
SOLUZIONI ESAME 2011 - PARERE DI DIRITTO PENALE

Parere n.1

Sempronio, maresciallo della stazione dei carabinieri del comune di Delta, avvalendosi della propria casella di posta elettronica non certificata, con dominio riferito al proprio ufficio e accesso riservato, mediante password, invia all'ufficio dell'anagrafe del comune una e-mail, da lui sottoscritta con la quale chiede che gli siano forniti tutti gli elenchi di tutti gli individui di sesso maschile e femminile nati negli anni 1993 e 1994, precisando che tale informazioni sono necessarie per lo svolgimento di un'indagine di polizia giudiziaria, indicando il numero di procedimento penale di riferimento della locale procura della repubblica. Di tale richiesta viene casualmente a conoscenza il comandante della stazione, il quale intuisce immediatamente, come poi effettivamente si accerterà, che non esiste alcuna indagine che richiede quel genere di accertamento.

Si accerta altresì che Caia, moglie del maresciallo Sempronio è titolare di un'autoscuola, sicché l'acquisizione dei nominativi dei residenti nel comune che da poco compiuto o si accingono a compiere la maggiore età è finalizzata ad indirizzare mirate proposte pubblicitarie per i corsi di guida. Di tanto il maresciallo Sempronio rende un'ampia confessione mediante memoria scritta indirizzata al pubblico ministero. In seguito temendo le conseguenze penali del fatto commesso, Sempronio si rivolge ad un avvocato. Il candidato, assunto le vesti del legale, analizzato il fatto valuta le fattispecie eventualmente configurabili redigendo motivato parere.

La questione principale attiene al rapporto tra il delitto di peculato di cui all'art. 314 c.p. ed il delitto di cui all'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio). Sebbene la traccia non chiarisca ove Sempronio abbia commesso il fatto, occorre domandarsi se la prima delle due fattispecie possa ricorrere qualora venga utilizzata una connessione internet o comunque un server per finalità contrarie all'ufficio e se - nella fattispecie - ciò possa verificarsi nel caso dell'invio di una singola mail (così integrando la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.).

La risposta deve essere negativa, dal momento che a ciò non corrisponde alcun apprezzabile depauperamento del patrimonio dell'ente. A tale conclusione si perviene solo che si consideri come il bene tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 314 c.p., anche a voler considerare quest'ultima quale fattispecie plurioffensiva (tutelando in generale l'interesse al corretto funzionamento della pubblica amministrazione) resti comunque incardinato, *in primis*, nel patrimonio dell'ente. Occorre dunque che la condotta dell'agente abbia l'attitudine a determinare un danno che sia, quanto meno, minimamente apprezzabile, venendo meno altrimenti l'oggetto materiale della fattispecie.

Tale principio è stato più volte affermato dalla giurisprudenza: sia nel caso di connessioni ad internet c.d. *flat* (Cass. pen. 13 marzo 2009 n. 14978) sia nel caso in cui, comunque, l'oggetto di appropriazione abbia un valore assolutamente modesto (Cass. pen. 9 giugno 2010 n. 35150).

L'utilizzo abusivo di strumenti di comunicazione dell'ente potrà semmai rappresentare elemento tipico del delitto di abuso d'ufficio. Mentre nel delitto di peculato la condotta consiste infatti nell'appropriazione di denaro o altra cosa mobile altrui, di cui il responsabile abbia il possesso o la disponibilità per ragioni del suo ufficio, nell'art. 323 c.p. la stessa si connota per l'esercizio delle potestà e l'uso dei mezzi inerenti ad una funzione pubblica per finalità differenti da quelle per le

quali l'esercizio del potere è concesso, e finalizzate, mediante attività di rilevanza giuridica, a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale (da ultimo, Cass. pen. 4 maggio 2011 n. 20094).

Nel caso di specie, dunque, Sempronio potrà essere chiamato a rispondere del delitto di cui agli artt. 56 e 323 c.p., probabilmente nella forma attenuata ex art. 323bis c.p. Difatti, egli ha sicuramente abusato della propria funzione e degli strumenti stessi dell'ente (indirizzo di posta elettronica dell'ufficio) al fine di procurare al coniuge un ingiusto vantaggio patrimoniale (consistente nell'utilizzo a fini commerciali dei dati ottenuti): vantaggio nel caso di specie non realizzatosi a causa dell'intervento del superiore gerarchico.

Potrebbe però sollevarsi un interrogativo ulteriore, sebbene dai confini sfumati e in relazione alla quale scarseggiano i riferimenti giurisprudenziali, relativo alla possibilità di considerare quale atto pubblico una mail non certificata pur proveniente dal pubblico ufficiale. Si rammenti infatti che – proprio in tale veste e nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali – Sempronio ha *formalmente* rivolto una richiesta all'ufficio anagrafe del comune di Delta, dichiarando falsamente che la richiesta era relativa ad un procedimento pendente presso la procura della Repubblica (il che pare poter integrare in astratto il delitto di falsità ideologica in atto pubblico commesso da pubblico ufficiale ex art. 479 c.p., non avendo Sempronio falsificato l'atto nella sua materialità ma semmai dichiarato il falso anche in relazione all'esistenza di un procedimento penale). A tal riguardo, occorre sottolineare come tale ultima fattispecie concorra con il delitto di abuso di ufficio ogniqualvolta – come in questo caso – non si esaurisca in quella di falso (*ex plurimis* Cass. pen 3 aprile 2009 n. 31256).

Occorre dunque chiedersi se la comunicazione di Sempronio presenti le caratteristiche dell'atto pubblico.

Come si ricorderà, la nozione penalistica di atto pubblico non si esaurisce nella definizione che di questo viene fornita dall' art. 2699 c.c: l'elemento che caratterizza l'atto pubblico deve essere ravvisato essenzialmente nell'appartenenza del fatto attestato nel documento (che può avere anche una sostanza informatica ex art. 491bis c.p) alla sfera di attività direttamente compiuta dal pubblico ufficiale o caduta sotto la sua immediata percezione, per cui si deve ritenere atto pubblico ogni scritto di natura documentale proveniente dal pubblico ufficiale e da egli redatto per uno scopo astrattamente inerente alle sue funzioni.

Da questo punto di vista si pone allora il problema se la semplice e-mail non certificata (come nel caso di specie) firmata da pubblico ufficiale possa di per sé considerarsi come *proveniente* da quest'ultimo.

La questione è stata oggetto, più che di dibattito giurisprudenziale, di un confronto dottrinario successivo all'approvazione del Codice dell'amministrazione digitale (D.lvo 7 marzo 2005 n. 82), a mente del quale la riferibilità di un documento informatico al suo autore è giuridicamente certa solo ove la posta elettronica sia certificata nei modi e con le forme previste.

Fuori da tali modalità, si è perciò sostenuto, il messaggio di posta elettronica non può fornire alcuna certezza circa la propria provenienza o sull'identità dell'apparente sottoscrittore. Mancando la cosiddetta firma digitale certificata verrebbe così meno la stessa possibilità di riferire con altrettanta certezza l'atto all'autorità dal quale promana, non consentendo così di qualificare il messaggio di posta elettronica alla stregua di un atto pubblico. Recentemente sul punto si è espressa la giurisprudenza di merito, in un caso peraltro che presenta - curiosamente - moltissime assonanze con quello esposto nella traccia (Gup Trib. Brescia, sent. 304/2008).

Nel caso di specie, dunque, parrebbe difficile potersi imputare a Sempronio il delitto di cui all'art. 479 c.p.

Sul punto, invero, occorre però ricordare come lo stesso Sempronio abbia spedito la mail dal proprio indirizzo (protetto mediante password) e come abbia a sua volta confermato di avere inviato personalmente la mail. La questione pare dunque più complessa, giacché occorre

rammentare come non sempre la sottoscrizione costituisca condizione essenziale dell'atto pubblico. Esistono documenti in cui, pur in mancanza di sottoscrizione, l'autore è riconoscibile da altri elementi. In tal caso è solo necessario, salvo che la legge richieda *ad substantiam* la sottoscrizione, che sia possibile riconoscere con certezza la persona o l'ente da cui l'atto proviene (Cass. pen. 9.2.1984 Rimondini). Per tali ragioni si ritiene che quest'ultima questione – da considerarsi *non centrale* al fine della soluzione della traccia – possa trovare una soluzione non univoca ed *aperta* ugualmente giustificata sotto il profilo giuridico.

Parere n.2

(La traccia contempla un argomento giuridico già trattato nel corso Ius&Law 2011 alla prova n. 23)

Il 20 gennaio del 2011 Tizio riceve da Caio della merce in conto vendita. I contraenti convengono che Tizio debba esporre la merce nel proprio negozio, al fine di venderla ad un prezzo preventivamente determinato, nel termine di 4 mesi. L'accordo negoziale prevede che, alla scadenza stabilita, Tizio debba corrispondere a Caio il prezzo concordato, ovvero restituire la merce rimasta invenduta. Nel corso dei 4 mesi Tizio e Caio continuano ad intrattenere regolarmente rapporti commerciali, nonché di personale frequentazione sicché, alla scadenza del termine pattuito per la eventuale restituzione della merce rimasta invenduta, Caio non domanda nulla in merito alla esecuzione del primitivo contratto, né Tizio lo rende edotto del fatto che la merce è rimasta totalmente invenduta. Soltanto agli inizi del mese di luglio, a seguito di una discussione per divergenze di opinione in merito ad altri affari, Caio chiede conto della avvenuta esecuzione del contratto, ricevendo da Tizio risposte evasive. Alla fine del mese di luglio i rapporti tra i due si rompono definitivamente. Al rientro dalle vacanze estive Caio fa un ulteriore tentativo di contattare Tizio per la restituzione della merce ovvero del corrispettivo e apprende dalla segretaria di Tizio che la merce è rimasta invenduta. Decide quindi di tutelare le proprie ragioni in sede penale.

Il candidato assume le vesti di legale di Caio rediga motivato parere analizzando la fattispecie configurabile nel caso esposto, soffermandosi in particolare sulle problematiche correlate alla procedibilità dell'azione penale.

Il tema centrale del parere ruota attorno all'interrogativo se, in caso di beni detenuti in conto vendita, integri reato di appropriazione indebita nella fattispecie aggravata ex art. 61 n. 11 dall'abuso della prestazione d'opera la condotta di colui che abbia il possesso dei suddetti beni e non li restituisca al proprietario, nonostante sia spirato il termine di efficacia del contratto che prevedeva il sopra menzionato conto vendita.

Infatti, la ricorrenza o meno dell'aggravante già richiamata comporta una diversa identificazione del termine di procedibilità dell'azione connessa al reato di appropriazione indebita.

L'art. 646 c.p. identifica una fattispecie nella quale l'elemento centrale ricorre nell'interversione del possesso dei beni e prevede nella sua forma basilare di cui al primo comma la procedibilità a querela di parte.

Circa il primo aspetto, va rammentato che per il verificarsi del presupposto del reato costituito dalla "appropriazione" non è sufficiente la mera mancata restituzione del bene una volta scaduto il termine - avendo ciò valore al più di mero sintomo di appropriazione pregressa (si veda ad esempio Cass. 2585/2002) - occorrendo piuttosto che il soggetto agente compia atti di disposizione a cui il possessore non è autorizzato assumendosi in modo arbitrario poteri del proprietario del bene ovvero che egli si comporti in modo da dimostrare la volontà di continuare a tenere la cosa medesima per un tempo indefinito.

Il secondo e terzo comma prevedono, invece, la procedibilità di ufficio, poiché sono evidentemente tesi a tutelare in modo più stringente l'interesse di colui che subisce in modo illegittimo l'interversione nel possesso.

La traccia tuttavia non fornisce elementi che facciano dubitare sull'esistenza del presupposto del reato in questione, indicando invece date e circostanze che inducono a riflettere sulla procedibilità dell'azione, in merito alla quale viene anche chiesto espressamente di soffermarsi.

Occorre, pertanto, chiarire come vada interpretata la disposizione “abuso di relazioni di prestazione d’opera” di cui all’art. 614 n. 11 c.p. in modo da verificare se una fattispecie come quella del quesito possa essere ricompresa in detta previsione e il reato possa quindi considerarsi aggravato e, di conseguenza, perseguibile d’ufficio.

A tal proposito, va osservato che nel concetto di “prestazione d’opera” devono essere compresi non solo i rapporti discendenti da un contratto di lavoro, ma anche tutti i rapporti giuridici che comportino l’obbligo di un *facere* e che instaurino, comunque, tra le parti un rapporto di fiducia dal quale possa essere agevolata la commissione del fatto.

In tal senso si è espressa, del resto, recente giurisprudenza (Cassazione penale sez II 23 novembre 2010 n. 989) proprio in un caso di beni concessi in conto vendita e non restituiti.

In specie, quindi, attraverso il richiamo analitico e ragionato di tutti i fatti di traccia si giunge a riscontrare nella condotta di Tizio i presupposti necessari per configurare l’ipotesi di base dell’appropriazione indebita; nondimeno deve ritenersi verificata l’aggravante di cui all’art. 61 n. 11 c.p. per abuso di relazione d’opera poiché lo stesso Tizio ha certamente assunto un obbligo di *facere* fondato su di un contratto dal quale derivava un rapporto di fiducia che ha sicuramente agevolato la commissione del fatto.

Questa ultima circostanza della fiducia è tanto più vera se si pensa che Caio non ha sentito la necessità di verificare in modo stringente la situazione dei beni appena spirato il termine del contratto, ma si è limitato ad alcune telefonate esplorative.

La ricorrenza dell’aggravante ex art. 61 n. 11 c.p. determina la procedibilità d’ufficio per appropriazione indebita nei confronti di Tizio.