

Abstract

Il presente contributo analizza la funzione degli elementi normativi della fattispecie, il loro ruolo nelle tecniche di redazione delle norme incriminatrici e la loro compatibilità con alcuni principi costituzionali fondamentali. Nella seconda parte dell'articolo l'autore ha esaminato gli effetti derivanti da una modifica degli elementi normativi sul versante del diritto intertemporale e sulla rilevanza del dolo del soggetto agente. L'analisi si conclude riservando particolare attenzione alla tematica in commento con riferimento al delitto di peculato, alle sorti delle condotte distrattive dopo l'approvazione della legge n. 86 del 1990, alle problematiche sorte a seguito dell'emanazione del decreto legge n. 34 del 2020, nonché ai rapporti tra diritto penale e obbligazione tributaria.

Sommario: 1. Le modalità di redazione della fattispecie penale; 1.2. Il carattere problematico delle norme penali in bianco e la differenza con gli elementi normativi della fattispecie; 2. La funzione degli elementi normativi della fattispecie. Le posizioni della dottrina; 2.1. L'orientamento prevalente della giurisprudenza circa il diverso ruolo degli elementi normativi della fattispecie e delle norme da questi richiamati.; 2.2. Gli elementi normativi della fattispecie tra errore sul fatto, errore sul precetto e differenziazione di una norma incriminatrice di parte speciale; 3. Il delitto di peculato.; 3.1 La diversa fisionomia del delitto di peculato dopo la legge n. 86 del 1990; 3.2. Gli elementi normativi della fattispecie e il loro ruolo nel delitto di peculato: le condotte distrattive. 3.3 La perdurante rilevanza delle condotte distrattive: peculato o abuso d'ufficio; 3.4. Condotte distrattive e sindacato del giudice penale: un rebus ancora da risolvere; 4. Gestori di strutture alberghiere e delitto di peculato: l'art. 180 del decreto legge n. 34 del 2020 determina una successione mediata di leggi penali? 4.1. L'orientamento giurisprudenziale antecedente alla riforma.; 4.2. La sorte delle condotte antecedenti al decreto legge n. 34 del 2020. Le diverse posizioni della giurisprudenza di legittimità e di merito.; 4.3 Le criticità delle tesi prospettate dalla giurisprudenza di merito e relativi spunti di riflessione.; 5. Peculato e prelievo unico erariale e l'inestricabile interferenza tra soggetto attivo del reato e ruolo del gestore nell'adempimento dell'obbligazione tributaria.; 5.1. La qualifica di incaricato di pubblico servizio e il "maneggio di danaro altrui" quali presupposti necessari e sufficienti per integrare il reato di cui all'art. 314 c.p.

Gli elementi normativi della fattispecie e il loro ruolo nel delitto di peculato. Le modalità di redazione della fattispecie penale.

Il modello legale di comportamento la cui realizzazione comporta l'integrazione di una fattispecie criminosa può essere delineato attraverso una pluralità di tecniche normative, purché si rispettino alcuni principi fondamentali di rango costituzionale, tra cui assume preminente rilievo il principio di legalità e i relativi corollari.¹

Quest'ultimi, in particolare, sono costituiti dalla riserva di legge, dal principio di tassatività e dal divieto di retroattività della legge penale. Il loro rispetto delimita le scelte del legislatore nella "costruzione" di una norma incriminatrice di parte speciale. Sul punto appare opportuno procedere da subito ad alcune necessarie puntualizzazioni.

In primo luogo, occorre rilevare che la giurisprudenza costituzionale ha acclarato il carattere assoluto della riserva di legge in materia penale, atteso che il legislatore in tale area del diritto deve farsi carico

¹Sul tema la bibliografia in dottrina è davvero ampia. Per approfondire la tematica v. S. MOCCIA, La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/ tassatività nel diritto penale, Napoli, 2001, Edizioni Scientifiche italiane; F. PALAZZO, Il principio di determinatezza nel diritto penale, Padova, Cedam, 1979; M. RONCO, Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente, Giappichelli, Torino, 1979

del delicato compito di indicare in modo sufficientemente chiaro e preciso “*il contenuto, i presupposti applicativi, i limiti e l’oggetto del precetto la cui violazione implica l’assoggettamento a pena*”.²

Per tale ragione la dottrina a lungo dominante asseriva che le norme di rango sub-primario o elementi normativi della fattispecie possono rappresentare solo una specificazione delle scelte di politica criminale, già esaurientemente espresse con gli istituti a ciò legittimati sul piano costituzionale, cioè la legge approvata mediante il procedimento di cui agli artt. 70 e ss. della Costituzione, il decreto legislativo e il decreto legge.³

La Corte Costituzionale ha recepito tale posizione interpretativa in ordine alla sanzione penale, escludendo in virtù della assolutezza del principio della riserva di legge previsto dall’art. 25 Cost., qualsiasi facoltà per il legislatore di demandare alcun potere di scelta alla pubblica amministrazione.⁴

Tale principio, invece, si atteggia diversamente rispetto alla descrizione del comportamento sussumibile nella norma generale e astratta. Il giudice costituzionale, infatti, ritiene che la riserva di legge in questo caso abbia carattere “tendenzialmente” assoluto. Pertanto “è necessario che la legge consenta di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell’illecito, fornendo a tal fine un’indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati”.⁵

Alla luce dell’opinione appena ricordata la legge può effettuare un rinvio alle norme regolamentari poste in essere dalla pubblica amministrazione, abilitate a introdurre delle mere specificazioni tecniche di uno o più elementi già previsti dalla norma primaria sulla scorta di un criterio discrezionale indicato dalla stessa fonte legislativa.⁶

Un siffatto approdo ermeneutico tiene conto dell’esigenza di coniugare la garanzia approntata dall’art. 25 della Costituzione, volta ad assicurare la calcolabilità delle conseguenze penali delle proprie condotte, con la necessità di un tempestivo aggiornamento dell’ordinamento nei settori connotati da un elevato tecnicismo.⁷ La suddetta esegesi interpretativa, comunque, non implica una indebita rinuncia al monopolio normativo del legislatore in materia penale, poiché i regolamenti e gli atti degli organi pubblici non concorrono al compimento delle scelte politico criminali e alla selezione dei comportamenti penalmente rilevanti.⁸

1.2. Il carattere problematico delle norme penali in bianco e la differenza con gli elementi normativi della fattispecie.

Non possono essere taciute in questa sede le difficoltà che l’interprete incontra allorché sia tenuto ad applicare le surriferite coordinate ermeneutiche alle norme penali in bianco.

²Corte cost. sentenza n. 113 del 1972.

³Per una ricostruzione ampia della tematica v. F. Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, X edizione, Cedam, Milano, 2017, 48.

⁴Con la sentenza n. 26 del 1966, ad esempio, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 11 del R.D. N. 3267 del 1923 nella parte in cui attribuiva alle norme locali di polizia forestale emanate dalle Camere di Commercio il compito di stabilire la misura di sanzioni penali sia pure entro limiti legislativamente prefissati. In proposito cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, 59.

⁵Corte costituzionale, sentenza n. 333 del 1991.

⁶Sul punto R. Garofoli, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Nel Diritto Editore, Roma, 2017, 49.

⁷Cfr. tra i tanti contributi V. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, 38.

⁸D. Pulitanò, G. Forti, F. Stella, L. Eusebi, G. Fiandaca, G. Marinucci, M. Bertolino, E. Dolcini, E. Musco, T. Padovani, *Diritto Penale in trasformazione*, (a cura di) G. Marinucci, E. Dolcini, Giuffrè, Milano, 1985, 177 e ss.

Quest'ultime sono delle disposizioni attraverso le quali il legislatore sancisce la sanzione applicabile ad una determinata fattispecie, demandando a una fonte di rango sub-primario o a un provvedimento amministrativo la descrizione del contegno assoggettato a pena.

Emblematico sul punto è l'art. 650 del codice penale, che sanziona l'inosservanza dei provvedimenti emanati dall'autorità per ragioni di giustizia, di sicurezza, di ordine pubblico.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti tuttavia operano un distinguo tra norme penali in bianco ed elementi normativi della fattispecie, sebbene sulla scorta di differenti esegesi ermeneutiche.⁹

Secondo una prima posizione interpretativa emersa in dottrina la norma penale in bianco è una disposizione contenutisticamente vuota, cioè priva di precetto. Le disposizioni caratterizzate dalla presenza di un elemento normativo della fattispecie, viceversa, delineano da sé il comportamento sottoposto alla sanzione penale.¹⁰

Per i fautori di una diversa ricostruzione sistematica sia le norme penali in bianco sia gli elementi normativi della fattispecie abbisognano dell'integrazione del loro contenuto ad opera di una fonte di rango sub-primario o di un provvedimento amministrativo. L'elemento discretivo tra i due istituti va individuato, dunque, nella maggiore ampiezza del vuoto contenutistico che contrassegna le norme penali in bianco.¹¹

Il discrimen tra quest'ultime e gli elementi normativi della fattispecie risulta di piana soluzione, qualora basato sulla surriferita argomentazione, allorquando vengano in rilievo elementi normativi di natura tecnica o giuridica.

Le difficoltà sul piano interpretativo sembrano riemergere quando l'interprete debba confrontarsi con elementi normativi di natura etico- sociale, i quali effettuano un richiamo a concetti dai contorni elastici, fluidi e sfuggenti, suscettivi di un apprezzamento di segno diverso da parte della collettività in base al momento storico di riferimento.

In ragione delle perplessità cui si è fatto appena cenno, un'ulteriore opinione dottrinale ritiene che le norme penali in bianco si distinguano dagli elementi normativi in base alla funzione della norma richiamata dalla legge.

Nel primo caso, la violazione delle regole previste da un regolamento o da una determinazione dell'autorità amministrativa è la fonte diretta della responsabilità penale; nella seconda evenienza, invece, l'unico compito della regola estranea alla disposizione di parte speciale è quella di definirne con maggiore puntualità il contenuto e il significato.¹²

⁹Per una ricostruzione sintetica ma esaustiva v. S. Beltrani, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Giuffrè, 2018, 28 e ss.

¹⁰G.L. GATTA G.L., *Abolitio criminis e successione di norme integratrici. Teoria e prassi*, Milano, 2008, 80. V. anche S. BONINI, *L'elemento normativo della fattispecie penale, Questioni sistematiche e costituzionali*, 2016, Editoriale scientifica; G. CERQUETTI, *Teoria degli atti giuridici previsti nella norma incriminatrice*, Jovene, Napoli, 1973; G. VICICONTE, *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in AA.VV., *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, (a cura di) E. DOLCINI-T. PADOVANI-F. PALAZZO, Milano, 1994.

¹¹L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano, 2004, 180

¹²R. LANGE, *Strafgesetzbuch: mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 1956, 75 e ss.

Al di là dell'approdo ermeneutico cui s'intende aderire, si può riscontrare un minimo comun denominatore nelle posizioni interpretative summenzionate e cioè che le norme penali in bianco costituiscono un'autonoma categorie di norme.¹³

Esse contengono un precetto dal carattere generico che impone il rispetto di condotte descritte in altre sedi dell'ordinamento. Gli elementi normativi, invece, rappresentano soltanto una modalità attraverso la quale la scelta politico criminale riceve una puntuale declinazione.

Questa, in realtà, sembra l'impostazione di fondo seguita dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione circa i rapporti tra cause di sospensione della prescrizione e irretroattività della legge penale.

I giudici di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi sulla portata applicativa della causa di sospensione della prescrizione del reato introdotta di recente dal legislatore per ovviare alle difficoltà provocate dalla pandemia. Ai fini che qui interessano, le Sezioni Unite hanno avuto modo di chiarire che *“le particolari disposizioni di legge di cui all'art. 159 del codice penale, che impongano la sospensione del procedimento o del processo, costituiscono un mero elemento normativo della fattispecie”*.¹⁴

La Corte costituzionale, dal suo canto, ha escluso che il decreto legge n. 83 del 2020 comporti una applicazione retroattiva di una causa di sospensione della prescrizione. Per il giudice costituzionale gli artt. 159 e 160 del codice penale indicano in modo sufficientemente chiaro e preciso le ragioni e le contingenze processuali capaci di determinare una posposizione del tempo utile al decorso della prescrizione.”¹⁵

Ne consegue che il soggetto agente nel momento in cui gli viene elevata la contestazione dalla pubblica accusa afferente ad una sua potenziale responsabilità per il reato commesso è consapevole, sulla scorta delle norme in commento, che potrà (e quando potrà) verificarsi una causa di sospensione della prescrizione.

Ciò che esulerà dalla sua conoscenza, invece, è l'esatto segmento temporale in cui si realizzerà l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, atteso che quest'ultima, pur essendo un istituto di diritto sostanziale, è influenzata dagli imprevedibili e inevitabili accadimenti che connotano la singola vicenda processuale.

I primi commentatori delle sentenze sopra menzionate hanno posto in evidenza, esprimendo un'opinione ampiamente condivisa da chi scrive, che le singole disposizioni di legge previste di volta in volta dal legislatore, come l'art. 83, comma IV, del decreto legge n. 18 del 2020, devono essere prese in considerazione solo per verificare la sussistenza nel singolo processo di un evento idoneo a sospendere il decorso della prescrizione. In altri termini, la loro esclusiva funzione è quella di

¹³ Si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, X edizione, Cedam, Milano, 2017, 48 e ss.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. Unite, sentenza n. 5292 del 2021.

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 278 del 2020. La Consulta ha testualmente affermato che *“l'art. 159, primo comma, del cod. penale, ha una funzione di cerniera perché contiene, da una parte, una causa generale di sospensione – secondo cui il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale è imposta da una particolare disposizione di legge» e dall'altra, una catalogazione di altri “casi” particolari. ...Tale previsione rispetta il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., avendo un contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge, le quali devono comunque rispettare il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) e quello di ragionevolezza e proporzionalità”*

consentire all'interprete di comprendere se sussistono i requisiti indefettibili per l'applicazione dell'art. 159 c.p.¹⁶

Da quanto esposto, assume carattere assolutamente rilevante e assorbente la circostanza che la norma appena menzionata non sia stata considerata priva, in tutto o in parte, di precetto primario.

Viceversa e a contrario, se detto prisma codicistico fosse stato sussunto al genus delle norme penali in bianco, la sua assoluta genericità e indeterminatezza avrebbe sollevato dubbi e perplessità sulla legittimità costituzionale della disciplina in commento, attesa la sua potenziale inidoneità a garantire la prevedibilità *ex ante* delle regole che in via generale ed astratta governano la prescrizione del reato.¹⁷

2. La funzione degli elementi normativi della fattispecie. Le posizioni della dottrina.

Quanto alla funzione degli elementi normativi, è possibile rammentare nuovamente che si può ricorrere a diverse tecniche di normazione per la redazione di una fattispecie criminosa.

Innanzitutto il legislatore può avvalersi di clausole generali. L'imprecisione e la genericità delle suddette clausole desta notevoli dubbi circa la loro compatibilità con l'art. 25 della Costituzione.

In proposito, però, la giurisprudenza costituzionale ha puntualizzato che l'utilizzazione da parte del legislatore di locuzioni aventi una pluralità di significati o contrassegnate da una notevole latitudine contenutistica non determina l'automatica violazione del principio di determinatezza previsto dall'art. 25 della Costituzione.

La norma incriminatrice, infatti, non può essere reputata costituzionalmente illegittima se, in base alla sua collocazione sistematica e tenuto conto dello scopo perseguito con essa, permette all'autorità giurisdizionale e agli interpreti di sussumere il contegno del reo nel campo applicativo della fattispecie generale ed astratta." ¹⁸

¹⁶Così G. L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sistema Penale*, 26 dicembre 2020: "Le singole disposizioni di legge non aggiungono nulla alla descrizione della fattispecie sospensiva della prescrizione di cui all'art. 159 c.p., che è completa nello stabilire una corrispondenza automatica tra sospensione del processo e sospensione della prescrizione. Quella disposizione non si incorpora nella legge penale, assumendone la natura e attirandone le garanzie costituzionali, a partire da quella di cui all'art. 25, co. 2 Cost.: resta processuale e soggetta alle sole garanzie costituzionali previste per le leggi processuali, tra le quali non si annovera l'irretroattività".

¹⁷Sulla decisione della Corte costituzionale concernente la causa di sospensione della prescrizione non si registra unanimità di vedute. Sul punto si veda D. Tenenbaum, *Penale, Diritto e Procedura*, 15.3.2021. Nel contributo appena citato si obietta che "un conto è dire che l'imputato non possa sapere esattamente quando il reato cadrà in prescrizione in quanto non può conoscere a priori quali fattori, tra quelli astrattamente previsti come in grado di incidere sul corso della prescrizione, si realizzeranno nel caso concreto; altro conto è dire che l'imputato sia esposto al rischio dell'introduzione di ulteriori fattori, non solo non predeterminabili ma neanche individuabili *ex ante*, che rispondono a diverse e variegiate scelte legislative successive al fatto di reato."

¹⁸La Corte costituzionale con la sentenza n. 5 del 2004 ha dichiarato che "l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un vulnus del principio di determinatezza, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice — avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca — di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile" Cfr. anche Corte cost. sentenza n. 31/1995; 34 del 1995; n. 263 del 2000.

La precisazione appena effettuata assume particolare importanza rispetto alla tematica dell'analogia esplicita mediante la quale il legislatore anticipa la descrizione della condotta criminosa consentendone l'applicazione "in casi simili o analoghi".

La dottrina prevalente ritiene che un simile modello di incriminazione risulta conforme al principio di tassatività nella misura in cui l'estensione applicativa della disposizione di parte speciale viene realizzata dal legislatore facendo ricorso ad un'esemplificazione casistica di carattere omogeneo.¹⁹

L'analogia esplicita, dunque, è da ritenersi consentanea all'art. 25 quando le fattispecie implicite volte a completare il novero dei comportamenti descritti esplicitamente siano poste a tutela del medesimo bene giuridico e volte a realizzare la medesima finalità.²⁰

Ciò posto, la seconda tecnica utilizzabile per delineare il contenuto di una disposizione di parte speciale è quella dell'elencazione analitica delle azioni assoggettabili a pena. Il rischio correlato alla stessa è il verificarsi di una elefantiasi normativa suscettibile di rendere poco intellegibile il precetto normativo.

Secondo autorevole dottrina, dunque, è preferibile tipizzare delle tipologie ontologiche di aggressione al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, sul piano modale, per quanto concerne i reati a forma vincolata, e sul piano causale, in ordine ai delitti a forma libera.²¹

La tipizzazione delle condotte ritenute bisognose di pena, poi, può essere effettuata dal legislatore avvalendosi sia di elementi descrittivi, sia di elementi normativi.

Nella prima fattispecie la legge si limita a richiamare una realtà naturalistica che, soprattutto se espressa in termini numerici, ammantata di chiarezza e precisione la norma di carattere penale, in ossequio al principio di determinatezza e ai canoni convenzionali della prevedibilità e accessibilità della base legale.

La plausibilità di quanto affermato si può scorgere nell'osservazione in base alla quale "*i cd. elementi descrittivi della fattispecie sono quegli elementi la cui percezione postula il semplice riferimento all'esperienza: il concetto di << uomo >> nell'art. 575 c.p. è di questa natura, perché il giudizio circa l'identità umana di un essere vivente è, per così dire, immediatamente incorporato nella percezione dell'oggetto.*"²²

Nel secondo caso, la definizione di un contegno penalmente rilevante necessita della fruizione di concetti ed istituti propri di altre branche dell'ordinamento giuridico o di canoni etico sociali.²³

¹⁹Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale, Parte Generale*, Cedam, Padova, 2001, 76. G. Vassalli, *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto Penale*, I, Torino, 1987, 158 e ss.

²⁰Così Corte costituzionale, sentenza n.79 del 1982. In tempi più recenti v. sentenza n. 327 del 2008, con la quale la Consulta ha ritenuto infondate le censure mosse avverso il cd. disastro innominato, con il quale il legislatore mira a colmare ogni lacuna nel sistema di tutela predisposto con i delitti contro l'incolumità pubblica.

²¹In ordine ai criteri per la formulazione determinata della norma v. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 199, 312 e ss.

²²T. PADOVANI, *Diritto Penale*, XII Edizione, Giuffrè, Milano, 2019, 37.

²³Cfr. C. Fiore, S. Fiore, *Diritto Penale, Parte Generale*, Utet Giuridica, Milano, 2008, 72. Quanto alla maggiore determinatezza degli elementi descrittivi, in chiave critica si esprime la considerazione per cui "*la realtà della normazione penale è contrassegnata da un intreccio di elementi descrittivi e di elementi normativi; ma c'è altresì da considerare che da un lato, a norme fondate, in apparenza, interamente su elementi descrittivi, può non corrispondere affatto un tipo delittuoso sufficientemente determinato; e che, dall'altro, anche gli elementi normativi hanno una funzione descrittiva a cui è assolutamente impossibile rinunciare. A ciò si aggiunga che spesso elementi tipicamente descrittivi- in quanto correlati a dati della realtà empirica- presuppongono momenti valutativi: si pensi al significato dei termini incendio, disastro e simili negli articoli 424 e ss. c.p.*"

A titolo esemplificativo, è possibile menzionare la nozione di cosa altrui su cui si fonda il reato di furto di cui all'art. 624 del codice penale o quella di violenza, il cui significato unitario, per tutti i rami dell'ordinamento, è rinvenibile nell'art. 1434 del codice civile. Infine, è possibile evocare le nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio delineate dagli artt. 357 e ss. del codice penale, poste a fondamento dei delitti contro la pubblica amministrazione.

Nella fonte diversa dalla norma incriminatrice l'interprete potrà comprendere cosa significa l'espressione "cosa altrui" di cui all'art. 624 del c.p., ma la disciplina extra-codicistica o comunque estranea alla disposizione di parte speciale non potrà mai stabilire in via immediata ed autonoma ciò che è lecito e ciò che non lo è, perché si verificherebbe una violazione dell'art. 25 della Costituzione.

La ricostruzione sistematica appena delineata costituisce una conferma diretta ed esplicita dei limiti e della funzione espletata dagli elementi normativi della fattispecie.

Infatti, come ben spiegato da autorevole dottrina, *"il rinvio effettuato dalla norma incriminatrice ad altra norma giuridica può dirsi costituzionalmente legittimo e conforme al principio di tassatività di cui all'art.25 Cost. ad una duplice condizione: non deve dare adito ad incertezze né in ordine all'individuazione della norma richiamata, né in ordine al suo ambito applicativo e al relativo contenuto"*.²⁴

In realtà, le eventuali norme extragiuridiche richiamate dagli elementi normativi della fattispecie non pongono particolari problemi circa la loro conformità al principio di tassatività se hanno natura tecnica.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle regole dell'arte medica la cui violazione può fondare un giudizio di responsabilità per colpa ex art. 43 del codice penale.

Destano maggiori perplessità, invece, le fattispecie in cui gli elementi normativi effettuino un rimando a canoni valutativi di natura etico sociale.

È possibile rammentare in proposito la circostanza attenuante dell'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale di cui all'art. 62 n.1 c.p.²⁵

Non può disconoscersi, tuttavia, l'esigenza politico criminale sottesa ai rinvii realizzati dagli elementi normativi della fattispecie a norme di natura etica e sociale. Da un lato, tale tecnica di normazione rappresenta un innegabile fattore di potenziale indeterminatezza delle fattispecie incriminatrici; d'altro canto, però, essa costituisce l'unica modalità per aprire le porte dell'ordinamento all'evoluzione dei costumi e fronteggiare i problemi posti da una società multiculturale.²⁶

²⁴G. MARINUCCI - E. DOICINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, Nona Edizione, Giuffrè, Milano, 2020, 74

²⁵Talvolta alla genericità della locuzione utilizzata dal legislatore consegue un'interpretazione giurisprudenziale restrittiva. In proposito secondo autorevole dottrina l'interpretatio abrogans di cui è oggetto l'art. 62 n. 2 riposa su due errori concettuali. Il primo consiste nella sovrapposizione tra la meritevolezza dell'azione in sé considerata, sempre immorale per definizione, e il motivo della condotta, moralmente apprezzabile. In secondo luogo, il costante riferimento della giurisprudenza prevalente agli atteggiamenti etico sociali prevalenti ai fini dell'applicazione della norma comporta la sottrazione automatica dal suo campo applicativo di quei valori e convincimenti ascrivibili ad una cerchia ristretta di soggetti. Per un approfondimento della tematica v. L. Vergine, sub art. 62, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, 2006, 656 e ss.

²⁶Sul punto v. F. BASILE, *Immigrazione e 'reati culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010. Cfr. anche C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente orientati, Ideologie e modelli penali*, in *Jura. Temi e problemi del diritto*, Pisa, 2010; A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

2.1. L'orientamento prevalente della giurisprudenza circa il diverso ruolo degli elementi normativi della fattispecie e delle norme da questi richiamati.

Gli elementi normativi della fattispecie possono costituire solo dei meri presupposti applicativi della fattispecie oppure contribuiscono a delineare "il volto del reato".

Il distinguo merita di essere approfondito poiché sono immediate e rilevanti le conseguenze rispetto al fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo.

Se l'elemento normativo costituisce mero presupposto applicativo della fattispecie non è applicabile l'art. 2, comma II, del codice penale. Sul punto si registrano numerose pronunce giurisprudenziali.

La Corte di Cassazione, a titolo esemplificativo, ha avuto modo di chiarire che "*il passaggio da una moneta all'altra avente corso legale nello Stato non dà luogo a successione di leggi penali nel tempo e non elide la possibilità di applicare l'art. 453 del codice penale a coloro che hanno posto in essere il comportamento penalmente rilevante prima del suddetto mutamento.*"²⁷ I giudici di legittimità, inoltre, hanno escluso "*la non punibilità del delitto di calunnia qualora il reato di cui è stata ingiustamente incolpata la persona offesa sia stato depenalizzato.*"²⁸

La conclusione argomentativa cennata si spiega perché in codesta situazione si è già verificata una lesione alla corretta amministrazione della giustizia e rimane immutata la portata offensiva del contegno realizzato rispetto alla reputazione del soggetto passivo della condotta criminosa.

Infine, in una delle sentenze più rilevanti in materia, la Corte di Cassazione ha asserito che l'adesione di un Paese terzo all'Unione Europea non è ostativa all'applicazione dell'art. 14, comma 5 ter, del decreto legislativo n. 286 del 1998. Infatti, pur non essendo più assoggettabile a pena il cittadino proveniente dallo Stato ormai membro dell'Unione Europea, detta circostanza non ha determinato il venire meno della volontà punitiva del legislatore in ordine ai comportamenti capaci di mettere a repentaglio la corretta e ordinata gestione dei flussi migratori."²⁹

In proposito, autorevole dottrina, se tendenzialmente concorda con siffatte risultanze esplicative, talvolta si attesta su posizioni interpretative decisamente e nettamente antagoniste ad esse.³⁰

Invero, nessuno dubbio viene nutrito circa l'assenza di conseguenze in ordine all'applicabilità dell'art. 453 del codice penale a seguito del mutamento della moneta avente corso legale nello Stato, con la consequenziale esclusione di problematiche in punta di diritto intertemporale.

²⁷Cass. Pen, sez. V, sentenza n. 39813 del 2014.

²⁸Cass. Pen sez. VI sentenza n.7729 del 2016; cfr. anche Cass. Pen., sez.VI, sentenza n. 35800 del 2007.

²⁹Cass. Pen. Sez. Un., sentenza n. 2451 del 2008. I giudici di legittimità hanno avuto modo di chiarire la propria posizione affermando che "*l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extra-penali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extra-penale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extra-penale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato. In questo caso ci si trova in presenza di un'abolitio criminis parziale, analoga a quella che si verifica quando è la stessa disposizione penale ad essere modificata con l'esclusione di una porzione di fattispecie che prima ne faceva parte*".

Sulle incertezze generate dalla pronuncia delle Sezioni Unite si sofferma M.F. Cucchiara, La Corte di Giustizia UE sulle cd. "modifiche mediate": depositata la sentenza Paoletti e altri il 6 ottobre 2016, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 10. L'autore constata che "la distinzione tra norma extrapenale che "rileva solo per la qualificazione di un elemento" e norma extrapenale che invece rileva "per l'assetto giuridico che realizza" non risulta del tutto chiara alla luce della pronuncia e sembra aprire la strada a valutazioni che esulino dal mero confronto strutturale tra fattispecie astratte".

³⁰ V. G. FIANDACA- E. FUSCO, *Diritto Penale parte generale*, Zanichelli, 2019, 98 e ss.

Una simile argomentazione, viceversa, non viene ritenuta plausibile e condivisibile in ordine a quanto statuito dalla giurisprudenza di legittimità in merito ai rapporti tra art. 14 *ter* del decreto legislativo n. 286 del 1998 e il diritto europeo. Ciò perché la condotta prima incriminata e incriminabile è stata elevata a rango di diritto fondamentale riconosciuto come tale in sede sovranazionale.³¹

Negare, dunque, che l'intervento normativo abbia dato luogo ad una successione mediata di leggi penali significherebbe provocare in modo irragionevole una disparità di trattamento, fondata sul mero fattore temporale del contegno posto in essere, nonché comprimere libertà e diritti che lo Stato deve riconoscere ad ogni cittadino europeo in virtù della cessione di sovranità all'Unione Europea avvenuta *ex art.* 11 della Costituzione e del necessario ossequio agli obblighi internazionali assunti *ex art.* 117.

La posizione interpretativa in commento non viene ritenuta tale da capovolgere la funzione degli elementi normativi della fattispecie, in quanto risulta indiscusso in dottrina e incontrovertibile sul piano fattuale che gli stessi talvolta possono contribuire a delineare il volto della fattispecie penale.³²

La non punibilità dell'associazione a delinquere a fini di sciopero a partire dal momento in cui quest'ultimo è stato riconosciuto come diritto costituzionalmente garantito, nonché a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale cui sono state sottoposte le norme della parte speciale del codice penale che ne sancivano l'illiceità *tout court*, ne costituisce un riscontro incontrovertibile.³³

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione tuttavia, chiamate ad occuparsi successivamente di una differente questione rispetto a quella appena rammentata, hanno posto in rilievo un aspetto talvolta negletto dagli interpreti circa il rapporto tra elementi normativi e successione delle leggi penali nel tempo.³⁴

Nel caso di specie, la giurisprudenza di legittimità ha dovuto risolvere la diatriba interpretativa sorta intorno all'efficacia del decreto legislativo n. 5 del 2006 sulla perdurante rilevanza penale della bancarotta patrimoniale societaria nell'amministrazione controllata a seguito della soppressione di tutti i riferimenti a tale istituto contenuti precedentemente nelle disposizioni normative di matrice fallimentare.

Il giudice di legittimità, invero, ha demarcato in maniera piuttosto chiara i rapporti tra elementi normativi della fattispecie e successione delle leggi penali nel tempo.

³¹La ipotesi di cui si discorre muove dalla premessa secondo la quale la nozione di "fatto" non può assumere significati diversi in ordine al primo e al secondo comma dell'art. 2 del codice penale, concernenti rispettivamente una nuova incriminazione e l'abrogazione di quella preesistente. Pertanto dovendo l'interprete fare riferimento a tutti i presupposti applicativi rilevanti ai fini dell'applicazione della disposizione di parte speciale, non vi è più alcuna ragione per ritenere privo di rilevanza l'intervento legislativo posteriore alla luce del quale l'autore del reato non è più punibile. V. T. Padovani, *Diritto Penale*, II Edizione, Giuffrè, Milano, 1993, 52 e ss. Per ulteriori approfondimenti A. Pagliaro, voce *Legge penale*: in *Enc. Giuridica Treccani*, XXIII, Milano, 1978, 137.

³²Sul punto cfr. C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge più favorevole*, CUEM, Milano, 2008; G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Volume I, Giuffrè, 2001.

³³Così F. Mantovani, *op. citata*, 85.; Sul punto va evidenziato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 31 del 1969 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 330, primo e secondo comma, del Codice penale, limitatamente all'applicabilità allo sciopero economico che non comprometta funzioni o servizi pubblici essenziali, aventi caratteri di preminente interesse generale ai sensi della Costituzione.

³⁴Cassazione Penale, Sez. Un. n. 24468 del 2009. Per una disamina completa delle opinioni espresse dalle Sezioni Unite; cfr. G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 ottobre 2010.

In primo luogo, viene notato che ai fini dell'applicabilità dell'art. 2, comma II, è necessario compiere un confronto strutturale, in astratto, tra la norma precedentemente in vigore e quella successivamente emanata.

In secondo luogo, può discorrersi di *abolitio criminis* solo se e nella misura in cui l'intervento normativo abbia alterato la fisionomia della fattispecie penale, restringendone il campo applicativo ed espungendo talune classi di condotte da quelle sussumibili nel novero della norma generale ed astratta.

Infine- ed il punto appare decisivo- le Sezioni Unite rimarcano la radicale diversità che intercorre tra la modifica dell'elemento normativo e un intervento riformatore delle norme richiamate dallo stesso. Nel primo caso cambia il contenuto della disposizione di parte speciale nella parte in cui descrive il comportamento assoggettato a pena; nella seconda ipotesi, la norma richiamata dall'elemento normativo è mero presupposto applicativo della fattispecie criminosa, la cui modificazione è inidonea a delineare una diversa fisionomia dell'illecito penale.³⁵

2.2 Gli elementi normativi della fattispecie tra errore sul fatto, errore sul precetto e differenziazione di una norma incriminatrice di parte speciale.

Ciò premesso, la disamina degli elementi normativi della fattispecie necessita di ulteriori approfondimenti, data la sua rilevanza quanto al substrato soggettivo del reato e all'eventuale errore da cui è "contaminato" il comportamento sanzionato.

Allorché il soggetto agente cada in errore sul significato giuridico dell'elemento normativo, quest'ultimo dovrà considerarsi alla stregua di un errore inescusabile sulla legge penale, salvo ricorra un'ignoranza inevitabile e scusabile *ex art. 5* del codice penale, così come interpolato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 364 del 1988.³⁶

Quando il reo violi la legge penale ma si rappresenta e intende realizzare un fatto diverso da quello incriminato la sua azione non è censurabile. La condotta di chi sottrae una cosa altrui credendola propria, ad esempio, integra un errore sul fatto, il quale, *ex art. 47*, comma III, del codice penale, determina la non punibilità di chi ha posto in essere l'azione.

Ancora, la presenza di un elemento normativo della fattispecie o la direzione finalistica della condotta realizzata rispetto allo stesso, può comportare l'applicazione di una disposizione di parte speciale in luogo di un'altra: emblematiche sul punto, sono le distinzioni tra peculato e l'appropriazione indebita, basata sulla qualifica normativa di cui è titolare il soggetto attivo del reato di cui all'art. 314 del codice penale, nonché tra peculato e abuso d'ufficio poggiante sull'elemento della distrazione.

³⁵Cassazione Penale, Sez. Un. n. 24468 del 2009. I giudici di legittimità hanno affermato che "*se l'intervento legislativo posteriore altera la fisionomia della fattispecie, nel senso che sopprime un elemento strutturale della stessa e, quindi, la figura di reato in essa descritta, ci si trova - di norma - di fronte ad una ipotesi di abolitio criminis, il fatto cioè, già penalmente rilevante, diventa penalmente irrilevante per effetto dell'abrogazione di quell'elemento, quale conseguenza del mutato giudizio di disvalore insito nella scelta di politica criminale; in questo caso, non può non trovare applicazione la disciplina prevista dall'art. 2 c.p.*"

³⁶La rilevanza dell'errore sulla legge extra-penale è una tematica molto delicata. L'asserzione nel presente scritto postula la rilevanza dell'errore sul precetto tutte le volte in cui abbia provocato la volizione, la rappresentazione e la realizzazione di un fatto diverso da quello descritto dalla norma incriminatrice di parte speciale. Tra i tantissimi contributi dottrinari si veda G. GRASSO, *Considerazioni in tema di errore sulla legge extra-penale*, in *Riv. It.*, 1976, 138; G. FLORA, *voce Errore*, in *Dig.disc.pen.*, Torino, IV, 1990, 255; M. DONINI, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *Indice Penale*, 1987, 147 ss.

3. Il delitto di peculato.

I riferimenti appena eseguiti consentono di aprire le porte delle riflessioni del presente scritto al ruolo degli elementi normativi nel delitto di peculato e alle problematiche sorte con riferimento alla successione mediata di leggi penali nel tempo.

Il delitto di cui all'art. 314 del codice penale è un reato a soggettività ristretta, ovvero realizzabile soltanto da chi sia titolare di una pubblica funzione o incaricato dello svolgimento di un pubblico servizio.³⁷

La ratio di tale disposizione consiste nell'avvertita esigenza di punire in modo autonomo e più severo delle ipotesi qualificate di appropriazione indebita di beni nella disponibilità dell'autore del reato in violazione dei suoi doveri d'ufficio, dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

Il peculato, pertanto, si *“ravvisa unicamente in presenza di un presupposto materiale, vale a dire quando la condotta appropriativa del pubblico funzionario verte sul denaro o sulla cosa mobile di cui egli abbia il possesso o la disponibilità per ragioni di ufficio o servizio.”*³⁸

Quanto al suo oggetto materiale si reputa tale ogni entità materiale suscettibile di essere trasportata da un luogo ad un altro, purché dotata di un valore economico non esiguo.³⁹

Secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza, poi, il reato previsto e punito dall'art. 314 ha natura plurioffensiva, tutelando sia il buon andamento della pubblica amministrazione sia il patrimonio del soggetto leso dalla condotta appropriativa.⁴⁰

La fattispecie criminosa de qua, invero, ricopre un ruolo principale nel novero dei reati contro la pubblica amministrazione, come evincibile dalla sua collocazione sistematica, ovvero in apertura del titolo II del libro II del c.p., nonché dalle pene particolarmente severe che contrassegnano la disposizione in esame.

Indiscutibile, inoltre, è la sua rilevanza applicativa, desumibile anche dalla notevole evoluzione normativa che ha caratterizzato nel tempo l'art. 314 del codice penale.

3.1. La diversa fisionomia del delitto di peculato dopo la legge n. 86 del 1990

Il legislatore con la legge 86 del 1990 ha modificato l'insieme di norme concernenti il delitto di peculato, abrogando gli articoli 315 e 324 del codice penale, che prevedevano e punivano la malversazione a danno di privati e l'interesse privato in atti d'ufficio.

Sotto un diverso e complementare versante all'interno dell'art. 314 c.p. è stato inserito un secondo comma, con il precipuo fine di sanzionare il cd. peculato d'uso. La novella normativa, al contempo, ha espunto dal testo della norma de qua qualsiasi richiamo alle condotte distrattive.

Giova osservare che la novella del 1990 muoveva dal bisogno di adeguare il quadro normativo in materia penale alla più ampia e profonda trasformazione della nozione di pubblica amministrazione,

³⁷ Per un approfondimento della rilevanza sistematica dei reati propri si rimanda ad G. ALLEGRA, *Norme penali speciali e reati speciali*, in *Annali*, 1935; A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *AA.VV. Ben. Giuridico e riforma della parte speciale*, (a cura di) A.M. STILE, Napoli 1985, 18 e ss.; A. GULLO, *Il reato proprio*, Milano, 2005.

³⁸ Così R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *Questioni fondamentali della parte speciale di diritto penale*, (a cura di) A. FIORELLA, Giappichelli, 2019, 785.

³⁹ Cfr. Cass. Pen. Sez. Un., sentenza n. 19054 del 2013.

⁴⁰ V. Cass. Pen., sez. VI, n. 46797 del 2015; sentenza n. 29262 del 2018.

dovuta al processo di privatizzazione di molti enti pubblici e all'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto dell'organismo di diritto pubblico, volta ad evitare facili elusioni dei principi di libera concorrenza del e nel mercato di matrice comunitaria.⁴¹

Con tale riforma si cercava anche di prevedere un trattamento sanzionatorio consentaneo ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità della pena di cui agli artt. 27, comma III, della Costituzione, il cui necessario rispetto è imposto anche dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Detta finalità tuttavia è stata tradita dai successivi interventi normativi del 2012, del 2015 e del 2019, con dei mutamenti legislativi definiti da una parte della dottrina alla stregua di "una mitragliata sanzionatoria senza senso".⁴²

3.2. Gli elementi normativi della fattispecie e il loro ruolo nel delitto di peculato: le condotte distrattive.

Ai fini del presente scritto ciò che più interessa è la qualificazione e la perdurante rilevanza o meno delle condotte distrattive a seguito della riforma avente ad oggetto l'art. 314 del codice penale.

In proposito, autorevole dottrina ha posto in evidenza la valenza polisemantica della locuzione distrazione, scaturigine di incertezze interpretative derivanti dall'impossibilità di fornire un significato unitario al concetto di condotte distrattive penalmente rilevanti.⁴³

Preme evidenziare che sul versante strettamente lessicale una condotta può essere definita distrattiva qualora comporti uno sviamento dalle finalità che ne giustificano il compimento. Tale minimo comun denominatore, tuttavia, non esaurisce minimamente lo spessore giuridico della distrazione.

Ne consegue che l'analisi della funzione espletata da tale lemma sul piano giuridico non può prescindere dal contesto sistematico nel quale viene utilizzata.⁴⁴

Sul punto è stato rilevato che la distrazione nella sua dimensione giuridica sta ad indicare un concetto di natura relazionale la cui consistenza può essere afferrata solo tenendo presente lo scopo cui è preposta la res distratta e la finalità abusiva alla quale il bene viene indebitamente destinato.⁴⁵

3.3. La perdurante rilevanza delle condotte distrattive: peculato o abuso d'ufficio.

Muovendo da tali premesse, dottrina e giurisprudenza hanno concordato sulla perdurante rilevanza penale delle condotte distrattive in quanto mediante le medesime si verifica un'indebita sottrazione delle risorse pubbliche dalla loro destinazione e la loro utilizzazione per scopi altri e illegittimi. Le posizioni interpretative, però, si rivelano molto differenti quanto alle ricadute applicative della legge 86 del 1990. Un parere minoritario in dottrina, all'indomani dell'appena ricordata novella normativa, ha sostenuto che le condotte distrattive rimangono punibili ai sensi dell'art. 314 del codice penale.

⁴¹ Sul punto F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali* in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) F. COPPI, Torino, 1993, 13 e ss.

⁴² T. PADOVANI, *Legge Severino, riforma delle riforme con nodi inestricabili*, in *Guida dir.*, 2015, n.28, 10 e ss.

⁴³ D. GUIDI, *Appropriazione, distrazione ed uso nel delitto di peculato*, Milano, 2008, 130; G. MARINUCCI, voce *Distrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, 309 ss., Milano, 1964.

⁴⁴ P. BARTOLO, "Appropriazione" e "distrazione" nel delitto di peculato, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di) F. COPPI, Torino, 1993, 369 e ss., il quale rileva come la definizione generica di "distrazione" rendesse estremamente difficile distinguere, sul piano oggettivo, la distrazione penalmente rilevante dal mero illecito amministrativo.

⁴⁵ Così F. PALAZZO, *Il concetto di distrazione nel delitto di peculato*, Milano, Giuffrè, 1972.

Siffatta impostazione sistematica, contraria alla ratio legis e alle indicazioni emergenti in sede di lavori preparatori, si fonda su una ricostruzione dei rapporti tra appropriazione e distrazione in un'ottica di genere a specie.⁴⁶

La distrazione viene considerata come una particolare forma di appropriazione di cose altrui, atteso che chi devia la res dalle finalità che ne consentono la fruizione si comporta come proprietario di beni e risorse pubbliche senza esserlo. Il legislatore, allora, eliminando la figura del peculato per distrazione ha solo sottratto all'interprete la disponibilità di qualsiasi dato positivo per discriminare sul piano concettuale la nozione di distrazione da quella di appropriazione.

L'opinione interpretativa de qua, preoccupata dalle eccessive mitigazioni sanzionatorie da cui potevano essere interessate le condotte distrattive a seguito della riforma approntata dalla legge 86 del 1990 finiva per dare luogo ad un'abrogazione tacita della novella normativa, da considerarsi *tamquam non esset*.

Pertanto la giurisprudenza e la dottrina prevalente hanno avallato una differente esegesi ermeneutica, asserendo che le condotte distrattive dovessero essere attratte nel campo applicativo dell'art. 323 del codice penale, che prevede e punisce il delitto d'abuso d'ufficio.

La Corte costituzionale, in particolare, nel descrivere la sorte delle condotte distrattive dopo l'approvazione della legge 86 del 1990 ha espletato una duplice specificazione.

In primo luogo prende atto di un dibattito circa il carattere della indebita destinazione delle risorse pubbliche utilizzate dal funzionario pubblico e dall'incaricato di pubblico servizio.⁴⁷

Per una parte della dottrina, infatti, il soggetto agente pone in essere una condotta distrattiva anche se beni e risorse non vengono sottratti alla relativa destinazione pubblica, essendo sufficiente a tal fine solo la mancata realizzazione delle specifiche finalità cui è strumentale il loro possesso. Ne consegue la totale irrilevanza ai fini della consumazione del delitto di peculato di ogni nozione di profitto proprio o altrui, in quanto risulta punibile anche la condotta che avvantaggia lo stesso ente di appartenenza.⁴⁸

La tesi de qua è suscettibile di critica poiché provoca una estensione eccessiva dell'area del penalmente rilevante e aderisce ad una concezione meramente sanzionatoria del diritto penale, inteso quale strumento volto a reprimere le violazioni di precetti imposti in altri rami dell'ordinamento.⁴⁹

⁴⁶ V. A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Volume I: delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 50 e ss.

⁴⁷ Il giudice costituzionale con la sentenza n. 448 del 1991 ha rammentato che “sull'individuazione della "distrazione" penalmente rilevante coesistevano due opzioni interpretative: ritenendosi, talora, che vi rientrasse anche la illegittima destinazione della cosa per finalità proprie della Pubblica Amministrazione ma non corrispondenti a quelle imposte dalla disciplina amministrativa; talaltra, che vi fossero ricompresi solo i casi di destinazione indebita di risorse pubbliche al di fuori dei fimi istituzionali dell'ente. In questa seconda ipotesi la "distrazione", in quanto comporta un'illecita utilizzazione dei poteri di ufficio (e quindi un "abuso") e mira a procurare all'agente o a terzi un vantaggio (o un danno) qualificabile come "ingiusto" integra il delitto configurato nel nuovo testo dell'art. 323 cod. pen.: sicché è solo con riguardo alla prima ipotesi, di destinazione interna alle finalità istituzionali dell'ente, che l'abolitio criminis" può dirsi verificata.”

⁴⁸ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, V, Torino, 1982, 146; S. RICCIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1955, 184.

⁴⁹ La locuzione “struttura sanzionatoria” sta a significare che il diritto sanziona, corredandola di ulteriori, autonomi, requisiti di offensività, la disobbedienza a precetti di fonte amministrativa. Per un approfondimento cfr. F. GRISPIGNI, *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Rivista italiana di diritto processuale italiano*, 1920, XI-I, 240 e ss.

Un siffatto modo di opinare, poi, comporta la vanificazione di uno dei principali fini sottesi alla riforma del 1990, ovverosia una più puntuale delimitazione delle fattispecie criminose in materia di reati contro la pubblica amministrazione.

La dottrina prevalente e la giurisprudenza maggioritaria di conseguenza sostengono che è possibile riscontrare la consumazione del reato di peculato solo qualora lo scopo del contegno posto in essere sia completamente avulso dalle finalità istituzionali degli organi pubblici.⁵⁰

Si rende necessario notare che tali divergenze interpretative, sorte in ordine al peculato per distrazione, perlopiù oggi convergono sul reato di cui all'art. 323 del codice penale.⁵¹

Alla luce di quanto affermato dalla rammentata sentenza della Corte costituzionale, il reato di abuso d'ufficio è integrato quando si registra una deviazione indebita nell'utilizzazione delle risorse pubbliche dalle finalità cui sono preposte. Il rispetto della direzione finalistica dei beni posseduti per ragioni d'ufficio esclude la configurabilità di qualsiasi fattispecie.

La giurisprudenza di legittimità ha avallato la suddetta ricostruzione dogmatica, osservando che *“è riconoscibile l'appropriazione non solamente quando il pubblico agente fa "sua" la cosa, ma anche quanto, abusando dell'uso del denaro o della cosa di cui ha il possesso o la disponibilità in ragione del suo ufficio o del suo servizio, priva la pubblica amministrazione della possibilità di utilizzare quel denaro o quella cosa mobile per il perseguimento di finalità pubbliche.”*⁵²

Si appalesa indispensabile rimarcare che la Corte di Cassazione in una sua recente sentenza pare avallare una terza ricostruzione dogmatica per cui in taluni casi le condotte distrattive possono essere sussunte nell'art. 314 del codice penale, in altri nella fattispecie di cui all'art. 323.

In particolare i contegni criminosi volti a conseguire vantaggi personali in danno degli interessi perseguiti dalla pubblica amministrazione integrano il delitto di peculato, mentre il comportamento che non provoca la perdita della connotazione pubblicistica di beni e risorse comporta l'applicazione del reato di abuso d'ufficio.

Secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, infatti, dalla natura plurioffensiva del reato di cui all'art. 314 del codice penale discende che l'assenza di una lesione strettamente economica al patrimonio degli organi pubblici non esclude l'applicabilità della fattispecie criminosa de qua. Ciò per due ordini di ragioni.⁵³

In primo luogo, la condotta del soggetto agente che distolga i beni pubblici dalla loro finalità viola i canoni di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

⁵⁰ Così G. M. FLICK, *Il delitto di peculato. Presupposti e struttura*, Milano; L. CARINELLI, *Appunti sul concetto di “distrazione” nel delitto di peculato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, 538 ss.; D. GUIDI, *Il delitto di peculato*, Milano, 2007, 153, il quale afferma che: *“mentre l'appropriazione della cosa è rottura del rapporto organico con la pubblica amministrazione nel momento statico del possesso, la distrazione lo è nel momento dinamico. La prima è violazione immediata del titolo per cui si possiede, la seconda è violazione dello scopo per cui si possiede”*.

⁵¹ *Ex multis* T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale*, 2020, 7-8; PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, 109.

⁵² Così Cass. Pen., sez. VI, sentenza n.25258 del 2014.

⁵³ Cass. Pen. Sez. unite, sentenza n. 38691 del 2009.

In secondo luogo, tale contegno rivela l'intenzione di utilizzare le risorse pubbliche *uti dominus*, a prescindere dal loro legame con gli scopi di carattere pubblicistico che sono chiamate a soddisfare, appropriandosene indebitamente.⁵⁴

Tale orientamento è stato ribadito dal giudice di legittimità in un'altra recente pronuncia con la quale ha avuto modo di chiarire che integra il delitto di peculato per distrazione la condotta del dirigente di una società in house di un comune che attinga dai fondi dell'ente locale per pagare la sanzione amministrativa in materia antinfortunistica elevata al proprio dipendente, in assenza di un atto formale dell'organo amministrativo volto ad accertare la sussistenza di un obbligo giuridico o di un interesse concreto ed effettivo in capo all'organo pubblico.”⁵⁵

In assenza dei suddetti presupposti applicativi, infatti, le somme di danaro prelevate dai fondi della società in house per il pagamento della multa comminata al proprio dipendente in materia infortunistica vengono indebitamente sottratte alla loro destinazione pubblica. La legittimità di un simile adempimento, pertanto, deve essere comprovata attraverso una delibazione che evidenzi il suo legame con un dovere o con un interesse ascrivibile alla pubblica amministrazione.

Dagli approdi ermeneutici del ricostruito panorama giurisprudenziale, si possono desumere due ordini di constatazioni.

In primo luogo, la tesi di quella parte minoritaria della dottrina secondo cui tra appropriazione e distrazione intercorre una relazione di genere a specie sembra essere stata recuperata dall'autorità giudicante.

In secondo luogo, detto legame non si rivela strumentale a sussumere nel delitto di peculato tutte le condotte aventi carattere distrattivo. Infatti, la Corte di Cassazione ritiene applicabile l'art. 323 del codice penale laddove il fine perseguito dal soggetto agente non sia completamente estraneo alle finalità della pubblica amministrazione.

In tal modo viene fatta salva la portata applicativa della legge 86 del 1990, pur essendo innegabile il suo ridimensionamento.

3.4. Condotte distrattive e sindacato del giudice penale: un rebus ancora da risolvere.

Volendo sintetizzare in poche battute critiche gli esiti delle riforme succedutesi nel tempo, si può osservare quanto segue.

In primo luogo, non si può tacere del sacrificio che in termini di prevedibilità ed accessibilità della base legale comportano gli ondivaghi mutamenti interpretativi in seno alla dottrina e alla giurisprudenza.

In secondo luogo, la connotazione eccessivamente generica della locuzione distrazione in campo penalistico ha reso evidentemente fallimentare il tentativo di arginare i margini di discrezionalità del sindacato giudiziario con riferimento ad atti, comportamenti e provvedimenti della pubblica amministrazione aventi un'eventuale rilevanza penale, sia in ragione della parziale vanificazione

⁵⁴Cass. Pen. Sez. unite, sentenza n. 38691 del 2009 secondo cui “in tema di peculato si esclude il riconoscimento dell'autotutela per la realizzazione dei propri diritti, in quanto l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del delitto, atteso che rimane pur sempre leso dalla condotta dell'agente l'altro interesse, diverso da quello patrimoniale, protetto dalla norma, cioè quello del buon andamento, legalità e imparzialità della pubblica amministrazione”

⁵⁵Cass. Pen., sez. VI, sentenza n. 38260 del 2019.

della riforma approntata con la legge 86 del 1990, sia per il campo applicativo troppo ampio riconosciuto al delitto d'abuso d'ufficio.⁵⁶

Infine, occorrerebbe limitare la possibile disapplicazione dei provvedimenti amministrativi dal carattere discrezionale alle ipotesi in cui questi siano frutto di una condotta illecita.⁵⁷

La tendenziale sovrapposizione tra illegittimità della delibazione ascrivibile all'organo pubblico e rilevanza penale della condotta che ne è alla base cagiona, infatti, pericolosi fenomeni di "amministrazione difensiva", potenzialmente lesivi proprio di quei beni che le norme incriminatrici del titolo II del libro II mirano a salvaguardare, cioè l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione.

4. Gestori di strutture alberghiere e delitto di peculato: l'art. 180 del decreto legge n. 34 del 2020 determina una successione mediata di leggi penali?

La disamina delle problematiche sorte con riferimento alle condotte distrattive non esaurisce le questioni controverse che hanno interessato il delitto di peculato, la sua possibile applicazione e i suoi rapporti con la successione mediata di leggi penali nel tempo.

Sotto quest'ultimo versante viene in rilievo una recente riforma posta in essere mediante il decreto legge n. 34 del 2020, il cui articolo art. 180, co.3, ha modificato la disciplina del versamento dell'imposta di soggiorno rispetto ai gestori delle strutture alberghiere.

La norma in commento, in particolare, ha disposto che il gestore della struttura ricettiva è responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno di cui al comma 1 e del contributo di soggiorno di cui all'articolo 14, comma 16, lettera e), del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, nonché della presentazione della dichiarazione e degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale.

Sul punto l'art. 64 del DPR n. 600 del 1973 si fa carico della definizione di responsabile del pagamento dell'imposta, ascrivendo tale qualità a chi in forza di disposizioni di legge è tenuto all'adempimento dell'obbligazione tributaria in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi riferibili e deve esercitare la rivalsa se non è diversamente stabilito in modo espresso.

Dall'insieme delle disposizioni oggetto di analisi si evince che a seguito del decreto legge n. 34 del 2020, *"è escluso in radice che possa ulteriormente configurarsi il delitto di peculato, posto che il denaro ancora non versato a titolo d'imposta per definizione non costituisce denaro altrui né quale soggetto giuridico onerato del tributo, il gestore può essere ritenuto incaricato di pubblico servizio"*.⁵⁸

Invero, l'art. 4 del decreto legislativo n. 23 del 2011, nella versione antecedente alla novella normativa di cui si è dato appena conto, statuiva che i comuni capoluogo di provincia, le unioni di comuni

⁵⁶ Sulla recente riforma dell'abuso d'ufficio effettuata con il decreto legge n. 76 del 2020 e i relativi nodi irrisolti v. M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, n. 7/2020; M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *Penale, Diritto e Procedura*, 2020.

⁵⁷ L'art. 329 del codice penale spagnolo, ad esempio, prevede una specifica ipotesi di "prevaricazione ambientale", la quale punisce il funzionario pubblico che abbia dolosamente rilasciato o comunque contribuito a rilasciare una autorizzazione manifestamente illegittima. L'orientamento prevalente delle Sezioni Unite per tutte v. sentenza n. 11653 del 1993) oggi, è di diverso avviso. Per un approfondimento della tematica F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

⁵⁸ Cass. Pen. Sez. VI, sentenza n. 30227 del 2020.

nonché i comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte possono istituire, con deliberazione del consiglio, un'imposta di soggiorno a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate sul proprio territorio, da applicare, secondo criteri di gradualità in proporzione al prezzo, sino a 5 euro per notte di soggiorno, il cui gettito è destinato a finanziare interventi in materia di turismo, ivi compresi quelli a sostegno delle strutture ricettive, nonché interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali ed ambientali locali, nonché dei relativi servizi pubblici locali.

4.1. L'orientamento giurisprudenziale antecedente alla riforma.

Nel pregresso panorama normativo la giurisprudenza di legittimità con orientamento pressoché costante riteneva che l'omesso versamento dell'imposta di soggiorni integrasse il delitto di peculato.⁵⁹

L'esegesi ermeneutica de qua si fondava su un diverso ordine di argomentazioni.

In primo luogo, in base all'art. 4 del decreto n. 23 del 2011 il soggetto passivo dell'obbligazione tributaria era solo l'ospite della struttura ricettiva, in capo al quale non sussisteva nessun obbligo ulteriore e diverso da questo.

In secondo luogo, gli enti locali imponevano l'esecuzione di talune attività ai gestori delle strutture ricettive e alberghiere strumentali all'adempimento della predetta obbligazione tributaria - tra cui la riscossione dei tributi- ma non potevano in alcun modo assegnare agli stessi il ruolo di sostituto d'imposta, pena la violazione della riserva di legge prevista dall'art. 23 della Costituzione.

Infine, il decreto legislativo n. 118 del 2011 aveva cura di precisare che gli incaricati della riscossione assumono la figura di agente contabile e sono soggetti alla giurisdizione della Corte dei conti, a cui devono rendere il conto giudiziale.⁶⁰

Sulla base di codesto quadro normativo la giurisprudenza ordinaria e contabile affermava che il gestore della struttura ricettiva rivestisse la qualità di incaricato di pubblico servizio, maneggiando danaro pubblico in base ai regolamenti emanati dai Comuni.⁶¹

La Corte dei conti, poi, aveva asserito con chiarezza *“che i soggetti operanti presso le strutture ricettive, ove incaricati - sulla base dei regolamenti comunali previsti dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 23/2011 -della riscossione e poi del riversamento nelle casse comunali dell'imposta di soggiorno corrisposta da coloro che alloggiano in dette strutture, assumono la funzione di agenti contabili, tenuti conseguentemente alla resa del conto giudiziale della gestione svolta”*⁶²

Il rapporto impositivo intercorrente direttamente tra ente locale e ospite della struttura ricettiva, unitamente al dovere dei gestori di strutture ricettive di calcolare l'imposta, di incassarla e poi di versarla agli organi pubblici giustificavano l'applicazione dell'art. 314 del codice penale, attesa la direzione finalistica dell'imposta di soggiorno e la destinazione pubblica delle somme che ne sono oggetto.

Peraltro la conclusione interpretativa di cui discorre collima con l'orientamento pacifico della giurisprudenza di legittimità secondo cui *“sono incaricati di un pubblico servizio, ai sensi dell'art.*

⁵⁹ Cass. Pen. sez.VI, sentenza n. 27707 del 2019; n. 32058 del 2018.

⁶⁰ Per una ricostruzione della normativa concernente le strutture ricettive ed alberghiere v. M. GAMBARDELLA, *Il “decreto rilancio” e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da peculato a illecito amministrativo*, in *Diritto Penale, Diritto e Processo*, 2020.

⁶¹ Cass. civ., sez. un., sentenza n. 19654 del 2018.

⁶² Corte de conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, sentenza n. 22 del 2016.

358 c.p., come novellato dall'art. 18 della legge n. 86 del 1990, coloro i quali, pur agendo nell'ambito di un'attività disciplinata nelle forme della pubblica funzione, mancano dei poteri tipici di questa, purché non svolgano semplici mansioni di ordine, né prestino opera meramente materiale. Il pubblico servizio è dunque attività di carattere intellettuale, caratterizzata, quanto al contenuto, dalla mancanza dei poteri autoritativi e certificativi propri della pubblica funzione, con la quale è solo in rapporto di accessoria o complementarietà.⁶³

4.2. La sorte delle condotte antecedenti al decreto legge n. 34 del 2020. Le diverse posizioni della giurisprudenza di legittimità e di merito.

Come accennato, il decreto legge n. 34 del 2020 ha inciso profondamente sul ruolo espletato dai gestori delle strutture ricettive ed alberghiere, in capo ai quali è stata riconosciuta, in solido con i loro ospiti, un'obbligazione di natura tributaria.

In assenza di una disciplina di carattere transitorio, la giurisprudenza di merito e di legittimità hanno assunto posizioni differenti con riferimento alla sorte delle condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore della surriferita fonte di rango primario.

La Corte di Cassazione in ordine a tali contegni esclude che possa predicarsi l'esistenza di un fenomeno di abolitio criminis, sulla base delle coordinate ermeneutiche delineate dalle Sezioni Unite.

L'art. 180 del decreto legge 34 del 2020, infatti, ha determinato una modifica di una disciplina richiamata da un elemento normativo della fattispecie, in questo caso rappresentato dalla nozione di incaricato di pubblico servizio. Il principale corollario della suddetta constatazione è rappresentato dall'inidoneità dell'intervento legislativo ad alterare la fisionomia della fattispecie penale e ad elidere il disvalore delle condotte di chi per ragioni legate al proprio ufficio o servizio si impossessi di denaro o beni altrui.⁶⁴

Inoltre si rammenta che in mancanza del presupposto costituito dall'identità del fatto, non può venire in considerazione per le condotte pregresse neppure il principio di specialità previsto dall'art. 9 della legge 24 novembre 1981 n. 689.

L'esegesi ermeneutica dei giudici di legittimità non è oggetto di unanime condivisione. In particolare, l'efficacia retroattiva del decreto legge n. 83 del 2020 è stata sostenuta facendo applicazione del principio enunciato dall'art. 15 del codice penale.⁶⁵

⁶³ Cass. Pen., sez. unite, sentenza n. 7958 del 1992.

⁶⁴ Cass. Pen. Sez. VI, sentenza n. 36317 del 2020. La pronuncia pone in rilievo che l'art. 180 del decreto legge n. 34 del 2020 "ha fatto venir meno "in concreto" la qualifica soggettiva pubblicistica del gestore, ma non ha di certo alterato la definizione stessa di incaricato di pubblico servizio. Dal raffronto delle due fattispecie è evidente che il legislatore non ha inteso incidere su un "elemento strutturale" del delitto di peculato, ma è intervenuto modificando lo status di fatto del gestore rispetto alla tassa di soggiorno: dal ruolo di incaricato o soltanto di custode del denaro pubblico incassato per conto del comune a quello di soggetto obbligato solidalmente al versamento della imposta. Si tratta in definitiva di fattispecie tra loro eterogenee: l'una destinata ad operare in rapporto al vecchio regime dell'imposta di soggiorno - e alla qualifica pubblicistica dell'albergatore (e del denaro incassato), l'altra in relazione al nuovo regime dell'imposta stessa - e alla qualifica privatistica dell'albergatore (e del denaro incassato). Coerente a tale diverso assetto è il disvalore del fatto e quindi la diversa risposta punitiva, restando pur sempre nell'area penale il comportamento di colui che, in ragione del servizio pubblico svolto, si sia appropriato di denaro che, al momento dell'incasso, era della pubblica amministrazione".

⁶⁵ Il Tribunale di Salerno con sentenza n.1708 del 2020, ad esempio, ha "asserito che sia l'art. 84 del decreto legge n. 34 del 2020 sia l'art. 314 del codice penale "hanno ad oggetto la medesima condotta omissiva dell'albergatore, (prima qualificato quale incaricato di pubblico servizio dalla giurisprudenza ed ora individuato dal legislatore come responsabile del pagamento dell'imposta), che omette o ritarda il versamento dell'imposta di soggiorno (ed ora anche che versa solo parzialmente tale imposta) nelle casse dell'ente comunale impositore. È evidente, quindi, che il soggetto

Secondo i fautori della posizione interpretativa in esame, i profili di specialità riguardano il soggetto attivo del reato e dell'illecito amministrativo, la condotta descritta dall'uno e dell'altro, nonché l'oggetto materiale delle fattispecie.⁶⁶

In primis, in luogo della locuzione incaricato di pubblico servizio richiamato nel delitto di peculato, l'art. 180, terzo comma, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 eleva a soggetto del relativo illecito amministrativo solo il gestore della struttura alberghiera.

In secondo luogo, il delitto di peculato descrive la condotta tipica facendo riferimento all'incaricato di un pubblico servizio che avendo per ragione del suo ufficio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria; l'illecito amministrativo introdotto con l'intervento normativo di cui si discorre prende in considerazione soltanto l'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta.

In terzo luogo, le somme ricevute a titolo di imposta di soggiorno costituiscono una innegabile specificazione della locuzione "denaro o altra cosa mobile altrui" di cui all'art. 314 c.p.

Altra parte della giurisprudenza di merito ha affermato che *"l'art. 180, comma IV, del decreto legge n. 34 del 2020 ha determinato un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo in quanto da tale disposizione normativa si evince la volontà del legislatore di non punire più sul versante penale l'omesso versamento dell'imposta di soggiorno da parte dei gestori delle strutture ricettive."*⁶⁷

Tratteggiata, senza pretese di esaustività, la diatriba interpretativa sorta con riferimento all'art. 180, comma IV, del decreto legge n. 23 del 2020, si possono effettuare alcune osservazioni.

4.3 Le criticità delle tesi prospettate dalla giurisprudenza di merito e relativi spunti di riflessione.

Le posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito non appaiono condivisibili.

Il criterio di specialità di cui all'art. 15 del codice penale non può essere preso in considerazione per risolvere le questioni problematiche cagionate dalla modifica dell'art. 4 del decreto legislativo n. 23 del 2011.

In tal senso, si richiama testualmente l'opinione espressa da autorevole dottrina, cui si pone pieno ancoraggio, secondo cui *"la medesimezza del fatto ostativo all'applicazione congiunta e ripetuta di due norme infatti, deve essere considerata nella sua dimensione storico naturalistica, non su un piano generale ed astratto. La triade condotta- nesso di causalità- evento dannoso, così come considerata*

agente della condotta è il medesimo (l'albergatore), la condotta omissiva sanzionata è la stessa (mancato, parziale e/o intempestivo versamento dell'imposta di soggiorno riscossa), così come identico è l'evento - giuridico - determinato dalla commissione di tale condotta (ovvero l'ammancio nelle casse comunali, pari alla somma corrispondente all'imposta di soggiorno già riscossa dall'albergatore)"

⁶⁶In questi termini si è pronunciato il Tribunale di Perugia con sentenza n.1936 del novembre 2020, a parere del quale *"non può seriamente dubitarsi che l'illecito amministrativo di nuovo conio risulti caratterizzato da plurimi profili di specialità ai sensi dell'art. 8 l. 689/1981, tali da determinare l'abolitio criminis delle condotte di omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno da parte dei gestori delle strutture ricettive poste in essere antecedentemente alla data di entrata in vigore del cd. decreto rilancio. Più nel dettaglio, «ci si trova al cospetto di un rapporto di specialità unilaterale per plurima specificazione che consente di ritenere senz'altro speciale la fattispecie amministrativa di nuovo conio, con conseguente parziale abolitio criminis delle condotte originariamente ricomprese nell'art. 314 c.p."*

⁶⁷Tribunale di Rimini, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, sentenza del 24 luglio 2020.

*dalla giurisprudenza di merito, però, attiene al fatto concreto e non al raffronto strutturale tra norme.”*⁶⁸

La parziale sovrapposizione delle condotte sussumibili nella fattispecie di reato e nell'illecito amministrativo di nuovo conio, dunque, non determina sic et simpliciter l'applicazione dell'una a cagione dell'altra. La radicale diversità del ruolo attribuito ai gestori delle strutture ricettive, difatti, esclude *in nuce* la possibilità di un raffronto strutturale delle norme in commento, in quanto la figura di cui all'art. 64 del DPR n. 600 del 1973 è priva di qualsiasi connotazione pubblicistica e spoglia di qualsiasi mansione concernente l'espletamento e la gestione di un pubblico servizio.

L'opinione espressa con riferimento all'intenzione del legislatore di non punire più le condotte di omesso versamento dell'imposta di soggiorno sul versante penale, invece, apre le porte della nostra riflessione a due ordini di considerazioni.

In primo luogo, è da porre in evidenza la ritrosia della giurisprudenza domestica a recepire nella sua portata più garantistica il principio di retroattività della *lex mitior*.⁶⁹

La depenalizzazione di un contegno criminoso potrebbe risolvere le eventuali disparità di trattamento legate al momento temporale della realizzazione della abrogata fattispecie di reato allorquando la libertà individuale venga reputata come valore capace di erodere sempre il principio di intangibilità del giudicato.⁷⁰

Nell'ottica di un legislatore democratico e liberale il principio della retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte Edu come un diritto fondamentale dell'individuo a partire dalla sentenza Scoppola c. Italia, dovrebbe incontrare il proprio limite nell'integrale esecuzione della pena. L'irrevocabilità delle statuizioni dell'autorità giurisdizionale sotto tale profilo deve reputarsi sempre cedevole rispetto a delle normative espressione del *favor libertatis* che permea l'intero ordinamento.⁷¹

In secondo luogo, non possono essere taciute le discrasie sul piano applicativo derivanti dalle coordinate ermeneutiche delineate dalla giurisprudenza di legittimità in materia di elementi normativi della fattispecie.

Una parte della dottrina ha proposto, per ovviare alle contraddizioni generate dal recente decreto legge, di ricorrere ad un provvedimento di clemenza generale ex art. 79 Cost., attesa la diversa

⁶⁸ Così F. LAZZERI, *Peculato dell'albergatore e nuovo illecito amministrativo in una recente sentenza di merito: alla base del riconoscimento dell'abolitio criminis una malintesa applicazione del criterio strutturale*, in *Sistema penale*, 15 gennaio 2021.

⁶⁹ La Corte costituzionale con la sentenza n. 236 del 2011 ha affermato che *“il principio di retroattività della legge più favorevole riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguarda esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità.”*

⁷⁰ Vi è chi ha messo in luce come *“la ratio sottesa al principio codicistico della applicabilità retroattiva della legge più favorevole al reo è identica a quella che giustifica il riconoscimento costituzionale del principio di irretroattività: nell'uno e nell'altro, infatti, all'ordinamento sta a cuore garantire al singolo la libertà, o comunque, maggiori spazi di libertà.”*; così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, 2014, 95

⁷¹ A. CHIBELLI, *Successione “mediata” delle norme penali e il delitto di usura: disorientamenti giurisprudenziali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 febbraio 2017. L'autore osserva *“che la scelta esegetica della giurisprudenza nazionale di riconoscere un effetto retroattivamente abolitivo ai soli casi di successione di norme “integratrici” del precetto sia coerente con la latitudine applicativa che il principio di retroattività favorevole ha assunto a livello sovranazionale. E ciò soprattutto nella parte in cui questa opzione interpretativa si traduce – di fatto – in una limitazione dell'ambito applicativo del canone della lex mitior, in base alla quale la ricorrenza del fenomeno abolitivo è da escludere in via generale, salvo debite e giustificate eccezioni, identificabili nelle sole ipotesi di modifica della fattispecie legale astratta.”*

coscienza collettiva e normativa registratasi quanto al disvalore dei comportamenti posti in essere da taluni soggetti.⁷²

Pur essendo una proposta ampiamente condivisibile, si intende sottolineare che una distonia di carattere sistematico merita di essere risolta su un piano generale ed astratto.

La modifica della norma richiamata dall'elemento normativo della fattispecie fondamentale non dovrebbe considerarsi mai irrilevante sul piano degli effetti penali allorché detta modificazione abbia comportato, proprio rispetto alla condotta oggetto di incriminazione, il riconoscimento di un diritto fondamentale ed inviolabile.

Risulta evidente, in questa circostanza, la radicale diversità del rapporto che viene a crearsi tra Stato ed individuo, essendo tenuto il primo addirittura a garantire da illegittimi impedimenti il contegno posto in essere dal soggetto agente o il riconoscimento della prerogativa attribuitegli.

5. Peculato e prelievo unico erariale e l'inestricabile interferenza tra soggetto attivo del reato e ruolo del gestore nell'adempimento dell'obbligazione tributaria.

Tanto detto su tale modifica normativa e sulle perplessità da esso sollevate, si può affrontare un'ultima questione di cui sono occupate recentemente le Sezioni Unite, concernente la configurabilità del delitto di peculato in caso di mancato pagamento del prelievo unico erariale da parte del gestore degli apparecchi da gioco con vincita in denaro.

I rapporti tra diritto penale e ruolo del soggetto attivo del reato si rivela essere una tematica dai contorni particolarmente delicati, soprattutto in ordine alla riscossione, alla gestione e al versamento dell'imposte.

Giova anticipare che gli approdi interpretativi delle Sezioni Unite appaiono perfettamente collimanti con l'esegesi ermeneutica prospettata con riferimento al delitto di cui all'art. 314 del codice penale e i gestori delle strutture ricettive ed alberghiere.

Ciò posto, occorre rilevare che un primo filone interpretativo emerso nella giurisprudenza di legittimità forniva una risposta negativa al quesito surriferito. La tesi in commento si fonda su un diverso ordine di ragioni.⁷³

Innanzitutto, elemento determinante per escludere la configurabilità del delitto di peculato è la qualifica di soggetto passivo dell'imposta riconosciuta dall'ordinamento al gestore degli apparecchi da gioco.

Inoltre, il denaro raccolto mediante le giocate viene reputato come un ricavo di un'attività commerciale, che a prescindere dal fatto che la stessa sia svolta in forma lecita o illecita, genera in ogni caso l'insorgere di un'obbligazione tributaria. L'ammontare di quest'ultima viene calcolato in base all'entità delle somme ascrivibili alle giocate degli utenti, che costituiscono una ricchezza non appartenente alla pubblica amministrazione il cui indebito impossessamento, pertanto, non può integrare il delitto di peculato."⁷⁴

⁷²G. AMARELLI, "Peculato dell'albergatore": tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, *tertium datur l'amnistia?*, in *Sistema Penale*, 5 febbraio 2021.

⁷³Cass. Penale, sez. VI, sentenza n. 21318 del 2018,

⁷⁴Così Cass. Penale, sez. VI, sentenza n. 21318 del 2018, secondo cui "le somme materialmente prelevate dagli apparecchi da gioco sono in possesso del gestore del gioco il quale è tenuto al pagamento del PREU quale soggetto passivo d'imposta. Il PREU è qualificabile come imposta sul denaro incassato all'atto della puntata, e a causa di questa, deve ritenersi non immediatamente di proprietà, pro quota, dell'erario, bensì interamente della società che dispone del

Sebbene condivisibile su piano teorico, l'approdo ermeneutico de qua si fonda su un'errata lettura interpretativa della normativa concernente il prelievo unico erariale.⁷⁵

Innanzitutto l'art. 110 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza subordina l'installazione dei congegni automatici da gioco al rilascio di un'autorizzazione ai sensi degli articoli 86 o 88 della predetta disposizione legislativa. Gli apparecchi di proprietà privata, poi, possono reputarsi leciti a condizione che siano dotati di attestato di conformità alle disposizioni vigenti rilasciato dal Ministero dell'economia e delle finanze e purché siano collegati alla rete telematica di cui all'articolo 14 bis, comma 4, del DPR 26 ottobre 1972, n. 640.

In secondo luogo, il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 ha introdotto il sistema di raccolta della quota destinata all'Erario degli introiti degli apparecchi da gioco lasciati in esercizio ai concessionari delle reti ed ai loro gestori ed esercenti. In proposito l'art. 39, comma 13, di tale fonte di rango primario dispone che su tali apparecchi si applica un Prelievo Erariale Unico fissato in misura del 13,8 per cento delle somme giocate, dovuto dal soggetto al quale l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato ha rilasciato il nulla osta di cui all'articolo 38, comma 5, della legge 23 dicembre 2000, n. 388.

Il prelievo unico erariale pertanto è configurato come imposta sul consumo. L'imposta, infatti, è calcolata sull'importo della giocata e non sul reddito di impresa del contribuente di diritto; ne consegue che rispetto ad essa il giocatore è il contribuente di fatto, mentre il concessionario è il contribuente di diritto.

Queste sono le argomentazioni sottese al recente dictum delle Sezioni Unite a mente del quale *“il privato concessionario gestisce in via esclusiva un'attività propria dell'Amministrazione, rientrante nell'ambito di un monopolio legale, esercitandone i medesimi poteri pubblici. In un tale contesto, il concessionario procede alla raccolta di denaro, tramite gli apparecchi collegati alla rete telematica della Pubblica Amministrazione, attività che assume carattere pubblico in forza del titolo di legittimazione alla giocata che rende lecito un gioco d'azzardo che, altrimenti, integrerebbe un'attività assolutamente vietata dall'art. 110 testo unico delle leggi di pubblica sicurezza. Il soggetto al quale viene affidata dalla Pubblica Amministrazione la gestione della funzione pubblica del gioco lecito ed in particolare, deputato istituzionalmente al maneggio di tale denaro pubblico, riveste obiettivamente il ruolo di agente contabile ex art. 178, R.D. 23 maggio 1924 n. 827 in virtù delle regole che gli conferiscono specifici compiti di raccolta, rendicontazione e riversamento della quota parte della giocata sotto forma di prelievo unico erariale.”*⁷⁶

La natura pubblicistica dell'attività di cui è titolare esclusivamente la Pubblica Amministrazione, che ne affida la gestione mediante concessione ad un privato, è determinante ai fini della responsabilità penale del soggetto attivo del reato.⁷⁷

congegno da gioco, anche per la parte corrispondente all'importo da versare a titolo di prelievo unico erariale. Questo perché la giocata genera un ricavo di impresa sul quale è calcolato l'importo che la società deve corrispondere a titolo di debito tributario; quindi, l'impresa che gestisce il congegno da gioco non incassa neppure in parte denaro già in quel momento dell'erario, e, di conseguenza, quando non corrisponde le somme dovute a titolo di prelievo erariale unico, non si appropria di una cosa altrui, ma omette di versare denaro proprio all'Amministrazione finanziaria in adempimento di un'obbligazione tributaria.”

⁷⁵ Per una ricostruzione analitica della disciplina analitica del prelievo unico erariale v. B. DI TUCCI, *Il prelievo erariale unico sui “videogiochi”*, in *Corr. Trib.* N. 11/2004, 830.

⁷⁶ Cass. Pen. Sez. Unite, sentenza n. 6087 del 2021.

⁷⁷ Sul punto v. M. MACCHIA, *“Il regime concessorio dei giochi e delle scommesse pubbliche”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.4,1 dicembre 2020, 1041. Nel presente contributo viene rilevato che lo Stato resta titolare

Va posto in evidenza pure che il concessionario e l'esercente non rispondono del reato previsto e punito dall'art. 314 del codice penale per il mancato pagamento del prelievo unico erariale, bensì per l'indebita appropriazione dei ricavi derivanti dall'utilizzazione dei congegni automatici installati per la gestione del gioco lecito e per l'omesso versamento delle somme destinate principalmente al soddisfacimento delle pretese erariali.

5.1. La qualifica di incaricato di pubblico servizio e il “maneggio di danaro altrui” quali presupposti necessari e sufficienti per integrare il reato di cui all'art. 314 c.p.

La condotta del concessionario degli apparecchi da gioco, comunque, verrebbe ad integrare la figura criminosa in commento anche a prescindere dalla sua qualificazione come agente contabile. L'ordinanza di rimessione aveva escluso la plausibilità di una siffatta conclusione argomentativa, in quanto l'attività del gioco d'azzardo non riveste i caratteri del servizio pubblico.⁷⁸

La Corte Costituzionale e l'orientamento prevalente in giurisprudenza, tuttavia, si attestano su posizioni interpretative differenti.

Il giudice di legittimità, pur avendo escluso la natura di servizio pubblico in sé del gioco d'azzardo, ha fatto riferimento al compito di controllo proprio del concessionario della rete telematica e ha affermato che solo all'interno di queste rigide maglie il gioco può ritenersi lecito. In altri termini, il diretto e continuativo controllo di un'attività che altrimenti sarebbe illecita costituisce il nucleo di un pubblico servizio espletato dai gestori degli apparecchi da gioco.⁷⁹

La giurisprudenza costituzionale, dal suo canto, ha sottolineato la natura di concessione traslativa dell'atto autorizzativo di cui all' art. 110 del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza, individuando gli interessi pubblici protetti da tale normativa nella pubblica fede, nell'ordine pubblico e nella sicurezza, nella tutela della salute dei giocatori, nella protezione dei minori e delle fasce di giocatori adulti più deboli, nonché nella salvaguardia degli interessi erariali relativamente ai proventi pubblici derivanti dalla raccolta del gioco.⁸⁰

Il concessionario ex art.110 della disposizione normativa sopra esposta, dunque, è da qualificarsi come incaricato di pubblico servizio, indipendentemente dalla sua funzione di agente contabile. La natura pubblica dell'attività esercitata costituisce, come già rilevato, ineludibile suggello di una simile risultanza esplicativa in quanto le somme di danaro che si ricavano hanno destinazione pubblica e il gestore degli apparecchi da gioco non ne entra mai in possesso uti dominus, se non indebitamente.

esclusivo di funzioni di vigilanza e controllo del gioco lecito, “trasferite” ad un soggetto privato mediante un atto concessorio.

⁷⁸Cass. Pen. Sez. VI, ordinanza n. 997 del 2020.

⁷⁹Cass. Civ., sezioni unite, ordinanza n. 14697 del 2019.

⁸⁰Corte cost. sentenza n. 56 del 2015.

