

**Penale Sent. Sez. 6 Num. 44596 Anno 2019**

**Presidente: DI STEFANO PIERLUIGI**

**Relatore: SILVESTRI PIETRO**

**Data Udiienza: 13/03/2019**

### **SENTENZA**

Sul ricorso proposto da Guidone Ciro, nato a Meta il 04/02/1951

avverso la sentenza emessa il 03/05/2017 dalla Corte di appello di Napoli;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere, Pietro Silvestri;

udito il Sostituto Procuratore Generale, dott. Roberto Aniello, che ha chiesto, previa riqualificazione del fatto in quello di truffa aggravata, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per essersi il reato estinto per prescrizione;

udito il difensore dell'imputato, avv. Claudiuo D'Este, anche in sostituzione dell'avv. Paola Astarita, che ha concluso riportandosi ai motivi del ricorso e chiedendone l'accoglimento;

### **RITENUTO IN FATTO**

1. La Corte di appello di Napoli, in parziale riforma della sentenza con cui Guidone Ciro era stato condannato per il reato di concussione continuata in danno di numerosi soggetti, ha riqualificato i fatti contestati, commessi dal 2007 al 2009, riconducendoli nella fattispecie di cui all'art. 319 quater cod. pen.

Guidone è imputato per avere, nella qualità di impiegato comunale e custode del cimitero del Comune di Meta, in concorso con tale D'aniello Giuseppe, impiegato comunale addetto alle sepolture ed alle riesumazioni, abusando delle qualità e dei

propri poteri, indotto a dare e ricevuto da più persone retribuzioni non dovute, omettendo di informare i cittadini della gratuità de servizio di esumazione.

2. Hanno proposto ricorso per cassazione i difensori dell'imputato articolando tre motivi

2.1. Con il primo si deduce violazione di legge: i fatti non potevano essere ricondotti, all'epoca della loro commissione (2007- 2008- 2009), al reato di concussione c.d. induttiva, prevista dall'allora vigente art. 317 cod. pen., perché la richiesta di denaro da parte dell'imputato sarebbe stata formulata solo dopo la esumazione delle salme e, dunque, in un momento in cui il privato non avrebbe avuto nessun potere di scelta, per avere già ottenuto il servizio; né, si evidenzia, nella specie, il privato avrebbe ottenuto un indebito vantaggio.

In tale quadro di riferimento si chiede la richiesta di annullamento senza rinvio della sentenza perché il fatto non sussiste.

2.2. Con il secondo motivo si deduce violazione di legge in ordine alla qualificazione dei fatti che, in astratto, potrebbero essere ricondotti al delitto di peculato mediante profitto dell'errore altrui; si assume che il reato sarebbe configurabile quando l'agente approfitti di un errore preesistente in cui il soggetto passivo già versi, indipendentemente dalla condotta.

Dalla ricostruzione dei fatti emergerebbe che i soggetti privati, dopo le operazioni, chiedessero spontaneamente all'imputato quanto fosse dovuto per il servizio, sicchè, si assume, si sarebbero trovati in una situazione di errore indipendente rispetto alla condotta del ricorrente; Guidone si sarebbe limitato ad incassare somme non dovute, approfittando dell'altrui errore.

2.3. Con il terzo motivo si deduce violazione di legge in ordine alla qualificazione dei fatti che dovrebbero al più essere ricondotti nel reato di truffa aggravata che, tuttavia, sarebbe estinto per prescrizione.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. Il ricorso è fondato.

2. Dalle sentenze di merito emerge in punto di fatto che: a) dopo le operazioni di esumazione, Guidone - su richiesta degli utenti o di iniziativa propria - in alcune occasioni, aveva affermato che era "dovuta" una data somma di denaro per il servizio, mentre, in altre, che era opportuno "fare un regalo a piacere" a D'Aniello Giuseppe; b) le somme venivano corrisposte senza la emissione di fattura; c) il servizio di esumazione, diversamente da quanto riferito da Guidone, era in realtà gratuito; d) gli utenti non si curavano di verificare se la somma fosse o meno dovuta al Comune; e) Guidone, interpellato, non aveva mai riferito che il servizio fosse gratuito.



Sulla base di tale ricostruzione fattuale, i Giudici di merito, rispetto alla originaria fattispecie contestata di concussione, hanno ricondotto i fatti al reato di induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all'art. 319 quater cod. pen.

Nell'ambito di una stringata motivazione, la Corte di appello ha ritenuto che nella specie vi sarebbe stata "una disparità" delle posizioni "tra il custode cimiteriale e l'utenza che in particolare si trova in una fisiologica ed evidente situazione di fragilità psicologica" in ragione del "delicato momento" in cui versa; la situazione di disparità emergerebbe chiaramente, si assume, perché la richiesta sarebbe stata formulata in situazioni in cui il privato si trova in "in momento di fragilità" tale da non avere la "lucidità e la forza di opporre resistenza" (così la sentenza).

3. Si tratta di un ragionamento giuridico viziato.

Dopo quasi sette anni dall'entrata in vigore della c.d. legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190), la giurisprudenza della Corte di cassazione continua ad essere impegnata nella elaborazione conseguente allo "spacchettamento" legislativo del previgente art. 317 cod. pen. nelle due fattispecie di concussione e d'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 quater cod. pen.).

Si è registrato uno sforzo interpretativo volto a delineare i rapporti interni tra le fattispecie ed a definire i rapporti tra la nuova figura criminosa prevista dall'art. 319 quater cod. pen., quelle più propriamente corruttive, e quella disciplinata dall'art. 640 cod. pen.

L'elaborazione della Corte di cassazione ha originato anche un vivace dibattito dottrinario, caratterizzato da una diffusa rivisitazione critica non solo delle scelte legislative ma delle stesse opzioni della Corte, considerate, in taluni casi, influenzate da un approccio processuale - casistico, piuttosto che sistematico.

Il punto di partenza è indubbiamente costituito dalla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione "Maldera", che, chiamate a risolvere il contrasto giurisprudenziale sorto immediatamente dopo l'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012, hanno affermato che:

- sussiste continuità normativa fra la concussione per induzione di cui al previgente art. 317 cod. pen. ed il nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319 quater cod. pen. introdotto dalla l. n. 190 del 2012;
- l'abuso costrittivo ex art. 317 cod. pen. evoca una condotta di violenza e di minaccia con conseguente individuazione di un autore e di una vittima;
- ai fini della configurazione del delitto di induzione indebita ex art. 319 quater cod. pen., concorrono un elemento negativo, l'assenza di violenza-minaccia da parte dell' *intraneus*, ed uno positivo, il conseguimento di un *vantaggio indebito* in capo all'*extraneus*. (Sez. U., n. 1228 del 24/10/2013, dep. 2014, Maldera).



Le Sezioni unite, evidentemente consapevoli della difficoltà applicativa del criterio distintivo indicato ad una serie di situazioni non infrequenti, esplicitarono in motivazione la necessità di adattare e integrare il criterio generale in tutte quelle ipotesi caratterizzate dalla co-esistenza, secondo differenti moduli di gradazione, del requisito del danno ingiusto e di quello del vantaggio indebito.

Ci si riferisce alle situazioni cc.dd. *miste*, di minaccia-offerta o minaccia-promessa, ai casi non classificabili, in cui è necessario impiegare il criterio sussidiario del bilanciamento dei beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale, alle ipotesi fondate sulla minaccia dell'uso di un potere discrezionale, alla prospettazione di un danno generico, per mezzo di autosuggestione o per *metus ab intrinseco*, alla presenza del c.d. abuso di qualità.

In tali situazioni *"il giudice dovrà procedere, innanzi tutto, all'esatta ricostruzione del fatto, cogliendone gli aspetti più qualificanti, e quindi al corretto inquadramento nella norma incriminatrice di riferimento, lasciandosi guidare, alla luce comunque dei parametri rivelatori dell'abuso costringitivo o di quello induttivo, verso la soluzione più applicativa più giusta"* (così, testualmente, le Sezioni unite).

Si tratta di fattispecie in cui il giudice di merito è tenuto a verificare con rigore, attraverso l'analisi di tutti gli elementi di prova, se i rilievi mossi dal pubblico ufficiale - imputato siano o meno legittimi e non pretestuosi, e se, pertanto, la dazione di denaro da parte dell'*extraneus* sia o meno correlata ad un preciso interesse ad "oliare" il corso della procedura in funzione di vantaggi che non avrebbe potuto ottenere.

La prova di tali essenziali segmenti fattuali è in tali casi costitutiva - almeno in astratto - per sciogliere il nodo relativo al corretto inquadramento giuridico della fattispecie; essa è indispensabile al fine di accertare: 1) quale sia stata la condotta abusiva del pubblico ufficiale; 2) se, in presenza di essa, sia ravvisabile un indebito vantaggio personale della "persona offesa", che quindi, abbia potuto di conseguenza agire non tanto per evitare un danno *contra ius*, ma al fine di ottenere un trattamento di favore; 3) se i fatti possano essere ricondotti ad altre fattispecie criminose, corruttive o di frode.

4. La Corte di appello non ha fatto corretta applicazione dei principi indicati, non avendo tenuto conto di decisive circostanze fattuali e non avendo chiarito: a) se e in cosa sarebbe consistito nella specie l'indebito vantaggio conseguito dal privato; b) perché sarebbe configurabile il reato previsto dall'art. 319 quater cod. pen. se non è in contestazione che la richiesta di denaro sia intervenuta dopo che il servizio da parte del ricorrente era già stato prestato.

5. È infondato il secondo motivo di ricorso, secondo cui i fatti dovrebbero essere ricondotti alla fattispecie di peculato mediante profitto dell'errore altrui.

Si è già detto di come in punto di fatto, sia stato accertato che le somme di denaro venivano corrisposte perché Guidone, in alcune occasioni su richiesta degli utenti, in altre di propria iniziativa, affermava che fosse dovuto un pagamento di denaro per il servizio, e cioè che il servizio, contrariamente al vero, non era gratuito.

La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 316 cod. pen. - da ritenere marginale e residuale rispetto a quella del peculato sanzionato dall'art. 314 cod. pen. - può essere tuttavia configurata esclusivamente nel caso in cui l'agente profitti dell'errore in cui il soggetto passivo già spontaneamente versò, come si desume dalla dizione della norma incriminatrice che, nel prevedere la condotta del "giovandosi dell'errore altrui", postula che si tratti di un errore preesistente ed indipendente dalla condotta del soggetto attivo (Sez. 6, n. 6658 del 15/12/2015, dep. 2016, Deidda, Rv. 265959; Sez. 6, n. 5515 del 06/03/1996, Covelli, Rv. 204879).

In particolare, si è affermato in maniera condivisibile che l'errore che rende configurabile la meno grave ipotesi di peculato prevista dall'art. 316 cod. pen. deve cadere sull'"an" o sul "quantum debeatur".

L'art. 316 cod. pen., infatti, sanziona penalmente la disonestà del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che viene meno al suo dovere di non accettare denaro o cose che gli siano consegnate per errore, o a quello di restituirle subito dopo di essersi avveduto dell'errore: in tali casi, infatti, l'agente si giova dell'errore di colui che consegna denaro, che non è in realtà tenuto a corrispondere alcunché, o è tenuto a corrispondere una somma diversa e minore rispetto a quella consegnata. (Sez. 6, n. 345 del 23/11/1971, dep. 1972, Porcu, Rv. 119919; Sez. 6, n. 278 del 06/02/1969, Sistarelli, Rv. 111579; più recentemente, Sez. 6, n. 9732 del 13/05/1992, Vassena, Rv. 191978; Sez. 3, n. 1289 del 22/04/1996, Mastrella, Rv. 102137).

Nel caso di specie, gli utenti non versavano in uno stato di errore, non credevano affatto erroneamente di dover corrispondere denaro per il servizio ricevuto; detto convincimento fu indotto solo dalla condotta dell'imputato che, su richiesta o su iniziativa, fece credere in modo ingannevole che il servizio non fosse gratuito ma oneroso.

6. Alla luce delle considerazioni appena esposte è invece fondato il terzo motivo di ricorso.

I reati di induzione indebita a dare o promettere e di truffa aggravata commessi da pubblico ufficiale, pur avendo in comune l'abuso da parte del pubblico ufficiale della pubblica funzione al fine di conseguire un indebito profitto, si differenziano per il fatto che nel primo, così come in generale per i reati di corruzione, colui che dà o promette non è vittima di un errore e conclude volontariamente un negozio giuridico illecito in danno della P.A., laddove, invece, nella truffa il pubblico ufficiale si procura un ingiusto profitto sorprendendo la buona fede del soggetto passivo mediante artifici o raggiri ai

quali la qualità di pubblico ufficiale conferisce maggiore efficacia. (Sul tema, Sez. 6, n. 19002 del 5/04/2016, Cozzolino, Rv. 266933).

Nel caso di specie, Guidone non aveva il possesso di alcunchè e la dazione ad esso del denaro da parte degli utenti fu il risultato di una falsa rappresentazione della realtà indotta in maniera ingannevole dallo stesso imputato, che faceva "credere", contrariamente al vero che il servizio di esumazione non fosse gratuito.

Ne deriva che i fatti devono essere ricondotti alla diversa fattispecie di truffa aggravata e che la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio, per essersi detto reato, in ragione del tempo di commissione e della disciplina all'epoca prevista dall'art. 157 cod. pen., estinto per prescrizione.

**P.Q.M.**

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché riqualificato il reato ritenuto in sentenza in quello di cui all'art. 640 cod. pen., lo stesso è estinto per prescrizione.

Così deciso in Roma, il 13 marzo 2019.