

SENTENZA

Cassazione penale sez. VI - 06/05/2022, n. 28416

Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SESTA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. FIDELBO	Giorgio	-	Presidente	-
Dott. COSTANZO	Angelo	-	Consigliere	-
Dott. CALVANESE	Ersilia	-	Consigliere	-
Dott. SILVESTRI	Pietro	-	Consigliere	-
Dott. D'ARCANGELO	Fabriz	-	rel. Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Rimini;

nel procedimento a carico di:

S.G., nato a (OMISSIS);

avverso l'ordinanza del 24.11.2021 emessa dal Tribunale di Rimini;

visti gli atti, l'ordinanza impugnata e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Fabrizio D'Arcangelo;

lette le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto

Procuratore generale Dott. VENEGONI Andrea, che ha concluso

chiedendo l'accoglimento del ricorso; lette le richieste del

difensore, avvocato Moreno Maresi, che chiesto di dichiararsi

l'inammissibilità o di rigettarsi il ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con decreto emesso in data 7 ottobre 2021 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Rimini ha disposto nei confronti di S.G. il sequestro preventivo della somma di 15.000 Euro, finalizzato alla confisca diretta del profitto del reato di malversazione a danno dello Stato e, in subordine, alla sua confisca per equivalente.

Il S. e', infatti, sottoposto a indagine per il delitto di cui all'art. 316-bis c.p., perché, avendo ottenuto dallo Stato, tramite la garanzia fornita dal Fondo di Garanzia per le PMI, un finanziamento destinato allo svolgimento di attività di interesse pubblico, in particolare al sostegno delle piccole e medie imprese colpite dalla crisi economica conseguente alla diffusione del virus Sars-Cov 2, c.d. Covid 19, non lo avrebbe destinato alle predette finalità.

Secondo la contestazione operata in sede cautelare, infatti, il finanziamento di 15.000 Euro, ottenuto dall'istituto di credito erogante in data 8 settembre 2020, garantito dallo Stato tramite il fondo di garanzia PMI, sarebbe stato utilizzato dalla persona sottoposta ad indagini non per finanziare esigenze di liquidità della propria azienda, bensì per l'acquisto, in data 9 ottobre 2020, di un camper adibito a uso privato per il corrispettivo di 19.000 Euro; fatto commesso in Rimini in 9 ottobre 2020.

Nel decreto di sequestro preventivo il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Rimini ha ritenuto dimostrato il *fumus* dell'indebito utilizzo del danaro percepito dal S. per il soddisfacimento di interesse pubblico dal rinvenimento, sulla carta di circolazione del camper, della dicitura "immatricolato per uso proprio, specialità campeggio" e dall'esito degli accertamenti bancari svolti, che avevano dimostrato come, al momento dell'acquisto del mezzo, le somme disponibili sui conti dell'indagato, al netto del finanziamento garantito percepito, non avrebbero consentito l'acquisto del veicolo, in quanto il S. non disponeva di ulteriori risorse finanziarie.

2. Con l'ordinanza impugnata il Tribunale di Rimini ha accolto la richiesta di riesame presentata dal S. e ha annullato il decreto di sequestro preventivo predetto, disponendo l'immediato dissequestro e la restituzione all'avente diritto della somma di 15.000 Euro.

Il Tribunale del riesame di Rimini ha ritenuto che la condotta dell'indagato non fosse riconducibile alla fattispecie di malversazione a danno dello Stato, in quanto, il finanziamento destinato al sostegno delle piccole e medie imprese colpite da crisi economica conseguente alla diffusione della pandemia non è erogato direttamente dall'ente pubblico in favore del privato beneficiario.

Le risorse messe a disposizione dell'indagato avrebbero, dunque, carattere privatistico, trattandosi di danaro nella disponibilità della banca, trasferito al S. in conseguenza del mutuo contratto, assistito da garanzia statale.

Il Tribunale del riesame, richiamando le statuizioni della sentenza della Sesta Sezione penale n. 22119 del 2021, ha, inoltre, rilevato che nel caso di specie si profila non un rapporto unico, come previsto nella fattispecie di reato di cui all'art. 316-bis c.p., bensì due rapporti giuridici distinti, quello principale di mutuo, che intercorre tra l'istituto di credito e il privato beneficiario, e quello accessorio e di garanzia, che vede coinvolto lo Stato.

Secondo la ricostruzione del Tribunale, in questo schema negoziale l'apporto economico statale risulterebbe solo eventuale, in quanto condizionato all'inadempimento del mutuatario, e per altro verso volto esclusivamente a ripianare la sopravvenuta esposizione debitoria, ferma restando la facoltà del Fondo per le piccole e medie imprese di rivalersi nei confronti del contraente inadempiente.

I rilievi del Pubblico Ministero, dunque, secondo il Tribunale del riesame, nel valorizzare le finalità pubblicistiche della procedura, perseguite mediante lo strumento del credito bancario, condurrebbero all'equiparazione di fattispecie strutturalmente distinte, trascurando la frammentarietà che connota il sistema penale e che impone di attribuire rilevanza solo alle condotte contrassegnate dalle note modali descritte dalla norma incriminatrice.

3. Il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Rimini ricorre avverso tale ordinanza e ne chiede l'annullamento, deducendo, con unico motivo, la violazione dell'art. 316-bis c.p..

Il ricorrente rileva che il Tribunale del riesame avrebbe errato nel ritenere che l'istituto di credito erogante operi secondo parametri imprenditoriali e di concorrenzialità, assumendo i rischi economici della gestione, in quanto, nella disciplina dettata dal D.L. n. 213 del 8 aprile 2020, art. 12, lett. m), convertito con modificazioni dalla L. n. 40 del 5 giugno 2020, alla banca viene solo richiesto di verificare la coerenza dei dati autocertificati dall'impresa con i parametri fissati per legge, senza esaminare il merito creditizio del soggetto richiedente il finanziamento.

Gli istituti di credito, peraltro, non avrebbero erogato finanziamenti agevolati quali quelli in parola in ordinarie condizioni di mercato, se non vi fosse stata l'espressa attivazione della garanzia dello Stato e, dunque, in questo specifico contesto normativo, le banche diventerebbero longa manus dello Stato per erogare finanziamenti agevolati.

Rileva, inoltre, il ricorrente che, secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità (e cita in proposito Sez. 2, n. 22192 del 2019), la locuzione "contributi, sovvenzioni o finanziamenti" prevista dall'art. 316-bis c.p. è sovrapponibile a quella di "contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato", che figura nella fattispecie di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-bis c.p..

Il finanziamento agevolato distratto dal S. sarebbe, dunque, ascrivibile alle "altre forme di intervento comunque denominate", aventi natura pubblicistica; l'art. 316-bis c.p., del resto, ad avviso del ricorrente, non opera un'elencazione tassativa delle opere o delle finalità pubblicistiche perseguite con le erogazioni pubbliche concesse, ma rimanda alla normativa

di applicazione dei singoli interventi pubblici, utilizzando la generica locuzione "attività di pubblico interesse".

4. Il giudizio di cassazione si è svolto a trattazione scritta, secondo la disciplina delineata dal D.L. n. 137 del 2020 art. 23, comma 8, convertito dalla L. n. 176 del 2020, prorogata per effetto del D.L. n. 228 del 30 dicembre 2021, art. 16, comma 1, convertito con modificazioni dalla L. n. 15 del 25 febbraio 2022.

4.1. Il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, nella requisitoria scritta del 21 febbraio 2022, ha chiesto la rimessione della questione di diritto sollevata alle Sezioni Unite e, in subordine, di annullare il provvedimento impugnato con rinvio al Tribunale di Rimini.

Il Procuratore generale ha rilevato che la condotta contestata è idonea a integrare il reato di malversazione a danno dello Stato, in ragione della natura pubblica della garanzia, in quanto il Fondo centrale di garanzia delle piccole e medie imprese (Fondo P.M.I.) è una articolazione del Ministero dello Sviluppo Economico e questa modalità di finanziamento, nella sua considerazione unitaria, rappresenta un aiuto pubblico concesso alle imprese, nel quadro delle misure straordinarie autorizzate dall'Unione Europea agli Stati in seguito alla crisi economica determinata dalla pandemia.

La garanzia disciplinata dal c.d. decreto liquidità sarebbe, inoltre, assimilabile alle agevolazioni di cui agli artt. 640-bis, 316-bis e 316-ter c.p., in quanto anche il rilascio della garanzia pubblica costituisce una erogazione di una utilità economica.

Per quanto riguarda la malversazione, il "pubblico interesse" evocato dall'art. 316-bis c.p., dovrebbe essere individuato nella specificità del vincolo di destinazione della liquidità prevista dalla legge e, in genere, nella finalità pubblicistica di sostegno all'economia posta alla base dell'intervento dello Stato.

4.2. L'avvocato Moreno Maresi, difensore del S., con memoria depositata in data 4 marzo 2022, ha chiesto di dichiararsi l'inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza, richiamando le statuizioni della sentenza n. 22119 del 2021 della Corte di Cassazione.

Ad avviso del difensore, inoltre, la richiesta cautelare del Pubblico Ministero ricorrente sarebbe finalizzata a sequestrare l'ammontare complessivo di un finanziamento erogato da un istituto di credito privato, che l'indagato starebbe regolarmente rimborsando alla banca erogante, determinando, di conseguenza, un'inammissibile duplicazione sanzionatoria.

5. Il Collegio ha differito la deliberazione, ai sensi dell'art. 615, comma 1, c.p.p., alla camera di consiglio del 6 maggio 2022.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso deve essere accolto in quanto fondato.
2. Con unico motivo di ricorso il Pubblico Ministero del Tribunale di Rimini deduce la violazione dell'art. 316 bis c.p., in quanto la garanzia prestata dal Fondo per le piccole e medie imprese posta a fondamento del finanziamento agevolato deve essere ascritta alle forme di intervento pubblico a sostegno delle attività economiche private contemplate dalla fattispecie di malversazione ai danni dello Stato.
3. Per delibare adeguatamente le censure devolute alla Corte è necessario muovere da una preliminare ricognizione dello statuto normativo dei finanziamenti di cui si controverte.
4. Con il decreto L. 8 aprile 2020, n. 23 (Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali), convertito dalla L. n. 40 del 5 giugno 2020, lo Stato, attraverso l'intervento della (OMISSIS) S.p.a. (artt. 2 e 3), per le grandi imprese, e del Fondo centrale di garanzia (art. 13), per le piccole e medie imprese, ha erogato 310 miliardi al sistema delle imprese risultate in crisi di liquidità per effetto del blocco delle attività determinato dalla pandemia, mediante la concessione di garanzie del credito.

Il D.L. n. 23 del 2020 (c.d. decreto liquidità), nelle "premesse" ha sottolineato la "straordinaria necessità e urgenza di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica COVID-19 sta producendo sul tessuto socioeconomico nazionale, prevedendo misure di sostegno alla liquidità delle imprese e di copertura di rischi di mercato particolarmente significativi".

Lo stesso incipit dell'art. 1 del decreto-legge è esplicito nel dichiarare che lo strumento della garanzia statale è posto al "fine di assicurare la necessaria liquidità alle imprese con sede in Italia, colpite dall'epidemia COVID-19, diverse dalle banche e dagli altri soggetti autorizzati all'esercizio del credito".

Il decreto-legge, nel dettare speciali "Misure di accesso al credito per le imprese", ha, inoltre, previsto strumenti di finanziamento che trovano nella garanzia statale il presupposto stesso per il loro ottenimento.

La garanzia pubblica, nel problematico frangente della diffusione della pandemia, e', infatti, stato ritenuto lo strumento più idoneo a conciliare la necessità di un'allocazione tempestiva e capillare delle risorse pubbliche stanziare in favore delle imprese, ricorrendo alla partnership con il sistema creditizio, e ad attenuare il problematico contrasto con il divieto unionale degli aiuti di Stato.

4.1. In particolare, il Fondo centrale di garanzia per le piccole e medie imprese è uno strumento di sostegno economico, gestito da un consorzio di banche per conto del Ministero dello Sviluppo economico, che consente alle banche di erogare finanziamenti garantiti dallo Stato.

Il Fondo Centrale di Garanzia per le Piccole e Medie imprese è stato istituito con L. n. 143 del 27 dicembre 2013, "ano scopo di assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese", come dispone della L. n. 662 del 23 dicembre 1996 art. 2, comma 100, lett. a), ed è gestito, per conto del Ministero dello Sviluppo Economico, da un Raggruppamento temporaneo di Imprese costituito da cinque banche.

L'intervento del Fondo è assistito dalla Garanzia dello Stato ai sensi della L. n. 2 del 28 gennaio 2009, (Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. n. 185 del 29 novembre 2008, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anticrisi il quadro strategico nazionale) e del decreto M.E.F. d& 25 marzo 2009.

4.2. Il D.L. n. 23 del 2002 ha rilanciato questo strumento, potenziandone il raggio d'azione al fine di sovvenire le imprese colpite dalla crisi economica indotta dalla pandemia; in particolare, l'art. 13, comma 1, lett. m), del D.L. n. 23/2020, ha predisposto un peculiare procedimento per i soggetti che ambiscono ad ottenere finanziamenti non superiori ad Euro 30.000.

Tale disposizione ha, infatti, previsto, che "previa autorizzazione della Commissione Europea ai sensi dell'art. 108 TFUE, tali finanziamenti minimi sono consentiti per piccole e medie imprese, persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni, associazioni professionali, società tra professionisti, persone fisiche esercenti attività di cui alla sezione K del codice ATECO, la cui attività di impresa risulti danneggiata dall'emergenza Covid-19, in base a quanto attestato dall'interessato mediante autocertificazione ai sensi del D.P.R. n. 445 del 2000 art. 47, purché tali finanziamenti prevedano l'inizio del rimborso del capitale non prima di 24 mesi dall'erogazione e abbiano una durata fino a 120 mesi, per un importo non superiore ad Euro 30.000. La garanzia del fondo copre il 100% del nuovo finanziamento".

L'intervento del Fondo PMI si risolve, dunque, nella prestazione di una garanzia a titolo gratuito, con una copertura inferiore al 100%, per le imprese con numero di dipendenti non superiore a 499 (v., D.L. n. 23 del 2020, art. 13, comma 1, lett. b) ovvero, nella misura del 100%, per importo non superiore a 25.000 Euro in favore delle piccole e medie imprese, lle cui attività risultino danneggiate dall'emergenza Covid-19 e nella possibilità in favore dei soggetti beneficiari con ammontare di ricavi non superiore a 3.200.000 Euro, la cui attività

risulti danneggiata dall'emergenza Covid-19, di cumulare la garanzia di copertura fino al 90% del Fondo PMI con ulteriore garanzia concessa da confidi o altri soggetti abilitati.

La L. n. 40 del 5 giugno 2020 art. 13, lett. m), (Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. n. 23 del 8 aprile 2020, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali), dedicato al Fondo centrale di garanzia PMI, sancisce che "In favore di tali soggetti beneficiari l'intervento del Fondo centrale di garanzia per le piccole e medie imprese è concesso automaticamente, gratuitamente e senza valutazione e il soggetto finanziatore eroga il finanziamento coperto dalla garanzia del Fondo, subordinatamente alla verifica formale del possesso dei requisiti, senza attendere l'esito definitivo dell'istruttoria da parte del gestore del Fondo medesimo".

Nella richiesta di finanziamento, effettuata tramite l'accesso al Fondo di Garanzia, il rilascio della garanzia è, dunque, automatico e non richiede alcuna valutazione da parte del Fondo stesso; l'istituto di credito viene, inoltre, chiamato a effettuare una verifica di carattere meramente formale circa il possesso dei requisiti di ammissibilità alla concessione del beneficio auto dichiarati dal richiedente.

L'L. n. 178 del 30 dicembre 2020, art. 1, comma 244, ha, inoltre, previsto che le misure di cui al D.L. n. 23 del 2020 art. 13, comma 1, (ovvero quelle relative al Fondo centrale di garanzia PMI), si applicano fino al giugno 2021 e l'art. 1, comma 247, del medesimo testo normativo ha, inoltre, disposto che "alla copertura degli oneri derivanti dai commi da 244 a 246 concorrono, per 500 milioni di Euro per l'anno 2022, le risorse del Programma Next Generation EU".

5. Il decreto-legge c.d. liquidità, nonostante l'imponente impegno finanziario profuso, non ha introdotto fattispecie di reato per sanzionare le condotte fraudolente che determinano l'erogazione del credito garantito o le condotte di distrazione che, una volta legittimamente ottenuto il finanziamento, imprimono alle risorse erogate una destinazione diversa da quello previsto dal legislatore.

Nel silenzio del legislatore, dunque, deve trovare applicazione, nei limiti in cui ne sussistano i presupposti di fattispecie, il c.d. microsistema delineato dal Codice penale per il contrasto delle frodi nella concessione degli incentivi pubblici e degli abusi successivi alla loro erogazione (artt. 316-bis, 316-ter, 640-bis c.p.).

6. La questione centrale sollevata dal ricorso proposto dal Pubblico Ministero di Rimini attiene alla riconducibilità dell'erogazione della garanzia pubblica concessa dal Fondo centrale di garanzia PMI alla fattispecie di reato di malversazione a danno dello Stato.

La fattispecie di cui all'art. 316-bis c.p., nella formulazione applicabile ai fatti in contestazione, punisce "Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità Europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di interesse pubblico, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni".

6.1. La formulazione di questa disposizione è, tuttavia, stata recentemente modificata per consentire, nell'intenzione del legislatore, un contrasto più efficace alle condotte fraudolente in un periodo di diffuso intervento statale nell'economia.

Il D.L. n. 13 del 25 febbraio 2022, art. 2 comma 1, lett. b), n. 2, recante "Misure urgenti per il contrasto alle frodi e per la sicurezza nei luoghi di lavoro in materia edilizia, nonché sull'elettricità prodotta da impianti da fonti rinnovabili" (c.d. decreto frodi) ha introdotto alcune modifiche alla formulazione letterale dell'art. 316-bis c.p.: nella rubrica, le parole "a danno dello Stato" sono sostituite dalle seguenti: "di erogazioni pubbliche"; al comma 1, le parole da "o finanziamenti" a "finalità" sono sostituite dalle seguenti: ", finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, destinati alla realizzazione di una o più finalità, non li destina alle finalità previste".

Il D.L. n. 13 del 25 febbraio 2022, è stato abrogato dall'art. 1, comma 2, L. 28 marzo 2022, n. 25 (Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico) (c.d. Sostegni-ter), a decorrere dal 29 marzo 2022.

A norma dell'art. 1, commi 2 e 3, della L. n. 25 del 2022 restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti, rispettivamente, sulla base del presente decreto e sulla base delle disposizioni abrogate dal presente decreto.

L'art. 28-bis, comma 1, lett. b), n. 2), del decreto L. 27 gennaio 2022, n. 4 (Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico), convertito, con modificazioni, dalla L. 28 marzo 2022, n. 25, a decorrere dal 29 marzo 2022, ha, tuttavia, introdotto la medesima formulazione della fattispecie modificata dal precedente decreto legge.

L'art. 316-bis c.p. è, dunque, attualmente rubricato "Malversazione di erogazioni pubbliche" e prevede che "Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità Europee contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate,

destinati alla realizzazione di una o più finalità, non li destina alle finalità previste, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni".

6.2. Nel caso di specie, tuttavia, viene in rilievo esclusivamente la formulazione della fattispecie previgente, in quanto la condotta contestata è stata posta in essere sotto il vigore della stessa e nessuna delle disposizioni sopravvenute integra una *lex mitior* ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p..

7. La giurisprudenza di legittimità, con una prima sentenza, a più riprese citata nell'ordinanza impugnata e nella memoria della difesa della persona sottoposta ad indagine, ha affermato che non è configurabile il reato di cui all'art. 316-bis c.p. nel caso in cui, successivamente all'erogazione, da parte di un istituto di credito, di un finanziamento assistito dalla garanzia a prima richiesta rilasciata da (OMISSIS) S.p.A., ai sensi del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, gli importi erogati non vengano destinati alle finalità cui detto finanziamento è destinato per legge (Sez. 6, n. 22119 del 15/04/2021, Rainone, Rv. 281275 - 01).

Secondo questa sentenza, infatti, non potrebbe applicarsi la fattispecie di malversazione, in quanto difetta una diretta erogazione da parte dello Stato; lo schema operativo delineato dalla L. n. 40 del 2020 consente di individuare due rapporti giuridici: uno tra l'impresa ed il soggetto finanziatore, riconducibile ad un mutuo di scopo legale; ed uno, di carattere accessorio, avente ad oggetto la garanzia a prima richiesta rilasciata da (OMISSIS) S.p.A. (a sua volta coperta da garanzia dello Stato) al soggetto finanziatore per il caso di mancato rimborso del finanziamento.

Si rileva, inoltre, nella sentenza che il finanziamento, ancorché connotato da onerosità attenuata e destinato alla realizzazione di finalità di interesse pubblico, non viene erogato direttamente dallo Stato o da altro ente pubblico, bensì da un soggetto privato (nel caso concreto, un istituto bancario). La partecipazione della (OMISSIS) S.p.a. all'operazione di sostegno alle imprese perseguita con il D.L. n. 23 del 2020 non è, peraltro, idonea, ad incidere sulla sua natura "esclusivamente privatistica" del finanziamento, in quanto la garanzia pubblica diviene attuale solo in ipotesi di inadempimento dell'obbligazione restitutoria.

8. Questa sentenza è, tuttavia, rimasta isolata. Le successive sentenze hanno, infatti, optato per una lettura dell'operazione di finanziamento assistita dalla garanzia statale in chiave marcatamente pubblicistica, attraendo queste operazioni nell'ambito applicativo del sistema codicistico dedicato al contrasto delle frodi nelle pubbliche erogazioni.

8.1. Secondo Sez. 6, n. 2125 del 24/11/2021, dep. 2022, Bonfanti, Rv. 282675 - 01, rientra, infatti, tra le erogazioni pubbliche "comunque denominate" di cui all'art. 316-ter c.p. - nella versione, vigente *ratione temporis*, anteriore alle modifiche ampliative di cui all'art. 28-bis

del D.L. n. 4 del 27 gennaio 2022, convertito dalla L. 28 marzo 2022, n. 25 - la concessione, sulla base di un'autodichiarazione mendace, di un finanziamento bancario assistito da garanzia del Fondo PMI ex art. 13, lett. m), del D.L. 8 aprile 2020 n. 23 (cd. decreto liquidità), convertito dalla L. 5 giugno 2020 n. 40, costituendo la garanzia a carico del soggetto pubblico, gratuita per il beneficiario, presupposto determinante l'erogazione del finanziamento da parte del privato, nell'ambito di un rapporto triangolare che lega Fondo garante, banca concedente il finanziamento e imprenditore finanziato.

In motivazione la Corte ha, altresì, chiarito che la garanzia concessa dal Fondo centrale di garanzia per le piccole e medie imprese è ricompresa tra le "altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate", previste dall'art. 316-ter c.p., in quanto la prestazione della garanzia genera un vincolo obbligatorio a carico del Fondo, con l'assunzione di una posizione di rischio economico omologa a quella derivante dalla consegna diretta del denaro.

8.2. Secondo un'ulteriore pronuncia, l'erogazione di un prestito a titolo di mutuo garantito dallo Stato attraverso il Fondo centrale di garanzia per le PMI, previsto, per contrastare la crisi derivante dal Covid-19, dal decreto L. n. 23 del 8 aprile 2020 (c.d. decreto liquidità), convertito dalla L. n. 40 del 5 giugno 2020 si caratterizza come una forma di aiuto pubblico realizzato non attraverso l'erogazione diretta del finanziamento da parte dello Stato, ma favorendo l'accesso al credito e quindi l'erogazione del finanziamento da parte degli istituti bancari alle imprese e, più in generale, ai soggetti ammessi al detto beneficio, e rientra tra le "erogazioni" prese in considerazione dall'art. 316-ter c.p. (Sez. 6, n. 11246 del 13/01/2022, Pressiani, Rv. 283106 - 01).

La Corte ha rilevato che il rilascio della garanzia per il prestito si basa su quanto auto dichiarato dal richiedente, in quanto il soggetto erogatore è chiamato esclusivamente ad operare una presa d'atto dell'esistenza della dichiarazione da parte del privato del possesso dei requisiti autocertificati, e non a compiere un'autonoma attività di accertamento dalla quale possa conseguire una "induzione in errore" tale da consentire di ravvisare il reato di truffa aggravata ex art. 640 bis c.p..

9. Ritiene il Collegio, in continuità con le ricostruzioni dell'operazione di finanziamento assistito dalla garanzia del Fondo PMI operate dalle sentenze Bonfanti e Pressiani, sia pure con diversità di accenti, che il reato di malversazione a danno dello Stato sia configurabile anche in relazione ai finanziamenti erogati sulla base di garanzie pubbliche, orientamento questo da ritenersi ormai consolidato in Sezione.

10. Il Tribunale del riesame di Rimini, peraltro, motivando in relazione alla garanzia prestata dalla (OMISSIS) S.p.a. in un caso in cui era, invece, intervenuto il Fondo PMI, ha ritenuto che la configurabilità del reato di malversazione ai danni dello Stato sia esclusa dalla natura integralmente privatistica del contratto di finanziamento, assistito da una

garanzia pubblica destinata ad essere attivata solo in via eventuale, in caso di mancato adempimento del soggetto finanziato.

10.1. Questo rilievo, tuttavia, non considera che il finanziamento di cui si controverte, pur essendo concesso in favore del beneficiario sulla base di un contratto di diritto privato, è inserito in una cogente disciplina pubblica, in quanto è lo stesso legislatore a qualificare espressamente l'operazione di finanziamento agevolato, realizzata mediante l'intervento del Fondo centrale di garanzia PMI, come una forma di intervento pubblico nell'economia vincolata alla realizzazione dello scopo di sostegno per le imprese in crisi di liquidità per effetto della pandemia.

L'art. 1, comma 12, della L. n. 40 del 2020 prevede, infatti, espressamente che l'efficacia delle forme di intervento pubblico delineate nei commi da 1 a 9 è subordinata all'approvazione della Commissione Europea, ai sensi dell'art. 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, e, dunque, alla conformità con la disciplina del diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato.

Tali misure, infatti, sono divenute efficaci solo in seguito alla Comunicazione della Commissione Europea "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19" (2020/C 91 I/01), c.d. *Temporary Framework*, adottata in data 20 marzo 2020.

La Comunicazione della Commissione Europea al paragrafo 3.2, punto 24, dedicato agli "Aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti", ha precisato che "Al fine di garantire l'accesso alla liquidità alle imprese che si trovano in una situazione di improvvisa carenza, le garanzie pubbliche sui prestiti per un periodo e un importo del prestito limitati possono costituire una soluzione adeguata, necessaria e mirata nelle attuali circostanze".

La Commissione ha, inoltre, di seguito sancito che "considererà tali aiuti di Stato, concessi sotto forma di nuove garanzie pubbliche sui prestiti, compatibili con il mercato interno ai sensi dell'art. 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE" nell'osservanza delle condizioni espressamente indicate in dettaglio.

10.2. Il finanziamento erogato dalla banca, del resto, trova causa proprio nella garanzia prestata gratuitamente e automaticamente dal Fondo PMI, al fine di dare sostegno alla liquidità delle imprese private che versavano in una fase di illiquidità, e per le quali in condizioni ordinarie di mercato, il ricorso al credito bancario sarebbe risultato assai difficile, se non precluso dall'esame del merito di credito.

L'ausilio economico deve, dunque, ritenersi "ottenuto" dallo Stato, in quanto è erogato sulla base di una disciplina di diritto pubblico, nel perseguimento di specifiche finalità di pubblico interesse (quale quella del sostegno della liquidità della piccola e media impresa, in seguito

allo shock economico determinato dalla diffusione della pandemia), che si pongono come condizione della sua erogazione.

Per effetto dell'intervento della garanzia pubblica, del resto, il rischio di credito ricade integralmente sullo Stato, che ha previamente accantonato un apposito fondo.

Il Fondo PMI, nel caso di specie, dunque, non garantisce condizioni economiche di maggior favore, bensì consente la stessa realizzabilità dell'operazione economica di finanziamento, esonerando con la propria prestazione di garanzia la banca dall'esame del merito di credito e assumendo l'onere patrimoniale della mancata restituzione del finanziamento bancario.

Come ha già icasticamente rilevato questa Corte, dunque,, "senza la garanzia il prestito non sarebbe stato concesso, mentre la stessa conferisce al prestito una funzione propriamente pubblicistica insita nella necessità di assolvere alle finalità proprie dell'ente pubblico che agisce tramite l'istituto bancario" (Sez. 6, n. 11246 del 13/01/2022, Pressiani, Rv. 283106 - 01).

D'altra parte, proprio il carattere tendenzialmente automatico dell'erogazione del finanziamento assistito dalla garanzia del Fondo PMI e il carattere solo formale delle verifiche richieste agli istituti di credito, a fronte di una mera autocertificazione del richiedente, aveva indotto il ceto bancario a chiedere, senza esito favorevole, in sede di conversione del decreto-legge c.d. liquidità di estendere anche a questo ambito le forme di esenzione della responsabilità penale previste dall'art. 217-bis del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare) o, comunque, di erigere uno "scudo penale" contro possibili contestazioni di concorso in bancarotta.

10.3. Le disponibilità economiche oggetto del finanziamento assistito da garanzia del Fondo PMI ex art. 13, lett. m), del D.L. 8 aprile 2020 n. 23 (cd. "decreto liquidità), convertito dalla L. 5 giugno 2020 n. 40, pertanto, derivano non già dal puro ricorso al mercato finanziario" quanto all'intervento indiretto posto in essere dallo Stato.

Alla stregua di tali rilievi si è dunque, in presenza di un ausilio economico "ottenuto dallo Stato", secondo il lessico dell'art. 316-bis c.p., ancorché il finanziamento sia direttamente erogato dalle banche consorziate nel Fondo PMI.

11. Il Tribunale di Rimini ha, inoltre, affermato l'impossibilità di ricondurre la prestazione di una garanzia alle categorie evocate dal legislatore nell'art. 316-bis c.p. di "contributi, sovvenzioni o finanziamenti", in quarto le somme messe a disposizione dell'imprenditore finanziato hanno carattere integralmente privatistico.

Nel caso di specie, infatti, la condotta distrattiva avrebbe per oggetto danaro erogato dell'istituto di credito e non già dallo Stato o da altro ente pubblico, nel contesto di un

rapporto di mutuo cui accede una garanzia pubblica, destinata ad essere attivata in via solo eventuale, e, dunque, non vi sarebbe un diretto coinvolgimento di risorse pubbliche.

11.1. Anche questo argomento si rivela infondato.

La garanzia prestata alle piccole e medie imprese dal Fondo centrale di garanzia per le PMI è, infatti, riconducibile, senza alcuna violazione del canone costituzionale di necessaria tassatività della legge penale, alle categorie espressamente evocate dall'art. 316-bis c.p. dei "contributi, sovvenzioni o finanziamenti", quale oggetto esclusivo delle condotte di malversazione ai danni dello Stato.

Nell'individuazione delle categorie di erogazioni pubbliche oggetto di malversazione ai danni dello Stato, infatti, il legislatore ha fatto ricorso al metodo casistico, seppur utilizzando sintagmi difforni da quelli adottati per la truffa aggravata ex art. 640-bis c.p. e per la indebita percezione di cui all'art. 316-ter c.p..

Dal raffronto delle fattispecie descritte da queste disposizioni risulta, infatti, che in tema di malversazione la condotta deve riguardare "contributi, sovvenzioni o finanziamenti", laddove invece l'oggetto della truffa e dell'indebita percezione non comprende tale ultima categoria ed include invece i mutui agevolati nonché, quale previsione di chiusura, altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate.

Da questo confronto potrebbe trarsi la conclusione che l'ambito di applicabilità dell'art. 316-bis c.p. sia più ristretto di quello delineato dagli artt. 316-ter e 640-bis c.p., dovendosi intendere sanzionata soltanto la malversazione avente ad oggetto le erogazioni tipologicamente indicate, che costituirebbero pertanto un *numerus clausus* non ampliabile in via interpretativa, in ossequio al principio di necessaria tassatività del precetto penale.

Si è, peraltro, autorevolmente rilevato in senso contrario che la formulazione adottata dall'art. 316-bis c.p. solo apparentemente restringe l'ambito di applicabilità della norma, quanto alla serie delle erogazioni pubbliche, rispetto all'elencazione degli incentivi evocata per la truffa aggravata e per l'indebita percezione, in quanto le categorie dei finanziamenti, sovvenzioni e contributi esauriscono i modelli generali delle erogazioni di denaro e beni di provenienza pubblica; dovrebbe, dunque, rifuggirsi da un approccio esasperatamente classificatorio, anche in ragione delle oscillazioni definitorie presenti nella normativa amministrativa di settore, in quanto sarebbe palese l'intento del legislatore di prescindere da ogni criterio puramente nominalistico nell'individuazione delle sovvenzioni rilevanti.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, per tali ragioni l'art. 316-bis c.p. si presenta, nonostante le apparenti differenze lessicali, come una prescrizione parallela all'art. 640-bis dello stesso codice, operante, però, non nel momento percettivo della erogazione, ma nella fase esecutiva. Presupposto imprescindibile di entrambe le fattispecie è, infatti, l'esistenza di condizioni di favore - fino all'assoluta gratuità - nella prestazione (Sez. 2 n. 22192 del

9/05/2019; Sez. 6, n. 10149 del 16/03/2000, Abruzzo, Rv. 217663; Sez. 6, n. 3362 del 28/09/1992, Scotti, Rv. 193155).

La dottrina penalistica, sin dall'entrata in vigore della formulazione dell'art. 316-bis c.p., sulla base dei lavori preparatori, ha rilevato come il legislatore, con la pluralità di nozioni impiegate (contributi, sovvenzioni, finanziamenti), abbia inteso criminalizzare tutti i casi in cui, essendo erogato danaro per pubbliche finalità, questo sia distratto dallo scopo dell'erogazione e, dunque, ricomprendere

tutte le forme attraverso le quali, in vista di una finalità pubblica da realizzare, venga operata una pubblica erogazione.

11.2. La nozione di "finanziamento" erogato dallo Stato, del resto, costituisce un elemento normativo della fattispecie di cui all'art. 316-bis c.p. e, dunque, il suo significato deve essere attinto dalla legislazione in materia di incentivi pubblici.

Proprio muovendo dalla disamina dall'estrema eterogeneità delle forme di sovvenzioni pubbliche, che, non di rado, nel linguaggio legislativo presentano denominazioni differenti, pur a fronte di una comune natura, la dottrina amministrativistica ha considerato riconducibili alla nozione unitaria di finanziamento sia quelli diretti, posti in essere dallo Stato o da ente pubblico direttamente, sia quelli indiretti, erogati sulla base di una garanzia pubblica.

Nel lessico del diritto amministrativo, dunque, la nozione di finanziamento pubblico ricomprende ogni tipo di intervento finanziario, dello Stato e di altri enti pubblici, operato sulla base di una specifica disciplina di legge, a favore, diretto o indiretto (e, dunque, tramite l'intervento di istituti bancari), di attività produttive o di determinate categorie di cittadini, con l'obbligo per il beneficiario, di utilizzarlo per scopi predeterminati e corrispondenti a specifici interessi.

11.3. Analogamente la dottrina penalistica ha rilevato che, nel testo dell'art. 316-bis c.p., la nozione di "finanziamento pubblico" ricomprende tutti quei rapporti in cui la temporanea creazione di disponibilità finanziarie avviene per intervento diretto o indiretto -mediante prestazione di garanzia- dei pubblici poteri e in cui l'utilizzazione per il fine convenuto corrisponde a uno specifico interesse pubblico.

11.4. Questa interpretazione risulta confermata anche da precisi dati normativi.

Il D.Lgs. n.123 del 31 marzo 1998, è stato adottato, in attuazione della delega, contenuta al L. n. 59 del 15 marzo 1997, art. 4, comma 4, lett. c, in base alla quale il Governo è stato delegato a ridefinire, riordinare e razionalizzare "la disciplina relativa alle attività economiche ed industriali,, in particolare per quanto riguarda il sostegno e lo sviluppo delle imprese".

Nel disegno di riordino degli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive, il legislatore delegato ha considerato, oltre ai finanziamenti, gli incentivi, i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni e i benefici di qualsiasi genere, concessi da amministrazioni pubbliche, anche attraverso soggetti terzi.

Proprio questo testo normativo, inteso a delineare una disciplina generale e un modulo procedimentale uniforme, cui si devono attenere, sia la legislazione nazionale, sia quella di livello regionale, nella materia del sostegno pubblico alle imprese, non pone una definizione unitaria del "finanziamento agevolato", che, oltre ad operazioni di mutuo e di erogazione diretta di denaro, ricomprende, all'art. 7, comma 7, anche la concessione di "garanzie sui prestiti".

11.5. La giurisprudenza di legittimità, sin dalle prime pronunce in tema di malversazione ai danni dello Stato, ha, del resto, affermato, nel delineare l'ambito applicativo dell'art. 316-bis c.p., che i finanziamenti evocati dalla fattispecie della malversazione a danno dello Stato sono "una sottofamiglia dei contratti di credito e/o di garanzia... (che) si caratterizzano per...l'esistenza di un'onerosità attenuata rispetto a quanto sarebbe comportato dalle regole economiche di mercato" (Sez. 6, n. 3362 del 28/09/1992, Scotti, Rv. 193155 - 01).

11.6. Diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale di Rimini, dunque, la malversazione ai danni dello Stato prevista dalla formulazione previgente dell'art. 316 bis c.p. non deve necessariamente avere ad oggetto *pecunia publica* ma può avere anche ad oggetto finanziamenti erogati in ragione della presenza di una garanzia pubblica.

12. Alla stregua di tali rilievi, deve, pertanto, essere affermato il seguente principio di diritto: "in tema di legislazione emergenziale volta al sostegno delle imprese colpite dalla pandemia da Covid-19, è configurabile il reato di cui all'art. 316-bis c.p., nel caso in cui, successivamente all'erogazione, da parte di un istituto di credito, di un finanziamento assistito dalla garanzia rilasciata dal Fondo per le PMI, ai sensi del D.L. n. 23 del 8 aprile 2020, art. 13, lett. m) (cd. "decreto liquidità"), convertito con modificazioni dalla L. n. 40 del 5 giugno 2020, gli importi erogati non vengano destinati alle finalità cui detto finanziamento è destinato per legge".

13. Infondate si rivelano, inoltre, le censure formulate dal difensore della persona sottoposta ad indagini in ordine all'impossibilità di configurare il delitto di malversazione ai danni dello Stato contestato a fronte della regolare restituzione delle rate del finanziamento da parte del beneficiario.

Secondo il costante orientamento di questa Corte, infatti, il delitto di malversazione ai danni dello Stato è reato istantaneo che si consuma nel momento in cui le sovvenzioni, i finanziamenti o i contributi pubblici vengono distratti dalla destinazione per cui sono erogati (*ex plurimis*: Sez. 6, n. 12653 del 09/02/2016, Sidoti, Rv. 267205 - 01; Sez. 6, n. 40375 dei

08/11/2002, Cataldi, Rv. 222987 01; Sez. 6, n. 40830 del 03/06/2010, Marani" Rv. 248787).

La giurisprudenza di questa Corte ha recentemente affermato, in tema di malversazione ai danni dello Stato, che, quando il contratto o la disciplina legislativa preveda un termine, il delitto di malversazione non può considerarsi perfezionato fino a che tale termine non sia giunto a scadenza, in quanto fintanto che residuino spazi per la realizzazione della finalità istituzionale del finanziamento, si può al più ritenere integrato il tentativo del delitto di cui all'art. 316 bis c.p. (Sez. 6, n. 19851 del 06/05/2002, Cesari).

Nel caso di specie, tuttavia, il contratto di finanziamento erogato in favore del privato non contemplava alcun termine per il perseguimento della finalità pubblica, consistente nell'immediato sostegno alla liquidità delle piccole e medie imprese, e, dunque, per quanto accertato nel provvedimento impugnato e nell'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari, il delitto, nei limiti delibatori propri della sede cautelare, deve ritenersi consumato all'atto della distrazione contestata.

Nessun rilievo può, dunque, assumere ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 316-bis c.p. il regolare assolvimento dell'obbligo di restituzione da parte dell'agente dei ratei del finanziamento, una volta che la distrazione sia stata già consumata (conf. Sez. 6, n. 12653 del 09/02/2016, Sidoti, Rv. 267205 - 01, in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva considerato irrilevanti, ai fini della configurazione del reato di malversazione a danno dello Stato, la circostanza che l'imputato avesse fornito garanzie ipotecarie e fideiussorie in relazione alla restituzione della somma di denaro distratta dalle finalità di pubblico interesse).

La restituzione totale o parziale delle somme mutate potrà rilevare, invece, in ordine alla determinazione dell'ammontare del profitto del reato da sottoporre a sequestro preventivo o a confisca.

Non è, dunque, contrario alla disciplina di legge procedere al sequestro preventivo delle somme profitto di malversazione ai danni dello Stato mentre il beneficiario del finanziamento è ancora obbligato a restituire la somma mutuata alla banca erogante.

Nessuna duplicazione sanzionatoria si prospetta, infatti, in quanto in sede di determinazione dell'ammontare del sequestro finalizzato alla confisca e della confisca è pur sempre necessario tenere conto della già avvenuta totale o parziale restituzione del profitto del reato; secondo il costante orientamento di questa Corte, infatti, la confisca non può riguardare somme superiori all'effettivo profitto conseguito, né può risolversi in un ingiustificato arricchimento per lo Stato (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 4097 del 19/01/2016, Rv. 265843; Sez. 3, n. 6635 del 08/01/2014, Rv. 258903).

14. Alla stregua di tali rilievi, il ricorso presentato dal Pubblico Ministero del Tribunale di Rimini deve essere accolto.

Si impone, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di Rimini per nuovo esame.

P.Q.M1.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Rimini competente ai sensi dell'art. 324 c.p.p., comma 5.

Così deciso in Roma, il 6 maggio 2022.

Depositato in Cancelleria il 19 luglio 2022

GABRIELE - ASS.NE PROFESSIONALE
LENZI

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A.
2022

10/11/2022