto dovrà volere l’inganno, l’induzione in errore con la conseguente disposizione patrimoniale e il relativo danno ma dovrà perseguire un fine ulteriore: il perseguimento del lucro.

⁵³⁴ Il testo dell’articolo al primo comma recita «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno», il secondo comma prevede invece la fattispecie di truffa informatica, che può integrarsi secondo diverse ipotesi.

⁵³⁵ NARONTE, *Il codice penale spagnolo*, Padova, 1997.

⁵³⁶ BARTONE, in *op. cit.*, p. 146.

L'articolo 249 c.p.e.⁵³⁷ prevede poi l'apparato sanzionatorio per il reato di estafa. In specie, secondo le ultime modifiche in vigore dal primo luglio 2015, l'autore del reato di truffa viene punito con la detenzione che va da sei mesi fino a tre anni. Viene peraltro specificato che, per la determinazione della pena, dovrà tenersi conto di una serie di circostanze tra cui l'importo della frode, il pregiudizio economico cagionato alla vittima, la relazione intercorrente tra l'autore del reato e il soggetto passivo, i mezzi utilizzati per la commissione del reato e ogni altra circostanza che serva a valutare la gravità dell'infrazione commessa. Viene infine specificato che ove l'importo della frode non superi euro 400, potrà applicarsi una pena attenuata.

È bene poi evidenziare come l'articolo 250 c.p.e.⁵³⁸ preveda delle ipotesi di truffa aggravata punite con la detenzione da uno a sei anni. Tali ipotesi si verificano allorquando la truffa:

- a) abbia ad oggetto beni di prima necessità, abitazioni ovvero altri beni dalla riconosciuta utilità sociale;
- b) sia realizzata abusando dell'altrui firma ovvero sottraendo, occultando o rendendo inutilizzabile, in tutto o in parte, qualche processo, atti ufficiale, protocollo o documento pubblico o ufficiale di qualsiasi genere;
- c) abbia ad oggetto beni che compongono il patrimonio artistico, storico, culturale o scientifico;

⁵³⁷ Il testo dell'articolo recita «Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses».

⁵³⁸ L'articolo recita «El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

- 1.º Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
- 2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.
- 3.º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.
- 4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.
- 5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.
- 6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.
- 7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.
- 8.º Al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo», prevedendo poi al secondo comma «Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º con la del numeral 1.º del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros»

- d) sia di particolare gravità, tenendo conto dell'entità del pregiudizio e della situazione economica in cui lascia la vittima o la sua famiglia;
- e) superi il valore di euro 50.000 o abbia colpito un elevato numero di persone;
- f) venga perpetrata abusando della personale relazione esistente tra la vittima e il truffatore o questo approfitti della propria credibilità professionale;
- g) sia commessa all'interno di un processo (frode processuale). Viene peraltro specificato che commette tale figura criminosa colui che, durante un procedimento giudiziario di qualsiasi tipo, manipoli le prove alla base delle proprie accuse o utilizzi analoghe frodi processuali, causando errori nel giudizio del giudice e inducendolo a emettere una decisione che danneggia gli interessi economici dell'altra parte o di un terzo;
- h) Se al momento della commissione del reato, il colpevole era già stato condannato esecutivamente per almeno tre delitti compresi nel titolo. Non si terranno in considerazione i precedenti penali estinti o che dovrebbero esserlo.

Nel secondo comma viene per ultimo specificato che ove concorrano le circostanze previste nei numeri 4, 5, 6 o 7 con la circostanza prevista nel numero 1 (che ricorre nel momento in cui la truffa abbia ad oggetto beni di prima necessità) la pena da comminare sarà la detenzione da 4 a 8 anni. La medesima pena sarà applicata quando il valore della frode superi i 250.000 euro.

4.20. La truffa nelle sovvenzioni ex art. 308 c.p.e.

Come anticipato, l'ordinamento spagnolo prevede un'ulteriore fattispecie per la tutela della *publica pecunia*. L'articolo 308 c.p.e.⁵³⁹ introduce infatti la figura della "truffa nelle sovvenzioni".

Integra la condotta criminosa colui che ottenga sovvenzioni o aiuti da parte della pubblica amministrazione e per un valore superiore a euro 120.000, falsificando le condizioni richieste per la concessione ovvero occultando le informazioni che avrebbero impedito l'ottenimento. L'autore del reato sarà punito con la detenzione da uno a cinque anni e una multa di sei volte l'ammontare della frode, salvo nei casi di reintegro. La dottrina maggioritaria⁵⁴⁰ ritiene che nella categoria degli "*ayudas*" o delle "*subvenciones*" non possano rientrare gli sgravi fiscali o

⁵³⁹ L'articolo al primo comma recita: «1. El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas en una cantidad o por un valor superior a ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo».

⁵⁴⁰ ZARATE CONDE, in *Derecho penal parte especial*, 2016, p. 537.

comunque sgravi che implicino minori entrate per lo stato, altrimenti si integrerebbe il reato di frode fiscale di cui all'articolo 305 c.p.e.

Il secondo comma⁵⁴¹ prevede invece l'ipotesi di malversazione della sovvenzione conseguita a danno della pubblica amministrazione. In tal caso viene applicata la medesima pena ove il soggetto, durante l'esercizio di un'attività finanziata in tutto o in parte con erogazioni pubbliche, destini una quantità superiore a euro 120.000 a finalità diverse rispetto a quelle per le quali la sovvenzione o l'aiuto fu inizialmente concesso. Anche in tal caso vi è l'eccezione nel caso in cui vi sia il reintegro del *quantum*.

In entrambe le anzidette modalità attuative l'importo della sovvenzione, aiuto o indennità che sia deve superare euro 120.000.

La giurisprudenza⁵⁴² intende tale requisito come condizione obiettiva di punibilità.

Il bene giuridico tutelato è sempre stato oggetto di ampi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza. La dottrina maggioritaria sostiene che la norma intenda tutelare il patrimonio pubblico⁵⁴³. Alcune sentenze giurisprudenziali⁵⁴⁴ ritengono invece che il bene giuridico tutelato sia «las arcas del erario público» cioè le casse dell'erario.

Entrambe le figure possono integrarsi solo ove vi sia il dolo dell'autore.

Il terzo comma⁵⁴⁵ prevede una pena ulteriore per l'autore del reato. In specie il soggetto agente perderà la possibilità di ottenere sovvenzioni o aiuti pubblici oltre che il diritto a godere di benefici o incentivi fiscali o di sicurezza sociale per un periodo che potrà andare dai tre ai sei anni.

⁵⁴¹ La previsione originale recita «Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas los aplique en una cantidad superior a ciento veinte mil euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo».

⁵⁴² S.T.S., 20/06/2001 e S.T.S., 01/03/2001.

⁵⁴³ ZARATE CONDE, in *Derecho penal parte especial*, 2016, p. 536; BERENGUER ALVAREZ, in *Commentarios al código penal de 1995*, 1996.

⁵⁴⁴ Ci riferiamo alle sentenze del tribunale supremo S.T.S. 12/03/1986 e S.T.S. 12/06/1986, ed alla sentenza S.A.P. Vizcaya 27/11/1998.

⁵⁴⁵ Il comma originale recita: «Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años».

Il quinto comma⁵⁴⁶ specifica invece che il “reintegro” di cui ai primi due commi, si intenderà realizzato nel momento in cui siano restituiti non solo le sovvenzioni o gli aiuti ricevuti ma anche gli interessi applicabili dal momento in cui l'erogazione è stata percepita.

Infine il settimo comma⁵⁴⁷ prevede una speciale attenuante applicabile quando il reintegro sia stato effettuato prima che siano trascorsi due mesi dalla chiamata in giudizio.

4.21. Brevi cenni sull'ordinamento penale tedesco.

L'ordinamento penale tedesco ed il suo codice (StGB)⁵⁴⁸ sono contraddistinti da numerose e incisive riforme che ne hanno profondamente mutato i caratteri. Invero, l'attuale codice penale tedesco ha radici molto risalenti nel tempo. Volendo individuare formalmente una data d'origine, questa potrebbe essere il 1871, tuttavia anche tale rilievo potrebbe ben essere smentito se si considera che quel codice altro non fu che una sintesi tra altri due testi normativi, quello prussiano del 1851 e quello bavarese del 1813.

Questa fusione aveva generato un codice di matrice classica tipico di quei movimenti codificatori ottocenteschi dalle forti e pervasive tendenze nazionalistiche⁵⁴⁹. Nonostante il tecnicismo, il testo normativo dimostrava insensibilità dinnanzi ai rapidi mutamenti politici e sociali della società, tant'è che illustre dottrina⁵⁵⁰ evidenziava come il codice, già dalla sua nascita, guardasse al passato anziché al futuro.

⁵⁴⁶ La norma afferma che: «Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1 y 2 cuando por el receptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación».

⁵⁴⁷ Il settimo comma recita: «Los Jueces y Tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito».

⁵⁴⁸ VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, 1993; JESCHECK, *Il nuovo diritto penale tedesco messo alla prova*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 5; JESCHECK, *La riforma del diritto penale in Germania*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 393; MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Torino, 1993; VINCIGUERRA, *Codice penale tedesco*, Padova, 2003.

⁵⁴⁹ PALAZZO-PAPA, in *op. cit.*, p. 71.

⁵⁵⁰ Ci riferiamo al Professor JESCHECK.

All'inizio del novecento furono numerosi i progetti di riforma presentati in Parlamento tuttavia questi non riuscirono mai ad essere approvati.

Nonostante le asserite manchevolezze, il testo riuscì a sopravvivere anche all'avvento del nazismo, seppur con stravolgimenti che segnarono un'involuzione degna di essere menzionata. Furono infatti promulgate leggi dal forte impatto sociale e che stravolgono i capi saldi tipici di ogni ordinamento penale. In specie viene sancito il principio di analogia in *malam partem*, al corpo di polizia vengono attribuiti poteri pervasivi e sostitutivi dello stesso diritto penale ed infine viene sancito il ricorso a fonti extralegali e a concetti indeterminati quali ad esempio il "sano sentimento del popolo"⁵⁵¹.

Con la caduta del regime nazista viene approvata la c.d. "Legge fondamentale" (*Grundgesetz*) che sancisce alcuni principi fondamentali⁵⁵² incidenti soprattutto sull'ordinamento penale, sopprimendo le numerose barbarie conseguenti al delirio totalitario.

Con l'affermazione della legge fondamentale torna vivo l'interesse, oltreché l'esigenza, di una riforma del codice penale. Un primo progetto, inerente la sola parte generale, vide la luce nel 1962. Tuttavia questo fu bocciato a causa della sua impronta altamente eticizzante e della forte presenza di norme definitorie che rischiavano di "ingabbiare l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale"⁵⁵³. Peraltro, secondo autorevole dottrina⁵⁵⁴, il progetto non era adeguato a quelli che erano i moderni principi politico-criminali.

Quest'ennesima bocciatura ispira alcuni professori tedeschi e svizzeri a presentare nel 1966 un ulteriore progetto di codice, certamente più moderno e avanzato ma che comunque trovava molti punti di incontro con lo scorso progetto.

Fu grazie alla pregevole attività di una speciale commissione incaricata dal *Bundestag* che il primo gennaio 1975 entrò in vigore il nuovo codice penale tedesco, frutto di un'accurata sintesi dei due passati progetti. Per ultimo è bene ricordare come negli ultimi trent'anni lo stesso testo sia stato oggetto di profonde riforme, per molti versi tutt'ora in corso⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ PALAZZO-PAPA, in *op. cit.*, p. 72.

⁵⁵² Viene ad esempio ripristinato il principio di legalità, viene abolita la pena di morte e soprattutto viene sancito solennemente il principio assoluto della dignità umana.

⁵⁵³ PALAZZO-PAPA, in *op. cit.*, p. 73.

⁵⁵⁴ VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 4.

⁵⁵⁵ Ci riferiamo soprattutto, oltre che alle numerose modifiche della parte speciale, relative ad esempio ai reati ambientali ed economici, alla promulgazione avvenuta nel gennaio 1998 della grande "legge di riforma" avente contenuti molto eterogenei (come ad esempio la numerazione delle norme incriminatrici o la definizione del dolo specifico nei reati contro il patrimonio etc).

4.22. La truffa (*Betrug*) § 263 StGB.

La fattispecie di truffa (*Betrug*)⁵⁵⁶ è prevista dall'articolo 263⁵⁵⁷ del codice penale tedesco (StGB)⁵⁵⁸ ed è collocata nella ventiduesima sezione dedicata ai reati di frode e infedeltà (*Betrug und Untrue*).

La figura criminosa *Betrug*⁵⁵⁹, modificata il primo luglio 2017, punisce con la detenzione fino a cinque anni ovvero con una multa «chiunque, con l'intento di ottenere per se stesso o una terza persona un vantaggio patrimoniale ingiusto, danneggi il patrimonio altrui, inducendolo o mantenendolo in errore attraverso la simulazione di fatti falsi ovvero occultando fatti veri». Il secondo comma specifica che è punibile l'ipotesi tentata.

Con riferimento al bene giuridico tutelato, questo è ravvisabile non soltanto nel patrimonio bensì anche nel legittimo affidamento del soggetto passivo affinché il rapporto giuridico si sviluppi in modo regolare e corretto.

Per quanto riguarda la condotta è necessario che il soggetto agente “induca in errore” ovvero “mantenga in errore” la vittima. A tal proposito è bene specificare sin da subito come l'errore cui ci si riferisce non deve essere provocato dalla manipolazione di mezzi informatici.

⁵⁵⁶ BOHLANDER, *The German Criminal Code: a modern english translation*, 2008, p. 168.

⁵⁵⁷ Il testo originale recita:

«(1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat,
2. einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt oder in der Absicht handelt, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen,
3. eine andere Person in wirtschaftliche Not bringt,
4. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger oder Europäischer Amtsträger mißbraucht oder
5. einen Versicherungsfall vortäuscht, nachdem er oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.

(4) § 243 Abs. 2 sowie die §§ 247 und 248a gelten entsprechend.

(5) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer den Betrug als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 verbunden hat, gewerbsmäßig begeht.

(6) Das Gericht kann Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs. 1).

(7) (weggefallen)».

⁵⁵⁸ Il testo completo del StGB è consultabile online presso www.gesetze-im-internet.de.

⁵⁵⁹ ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986; HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in §263 StGB*, 1981; NAUCKE, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, 1964.

Questo tipo di errore infatti rientra nella sfera di tutela del §263a StGB (frode informatica). Tantomeno l'errore non può essere provocato dalla manipolazione di dati, cui ipotesi rientrerebbe nell'ambito di tutela del § 303a, ovvero dal sabotaggio di computer, ipotesi disciplinata dal § 303b.

Rileva poi il fatto che il legislatore tedesco punisca sia le ipotesi commissive di frode, sia anche quelle che hanno carattere omissivo.

Peculiare è la locuzione suesposta “mantenga in errore”, per mezzo della quale non necessariamente dovrà esservi una vera e propria induzione. Il soggetto attivo, infatti, ben può far permanere la vittima in uno stato di distorta percezione dei fatti⁵⁶⁰ causata da egli stesso o da cause esterne ed estranee alla sua volontà⁵⁶¹. Ne consegue che in capo al soggetto agente penderà un obbligo di comunicazione, ogni qualvolta il soggetto con cui venga in contatto abbia una distorta percezione dei fatti da cui possa derivare un indebito vantaggio patrimoniale a beneficio altrui. Si tratta di un'estrinsecazione dei principi di buona fede e correttezza che tuttavia sono significativi con riferimento all'elemento oggettivo del reato di *Betrug*.

Per quanto concerne invece l'ipotesi commissiva, per la sua integrazione sarà necessario che il soggetto attivo induca in errore il soggetto passivo⁵⁶². Contrariamente che nell'ipotesi omissiva, in cui lo stato di “distorta percezione” è pregresso e talvolta non dipende neppure dall'autore della figura criminosa, in questo l'errore è *ab initio* provocato dal soggetto attivo⁵⁶³. Le modalità attuative di tale condotta criminosa sono essenzialmente due: la simulazione di fatti falsi e inveritieri ovvero l'occultamento e la soppressione di fatti veri. Nel primo caso il falso può anche essere materiale o ideologico, nel secondo caso si verifica invece un'alterazione dello stato reale delle cose.

L'elemento soggettivo è costituito dal dolo specifico. La condotta infatti deve essere posta in essere con l'intenzione di ottenere, per se o per altrui persona, un indebito vantaggio patrimoniale che deve essere corrispondente alla perdita della vittima⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ Secondo la visione prevalente l'errore corrisponde appunto in un'erronea o distorta percezione dei fatti da parte della vittima. Così ad esempio: KUHLE e HEGGER, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 2014; JOECKS e MIEBACH, *Munchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2014.

⁵⁶¹ BARTONE, in *op. cit.*, p. 142.

⁵⁶² KINDHAURSER, *Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen vermögensrechte*, 2016.

⁵⁶³ BARTONE, in *op. cit.*, p. 143.

⁵⁶⁴ WITTING, *Die Absicht der rechtswidrigen Bereicherung*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2013, p. 402.

Infine è utile ricordare come il terzo comma della previsione introduca una pena più severa, in specie la reclusione da sei mesi a dieci anni, da applicarsi allorché l'autore:

- a) operi in modo professionale o faccia parte di un'associazione impegnata nella falsificazione di documenti ovvero nella frode;
- b) causi perdite patrimoniali su larga scala ovvero intenda sottoporre al medesimo rischio un numero considerevole di persone attraverso la commissione di frodi;
- c) provochi difficoltà economiche al soggetto passivo;
- d) abusi della propria posizione di pubblico ufficiale o funzionario europeo;
- e) finga che sia accaduto un evento coperto da assicurazione, allorché sia stato egli stesso o un altro soggetto ad agire con il medesimo intento, appiccando il fuoco ad un bene dal considerevole valore o distruggendolo, in tutto o in parte, ovvero ancora abbia appiccato il fuoco, abbia affondato o cagionato l'arenamento di un'imbarcazione.

4.23. La frode nelle sovvenzioni (*Subventionsbetrug*) § 264 StGB.

Il reato di frode nelle sovvenzioni, previsto dall'articolo 264 (§ 264 StGB), è collocato, come nel caso della truffa, nella sezione dedicata ai reati di frode e infedeltà (*Betrug und Untrue*).

Il primo comma⁵⁶⁵ spiega in cosa consiste la truffa nelle sovvenzioni, andando a tratteggiare le diverse modalità attuative e comminando una pena consistente in una multa ovvero nella reclusione non superiore a cinque anni. In specie commette tale figura criminosa, chiunque:

- a) fornisca ad una pubblica autorità competente per l'erogazione di un sussidio o al soggetto erogatore della sovvenzione false o incomplete informazioni, vantaggiose per se o per altrui persona, riguardo fatti rilevanti per l'ottenimento di un sussidio per se stesso o altra persona;

⁵⁶⁵ Il testo originale recita:

«Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. einer für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde oder einer anderen in das Subventionsverfahren eingeschalteten Stelle oder Person (Subventionsgeber) über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind,

2. einen Gegenstand oder eine Geldleistung, deren Verwendung durch Rechtsvorschriften oder durch den Subventionsgeber im Hinblick auf eine Subvention beschränkt ist, entgegen der Verwendungsbeschränkung verwendet,

3. den Subventionsgeber entgegen den Rechtsvorschriften über die Subventionsvergabe über subventionserhebliche Tatsachen in Unkenntnis läßt oder

4. in einem Subventionsverfahren eine durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangte Bescheinigung über eine Subventionsberechtigung oder über subventionserhebliche Tatsachen gebraucht».

- b) usi il *quantum* oggetto del beneficio, somma vincolata da apposite previsioni legislative o dallo stesso soggetto erogatore del sussidio, in modo distorto rispetto ai vincoli;
- c) tenga all'oscuro il soggetto erogatore riguardo informazioni rilevanti per l'erogazione stessa, violando le stesse norme riguardo l'erogazione della sovvenzione;
- d) durante un procedimento per l'erogazione del sussidio fornisca una certificazione ottenuta mediante indicazioni inveritiere o incomplete, riguardante l'autorizzazione alla concessione o fatti allo stesso fine rilevanti.

Anche in tal caso, contrariamente a quanto avviene in Italia, il legislatore ha tipizzato in modo particolareggiato le modalità attuative della figura criminosa. Queste si caratterizzano prevalentemente in atteggiamenti omissivi o volti alla falsificazione di informazioni e documenti rilevanti per l'erogazione della sovvenzione.

Con tale previsione il legislatore tedesco si pone l'ambizioso obiettivo di proteggere sia l'intera economia pubblica nazionale, minata dalle dichiarazioni false o reticenti dell'*accipiens*, che la libera formazione del consenso del soggetto erogatore che viene sostanzialmente "estorto"⁵⁶⁶ dal richiedente.

Oggetto della condotta è il sussidio⁵⁶⁷. La sua definizione ci viene fornita dallo stesso legislatore al comma settimo §264 StGB⁵⁶⁸. Questo definisce la sovvenzione come un beneficio economico erogato dall'erario per mezzo della legge federale o statale e destinato ad imprese e attività. L'erogazione deve avvenire, almeno in parte, a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle offerte dal mercato o diretta allo sviluppo economico. Al punto numero due del medesimo comma vengono poi equiparate le erogazioni dell'Unione Europea sempre a condizione che queste siano elargite, almeno in parte, a condizioni più vantaggiose rispetto alle normali condizioni di mercato.

Il comma secondo prevede alcune ipotesi aggravate punite con la reclusione da sei mesi a dieci anni. Le anzidette ipotesi ricorrono allorché il soggetto agente:

⁵⁶⁶ BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003, p. 144.

⁵⁶⁷ BOHLANDER, *The German Criminal Code: a modern english translation*, 2008, p. 170.

⁵⁶⁸ La previsione originale recita: «Subvention im Sinne dieser Vorschrift ist

1. eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht an Betriebe oder Unternehmen, die wenigstens zum Teil

a) ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird und

b) der Förderung der Wirtschaft dienen soll;

2. eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird».

- a) ottenga per se o per altro soggetto un sussidio di importo considerevole per interessi personali abietti o attraverso documentazione falsificata o contraffatta;
- b) abusi dei propri poteri o della propria qualifica di pubblico ufficiale;
- c) si serva dell'aiuto di un pubblico ufficiale che abusi dei propri poteri o della propria posizione⁵⁶⁹.

Rilevanti poi sono anche i commi quarto e quinto⁵⁷⁰. In particolare il quarto comma prevede la commissione del reato con colpa grave. In tal caso il soggetto agente non ha piena consapevolezza della falsità o incompletezza dei documenti o delle informazioni presentate tuttavia, essendo beneficiario di una pubblica erogazione si assume la responsabilità di non cagionare danno al sistema sovvenzionatorio pubblico⁵⁷¹. Il quinto comma invece prevede un'ipotesi di non punibilità per desistenza volontaria (*tätige Reue*).

Per ultimo è bene menzionare che l'apparato sanzionatorio della norma prevede, oltre che le pene già menzionate, una sequela di sanzioni accessorie, individuate dal sesto comma⁵⁷². In specie, ove la condanna alla reclusione sia di almeno un anno, il tribunale potrà decidere di comminare pene accessorie quali l'impossibilità di mantenere il pubblico ufficio ovvero di votare o essere eletto in pubbliche elezioni.

⁵⁶⁹ «In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. aus grobem Eigennutz oder unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege für sich oder einen anderen eine nicht gerechtfertigte Subvention großen Ausmaßes erlangt,
2. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger oder Europäischer Amtsträger mißbraucht oder
3. die Mithilfe eines Amtsträgers oder Europäischen Amtsträgers ausnutzt, der seine Befugnisse oder seine Stellung mißbraucht».

⁵⁷⁰ In specie il quarto comma recita: «Wer in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 bis 3 leichtfertig handelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft» mentre il sesto afferma che: «Nach den Absätzen 1 und 4 wird nicht bestraft, wer freiwillig verhindert, daß auf Grund der Tat die Subvention gewährt wird. Wird die Subvention ohne Zutun des Täters nicht gewährt, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, das Gewähren der Subvention zu verhindern»

⁵⁷¹ BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003, p. 145.

⁵⁷² Il testo originale menziona: «Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer Straftat nach den Absätzen 1 bis 3 kann das Gericht die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, und die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, aberkennen (§ 45 Abs. 2). Gegenstände, auf die sich die Tat bezieht, können eingezogen werden; § 74a ist anzuwenden».

CAPITOLO V

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 5.1 Considerazioni critiche sull'attuale disciplina. - 5.2. Le esperienze degli ordinamenti di *civil law* e le prospettive *de jure condendo* alla luce del nuovo "diritto penale dell'Unione Europea".

5.1. Considerazioni critiche sull'attuale disciplina.

Il quadro normativo vigente risulta condizionato da due fattori, che hanno parallelamente e congiuntamente concorso fra loro: la preoccupante iperattività del legislatore e le preponderanti contingenze sovranazionali.

L'iperattività del legislatore o *melius* l'inflazione legislativa⁵⁷³, riferibile più alla produzione di nuove norme che ad interventi correttivi, ha provocato il paradossale effetto per il quale si è repentinamente passati da un regime totalmente privo di tutele, in cui gli operatori di diritto impiegavano la propria attività compiendo rilevanti sforzi ermeneutici nell'intento di colmare le lacune, anche attraverso esegesi forzate⁵⁷⁴ o mediante il ricorso a fattispecie nate per sopperire ad altre esigenze di tutela, ad un regime caotico, disordinato e pregno di norme tra loro simili⁵⁷⁵ e talvolta appunto per questo addirittura inutili⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Si tratta di un fenomeno ahimè caratteristico del nostro ordinamento. Sull'argomento vedasi PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1980; PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, v. III, p. 426; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, p. 87; MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale, I delitti contro la persona*, Padova, 1995, p. 4.

⁵⁷⁴ A tal proposito si richiama quanto affermato cfr. *supra* cap. II par. 2.23 in cui il rapporto tra l'articolo 640 *bis* e quello di cui al 316 *ter* viene ricostruito sulla base di un'esile sussidiarietà, secondo cui l'ambito applicativo dell'indebita percezione di erogazioni a danno dello stato si limiterebbe a quei casi in cui il mendacio o il silenzio non avrebbero "carattere fraudolento", tale da indurre in errore il soggetto passivo. Lo stravolgimento interpretativo si sostanziava nel ritenere l'omissione di informazione non rientrante nei tradizionali concetti di "artifici" e "raggiri", scontrandosi con una lunga tradizione interpretativa.

⁵⁷⁵ A tal proposito bisogna peraltro sottolineare come il problema delle norme "simili" determini spesso il rapido moltiplicarsi di sovrapposizioni normative, risolte solo dalla certezza ermeneutica giurisprudenziale. Vedasi DE FRANCESCO, *Lex specialis: specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 182.

⁵⁷⁶ Tale conclusione è avallata da alcuni Autori tra cui MANNUCCI, *Prospettive di applicazione dell'art. 316 *ter* c.p. introdotto dalla l. 300 del 2000*, in *C.P.*, 2001, pp. 2560 e ss. secondo cui la nuova norma rappresenterebbe un mero "doppione" del reato di truffa aggravata ex art. 640 *bis* c.p.

In tale contesto l'interprete è chiamato ad eseguire vere e proprie "acrobazie interpretative"⁵⁷⁷ che spesso sono causa di stravolgimenti testuali, anche gravi.

Con riferimento al secondo fattore ed in particolare alle nuove esigenze di *kriminalpolitik* europea, è pacifico riconoscere come, a causa dell'evoluzione della stessa entità sovranazionale, siano sorti nuovi beni giuridici, che il nostro Stato, alla luce degli impegni intrapresi in ambito europeo e conformemente a quanto sancito nella nostra Carta dei diritti fondamentali, è tenuto a tutelare, dando corretta e piena esecuzione alle disposizioni internazionali.

A tali obblighi ha fatto da contraltare ora l'incapacità e l'approssimazione del legislatore nazionale che, non considerando le fattispecie che già nei primi anni '90 trovavano spazio nel nostro codice a salvaguardia degli interessi finanziari europei, ha frettolosamente introdotto una norma inutile quale può essere considerata quella di cui all'art. 316 *ter*; ora le criticabili interpretazioni in sede applicativa che hanno sensibilmente contribuito ad un sostanziale affievolimento del quadro sanzionatorio, peraltro confliggente con gli stessi obiettivi perseguiti dal legislatore europeo.

Con riferimento alla summenzionata approssimazione, possiamo in tal sede richiamare le gravi carenze, dovute probabilmente a dimenticanze, rilevabili nella traduzione della Convenzione del 1995. A titolo esemplificativo possiamo qui accennare all'insoddisfacente e limitata punibilità delle c.d. "falsità ideologiche"⁵⁷⁸ che, a causa dell'ambigua e generica formula letterale usata dall'art. 316 *ter*, potrebbero essere punite solo attraverso forzature esegetiche. Peraltro la locuzione "*attestanti cose non vere*" ridurrebbe ulteriormente l'ambito applicativo della norma, escludendo le c.d. "falsità in valutazioni", molto comuni nel processo che porta all'erogazione della sovvenzione e consistenti in stime economiche scorrette, inesatte o incomplete ma difficilmente qualificabili come "non vere". Sarebbe stato più opportuno l'uso della formula prevista dall'atto normativo europeo.

Sempre relativamente alle violazioni convenzionali possiamo infine richiamare la degradazione della frode lieve, che depenalizza l'indebita percezione di erogazioni allorquando questa sia inferiore a 3.999.96 euro. Il legislatore ha in tal modo sfruttato la previsione contenuta all'articolo 2 della Convenzione, la quale permette di punire con sanzioni meno severe rispetto a quelle penali le frodi considerate di "lieve entità". Tuttavia,

⁵⁷⁷ MADIA, *Considerazioni in ordine ai rapporti tra l'art. 316 ter c.p. e l'art. 640 c.p.: quando l'ipertrofia normativa genera disposizioni in tutto o in parte inutili*, in C.P., 2003.

⁵⁷⁸ cfr. *supra*, cap. II, par. 2.7.

mentre può dirsi rispettato il criterio quantitativo ivi contenuto e individuato nella soglia di 4000 ECU (oggi euro), così non può dirsi per il criterio qualitativo, colpevolmente ignorato in sede di conversione. L'anzidetto parametro impediva di depenalizzare frodi considerate dall'ordinamento nazionale di "particolare gravità". Orbene le frodi in oggetto, essendo connotate da condotte fraudolente e volte ad indurre in errore il soggetto passivo, avrebbero dovuto ricevere una valutazione in termini di gravità. Tale conclusione è peraltro avallata dal fatto che prima dell'introduzione della fattispecie di indebita percezione di erogazioni, tali condotte sarebbero rientrate nell'area punitiva della truffa aggravata. Appare pertanto poco condivisibile la scelta legislativa.

Ulteriori mancanze riguardano: l'assenza dell'incriminazione dell'indebita ritenzione⁵⁷⁹, non colmabile attraverso l'opera interpretativa degli operatori giuridici; la mancata introduzione di una previsione che, ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione, preveda una responsabilità penale aggiuntiva rispetto a quella prevista per colui che commette il reato e gravante, in questo caso, in capo al dirigente di impresa⁵⁸⁰; la totale assenza di incriminazioni concernenti le "frodi strumentali", implicanti "la redazione o il rilascio intenzionale di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti" strumentali alla frode da parte di soggetti terzi ed esterni alla frode in sé.

La mitigazione dell'apparato sanzionatorio è stata determinata da alcune interpretazioni giurisprudenziali. Tra queste, una particolare rilevanza è rivestita dalla pronuncia n. 26351/2002 che, contrariamente all'iniziale orientamento sposato dalla giurisprudenza⁵⁸¹ e proteso verso l'autonomia della figura criminosa, sfruttando il richiamo *per relationem* all'art. 640 c.p., ha ridotto l'articolo 640 *bis* a mera circostanza aggravante dell'articolo richiamato. Sottoponendo la disposizione al c.d. giudizio di bilanciamento, la stessa è stata spogliata del suo carattere repressivo.

5.2. Le prospettive *de jure condendo* alla luce del nuovo "diritto penale dell'Unione Europea" e delle esperienze degli ordinamenti di *civil law*.

Nel quadro da noi delineato è possibile constatare come la materia dell'abuso di sovvenzioni sia sempre stata scandita, nel bene e nel male, dalle contingenze europee. Si noti

⁵⁷⁹ cfr. *supra*, cap. II, par. 2.7.

⁵⁸⁰ cfr. *supra*, cap. II, par. 2.12.

⁵⁸¹ Cass., 20/10/2000, n. 11077, BIFFO, in *Riv. pen.*, 2001, p. 656; Cass., 20/02/2001, CERUTI, in *Dir. e giur. agr.*, 2001, p. 470, con nota di MAZZA; Cass., 23/10/2001, BOSSI, in *Riv. pen.*, 2002, p. 212.

che già negli anni '60 e nella totale assenza di una disciplina specifica, non mancarono interventi settoriali, volti ad apprestare una tutela agli interessi finanziari europei⁵⁸².

Seppur questi fossero molto lontani dalle tutele odierne, dimostravano comunque una forte attenzione della Comunità Europea nei confronti dei propri beni giuridici, oltre che una spiccata lungimiranza. Con i profondi mutamenti strutturali che hanno stravolto l'assetto istituzionale e politico dell'attuale Unione Europea, attribuendo a quest'ultima competenze sempre più marcate nel campo penale, l'influsso di tale entità si è fatto sempre più pervasivo. Mentre infatti durante la vigenza del Trattato di Maastricht era necessario ricorrere ad uno strumento tipico del diritto internazionale quale è la Convenzione, con tutte le problematiche annesse, con il Trattato di Lisbona si è resa possibile l'utilizzazione di strumenti più incisivi quali le direttive o i regolamenti, seppur tale ultima possibilità non abbia trovato un unanime riconoscimento⁵⁸³.

La nuova sfera di competenza non è limitata peraltro al diritto penale sostanziale, incidendo anche sul piano del diritto penale processuale, come palesato dall'approvazione del regolamento istitutivo della cooperazione rafforzata che porterà alla creazione di una nuova procura europea (EPPO), che rappresenta un *unicum* a livello mondiale e apre scenari finora inediti e impensabili.

Nel 1953 Hans-Heinrich Jescheck, autorevole voce nell'ambito penalistico del secolo scorso, affermava che la costruzione di un diritto penale sovranazionale avrebbe richiesto l'impegno di una "generazione di penalisti"⁵⁸⁴. A distanza di 65 anni possiamo ritenere che importanti tasselli siano stati posti per il raggiungimento dell'ambizioso obiettivo e che oggi si possa parlare di un diritto penale europeo, seppur gli interventi in tale ambito siano ancora connotati da una tendenziale timidezza⁵⁸⁵.

Orbene tale premessa è necessaria per comprendere quali possano essere i contesti futuri e le prospettive di riforma, essendo queste inevitabilmente correlate ai dettami sovranazionali.

⁵⁸² cfr. *supra*, cap. I.

⁵⁸³ Favorevole a tale possibilità è SATZGER, *International and European Criminal law*, 2012, pp; in senso contrario si pongono SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in *Europa e diritto penale*, a cura di PALIERO e VIGANO', Milano, 2013, pp. 53 e ss.; SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea; diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013.

⁵⁸⁴ JESCHECK, *Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften*, in *ZStW*, 65 (1953), p. 517.

⁵⁸⁵ A riprova di tale timidezza può essere richiamata la criticabile scelta di assumere quale base giuridica per la nuova direttiva PIF l'articolo 83 TFUE secondo paragrafo che avrebbe impedito gli *opt out* di Danimarca e Inghilterra.

La chiave di lettura quindi passa attraverso quelle che sono le esigenze politico criminali europee.

A tal proposito si sottolinea la velata importanza della recente direttiva PIF che, seppur difficilmente possa provocare un effetto dirompente nel nostro ordinamento, potrebbe invero costituire un valido spunto di riflessione per una riforma dall'ampio respiro che si faccia portatrice delle numerose istanze avanzate dalla dottrina e che coinvolga l'intero settore.

Alla luce di tali istanze, che vedono nei controversi rapporti tra le diverse fattispecie un ingiustificato affievolimento dell'impianto sanzionatorio, l'obiettivo che il legislatore dovrebbe porsi è quello di approntare una disciplina che sia connotata da chiarezza espositiva e sistematicità così da rimuovere quanto più possibile le numerose incongruenze e contraddizioni evidenziate nei capitoli precedenti.

A nostro avviso non sarebbe errato, rifacendosi alle esperienze ed alle suggestioni europee, con particolare riferimento agli esempi dell'ordinamento tedesco⁵⁸⁶ e spagnolo⁵⁸⁷, abrogare le attuali disposizioni per introdurne una sola in sostituzione dell'attuale 640 *bis*, rubricandola quale "truffa nelle sovvenzioni".

In primis sarebbe opportuno che questa non si discostasse eccessivamente dalle formule letterali previste dalla c.d. frode comunitaria. A tal proposito ci sovviene il grave scostamento adoperato dal legislatore con riferimento all'elemento oggettivo dell'indebita percezione ex art. 316 *ter* rispetto alla previsione comunitaria. La formula legislativa usata nel nostro ordinamento per tratteggiare l'elemento oggettivo allude a "*dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere*" ed è considerata troppo generica e distante dalla formula utilizzata nella Convenzione, che si riferisce invece a "*dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti*". In tal modo si farebbero rientrare nella sfera punitiva della norma anche le c.d. "falsità in valutazioni"⁵⁸⁸.

In secundis riteniamo che la futura disposizione, pur sostituendo l'attuale 640 *bis*, debba porsi quale reato autonomo e non come circostanza aggravante, disciplinando il fenomeno dell'abuso nelle sovvenzioni in tutte le sue possibili estrinsecazioni e prevedendo quindi nei suoi diversi commi sia ipotesi di tutela precedente sia ipotesi di tutela successiva, reprimendo ora le indebite percezioni, ora le condotte malversatrici. La norma da noi delineata si andrebbe quindi a collocare tra i reati contro il patrimonio, come peraltro ampiamente

⁵⁸⁶ cfr. *supra*, cap. IV par. 4.23.

⁵⁸⁷ cfr. *supra*, cap. IV par. 4.20.

⁵⁸⁸ cfr. *supra*, cap. II par. 2.7.

caldeggiato da autorevoli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali⁵⁸⁹ che evidenziavano come la scelta topografica effettuata dal legislatore fosse deprecabile o quantomeno discutibile. La nuova collocazione inoltre avrebbe il pregio di dirimere gli aspri contrasti sorti per l'individuazione del bene giuridico tutelato, identificandolo nel patrimonio pubblico.

La conseguenza più rilevante tuttavia discenderebbe dall'adeguamento dell'apparato sanzionatorio ai dettami europei. Non potendo più essere considerato quale circostanza aggravante, la norma di cui all'art. 640 *bis* non sarebbe più soggetta al c.d. "giudizio di bilanciamento".

⁵⁸⁹ cfr. FORLENZA, *Confisca obbligatoria in caso di condanna definitiva*, in *Gdir*, n. 42, 2000, p. 54; BEVILACQUA, in *op. cit.*, p. 556; BENUSSI, in *op. cit.*, p. 170; PICOTTI, in *op. cit.*, pp. 615 e ss.; G.u.p Trib. Sanremo 20/11/2001 in <http://digilander.libero.it/campensanremo>.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in www.penalecontemporaneo.it.

ALTIERI-COLANTUONI, *Quando i fondi Ue svaniscono nel nulla. Gli incroci a rischio fra norme e sanzioni-Artt. 316 ter e 640 bis c.p.: storia di una convivenza difficile*, in *Dir. e giust.*, 2006.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: Parte speciale*, 2008.

ARANCI, *La direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017: la protezione degli interessi finanziari UE mediante il diritto penale*, in www.rivista.eurojus.it.

ARIOLLI, *La truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche è una circostanza affrante del reato di cui all'art. 640 c.p.*, in *C.P.*, 2003.

BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, in GRASSO, *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, 2000.

BARBERO SANTOS, *Per una riforma del sistema penale spagnolo*, in *Giur. cost.*, 1975.

BARROSO, *Derecho Penal Parte Especial y las Consecuencias Jurídicas del Delito en España*, 2011.

BARTOLI, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche: è fattispecie autonoma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003.

BARTONE, *Diritto penale europeo*, 2001.

BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, 2003.

BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it.

BELOTTI, *Rapporto di sussidiarietà tra indebita percezione e truffa*, in *Nuovo dir. agr.*, 1996.

BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, 2016.

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

BERENGUER-ALVAREZ, in *Commentarios al código penal de 1995*, 1996.

- BERNARDI**, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002.
- BERNARDI**, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *DPP*, 2004.
- BERNARDI**, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*.
- BEVILACQUA**, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003.
- BOHLANDER**, *The German Criminal Code: a modern english translation*, Hart pub ltd, 2008.
- BOLOGNINI**, *Malversazione a danno dello stato*, in AA. VV. , *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 1999.
- BONFIGLIOLI**, *L'indebita captazione di sovvenzioni pubbliche*, in *C.P.*, 2003.
- BOSCARELLI**, *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, 1981.
- BRICOLA**, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Indice penale*, 1968.
- BRICOLA**, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.
- BRICOLA**, *Sovvenzioni all'industria e diritto penale*, in AA. VV., *problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, a cura di COSTI e LIBERTINI, Milano, 1982.
- CADOPPI**, *"Manette agli evasori" anche in Spagna*, in *Il fisco*, 1986.
- CAMPBELL**, *The Fraud Act 2006*, in *King's Law Journal*, 2007
- CARACCIOLI-MENSI**, *Frodi comunitarie: novità normative e giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997.
- CATENACCI**, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011.
- CATTANEO**, *Il positivismo giuridico inglese*, Milano, 1962.
- CELENTANO**, *Malversazione a danno dello stato*, In *Riv. Pen. Ec.*, 1996.
- CEREZO MIR**, *Estudios sobri la moderna reforma penale espanola*, Madrid, 1993.
- CEREZO MIR**, *Presupoestos para la reforma penale*, Tenerife, 1992.

CESQUI, *Il rapporto tra truffa aggravata e legislazione speciale nelle frodi ai danni del FEOGA*, in *C.P.*, 1996.

COPPI, *Profili dei reati di malversazione e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993.

CORBETTA, *Sintesi della giurisprudenza. Truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche: è fattispecie autonoma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001.

CORRADINO, *Aspetti problematici dell'art. 316 bis*, in *Rtrimdpe*, 1993.

CORRERA, *Prime osservazioni sul regolamento che istituisce la Procura Europea*, in *www.rivista.eurojus.it*.

CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017.

CUSANO, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode comunitaria: una questione definitivamente risolta?*, in *Dir. giur. agraria e dell'ambiente*, 1998.

D'ARMA, *Sulla natura giuridica della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.)*, in *C.P.*, 1999.

DANNECKER, *Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft*, in *Strafrechtsentwicklung in Europa*, a cura di ESER e HUBER, vol. 4.3., 1995.

DE AMICIS-IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce la Costituzione per l'Europa*, in *C.P.*, 2004.

DE FRANCESCO, *Lex specialis: specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.

DE FRANCESCO, *Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.

DE PALMA, *Reati comuni, percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2007.

DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995.

DI VIZIO, *Il peculato*, in *AA. VV., I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2002.

ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986.

F.R.D., *Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Gp I*, 1990.

FANELLI, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina Vol. VIII*, Milano, 2010.

FAUCEGLIA, *Il finanziamento pubblico delle imprese in Francia*, ne *Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, a cura di MAZZUMOTO, Milano, 1987.

FERRARO, *Frodi «comunitarie»: specialità o sussidiarietà?*, in *Foro it.*, 1996.

FIANDACA-MAZZUMOTO, *Abuso di sovvenzioni e controllo sanzionatorio: spunti comparatistici*, in *Foro it.* 1981.

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale Vol. I*, Bologna, 2012.

FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della procura europea*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

FORLENZA, *Confisca obbligatoria in caso di condanna definitiva*, in *Gdir*, n. 42, 2000.

FORNASARI, *Indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in AA. VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.

FORNASARI, *Malversazione a danno dello Stato*, in BONDI-DI MARTINO-FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.

GAMBARDELLA, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina Vol. II*, Milano, 2010.

GIGLIO, *Il controllo sanzionatorio delle indebite fruizioni di sovvenzioni comunitarie*, in *C.P.*, 1991.

GIORDANO, *Frodi comunitarie e problemi di accertamento istruttorio*, in *Indice penale*, 1990.

GRASSO, *L'armonizzazione e il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.

- GRASSO**, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, 1989.
- GRASSO**, *Il Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003.
- GRASSO**, *La «competenza penale» dell'Unione Europea nel quadro del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011.
- GRASSO**, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO-SICURELLA, Milano, 2007.
- GRASSO**, *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000.
- GRASSO**, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, relazione alle «*Vlèmes Journées Greco-Latines de Defense Sociale*», in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995.
- GRASSO**, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in AA. VV., *Diritto penale europeo*, a cura di BARTONE, Padova, 2001.
- GRASSO**, *Truffa in danno della banca, ricorso abusivo al credito, obblighi di denuncia o di rapporto*, in AA.VV., *La responsabilità penale degli operatori bancari* (a cura di ROMANO), Bologna, 1980.
- GULLO**, *Malversazione a danno dello stato (art. 316 bis)*, in *Dizionario dei reati contro l'economia*, 2000.
- HASSEMER**, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in §263 StGB*, Berlin, 1981.
- JESCHECK**, *Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften*, in *ZStW*, 1953.
- JESCHECK**, *Il nuovo diritto penale tedesco messo alla prova*, in *Ind. pen.*, 1981.
- JESCHECK**, *La riforma del diritto penale in Germania*, in *Ind. pen.*, 1976.
- JESCHECK**, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, in FOFFANI, *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006.

- JOECKS-MIEBACH**, *Munchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Beck, 2014.
- KINDHAURSER**, *Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen vermögensrechte*, Nomos, 2016.
- KUHL-HEGER**, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, Beck, 2014.
- LAZERGES**, *Reflexions sur lu nouveau Code penal*, Paris, 1995.
- LI VECCHI**, *Art. 640 bis: reato autonomo o circostanza aggravante?*, in *Riv. pen.*, 2003.
- MADIA**, *Considerazioni in ordine ai rapporti tra l'art. 316 ter c.p. e l'art. 640 c.p.: quando l'ipertrofia normativa genera disposizioni in tutto o in parte inutili*, in *C.P.*, 2003.
- MAIWALD**, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in confronto con il sistema italiano*, Torino, 1993.
- MANCUSO**, *Diritto penale e processo*, n. 11, 2004.
- MANDUCHI**, *Tanto tuonò... che non piovve: perplessità e reticenze della prima giurisprudenza di legittimità sul nuovo art. 316 ter c.p.*, in *C.P.*, 2003.
- MANDUCHI**, *Un auspicato intervento della Consulta nella storia dei tormentati rapporti tra l'art. 316 ter e l'art. 640 bis*, in *C.P.*, 2004.
- MANNUCCI**, *Prospettive di applicazione dell'art. 316 ter c.p. introdotto dalla l. n. 300 del 2000*, in *C.P.*, 2001.
- MANTOVANI**, *Diritto penale, parte speciale, I delitti contro la persona*, Padova, 1995.
- MARCONI**, voce *Malversazione ai danni dello Stato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, 1995.
- MARINUCCI**, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in *La responsabilità penale degli operatori bancari*, a cura di ROMANO, Bologna, 1980.
- MASSI**, *Peculato (delitti di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, 2006.
- MATTEI**, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992.
- MATTIONI**, *La rilevanza degli atti comunitari nell'ordinamento italiano*, Milano, 1971.

- MAZZACUVA**, *Agevolazioni per la «ristrutturazione e riconversione industriale» e responsabilità penale dell'imprenditore*, in AA. VV., in *Problemi giuridici delle agevolazioni*, Milano, 1982.
- MEZZETTI**, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994.
- MEZZETTI**, *Ricognizione sui recenti sviluppi delle tecniche di contrasto delle frodi comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998.
- MOCCIA**, *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del Corpus Iuris*, in AA. VV., *Diritto penale europeo spazio giuridico e rete giudiziaria* (a cura di BARTONE), Padova, 2001.
- MORSELLI**, *Il reato di false comunicazioni sociali*, Napoli, 1974.
- MUSCO**, *Bilanci «anomali» e false comunicazioni sociali: identificazione inevitabile?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1981.
- MUSCO**, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano, 1984.
- NARONTE**, *Il codice penale spagnolo*, Padova, 1997.
- NAUCKE**, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin, 1964.
- NIZZO**, *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997.
- NUVOLONE**, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.
- PADOVANI**, *Commento alla riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*, in *Corr. giu.*, 1990.
- PAGLIARO-PARODI GIUSINO**, *Principi di diritto penale – Parte speciale*, X ed., Milano, 2008.
- PAGLIARO**, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000.
- PAGLIARO**, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Vol. 1: Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.
- PALAZZO-PAPA**, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013.
- PALIERO**, *“Minima non curat praetor”. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1980.

- PALIERO**, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, v. III, 1989.
- PALMA**, *Malversazione ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *AA. VV.*, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004.
- PAPA**, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.
- PARISI**, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017.
- PARODI GIUSINO**, *Controllo penale dell'abuso dei finanziamenti pubblici*, Palermo, 1984.
- PATRONE**, *La dimensione costituzionale del diritto penale dell'UE dopo il trattato di Lisbona*, in *www.penalecontemporaneo.it*.
- PEDRAZZI**, *Droit communautaire et droit pénal des états membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, 1981.
- PEDRAZZI**, *La tutela penale del segreto nel trattato Euratom*, in *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961.
- PEDRAZZI**, *Politica e diritto penale in Spagna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978.
- PEDRAZZI**, *Un concetto controverso: le «comunicazioni sociali»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977.
- PEDUCA**, *Falsa fatturazione e frode comunitaria*, in *C.P.*, 1997.
- PELISSERO**, *Commento alla l. 29 Settembre 2000 n. 300*, in *L.P.*, 2001.
- PELISSERO**, *Osservazioni sul nuovo delitto di malversazione a danno dello Stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
- PELISSERO**, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.
- PERIS RIERA**, *Il lungo cammino verso un codice penale della democrazia in Spagna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.
- PICOTTI**, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, 2005.
- PICOTTI**, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione Europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. tri. dir. pen.*, 2006.

PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it.

PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011.

PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del Corpus Iuris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000.

PISA, *Commento art. 3 l. 26-04-1990*, in *LP*, 2001.

PISA, *Malversazione a danno dello Stato*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1996.

RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996.

RIVERDITI, *Manuale di diritto penale parte generale e speciale*, Padova, 2017.

ROCCATAGLIATA, *Il Consiglio UE approva definitivamente il Regolamento istitutivo della Procura Europea. L'EPPO è infine realtà*, in www.giurisprudenzapenale.it.

ROMANO, *Abusi di finanziamenti comunitari ed indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002.

ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979.

ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013.

RUBI CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions prévue par le Traité de Lisbonne*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2009.

RUSSO, *«Il nuovo» abuso di ufficio e gli altri reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1998.

- SAGGIO**, *Orientamenti della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di illeciti economici*, in *Il diritto penale europeo dell'economia*, 1984.
- SALAZAR**, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea (EPPO)*, in www.penalecontemporaneo.it.
- SALAZAR**, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *C.P.*, 1992.
- SALAZAR**, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in www.archiviopenale.it.
- SALAZAR**, *Il nuovo codice penale francese*, in *C.P.*, 1992.
- SALAZAR**, *Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione (e conseguenti obblighi di recepimento da parte italiana)*, in *C.P.*, 1998.
- SALAZAR**, *Tutela penale nei confronti della frode comunitaria: «incontrollabile frenesia» del nostro legislatore od intervento necessario*, in *C.P.*, 1994.
- SALCUNI-CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA**, *Trattato di diritto penale - parte speciale Vol. II I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.
- SATZGER**, *International and European Criminal law*, Hart Publishing Ltd., 2012.
- SCHUNEMANN**, *Die Strafrechtliche regelung der Subventions-Erschleichung in der Bundesrepublik Deutschland*, relazione al Convegno di studio su “il finanziamento agevolato delle imprese: problemi giuridici”, (Siena 8-10 Novembre 1984).
- SCIARABBA**, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, in www.europeanrights.eu.
- SCORRANO**, *Il principio dell'effetto utile*, in *L'ordinamento europeo, II, L'esercizio delle competenze*, a cura di MANGIAMELI, Milano, 2006.
- SCOTTI**, *La nuova fattispecie di malversazione a danno dello Stato: primi rilievi*, in *Rivdpp*, 1991.
- SEGRETO-DE LUCA**, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999.
- SEMERARO**, *Osservazioni in tema di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*, in *C.P.*, 2001.
- SEMINARA**, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008.
- SEMINARA**, *Commento ai delitti contro la pubblica amministrazione commentario al codice penale*, Padova, 1999.

SEMINARA, *La prevenzione e la repressione delle frodi a danno delle finanze comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1994.

SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992.

SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea; diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

SICURELLA, *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007.

SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991.

SINISCALCO, *Premessa al commento l. 26-4-1990*, in *L.P.*, 1990.

SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in *Europa e diritto penale*, a cura di PALIERO e VIGANO', Milano, 2013.

SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, a cura di BILANCIA-D'AMICO, Milano, 2009.

SPAGNOLO, *Breve commento alle «nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990.

STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1974.

TERRACINA, *In tema di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Riv. pen.*, 2000.

TERRASI, *il finanziamento pubblico delle imprese in Gran Bretagna, ne Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, a cura di MAZZUMOTO, Milano, 1987.

TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008.

TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993.

TIEDEMANN, *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, in *Roxin-FS*, 2001.

TIEDEMANN, *La frode alle sovvenzioni: origine di un diritto penale europeo?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1999.

TIEDEMANN, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea*, in *Rivista Trimestrale diritto penale economico*, 1991.

TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, in *Agon*, 1998, n. 17.

TIEDEMANN, *Subventions kriminalitat in der Bundesrepublik*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt., 1974.

TROJANO, *Tutela penale delle pubbliche sovvenzioni. Malversazione a danno dello Stato (art. 316 bis)*, in *C.P.*, 2008.

VALENTI, voce *Sovvenzioni pubbliche (frodi nelle)*, in *Digesto disc. pen.*, XIII, 1997.

VAN BINSBERGEN, *Le droit penal des Commonautes européennes*, in *Droit pénal européen*, 1970.

VASSALLI, in *L'art. 95 della legge bancaria. Un precetto primario e un'incriminazione sussidiaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1959.

VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. direttiva PIF): il problema della base legale*, in *C.P.*, 2015.

VENEGONI, *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it.

VENEGONI, *La direttiva PIF: un ulteriore passo nel processo di sviluppo del diritto penale europeo o un'occasione persa?*, in www.ilpenalista.it, 2017.

VENEGONI, *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

VENEGONI, *Protezione degli interessi finanziari dell'UE: ripartizioni di ruoli tra OLAF e futuro Procuratore europeo*, in BAZZOCCHI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore Europeo*, Roma, 2014.

VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy. A Cessio Bonorum from the Third to the First Pillar*, in *Kimmo Nuotio (Ed.), Liber Amicorum Raimo Lahti*, 2007.

VINCIGUERRA, *Codice penale tedesco*, Padova, 2003.

- VINCIGUERRA**, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008.
- VINCIGUERRA**, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 2002.
- VIVIANI**, *Note sulla truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Impresa*, 2003.
- VOLK**, *Der Subventionsbetrug*, in *Belke/Oehmichen Wirtschafts*, 1983.
- VOLK**, *Introduzione al diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- WITTING**, *Die Absicht der rechtswidrigen Bereicherung*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2013.
- ZARATE-CONDE**, in *Derecho penal parte especial*, Madrid, 2016.
- ZULEEG**, *Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen integration*, in *Juristenzeitung*, 1992.