



16400-18

**REPUBBLICA ITALIANA**

In nome del Popolo Italiano

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

SESTA SEZIONE PENALE

Composta da

Giacomo Paoloni

- Presidente -

Sent. n. sez. 482

Massimo Ricciarelli

CC - 01/03/2018

Emilia Anna Giordano

R.G.N. 918/2018

Antonio Corbo

- Relatore -

Maria Sabina Vigna

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sui ricorsi proposti da

1. (omissis)
2. (omissis)
3. (omissis) s.p.a.

avverso l'ordinanza in data 15/12/2017 del Tribunale di Como

visti gli atti, il provvedimento impugnato e i ricorsi;

udita la relazione svolta dal consigliere Antonio Corbo;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto procuratore generale Antonietta Picardi, che ha concluso per il rigetto dei ricorsi;

udito, per i ricorrenti, l'avvocato (omissis), quale difensore di fiducia per (omissis) e (omissis) e quale sostituto processuale dell'avvocato (omissis) per (omissis) s.p.a., che ha chiesto l'accoglimento dei ricorsi.

## RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza emessa in data 15 dicembre 2017, il Tribunale di Como, pronunciando in sede di riesame, ha confermato il decreto di sequestro probatorio emesso dal Pubblico ministero per il reato di peculato ed eseguito presso gli edifici della società "(omissis) s.p.a.", in "(omissis)", e presso le abitazioni di (omissis) e di (omissis) il primo segretario comunale dell'ente territoriale e consigliere di amministrazione della precisata società, il secondo amministratore delegato di quest'ultima.

L'ipotesi di reato per cui si procede attiene all'appropriazione di una somma non inferiore a 1.400.000,00 franchi svizzeri, costituita da introiti della casa da gioco, e relativa agli importi che la società "(omissis) s.p.a.", incaricata di gestire la casa da gioco per conto del Comune, avrebbe dovuto versare all'ente territoriale nel mese di dicembre 2015, e di cui aveva avuto la disponibilità e custodia a norma dell'art. 7, comma 4, della apposita Convenzione stipulata nel dicembre 2014.

Il sequestro ha ad oggetto documentazione anche contabile e societaria, rinvenuta su supporto cartaceo ed elettronico; della documentazione esistente sui supporti informatici è stata acquisita copia, salvo che per un *hard disk* e per un disco esterno, rinvenuti presso l'abitazione di (omissis), materialmente asportati per svolgere sugli stessi ulteriore attività tecnica in laboratorio.

2. Hanno presentato ricorso per cassazione avverso l'ordinanza indicata in epigrafe l'avvocato (omissis), quale difensore di fiducia e procuratore speciale di (omissis) e di (omissis) e l'avvocato (omissis) quale difensore di fiducia e procuratore speciale della società "(omissis) (omissis) s.p.a.".

I ricorsi sono tra loro identici, anche da un punto di vista espositivo, ed articolano tre motivi, tutti relativi al *fumus commissi delicti*, i quali richiamano le censure già proposte in sede di riesame, e ne contestano il «sostanziale completo aggiramento».

2.1. Con il primo motivo, si denuncia violazione di legge, avendo riguardo all'assenza di motivazione, o ad una motivazione meramente apparente, in ordine al requisito dell'altruità della cosa, quale elemento costitutivo della fattispecie di peculato.

Si deduce che l'ordinanza impugnata non ha esaminato le argomentazioni difensive in ordine alla non configurabilità di una proprietà *ab origine* del Comune sulle somme non versate, ritenendo la questione irrilevante. Si osserva che il difetto del requisito dell'altruità del bene, da un lato, dovrebbe determinare

l'esclusione di violazioni della legge penale, e, dall'altro, è presupposto di qualunque appropriazione, e quindi anche del reato di peculato. Si aggiunge che l'affermazione della irrilevanza delle argomentazioni difensive in ordine a questo profilo, oltre a presupporre un errore nell'applicazione della legge penale sostanziale, ha anche determinato una radicale omissione di motivazione. Si rappresenta che, con i motivi di riesame, si era evidenziato che: -) le disposizioni della Convenzione tra Comune e società, in particolare gli artt. 7 e 9, contemplano, per fasi successive, dapprima l'incasso dei proventi del gioco da parte del (omissis), poi la verifica contabile degli introiti da parte di personale dell'ente territoriale, infine il versamento di una parte di queste somme dal (omissis) al Comune; -) la previsione dell'obbligo di custodia in capo alla società da parte dell'art. 7, comma 4, della Convenzione, si spiega perché una parte rilevante dei proventi è raccolta in contanti o in assegni, e dunque si vuole porre a carico dell'impresa il rischio di furti o smarrimenti prima dell'effettivo trasferimento delle somme al Comune; -) l'obbligo di custodia non presuppone l'altruità del bene, come si evince, tra l'altro, dall'art. 1177 cod. civ. e, ancor più, dall'art. 1782 cod. civ. in materia di deposito irregolare; -) il Comune non può essere proprietario *ab origine* degli introiti derivanti dall'attività di gioco, perché, spettandogliene solo una quota, l'altra parte di questi proventi non gli compete e non avrà mai; -) gli artt. 7, comma 5, e 9, comma 1, della Convenzione dispongono, rispettivamente, che il Comune provvederà «ad incassare una quota di introiti», e che il contributo annuo è riconosciuto al Comune «sugli importi netti della stagione, [...] detratto l'importo versato a titolo di imposta sugli spettacoli e gli intrattenimenti», di cui è gravata la società di gestione del (omissis); -) i proventi della gestione della casa da gioco, secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti, sono redditi di natura privatistica, e, secondo la giurisprudenza civile, sono da considerarsi appartenenti alla P.A. solo quando sono uscite dalla disponibilità del gestore (si citano Sez. U civ., n. 5492 del 06/06/1994, e Sez. 1 civ., n. 6082 del 18/03/2006).

2.2. Con il secondo motivo, si denuncia violazione di legge, in riferimento agli artt. 50, 326 e 358 cod. proc. pen. e 107, 11 e 112 Cost., avendo riguardo allo sconfinamento del giudice nel potere del Pubblico ministero di individuare i fatti in relazione ai quali svolgere indagini.

Si deduce che, siccome i pagamenti relativi alle ultime due decadi dell'anno 2015 sono stati eseguiti nel gennaio 2016, il Tribunale ha ritenuto di estendere la contestazione dell'illecita appropriazione oltre che alla quota fissa – da corrispondere mediante tre “decadi” al mese, ciascuna per un importo pari a 700.000,00 franchi svizzeri – anche alla quota mensile residua. Si rileva che, in tal modo, il giudice del riesame ha travalicato la contestazione, secondo la quale



la condotta illecita si è realizzata «tra il 01.12.2015 ed il 31.12.2015» ed in relazione ad una «somma non inferiore a CHF 1.400.000,00»; del resto, l'inciso «non inferiore» si spiega perché l'ipotesi dell'accusa ha riguardo al mancato pagamento della seconda e della terza decade di dicembre e anche al tardivo pagamento della prima decade. Si aggiunge che l'omesso versamento della quota mensile residua non poteva essere oggetto di contestazione, perché questa ha ad oggetto somme determinate «in modo elastico e sulla base delle intese operative tra Comune e (omissis) che dovevano tenere conto delle condizioni economico-finanziarie della casa da gioco», come si evince chiaramente dall'art. 9, punto 6, lett. b), della Convenzione. Si rappresenta che, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza di legittimità, il richiamo a fatti del tutto estranei alla contestazione del Pubblico ministero, è causa di illegittimità dell'ordinanza.

2.3. Con il terzo motivo, si denuncia violazione di legge, in riferimento all'art. 314 cod. pen., avendo riguardo alla mancanza di motivazione in ordine alla sussistenza della condotta appropriativa.

Si deduce che non può ravvisarsi una condotta appropriativa nella semplice violazione dell'obbligo di versare una somma. Si aggiunge che nessuna indicazione è fornita in relazione a condotte di deviazione delle somme non corrisposte, nonostante potrebbe persino difettare un oggetto materiale delle stesse, a causa della mancanza di risorse finanziarie da poter riversare. Si rappresenta che, secondo la stessa ordinanza impugnata, per la configurabilità del reato di cui all'art. 314 cod. pen. è necessario che la cosa venga sottratta alla sua funzione pubblica e messa al servizio di finalità private, e che, però, nulla di tutto questo è evidenziato nel caso di specie: l'unica ipotesi formulabile è che il pagamento delle due decadi sia stato posticipato per far fronte alle spese di gestione del (omissis) o ad altri pagamenti cui questo era tenuto, e quindi con una destinazione delle risorse comunque per fini istituzionali. Del resto, il lieve ritardo nel pagamento delle due decadi è avvenuto in pieno coordinamento con il Comune, che non ha mai lamentato alcunché.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. I ricorsi sono fondati per le ragioni di seguito precisate.

2. Fondate, precisamente, sono le censure formulate con il primo motivo, e che attengono alla assenza di motivazione in ordine al requisito dell'altruità della cosa che si assume oggetto di appropriazione.

2.1. Secondo un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità, il giudice del riesame, se deve limitarsi a stabilire l'astratta configurabilità del reato ipotizzato, ha comunque il potere-dovere di espletare il controllo di legalità, sia pure nell'ambito delle indicazioni di fatto offerte dal pubblico ministero, e, quindi, di verificare la congruità degli elementi rappresentati, che vanno valutati così come esposti, al fine di verificare se essi consentono di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica, tenendo nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta ed esaminando l'integralità dei presupposti che legittimano il sequestro (così Sez. U, n. 23 del 20/11/1996, dep. 1997, Bassi, Rv. 206657, nonché, sostanzialmente nello stesso senso, tra le altre, di recente, Sez. 2, n. 18331 del 22/04/2016, Iommi, Rv. 266896, e Sez. 6, n. 9991 del 25/01/2017, Bulgarella, Rv. 269311).

Di conseguenza, il giudice del riesame ha il dovere di esaminare e di rappresentare se, alla luce degli elementi indicati dal pubblico ministero e tenendo conto delle contestazioni difensive, possano dirsi sussistenti tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato per il quale è stato adottato il provvedimento di vincolo finalizzato alla soddisfazione di esigenze probatorie.

Tanto premesso, deve aggiungersi che, come esattamente osservato dai ricorrenti, l'altruità della cosa oggetto di appropriazione è elemento costitutivo del reato di peculato, posto che l'art. 314 cod. pen., nel descrivere la fattispecie, richiede «il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui» quale presupposto indispensabile della condotta rilevante. Dell'esistenza di tale elemento, quindi, il Tribunale del riesame deve dare conto.

2.2. L'ordinanza impugnata ha affermato che i limiti connaturati al sindacato del giudice del riesame in materia di provvedimenti cautelari reali rendono «privi di pregio i motivi di doglianza fondati sull'altruità del bene e sulla qualificazione pubblicistica degli indagati, afferendo le predette questioni a profili giuridici che non incidono sull'astratta configurabilità del reato, lasciando solo ipotizzare una fattispecie criminosa diversa da quella indicata nel decreto di sequestro.».

E' evidente, quindi, l'errore giuridico in cui è incorso il Tribunale laddove ha ritenuto di poter "accantonare" tale questione.

Né la verifica in ordine al requisito dell'altruità della cosa mobile che si assume oggetto di appropriazione può dirsi irrilevante perché, come invece afferma l'ordinanza impugnata, potrebbe comunque «configurarsi, sempre in astratto, una fattispecie criminosa diversa da quella indicata nel decreto di sequestro». Ed infatti, da un lato, il Tribunale aveva l'onere di indicare specificamente quale sarebbe la «fattispecie criminosa diversa»; dall'altro, poi, se pure si volesse individuare quest'ultima nel delitto di appropriazione indebita, il problema non sarebbe risolto, perché anche il reato di cui all'art. 646 cod. pen.

ha ad oggetto «il denaro o la cosa mobile altrui», e, quindi, per la sua configurabilità, è comunque necessaria una verifica relativa al profilo dell'altruità del bene al quale si riferisce la condotta in contestazione.

3. L'accoglimento delle censure esposte nel primo motivo, preclude, allo stato, l'esame delle doglianze formulate con il secondo e con il terzo motivo.

3.1. Il secondo motivo deduce l'illegittimità dell'estensione della contestazione, da parte del Tribunale, alla quota mensile ulteriore rispetto a quella fissa, pari a 700.000,00 franchi svizzeri per ciascuna decade.

La questione formulata è seria, posto che la società " (omissis) s.p.a." risulta aver omesso di corrispondere la somma di 1.400.000,00 franchi svizzeri, da versare a titolo di quota fissa per il dicembre 2015, e precisamente per la seconda e terza decade del mese di dicembre 2015, e che il decreto di perquisizione e sequestro così descrive le condotte: «si appropriavano della somma complessiva non inferiore a CHF 1.400.000 di cui avevano la disponibilità in ragione dell'ufficio ricoperto e servizio espletato dal (omissis) s.p.a. in cui rientravano la custodia delle predette somme di denaro di proprietà del Comune di (omissis) e (omissis) S.p.A.. In (omissis) nel periodo compreso tra il 01.12.2015 ed il 31.12.2015.».

Tuttavia, l'esame in ordine al profilo dell'altruità, per la persona giuridica " (omissis) s.p.a.", delle somme che la stessa avrebbe omesso di versare al Comune di (omissis) è in ogni caso preliminare e potenzialmente dirimente: se la somme non versate non possono qualificarsi come "altrui" per la società incaricata della gestione della casa da gioco, deve escludersi la configurabilità del peculato con riferimento a tutto il denaro non corrisposto.

3.2. Il terzo motivo denuncia la mancanza di motivazione in ordine alla sussistenza della condotta appropriativa.

Anche per questo profilo, l'esame della questione relativa al profilo dell'altruità è preliminare e potenzialmente dirimente: se la somme non versate non possono qualificarsi come "altrui" per la società incaricata della gestione della casa da gioco, deve escludersi che, rispetto ad esse, vi sia stata una condotta appropriativa.

4. L'ordinanza impugnata, pertanto, deve essere annullata per un nuovo esame.

In sede di rinvio, il Tribunale accerterà, innanzitutto, se le somme non versate dalla ditta " (omissis) s.p.a." possano dirsi "altrui" rispetto a quest'ultima sulla base di quanto indicato, in particolare, nella Convenzione

stipulata tra la stessa ed il Comune di (omissis) , verificando se il denaro incassato dalla società che gestisce la casa da gioco debba ritenersi immediatamente acquisito nella proprietà dell'ente territoriale, ed eventualmente valutando, a tal fine, se le relative somme costituiscano o meno entrate tributarie.

Ovviamente, qualora ravvisi la sussistenza del profilo dell'altruità del denaro incassato dalla ditta " (omissis) s.p.a." e non versato al Comune di (omissis) , il giudice del rinvio approfondirà, alla luce dei risultati raggiunti sull'acquisizione della proprietà delle somme, le questioni attinenti ai limiti della contestazione ed alla configurabilità della condotta appropriativa.

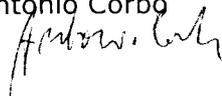
**P.Q.M.**

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuova deliberazione al Tribunale di Como.

Così deciso in data 1 marzo 2018

Il Consigliere estensore

Antonio Corbo



Il Presidente

Giacomo Paolopi

