

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**5/2022**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

## PECULATO E RIMBORSI DEI CONSIGLIERI REGIONALI: LA CASSAZIONE RIBADISCE LA FUNZIONE DI GARANZIA DELLA LEGGE PENALE

Nota a [Cass., sez. VI, ud. 2 marzo 2021, dep. 10 novembre 2021, n. 40595, Pres. Fidelbo, rel. Di Stefano, ric. Bernardini](#)

di Nicola Maria Maiello

*La decisione in commento, di annullamento senza rinvio della doppia conforme di condanna del giudizio di merito, riguarda un'ipotesi di appropriazione peculativa da parte di un consigliere regionale di una significativa serie di rimborsi di spese aventi natura privatistica. L'autore, condividendo l'apparato logico-giuridico della pronuncia, ne esplora gli aspetti di maggior interesse. In particolare, affronta il tema della qualificazione giuridica del fatto, sottolineando la centralità del requisito della disponibilità del denaro nell'economia del fatto tipico; volge, poi, attenzione alla distinzione concettuale tra "precedente" e "giurisprudenza", che pure sembra affiorare nelle argomentazioni dei giudici di legittimità. In questo contesto, il lavoro rileva la perdurante problematicità ermeneutica della figura criminosa del peculato.*

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 1.1. La confusa sovrapposizione tra 'precedente' e 'giurisprudenza' nella sentenza d'appello. – 2. La critica alla qualificazione come peculato: la disponibilità del bene come presupposto del tipo. – 2.1. *Segue*. La centralità del contraddittorio tra le parti quale momento di emersione del fatto. – 3. *L'actio finium regundorum* tra responsabilità penale e contabile. – 4. Osservazioni conclusive.

### 1. La vicenda.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione ricostruisce la tipicità del delitto di peculato, collocando al centro dell'inquadramento giuridico penale la natura del reato quale illecito di modalità di lesione. Essa ritiene imprescindibile prendere le mosse dallo sviluppo materiale del fatto storico al fine di poter ricavare quello penalmente rilevante: grazie a passaggi argomentativi densi, la Suprema Corte finisce così per negare la configurabilità del peculato in assenza di una disponibilità diretta ed immediata del denaro.

L'imputato, consigliere regionale, aveva chiesto e ottenuto dall'istituzione di appartenenza una nutrita serie di rimborsi in relazione a spese che, secondo l'impostazione accusatoria, configuravano forme di appropriazione del pubblico ufficiale, in virtù della loro natura privatistica. Queste somme di denaro, infatti, secondo

la normativa regionale applicabile, non potevano essere oggetto di rimborso. Sulla base dell'assenza di un apparato giustificativo di tali spese da parte dell'imputato, i giudici dei due gradi del merito lo condannavano per il delitto di peculato, ritenendo che questi si fosse appropriato delle relative somme di denaro.

Investito dell'impugnazione, il Supremo Collegio annulla senza rinvio la decisione territoriale, censurando gli strappi logici e giuridici del ragionamento dei giudici del merito con un discorso meritevole di essere esplorato nei suoi passaggi fondamentali.

La vicenda si snoda sin dall'inizio secondo tracciati processuali non del tutto lineari: l'originaria contestazione delle indebite richieste di rimborso per spese aventi finalità privatistica incardinava il fatto in un episodio di concorso in peculato, il cui autore materiale veniva individuato nel capogruppo consiliare, l'unico soggetto, insieme al tesoriere, ad avere disponibilità diretta dei fondi. Questo impianto d'accusa veniva modificato in sede di condanna, ove si riteneva che l'imputato avesse agito in proprio, sull'erroneo presupposto che egli detenesse l'immediata disponibilità del denaro e/o che potesse disporre dei fondi "come se ne avesse il possesso". Tale netta correzione di rotta ha comportato – secondo la sentenza in commento – "una modifica a sorpresa che ha limitato la possibilità di difesa".

Varie le ragioni prospettate dal giudice di legittimità, che toccano aspetti sostanziali e processuali: innanzitutto, la ricomprensione dei *fatti*, appartenenti alla casistica dei rimborsi postumi di spese non preventivamente autorizzate, nello specchio di tipicità del delitto di peculato; poi, il tema dell'inversione dell'onere probatorio poiché, come non di rado accade nei processi di peculato riguardanti le cd. spese di rappresentanza, anziché porre a carico dell'accusa la prova della fattispecie appropriativa, era stata fatta ricadere sull'imputato la dimostrazione della liceità dell'utilizzo del denaro pubblico; infine, la confusione tra i presupposti e le forme della responsabilità erariale e di quella penale.

Questi i punti sui quali i giudici di legittimità ricamano l'annullamento senza rinvio, offrendo una lodevole testimonianza del saggio utilizzo di tecniche interpretative costituzionalmente conformi, in particolare, al canone di determinatezza/tassatività.

### 1.1. La confusa sovrapposizione tra 'precedente' e 'giurisprudenza' nella sentenza d'appello.

La Cassazione sembra accordare rilevanza alla distinzione concettuale tra 'precedente' e 'giurisprudenza', che, pur avendo un incisivo impatto pratico, era stata glissata dai giudici di merito. Le loro sentenze, infatti, erano incorse in un difetto di motivazione. Esse citavano numerose pronunce di legittimità a sostegno del giudizio di responsabilità dell'imputato, in maniera da assegnarvi quasi una funzione dimostrativo-normativa di "precedente", tale da 'vincolare', se non dal punto di vista ordinamentale, per forza persuasiva di fatto i giudici successivamente investiti della medesima

questione<sup>1</sup>. È bene precisare, a tal proposito, che, sebbene nel nostro ordinamento non vi sia un “vero e proprio diritto al rispetto del precedente”, esso non è in ogni caso sprovvisto di rilevanza, soprattutto dopo la modifica del 2017 dell’art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.<sup>2</sup>.

La Corte di legittimità rileva come la decisione impugnata si riporti a vari “precedenti giurisprudenziali senza tenere conto di come, nei suddetti precedenti, le situazioni fossero ben diverse, innanzitutto per la diversità delle discipline specifiche di contribuzione”<sup>3</sup>.

La Suprema Corte coglie, così, l’occasione per fare chiarezza e ribadire in filigrana la differenza tra ‘precedente’ e ‘giurisprudenza’<sup>4</sup>. Essa evidenzia l’importanza argomentativa che i giudici di merito hanno attribuito alle sentenze citate, comportandosi come se queste avessero tutte riguardato situazioni sovrapponibili a quella sottoposta al loro giudizio, laddove il richiamo ad esse investiva più genericamente ‘i filoni giurisprudenziali’ formati sul diverso, e più ampio, tema dei soggetti istituzionali che abusano della loro posizione qualificata nella gestione di denaro pubblico al fine di trarne profitto. Il giudice di secondo grado, pertanto, avrebbe commesso l’errore di non scendere nel dettaglio dei singoli *fatti* decisi dalle pronunce citate e di averle richiamate *per relationem*, nonostante non ve ne fossero i presupposti, in quanto le condotte oggetto di giudizio nel caso in esame non rientravano nel “caso tipologico” che aveva conformato quella ‘giurisprudenza’<sup>5</sup>.

La differenza tra le due figure è marcata e testa il suo fondamento sulla specifica attitudine vincolante del solo precedente a tracciare la *ratio decidendi* della pronuncia del giudice che in un tempo successivo si trovi a decidere un caso analogo. In quest’ottica, definire il perimetro concettuale e operativo dei due istituti è importante proprio perché – sebbene nei soli sistemi di *common law* – ‘la logica del precedente’ si è consolidata “per garantire certezza del diritto, uniformità delle decisioni, sicurezza delle posizioni soggettive”<sup>6</sup>. Il precedente, infatti, fornisce una regola che può essere applicata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione della identità o dell’analogia tra i

<sup>1</sup> Descrive nel dettaglio il procedimento di costruzione del precedente e i relativi elementi costitutivi, G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, 1990, pp. 10 ss. Ripercorre le tappe storiche della teoria del precedente vincolante, D. FREDA, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell’Ottocento*, Torino, 2012.

<sup>2</sup> V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”. Appunti di deontologia ermeneutica*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, p. 27. Sul ruolo attuale del precedente nel nostro sistema penale, fondamentale il rinvio a A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, II ed., Torino, nonché a G. GORLA, *Precedente giudiziale*, cit. Sullo statuto del precedente nel funzionamento della Cassazione e, in particolare, nei rapporti tra sezioni semplici e Sezioni Unite, “ove si erano registrate prassi virtuose, anticipatrici di fatto della riforma del 2017”, cfr. G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, 29 gennaio 2018. Da ultimo, sulla relazione tra “vincolo del precedente” e certezza del diritto nel nostro sistema, rispetto all’obbligo imposto dall’art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., M. POLLERA, *Vincolo del precedente ed esigenze di certezza: i “confini” del principio di diritto nelle sentenze delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 1/2022, pp. 360 ss.

<sup>3</sup> Cass., §5, p. 11.

<sup>4</sup> M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, pp. 11-12.

<sup>5</sup> G. FIANDACA, *Il diritto giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, pp. 46-47.

<sup>6</sup> U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. Disc. priv.*, XIV, 1996, p. 154.

*fatti* del primo caso e i *fatti* del secondo caso”<sup>7</sup>, mentre nella giurisprudenza “l’analisi comparativa dei fatti manca”<sup>8</sup>. Nell’esperienza italiana, peraltro, la strutturale diversità tra le due nozioni poggia su basi epistemologiche inconfutabili, che attengono alle modalità di elaborazione del diritto da parte dei giudici: la giurisprudenza, ad una attenta analisi, viene costituita principalmente dalle “massime”, cioè da “enunciazioni, concentrate in una o poche frasi, che hanno ad oggetto *regole giuridiche*, ove non di rado confluiscono *obiter dicta*, “in quanto chi formula le massime spesso estrae dal testo qualunque enunciazione giuridica senza verificare se essa sia la base effettiva della decisione”<sup>9</sup>.

L’ancoraggio ai *fatti*, che viene in rilievo nello studio dello statuto ‘autoritativo’ del precedente e della sua funzione ‘para-normativa’, dunque, si manifesta in una delle tecniche argomentative nevralgiche nel sistema di funzionamento del ‘precedente’, data dal *distinguishing*. Esso consiste nella facoltà accordata al giudice successivo di non sentirsi vincolato ad una precedente statuizione, per la non sovrapponibilità del caso da decidere a quello già deciso, dal momento che la *ratio decidendi* “va estratta dalla Corte successiva con riguardo ai fatti concreti di quella controversia”<sup>10</sup>.

Ora, pur volendo escludere che la Corte d’appello abbia utilizzato le sentenze erroneamente richiamate come precedenti, ammettendo che da esse abbia solo inteso trarre argomenti a sostegno della propria tesi, resta il fatto che la stessa Cassazione ha stigmatizzato il riferimento a massime giurisprudenziali tarate su differenti casi<sup>11</sup>: gli episodi su cui si erano formati quegli indirizzi interpretativi, infatti, riguardavano situazioni disciplinate dalle normative di altri consigli regionali in base alle quali, a differenza della normativa regionale emiliana di settore, i contributi venivano assegnati *direttamente* ai singoli consiglieri regionali.

## 2. La critica alla qualificazione come peculato: la disponibilità del bene come presupposto del tipo.

La pronuncia in epigrafe presta particolare attenzione alla dinamica fattuale oggetto di giudizio, seguendo un tradizionale modo di intendere l’approccio ermeneutico che non solo passa, attraverso un percorso circolare, dal fatto al diritto per poi trarne le conseguenze giuridiche<sup>12</sup>, ma non si limita ad “una riduzione dei fatti a interpretazione”, pretendendo di compiere “un’impresa conoscitiva che ha a che fare

<sup>7</sup> M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 13.

<sup>8</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 14.

<sup>9</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 21. Questi mette in evidenza come un ulteriore dato che ‘contamina’ la capacità di creare ordine all’interno dei ‘precedenti’ o delle pronunce che possono formare una ‘giurisprudenza’ è offerto dall’“abnorme numero di sentenze che la Corte di Cassazione pronuncia ogni anno (...) sulla stessa questione o sulla stessa norma” (p. 18). Su quest’ultimo punto, v. V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”*, cit., p. 29.

<sup>10</sup> U. MATTEI, *Precedente giudiziario*, cit., p. 158.

<sup>11</sup> Cass., §5, p. 11.

<sup>12</sup> Per tutti, D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars Interpretandi*, 2/2016, p. 51.

con questioni di *verità*<sup>13</sup>. È così, dunque, che la Suprema Corte mette ben in evidenza la assenza di una previa disponibilità dei fondi da parte dei consiglieri del gruppo, dovendo questi, al fine di ottenere la copertura delle cd. spese di rappresentanza sostenute, avanzare richiesta di rimborso.

Il pagamento delle spese – è bene sottolinearlo – non poteva avvenire in forma diretta da parte degli appartenenti al gruppo, ma poteva essere ottenuto soltanto attraverso restituzione.

Il campo materiale e giuridico all'interno del quale prende forma la questione, pertanto, è quello di una casistica peculiare, consistente nelle richieste di rimborso, non sovrapponibile a quella dell'utilizzo diretto del denaro già nella disponibilità del p.u. Ne deriva una conseguenza rilevante sul piano giuridico: mancando la previa disponibilità del bene, non potrà mai integrarsi una condotta *appropriativa*, in quanto essa si presenta quale forma di "violazione di quella situazione-presupposto"<sup>14</sup> offerta proprio dalla disponibilità del bene<sup>15</sup>. Tale requisito, pertanto, emerge in posizione centrale nella ricostruzione di ogni dinamica appropriativa poiché integra l'elemento cardinale dell'usurpazione unilaterale, senza il quale non può aversi condotta abusiva<sup>16</sup>: d'altronde, basta osservare, grazie ad un argomento sistematico-comparativo, che quando il legislatore ha inteso disciplinare altre forme di 'arricchimento indebito', ha rinviato a concetti semanticamente e naturalisticamente diversi, quali, ad esempio, la sottrazione o l'ottenimento. A tal proposito, recuperando l'insuperata lezione di Cesare Pedrazzi, "risultano due i modi penalmente incriminati di locupletarsi a spese altrui: c'è la via dell'azione diretta e c'è la via che passa attraverso il consenso del soggetto passivo; nel primo caso ci piace parlare di *usurpazioni unilaterali* (...); all'usurpazione unilaterale si contrappone la *cooperazione artificiosa* di due soggetti i cui interessi sono in realtà collidenti"<sup>17</sup>.

Su questa sottile, ancorchè molto significativa, differenza la Corte costruisce un ragionamento impeccabile, orientato ad una valorizzazione massima della dimensione

<sup>13</sup> D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche*, cit., p. 46.

<sup>14</sup> C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 14.

<sup>15</sup> Cass., §3.4, p. 9 ove la Corte specifica che la disponibilità è "presupposto necessario per qualificare come peculato la appropriazione". In un'altra recente pronuncia, la Cassazione aveva affrontato, invece, precisamente il profilo della appropriazione, rimanendo sempre nell'ambito delle cd. spese di rappresentanza, cfr. Cass., sez. VI, 15 maggio 2019, n. 21166, ric. *Marino*, volendo, con nota di N.M. MAIELLO, *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cass. pen.*, 7-8/2020, pp. 2755 ss. In dottrina, sulla appropriazione peculativa, *ex multis*, G. AMARELLI, *I delitti di peculato*, in S. Fiore-G. Amarelli (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2021, pp. 59-61; G. COCCO, *Il peculato come delitto di evento. Dalla dogmatica alla pratica*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 374 ss.; R. BARTOLI, *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1140; S. CAGLI, *Peculato e malversazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1995, pp. 334 ss.; F. PALAZZO-E. TARQUINI, *Peculato*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1995; A.M. MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Ind. Pen.*, 1993, pp. 699 ss.

<sup>16</sup> G. AMARELLI, *I delitti di peculato*, cit., p. 55 assegna all'elemento della disponibilità (o del possesso) del bene da parte del p.u. un ruolo centrale nell'economia tipica e offensiva del peculato in quanto grazie a tale "precisa e coerente opzione politico-criminale (...) risulta oggi perfettamente coerente con i principi di proporzionalità e ragionevolezza che definiscono il volto costituzionale della pena".

<sup>17</sup> C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 41.



linguistica del testo. Questa sembra aderire al più recente corso della giurisprudenza costituzionale<sup>18</sup>, inaugurato con la sentenza 115/2018<sup>19</sup> e portato ad ulteriori e mature prese di posizione a difesa del vincolo testuale per l'interprete nelle pronunce 24 e 25 del 2019<sup>20</sup> e, da ultimo, nella 98/2021<sup>21</sup>, definita "un felice caso di serendipità giuridica"<sup>22</sup>. Tale filone, da un lato, ristabilisce con coraggio e fermezza il principio di stretta legalità, restituendo colore ai corollari della precisione/determinatezza e, in particolare, al divieto di analogia; dall'altro, intende chiudere la porta a metodologie interpretative "finalisticamente orientate" a garantire, in una prospettiva politico-criminale ispirata ad una qualche soggettiva e arbitraria *Wertrationalität*, una tutela 'costi quel che costi' ai valori in gioco, al punto da polverizzare la funzione garantistica del testo. Questo viene rivalutato in senso stretto, nella sua componente lessicale e semantica, dal momento che è attraverso il testo che un determinato fatto riceve valenza giuridica<sup>23</sup>, che il diritto penale assume rilevanza oggettiva e "media la dimensione del suo intervento nei rapporti sociali"<sup>24</sup>. In tal modo – è opportuno osservarlo – viene rafforzato il paradigma di giuridicità consustanziale al nostro Stato di diritto e alla nostra democrazia penale<sup>25</sup>. Da tale aspetto, che si dispiega in maniera diretta verso la ricchezza assiologica delle sfumature della realtà, il testo recupera la propria intensa capacità dialettica rispetto ai *fatti*. Esso, cioè, dimostra attitudine a coprire solo quei fatti espressione di significati materiali e offensivi che intercettano il nucleo di disvalore della fattispecie<sup>26</sup>.

---

<sup>18</sup> Condivide espressamente tale approccio interpretativo "tassativizzante", orientato ad una convinta perimetrazione della fattispecie entro i confini segnati dal testo, da ultimo, Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536, ove la Corte ha censurato, ritenendola espressione di procedimento analogico *in malam partem*, l'estensione dell'art. 353-*bis* c.p. anche ai casi di turbamento di procedure amministrative di affidamento diretto dell'appalto, che non presentino al suo interno alcuna procedura selettivo-comparativa tra più operatori economici, sia pure informale.

<sup>19</sup> C. cost., 31 maggio 2018, n. 115.

<sup>20</sup> C. cost., 27 febbraio 2019, nn. 24 e 25.

<sup>21</sup> C. cost., 14 maggio 2021, n. 98. Su questo nuovo filone costituzionale attento ad un'interpretazione tassativizzante, che mette al centro il criterio letterale, "inizio e fine di ogni esperimento esegetico", non più solo "*wishful thinking*" della dottrina, cfr. V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2021, pp. 1233 ss. Sul punto, altresì, C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 4/2021, pp. 1812-1813.

<sup>22</sup> L. RISICATO, [Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale 98/2021](#), in *DisCrimen*, 2/2021, p. 207.

<sup>23</sup> P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, II ed., Padova, 1972, p. 49 che specifica come la norma non crei l'oggetto giuridico tutelato, ma lo "trova nel fatto già esistente nella realtà", così la norma "non gli attribuisce se non il carattere della giuridicità".

<sup>24</sup> F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e «reati contro il patrimonio»*, Milano, 1980, p. 3.

<sup>25</sup> F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu), 29 gennaio 2016, pp. 2 ss.

<sup>26</sup> F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2021, p. 1224 chiarisce che il significato linguistico delle parole consta di tre cerchi concentrici: il primo offerto dai significati che sicuramente vi rientrano; il secondo dai significati incerti e l'ultimo da quelli che sicuramente non possono farne parte. Il chiaro autore spiega che quest'ultimo può costituire il limite dell'interpretazione "ma va accompagnato da una conferma tratta dagli usi socio-linguistici in atto e, conseguentemente, da una accurata motivazione sul



Questa rinnovata attenzione alla morfologia della disposizione determina che solo da essa possono prendere forma i criteri interpretativi (costituzionalmente orientati). Tali criteri “contano ormai un novero amplissimo e, soprattutto, sono frequentemente invocati dall’interprete senza precise regole di prevalenza dell’uno sull’altro”<sup>27</sup>, imponendosi, dunque, una necessaria gerarchizzazione<sup>28</sup>. Così, grazie alla “primazia del testo”, questi vengono ordinati e, altresì, selezionati: il procedimento di interpretazione conforme non è, dunque, totalmente libero, ma è “scelta tra più possibili significati, tutti interni però al perimetro semantico della disposizione”<sup>29</sup>. A fare da *pendant* necessario all’interpretazione testuale si troveranno quella offensivizzante, quelle conformi al canone della proporzionalità e al principio di colpevolezza<sup>30</sup>, chiudendo ermeticamente l’area applicativa della fattispecie attraverso – com’è stato detto – una vera e propria *deontologia ermeneutica*<sup>31</sup>.

Sul piano delle conseguenze pratiche, resta che sono ammesse quelle interpretazioni capaci di intercettare in maniera profonda “il senso del testo”<sup>32</sup>. Il risultato è la messa al bando di quelle scorciatoie esegetico-ricostruttive che, in una prospettiva teleologica, equiparano situazioni fenomeniche diverse, sul mero presupposto di una loro sovrapponibile capacità lesiva dei valori in gioco<sup>33</sup>. Tali scorciatoie implicano, infatti, il superamento degli invalicabili confini dell’analogia<sup>34</sup>, quale divieto irrinunciabile “per prendere sul serio il principio di legalità per l’interprete”<sup>35</sup>, non tollerando che un soggetto possa essere colpito “per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni

---

punto”.

<sup>27</sup> Ibidem, “dando volta a volta rilievo – a seconda dell’esito che si intende avvalorare – all’interpretazione testuale, storica, originalista, intenzionista, sistematica, teleologica, orientata ora alla *ratio legis*, ora alla ragionevolezza, ora alle conseguenze, ovvero evocando la tradizionale interpretazione conforme a Costituzione, o all’interpretazione conforme al diritto UE, alla Convenzione EDU ecc.”.

<sup>28</sup> V. MANES, *Sui vincoli costituzionali*, cit., p. 1238. In questo modo, si riesce ad evitare che l’interpretazione conforme, grazie all’ampia discrezionalità che affida al giudice, trasformi “silenziosamente” il principio di determinatezza, G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, p. 1430.

<sup>29</sup> F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1222.

<sup>30</sup> V. MANES, *ult. op. cit.*, pp. 1245 ss.

<sup>31</sup> Tenta di fissare uno ‘statuto dell’interpretazione’, partendo proprio dal ‘dovere di astenersi dalle ridefinizioni’, F. CONSULICH, [Cosi' è \(se vi pare\). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2020, pp. 45 ss. e, in particolare, pp. 69-70. Offrono un paradigma *deontologico* di ermeneutica, soprattutto con riguardo ai moduli costituzionalmente conformi e dei relativi principi cardine, V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente*, cit., pp. 6 ss.; D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche*, cit., pp. 45 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2020, pp. 1249 ss. G. AMARELLI, *legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1/2014, p. 417, invece, sembra valorizzare, accanto al criterio letterale, anche quello logico-sistematico e teleologico.

<sup>32</sup> D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche*, cit., p. 52 che osserva come “gli apporti conoscitivi dell’ermeneutica sono a favore di una ferma difesa della riserva di legge penale e del vincolo di soggezione alla legge” (p. 56).

<sup>33</sup> Evidenza tale aspetto C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem*, cit., p. 1809.

<sup>34</sup> Per una panoramica ricostruttiva delle varie posizioni sul divieto di analogia, cfr. G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, pp. 1254 ss.

<sup>35</sup> D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 52.

utilizzate dal legislatore”<sup>36</sup>. Per tali ragioni, è da condividere il sentiero logico-giuridico percorso dai giudici di legittimità per escludere la ricomprensione del fatto nel tipo legale del peculato: la posizione di quanti confidano ragionevolmente, sulla base di massime d’esperienza, nell’assenza di controlli sulla richiesta di rimborso non può corrispondere a quella di coloro che hanno disponibilità immediata dei fondi. Tale equazione, invero, rappresenterebbe un inammissibile procedimento analogico, censurabile ai sensi di una rigorosa interpretazione dell’art. 25, secondo comma, integrato dall’art. 27, comma primo e terzo, in considerazione dei riflessi soggettivi che un’eventuale incriminazione così giustificata sortirebbe. È la stessa Cassazione che lo sottolinea in maniera chiara: “la disponibilità rilevante ai fini del peculato spetta soltanto a chi ha un «potere di firma» e non si estende a chi si limita ad inserire nel procedimento «dati» necessari per giustificare il trasferimento del denaro stesso”<sup>37</sup>.

Queste sequenze argomentative consentono che la “democrazia penale”, riassunta nel principio di legalità, si manifesti in alcuni suoi postulati essenziali: inizialmente, attraverso il principio di offensività, inteso come “vettore di determinatezza”<sup>38</sup> della fattispecie tramite il disvalore d’azione e di evento<sup>39</sup>; poi, attraverso la frammentarietà e l’*extrema ratio*, che si riflettono nella costruzione del reato quale illecito di modalità di lesione<sup>40</sup>.

Ogni elemento testuale, a sua volta precipitato normativo di un fatto naturalistico, è portatore di un proprio peculiare disvalore<sup>41</sup>. In funzione giustificativa di tale argomento, è utile sottolineare, peraltro, che “soltanto per mezzo del riferimento diretto ai fatti si può determinare qual è la ragione giuridica effettiva della decisione”<sup>42</sup>. Ciò determina che il valore sostanziale che si nasconde dietro ogni contrassegno di tipicità ricava la propria fonte di legittimazione dai fatti, dal momento che “il legislatore può imporre una disciplina, ma non può innovare la logica immanente ai fenomeni”<sup>43</sup>. Se così non fosse, se dunque il testo fosse una formula vuota e astratta, ricollegandosi

<sup>36</sup> C. cost., cit. 98/2021, §2.4, ove si legge che “il divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte”.

<sup>37</sup> Cass., §3.3, p. 9.

<sup>38</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 239.

<sup>39</sup> N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale. L’illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, pp. 149 ss.

<sup>40</sup> C. PEDRAZZI, *op. cit.*, pp. 30 ss.; F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale*, cit., pp. 24 ss.; R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l’impraticabilità di un “equivalente funzionale” al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, p. 586. Sul carattere “lacunoso e incompleto” del diritto penale, come conseguenza dell’applicazione dei principi di frammentarietà ed *extrema ratio*, C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 165.

<sup>41</sup> P. NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., p. 41.

<sup>42</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 21.

<sup>43</sup> C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 7.

alla sua violazione il massimo sacrificio della libertà personale, esso non potrebbe pretendere osservanza<sup>44</sup>. Il rischio sarebbe quello di far scivolare nuovamente verso inaccettabili concezioni sanzionatorie il diritto penale<sup>45</sup>, ove il fatto tipico, “essendo privo di ogni contenuto qualificato di disvalore, assumeva connotati di neutralità”, nel senso che “non presentava requisiti sostanziali differenziali da altri tipi di illecito”<sup>46</sup>. Ne deriva un sacrificio, tra gli altri, del canone di effettività dell’intervento penale, che opera sia come “requisito di legittimità della pena”, sia come ultimo grado logico di valutazione politico-criminale, dopo quello di meritevolezza e bisogno di pena<sup>47</sup>.

La Cassazione, pertanto, sembra rimettere al centro del proprio apparato discorsivo la imperatività delle *modalità di lesione*: essa riconosce che il fatto illecito contestato avrebbe potuto essere qualificato come truffa ai sensi dell’art. 640-*bis* c.p., poiché “si era in presenza di documentazione falsa e finalizzata ad ottenere il rimborso inducendo in errore il detentore e distributore delle somme”<sup>48</sup>, o, al più, come indebita percezione di erogazione ai danni dello Stato (art. 316-*ter* c.p.)<sup>49</sup>, laddove i giudici di merito, all’esito del dibattimento, avessero escluso una forte attitudine decettiva della richiesta indebita di rimborso.

L’episodio criminoso, in effetti, presenta quella *cooperazione artificiosa* con la vittima richiesta da tali diversi congegni penali, che, insieme agli altri elementi di fattispecie, contribuisce alla costruzione del tipo criminoso legale, canale preferenziale per una stabilizzazione interpretativa del reato<sup>50</sup>. Riprendendo la distinzione classificatoria dei delitti contro il patrimonio prima accennata, nella categoria di reati costruiti su schemi di plurisoggettività impropria, l’attenzione offensiva si concentra sul danno perpetrato al soggetto passivo<sup>51</sup>; diversamente, nelle fattispecie di alterazione *abusiva* unilaterale del rapporto tra l’originario titolare e il bene, la prospettiva offensiva ruota attorno al concetto di *cosa*<sup>52</sup>. A tal proposito, nell’ipotesi in esame, mancando quella

<sup>44</sup> N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, su cui F. GIUNTA – L. EUSEBI – V. MAIELLO, [Gli “obbedienti” di Natalino Irti: una lettura penalistica](#), in *DisCrimen*, 27 dicembre 2021.

<sup>45</sup> R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano, 1984, p. 359. Sul punto, altresì, A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, pp. 4-5 e per i riflessi di tale concezione sulla categoria della colpevolezza, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 49.

<sup>46</sup> A. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela penale nei reati contro la pubblica amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006, pp. 23-24.

<sup>47</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2007, pp. 20 ss. e 27, che collega l’effettività dell’opzione penale anche alle *chances* accettabili ed empiricamente verificabili di raggiungere lo *scopo* di tutela della collettività”.

<sup>48</sup> Cass., § 3.5, p. 6.

<sup>49</sup> Cass., §10.3, p. 17.

<sup>50</sup> Sulla costruzione del tipo criminoso legale e sulla sua capacità di definire in maniera chiara l’area di operatività della fattispecie, cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quad. fior.*, 2007, p. 1310-1311; ID., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, pp. 16-17; C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 4.

<sup>51</sup> A questa prima categoria apparterebbe, come fattispecie emblematica, la truffa. Approfonditamente, sugli elementi costitutivi di questo reato, da ultimo, G.P. DEMURO, *La sequenza causale nella truffa*, Torino, 2022 e, in particolare, sull’elemento del danno, pp. 83 ss.

<sup>52</sup> C. PEDRAZZI, *op. cit.*, pp. 23 ss. e 63 ss.

“relazione cosale” costitutiva della appropriazione<sup>53</sup>, la sotto-fattispecie del rimborso indebito non avrebbe mai potuto integrare peculato.

Nei casi, invece, di autorizzazione preventiva di spese, poi strumentalizzate per finalità privatistiche, potrà al più venire in rilievo la figura della malversazione a danno dello Stato, di cui all’art. 316-*bis* c.p., aggravato dall’art. 61, n. 9, c.p., trattandosi di una condotta distrattiva di fondi (legittimamente) ricevuti<sup>54</sup>.

### 2.1. Segue. La centralità del contraddittorio tra le parti quale momento di emersione del fatto.

La Suprema Corte assegna un ruolo importante nella ricostruzione dei fatti, in particolare, ad uno specifico momento del contraddittorio, quello dell’esame dibattimentale della segretaria del capogruppo. Grazie all’apporto conoscitivo fornito dalla sua testimonianza è emersa una dinamica storica diversa da quella che aveva originariamente orientato l’accusa<sup>55</sup> all’atto dell’imputazione. La predetta fonte di prova aveva confermato che, in conformità con la normativa regionale di riferimento, i fondi a disposizione del gruppo consiliare venivano gestiti direttamente dalle sole persone del capogruppo e del tesoriere, riconoscendo, allo stesso tempo, che sulle richieste di rimborso “i controlli erano inaccurati, se non del tutto assenti”. Da questa affermazione e dalla ri-descrizione dell’episodio in termini più chiari e definiti, i giudici di legittimità ricavano l’occasione per sviluppare un argomento pregno di conseguenze rispetto all’inquadramento giuridico del fatto, specificando, in maniera assertiva, che “il lassismo dei controlli non era, certamente, una delega di gestione dei fondi”. Tale assunto scardina la tesi accusatoria<sup>56</sup>, che era stata accolta dalla corte territoriale, in forza della quale “i consiglieri regionali avevano la disponibilità delle somme stanziare per il funzionamento di ciascun gruppo, poiché potevano ottenerle semplicemente dichiarando di averne diritto”. Su questa fragile base argomentativa, l’accusa avrebbe dato conto dell’elemento della disponibilità giuridica del denaro, rilevante per l’integrazione del peculato.

---

<sup>53</sup> F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 5.

<sup>54</sup> Conclude in questo senso, sebbene rispetto all’ipotesi in cui sia il capogruppo ad appropriarsi dei fondi, criticando altresì la qualifica pubblicistica degli appartenenti ai gruppi consiliari, anche R. BARTOLI, *Appropriazione di denaro del gruppo*, cit., p. 2181 ss.

<sup>55</sup> D’altronde, “per pronunciare diritto bisogna conoscere in quali reali termini si è verificato un fatto e predicarne il significato giuridico, se ne ha”, G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Roma-Bari, 2020, p. 3, che pone la ricerca della verità storica (pur senza la pretesa di scoprire quella assoluta, che ritiene irraggiungibile) quale momento essenziale dell’azione della giustizia nei Paesi civili. Quest’aspetto è sottolineato altresì da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 107 che chiarisce che “solo se il tema del giudizio consiste in un fatto empirico tassativamente determinato in tutti i suoi elementi costitutivi esso può formare oggetto di prova in senso stretto, nonché di contraddittorio e d’imparziale accertamento”.

<sup>56</sup> In un’altra vicenda, nella quale era stato il presidente del gruppo consiliare ad essersi appropriato delle somme, era stato ritenuto integrato il delitto di peculato, Cass., sez. VI, 28 dicembre 2012, n. 49976 con nota di R. BARTOLI, *Appropriazione di denaro del gruppo consiliare regionale ad opera del suo presidente: peculato o malversazione ai danni dello Stato?*, in *Cass. pen.*, 6/2013, pp. 2175 ss.

La vicenda, così, rivela tutta la centralità che il processo, con le sue dinamiche probatorie, assume ai fini della corretta attuazione delle norme di diritto penale<sup>57</sup>: in altre parole, com'è stato icasticamente osservato da Tullio Padovani, "il diritto penale, fuori del processo, è invisibile"<sup>58</sup>.

Il caso in esame apre, dunque, uno squarcio di carattere più generale sui rapporti tra diritto penale e processo. In particolare, se da un lato è noto che il processo risulta essenziale ai fini della concretizzazione del diritto penale<sup>59</sup>, dall'altro non si può nascondere la indispensabilità di un diritto penale del *fatto* all'interno di un paradigma accusatorio di processo<sup>60</sup>.

Su queste premesse, evidente appare la correlazione biunivoca tra la funzione semantica del contraddittorio e le esigenze di garanzia e di tutela del diritto penale.

Il carattere dialettico del contraddittorio, pertanto, irrompe in queste sequenze, poichè senza il suo momento 'agonistico' *nella* formazione della prova non potrà emergere il fatto storico nella sua completezza<sup>61</sup>, inevitabilmente rimesso alla contesa dialettica delle parti, e, privato del fatto storico, non potrà trovare concretizzazione il

<sup>57</sup> T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità*, in *Ind. pen.*, 2/1999, p. 528.

<sup>58</sup> T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità*, cit., p. 528. Questo tema rinvia, inevitabilmente, a quello più ampio del rapporto di strumentalità tra diritto penale e processo, al quale l'illustre autore dedica le pagine successive del saggio citato: "il dogma della strumentalità del secondo rispetto al primo (...) in termini metaforici, delinea il ruolo del processo come quello di un «servo muto», indefinitamente ed illimitatamente disponibile a fungere per l'appunto da «apparato di trasmissione» e a soddisfare le esigenze di un sistema di valori dato *a priori*. In realtà, il processo ha da tempo abbandonato (se mai lo ha assunto) il ruolo dimesso e discreto che il dogma della strumentalità pretendeva di assegnargli. Esso ha assunto storicamente una funzione in varia guisa ma necessariamente selettiva rispetto alle inosservanze immesse nel suo circuito, trasformandosi in «servo loquace»". Ad avviso dell'autore, ad oggi, il processo avrebbe ottenuto "il ruolo di «socio paritario» del diritto penale nel definire i termini effettuali della rilevanza penale e della responsabilità. Attraverso la ricaduta sostanziale di strumenti processuali si prospetta addirittura una strumentalità «inversa», del diritto penale rispetto al processo, il quale finisce così con l'atteggiarsi quale «socio tiranno»". Prende spunto da questa metafora per analizzare i rapporti tra diritto penale e processo, V. GAROFOLI, *Il servo muto e il socio tiranno; evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2004, pp. 1457 ss.

<sup>59</sup> L. MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, in G.A. De Francesco-E. Marzaduri (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, p. 200. Lo rileva anche G. DI VETTA, *Tipicità e prova nell'accertamento dei fatti di «criminalità organizzata» di tipo mafioso*, in G.A. De Francesco-E. Marzaduri (a cura di), cit., p. 184 che sostiene che "ad essere abbandonata è soprattutto una concezione ingenua e fittizia del ruolo e della funzione che il fenomeno processuale riveste nella dialettica dell'ordinamento penale", prendendo progressivamente atto della "reale efficacia performativa che la dimensione processuale e le logiche probatorie che in essa si animano esercitano sulle categorie sostanziali, colte nella prospettiva dinamica della loro realizzazione pratica".

<sup>60</sup> Su questi aspetti, ampiamente F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoione*, III, Milano, 1991, pp. 55 ss. Per una ricostruzione delle origini, storiche e politiche, del processo accusatorio nella Modernità, individuate nella rivoluzione francese, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 115 ss. che, tuttavia, precisa che i principi che informano il rito accusatorio "hanno alle spalle una elaborazione più che bimillenaria che risale agli albori della civiltà occidentale: precisamente, a quella ricca e raffinata tradizione retorica e topica dell'*ars disserendi, inveniendi e iudicandi* che ebbe origine nella Grecia classica".

<sup>61</sup> T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 529.



diritto penale. Grazie al contraddittorio, dunque, viene garantito “il valore cognitivo del processo penale”<sup>62</sup> finalizzato alla corretta ricostruzione del fatto da accertare, strumentale anche alla propria utilità general-preventiva. Se non ci fosse, infatti, una fase di giudizio deputata a verificare la responsabilità penale di presunti autori di reato, difficilmente il sistema penale potrebbe essere dotato di efficacia e credibilità nei confronti dei consociati.

In assenza di contraddittorio, dunque, la prova perde quella propria bontà epistemologica<sup>63</sup>, quella autenticità contenutistica peculiare degli elementi che hanno resistito allo *stress test* della dialettica dibattimentale che consente al giudice di convincersi al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>64</sup>. D'altronde, tale “regola della ragion pratica” di giudizio “soccombe soltanto di fronte alla prova certa del contrario”, dal momento che “sarebbe vano pronunciare la riserva di legge, la tassatività, l'irretroattività e il divieto di analogia *in malam partem* se si potesse prescindere dalla certezza della prova in ordine alla commissione del fatto da parte dell'accusato e della sua colpevolezza”<sup>65</sup>. In quest'ottica, il rigoroso accertamento della verità storica rappresenta un indispensabile presupposto dell'attuazione del principio di legalità e dei suoi corollari.

La vicenda in esame ne è un formidabile esempio: senza la profondità dell'accertamento testimoniale, nel contraddittorio tra le parti, il giudizio di responsabilità sarebbe stato affidato alle risultanze delle sole attività d'indagine<sup>66</sup> dalle quali si sarebbe ricavata presuntivamente<sup>67</sup> la condotta appropriativa delle somme dalla generica prova dell'utilizzo privatistico dei fondi pubblici e dalla incompletezza della documentazione contabile a giustificazione delle spese. Siffatta sequenza argomentativa risponde appieno alla logica che segna le “fattispecie influenzate da un pensiero processuale”, ove “gli elementi costitutivi del reato sono definiti in base ad una logica prettamente probatoria”<sup>68</sup>. In queste ipotesi, tra le quali rientra la vicenda in esame,

<sup>62</sup> M. CECCHI, *La Corte europea torna sul testimone irreperibile e condanna l'Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2018, p. 968.

<sup>63</sup> M. CECCHI, *Una chiave di lettura per le precedenti dichiarazioni dell'irreperibile*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2018, p. 1491.

<sup>64</sup> A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit. A tal proposito, L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 123, riferendosi alla struttura logica della prova e al modo in cui le parti processuali si confrontano nella formazione della prova, assegna “la facoltà del giudice di accogliere come convincente l'ipotesi accusatoria (non se, ma) *solo se essa si accorda con tutte le prove e resiste a tutte le controprove raccolte*” (corsivo nostro). Segnala un costante trend di “marginalizzazione del contraddittorio”, manifestazione di quel “dominio del processo sul diritto sostantivo” riassunto nella già richiamata figura del “socio tiranno”, T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 541.

<sup>65</sup> M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. Pen.*, 2/2017, pp. 462-463.

<sup>66</sup> T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 542 annovera tra le cause di “marginalizzazione del contraddittorio” anche quella “interna al dibattimento” data “dall'impetuoso stravolgimento del «luogo», che sempre meno risulta essere sede applicativa di regole di formazione della prova, e sempre più si atteggia a sede traspositiva di prove formate aliunde, e cioè nelle indagini preliminari, in base a regole di traduzione tanto infittite di passaggi burocratico-formali quanto deprivate di contenuti autenticamente determinati dal contraddittorio”.

<sup>67</sup> Segnala la frequenza nelle sentenze di merito di “argomentazioni logiche assai elaborate allo scopo di superare prove dichiarative che non si è riusciti a dimostrare false”, M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, cit., p. 455.

<sup>68</sup> A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G.A. De Francesco-E. Marzaduri (a cura di), cit., p. 88. Sul punto altresì G. DI VETTA, *Tipicità e prova*, cit.,

prima dell'intervento della Suprema Corte, si affida la tipicità del reato contestato al compendio probatorio a disposizione, che subisce una torsione valutativa a sfavore dell'imputato<sup>69</sup>, sacrificando il principio dell'*in dubio pro reo*, "indispensabile completamento del principio di legalità penale" e "regola probatoria di giudizio diretta al giudice al fine di fissare un limite legale al suo libero convincimento"<sup>70</sup>.

L'attenzione al momento di confronto interno al giudizio penale risulta fondamentale per un ulteriore motivo. Sfruttando la penetrazione nella dinamica storica, alla quale segue il corretto inquadramento giuridico del fatto, si potrebbe altresì evitare il fenomeno, inteso nella sua accezione patologica e non virtuosa, di processualizzazione delle categorie sostanziali, su tutte, quella della tipicità<sup>71</sup>. Esso si annida nell'"anomalo rapporto che si instaura tra *deficit* di copertura di tutela penale, derivante sia dalle carenze strutturali manifestate nelle fattispecie sostanziali sia da *standards* di prova attenuati o semplificati, varati nella prassi al fine di colmare tale *gap* in sede applicativa"<sup>72</sup>. Il pieno esercizio del diritto di difesa, per natura interno al processo, appunto, consente di sterilizzare pratiche di aggiramento dei contrassegni di tipicità<sup>73</sup>. Nel caso di specie, oggetto dei tentativi di obliterazione processuale da parte dei giudici di merito, prontamente respinti dalla Cassazione, sarebbero stati l'elemento nel quale si concentrava il disvalore d'azione, dato dalla condotta appropriativa<sup>74</sup> e, prima ancora, il suo presupposto, offerto dalla disponibilità del bene, sul viziato presupposto che "quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto e si verifica un interscambio dei piani di valutazione"<sup>75</sup>. I giudici di legittimità hanno, pertanto, censurato il procedimento deduttivo avanzato dalla Corte d'Appello e hanno ristabilito la necessità di provare i singoli elementi della fattispecie rispetto al fatto storico venuto in rilievo nel dibattimento, ove era stato dimostrato che "la procedura di rimborso era attuata sulla base di un assegno emesso dal capogruppo a favore della segretaria, la quale, poi, versava i soldi per i rimborsi ai singoli consiglieri. Ciò è esattamente il

---

p. 186.

<sup>69</sup> A. GARGANI, *ult. op. cit.*, p. 96. Tali fenomeni di processualizzazione sono particolarmente ricorrenti nell'esperienza applicativa delle fattispecie associative di criminalità organizzata, ove "l'indeterminatezza dell'oggetto della prova pone la giurisprudenza nella condizione di poter integrare discrezionalmente i contenuti precettivi, in funzione delle concrete istanze repressive". Rileva questa commistione tra i piani della tipicità e della prova nell'ambito dei reati associativi, S. Fiore, *La teoria generale del reato*, cit., pp. 101 ss. In argomento, tra i tanti, G. DI VETTA, *Tipicità e prova*, cit., pp. 187 ss.; G. INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. Giust.*, 2002, pp. 581 ss.

<sup>70</sup> M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, cit., p. 455 e p. 462. Sull'oltre ogni ragionevole dubbio, di recente, L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Milano, 2020, pp. 141 ss.

<sup>71</sup> Su questo fenomeno, S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, pp. 131 ss.; A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali*, cit., pp. 89 ss.; ID., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Leg. Pen.*, 2013, pp. 839 ss.; G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, pp. 409 ss.

<sup>72</sup> L. MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, cit., p. 213.

<sup>73</sup> A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit., p. 851.

<sup>74</sup> Per una lettura tassativizzante e offensivizzante del delitto di peculato, sia consentito il rinvio a N.M. MAIELLO, *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato*, cit., p. 2762 ss.

<sup>75</sup> T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 539.



contrario dell'«attingere direttamente» (...) né ovviamente muta alcunchè il fatto che i controlli sulle richieste di rimborso fossero “leggeri”: non è elemento che incide sul possesso del denaro”.

### 3. L'*actio finium regundorum* tra responsabilità penale e contabile.

I profili che hanno motivato l'annullamento senza rinvio della sentenza d'appello, messi in luce con chiarezza e incisività argomentativa da parte del Supremo collegio, non si arrestano, tuttavia, ai vizi dell'inquadramento giuridico della vicenda in un fatto di peculato. Essi si spingono oltre e penetrano in una dimensione che attiene alla distribuzione dei poteri giurisdizionali tra i vari organi giudiziari nella nostra architettura costituzionale.

La Cassazione smentisce in partenza il *tipo* di sindacato esercitato dai giudici di merito: dalle loro ricostruzioni, più preoccupate a dare copertura giuridica penale alle condotte che a verificare con atteggiamento chirurgico la sussistenza dei singoli elementi della norma incriminatrice, sembra che questi abbiano ritenuto integrato “il reato di peculato quale precipitato penale del danno erariale”<sup>76</sup>. Oggetto di censura, dunque, è il tentativo dei giudici della cognizione di rendere fungibili presupposti e forme della responsabilità penale e di quella contabile, possibile grazie alla violazione di una garanzia processuale strumentale alle garanzie penalistiche sostanziali<sup>77</sup>, data dalla fisiologica ripartizione degli oneri probatori tra accusa e difesa<sup>78</sup>. In particolare, nei gradi della cognizione nella vicenda in esame, si rimetteva all'imputato l'incombenza di dimostrare la liceità delle spese di cui aveva ottenuto il rimborso. Ne derivava l'introduzione arbitraria di una valutazione presuntiva degli elementi probatori, inferenziali rispetto alla pronuncia di condanna. In questo modo, in altre parole, l'accusa veniva liberata del peso, consustanziale al modello accusatorio di processo, di provare l'elemento cardine del disvalore della fattispecie, dato dalla condotta appropriativa, in quanto “si afferma che se la spesa non è rimborsabile, ricorre comunque un reato, escludendo che possa esservi uno spazio residuo di indifferenza penale: la responsabilità per danno erariale integrerebbe sempre reato”<sup>79</sup>.

La sentenza in epigrafe si pone in linea di continuità con un'altra recente

---

<sup>76</sup> Cass., §14, p. 23.

<sup>77</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 546 ss.

<sup>78</sup> La Cassazione chiarisce che “la responsabilità contabile è sostanzialmente assimilabile alla responsabilità contrattuale del diritto civile e la responsabilità penale alla responsabilità extracontrattuale con la notoria diversità di onere della prova” (§13.2, p. 21). Sull'onere probatorio e sulla sua disciplina costituzionale, L. TAVASSI, *L'onere della prova*, cit., pp. 55 ss. e 109 ss.

<sup>79</sup> Cass., §10.3, p. 17. Cass., sez. VI, 13 novembre 2019, n. 2226, p. 18 aveva distinto i casi di “spese ontologicamente incompatibili con le finalità istituzionali” e quelli di “spese ambivalenti”, costruendo due statuti probatori differenti: rispetto alla prima categoria di spese, aveva imposto all'accusa un onere probatorio meno rigoroso, stante l'intrinseca finalità privata dell'utilizzo del denaro; in rapporto agli impieghi di denaro appartenenti alla seconda tipologia, invece, l'accusa doveva provare l'effettiva appropriazione delle somme da parte del p.a., mettendo l'altolà a schemi presuntivi.

pronuncia di legittimità, terminata anche con un annullamento senza rinvio, relativa ad ipotesi di appropriazione di cd. spese di rappresentanza da parte del sindaco *pro tempore* di Roma<sup>80</sup>. Anche in quella vicenda i giudici di merito avevano invertito l'onere probatorio, appiattendolo il giudizio di responsabilità penale su quello (eventuale) di rilevanza contabile: l'imputato, infatti, si trovava costretto a giustificarsi entrando nel merito della propria attività politica, per dimostrare il collegamento istituzionale delle spese con la funzione pubblica esercitata. In assenza di quest'ultimo, si sarebbe presuntivamente desunta l'appropriazione delle somme da parte dell'agente qualificato.

In sito in questo nuovo modo di distribuire i ruoli all'interno del processo, vi era il rischio di affidare la tipicità del reato alle ricostruzioni (e alle precomprensioni) del singolo giudice, con la conseguenza di creare fattispecie dalla "tipicità postuma"<sup>81</sup>: attraverso la salvaguardia delle garanzie processuali, segnatamente quella relativa alla corretta perimetrazione del *thema probandum*, s'intende ostacolare un impoverimento del fatto tipico, che apre a "scorciatoie presuntive", che portano a "ricostruzioni intuizionistiche sia sul fronte del fatto che – conseguentemente – sul fronte del dolo, posto che senza un *Tatbestand* non vi può essere neppure uno *Schuld tatbestand*"<sup>82</sup>.

Sullo sfondo di questo aggiramento dell'onere probatorio – si è detto – si maschera una sovrapposizione (*recte*, confusione) dei piani della responsabilità penale rispetto a quello della responsabilità contabile. I giudici del merito non si interessano di precisare con dovizia logico-argomentativa in quali termini si sarebbe verificata l'appropriazione, ma intendono ricavare la prova di questo elemento sindacando aspetti squisitamente afferenti alla sfera del giudizio erariale, su tutti quello dell'ammissibilità dei rimborsi "secondo concetti di ragionevole valutazione delle situazioni coperte dalla normativa sui rimborsi, addirittura di opportunità di organizzare gli incontri in modo da evitare dei costi"<sup>83</sup>. Oggetto della verifica giudiziale, dunque, non sono solo le condotte appropriative, ma anche quelle di "cattiva utilizzazione" dei fondi a disposizione<sup>84</sup>, realizzando così una equivalenza tra responsabilità contabile e quella penale: "sussistendo la prima sussiste sempre la seconda"<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Cass., 21166/2019, cit.

<sup>81</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, pp. 44-45. L'insigne autore osservava che "giuocano un ruolo fondamentale le vedute personali dell'interprete, (...) la preoccupazione per le conseguenze che la decisione può provocare sulla realtà esterna o sullo stesso reo, le aspettative dell'ambiente o di alcuni gruppi sociali, l'andamento contingente dei rapporti tra i diversi soggetti istituzionali ecc.". È attraverso le precomprensioni che l'attività del giudice finisce per assumere connotati inevitabilmente creativi in quanto questi foggia le fattispecie nel diritto vivente, G. FIANDACA, *Il diritto giurisprudenziale*, pp. 15-16. Nello stesso senso, sulle precomprensioni, cfr. altresì D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche*, cit., p. 49 che afferma che queste "riflettono l'immagine del mondo propria della nostra cultura, dal punto di vista dell'esperienza quotidiana, pre-scientifica, del vivere e dell'agire degli uomini: il mondo della storia".

<sup>82</sup> V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, p. 1146.

<sup>83</sup> Cass., §16, p. 24.

<sup>84</sup> La rilevanza penale del "cattivo utilizzo" del denaro pubblico rischia di riesumare la figura del peculato per distrazione a fini pubblici, riassunta nella cd. teoria dei fini istituzionali, che ha segnato il dibattito sul tema, scientifico e giurisprudenziale, degli anni '60, cfr. F. PALAZZO, *Il concetto di "distrazione" nel delitto di peculato*, Milano, 1972, pp. 32 ss. cui si rinvia anche per una panoramica delle varie posizioni interpretative.

<sup>85</sup> Cass., §13.2, p. 21.

Una sovrapposizione logica e criterio-logica su cui si concentrano – appunto – le gravi censure della sentenza in commento.

#### 4. Osservazioni conclusive.

La pronuncia in esame si lascia apprezzare per aver letteralmente demolito il ragionamento dei giudici di merito, risultato fallace nei presupposti, relativi al tipo e al modo di esercizio del proprio sindacato, e nelle conclusioni, avendo obliterato un elemento essenziale ai fini della ricostruzione del tipo criminoso legale attraverso schemi argomentativi di natura presuntivo-analogica.

Al di là degli approdi interpretativi raggiunti, tuttavia, è il rigoroso metodo logico-argomentativo utilizzato dai giudici di legittimità a dover essere evidenziato. La vicenda, infatti, si accinge a svolgere un importante ruolo di conferma – se non di consacrazione – della valorizzazione di tecniche interpretative tassativizzanti, manovrate con sensibilità e consapevolezza, nel pieno di una stagione costituzionale di (provvidenziale) esaltazione della dimensione linguistico-testuale della fattispecie, espressione del principio di determinatezza e, naturalmente, del principio di stretta legalità<sup>86</sup>: canone a mente del quale “l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo”<sup>87</sup>.

Al centro di questa ‘nuova epifania’ delle garanzie costituzionali appare nuovamente il delitto di peculato, impegnato in vicende giudiziarie che consentono di riaffermare le basi stipulative dell’intervento penale, all’indomani della già citata sentenza *Marino*: queste pronunce si candidano a rappresentare fonte di ispirazione per un saggio utilizzo del testo, inteso quale osservatorio di valori sulla realtà, e dei suoi metodi costituzionalmente orientati. Solo questa, del resto, pare la strada da percorrere per prevenire giudizi imprevedibili<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> C. Cost., 98/2021, §2.4 “nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte”.

<sup>87</sup> C. Cost., 115/2018, §11, p. 14.

<sup>88</sup> G. INSOLERA, *Il limite della legge*, in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, pp. 117 ss., mentre F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1225 ritiene che, con queste recenti prese di posizione, la Corte costituzionale si stia allontanando da un modello di legalità di Strasburgo, che individua il limite del divieto di analogia nella sostanza dell’incriminazione, mentre la Consulta nel limite del testo, in quanto “una decisione che viola la legalità testuale potrebbe comunque essere prevedibile”. Sul punto, altresì, G. INSOLERA, *Dall’imprevedibilità del diritto all’imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, pp. 1999 ss.