

SOLUZIONI ESAME 2012 - PARERE DI DIRITTO PENALE

Parere n.1

Nel corso di una indagine di polizia giudiziaria finalizzata alla repressione del fenomeno dello sfruttamento dei minori a fini sessuali, l'agente autorizzato ad operare sotto copertura sulla rete web con un nickname, accerta uno scambio di materiale pedopornografico tra Tizio e Caio, accertando, poi, che il nickname utilizzato da uno degli utenti è riferibile a Tizio, titolare dell'utenza telefonica usata per la connessione internet, la quale risulta ubicata in un appartamento abitato soltanto da lui. Contattandolo direttamente sempre in via telematica, l'agente acquisisce da Tizio numerose immagini pedopornografiche. Tizio viene sottoposto a procedimento penale e si procede al sequestro del computer di Tizio rinvenuto nell'appartamento. La consulenza tecnica disposta dal pubblico ministero sul computer in sequestro consente di accertare che con quel computer erano stati inviati numerosi messaggi di posta elettronica con allegati files contenenti immagini pedopornografiche, che esiste un'apposita cartella salvata sul disco rigido, contenente numerosissimi files di immagini e filmati dello stesso genere. A questo punto, Tizio si reca da un avvocato per conoscere le possibili conseguenze penali della propria condotta. Il candidato, assunto le vesti del difensore di Tizio, analizzi la fattispecie o le fattispecie configurabili nella condotta descritta soffermandosi in particolare sulle figure della progressione criminosa dell'antefatto e post-fatto non punibili.

Soluzione

Deve innanzitutto premettersi che, trattandosi della redazione di un parere e non di un atto giudiziario, la soluzione proposta fa riferimento ai soli aspetti di diritto sostanziale evidenziati dalla traccia, tralasciando dunque questioni processuali inerenti l'utilizzabilità degli elementi di prova acquisiti dall'agente provocatore che pure potrebbero porsi in relazione all'art. 191 c.p.p. e alla disciplina di cui all'art. 14 della Legge 269/1998.

Ciò posto, la traccia in esame impone innanzitutto di confrontarsi con l'art. 600-ter c.p. -che contempla il reato a fattispecie plurima di "*pornografia minorile*"- e di concentrarsi, in particolare, sulle condotte di cui ai commi terzo e quarto.

Al comma terzo sono fra l'altro punite le condotte di "*distribuzione*", "*divulgazione*", "*diffusione*" e "*pubblicizzazione*" di materiale pedopornografico, mentre al successivo comma quarto è sanzionato il comportamento di chi "*offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito*" il medesimo materiale.

Tutte le condotte -tra loro alternative- di cui all'ipotesi delittuosa contemplata dal terzo comma implicano necessariamente che il materiale sia propagato ad un numero indeterminato di destinatari, quale che sia lo strumento utilizzato. Con particolare riferimento alla realizzazione del delitto per via telematica occorre l'immissione in rete che può aversi, a titolo esemplificativo, attraverso un sito ovvero una *chat line* o mediante l'utilizzo di programmi di condivisione dati (c.d. file sharing) e comunque in modo tale da rendere i dati stessi accessibili a chiunque si connetta.

Ben diversa è invece la condotta punita dal quarto comma della norma in parola, la quale descrive una fattispecie -sussidiaria rispetto a quelle dei commi precedenti- che consiste nella trasmissione di materiale pedopornografico nell'ambito di un rapporto diretto fra soggetti determinati. In questo caso dunque la condotta punita non si rivolge ad una pluralità indeterminata di soggetti, ma a soggetti specificamente individuati. La cessione o l'offerta hanno dunque connotati esclusivamente

individuali. E' pertanto da escludersi il ricorrere della fattispecie di cui al comma terzo dell'art. 600-ter c.p. laddove manchi una distribuzione ad una platea di soggetti indeterminati del materiale pedopornografico, ravvisandosi in tale caso la meno grave fattispecie di cessione.

In tal senso la giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen. 11.2.2002 n.4900) ha affermato che: *"Perché vi sia divulgazione o distribuzione, occorre che l'agente inserisca le foto pornografiche minorili in un sito accessibile a tutti, al di fuori di un dialogo privilegiato o le invii ad un gruppo o lista di discussione da cui chiunque le possa scaricare o le invii bensì ad indirizzi di persone determinate ma in successione, realizzando cioè una serie di conversazioni private e dunque di cessioni con diverse persone [...] mentre è configurabile l'ipotesi più lieve di cui all'art. 600-ter comma quarto quando un soggetto invii dette foto ad una persona determinata, allegandole ad un messaggio di posta elettronica, sicché solo questa abbia la possibilità di prelevarle"*.

Poiché i numerosi files a contenuto pedopornografico sarebbero stati inoltrati da Tizio al solo Caio (oltre che all'agente sotto copertura) in allegato a messaggi di posta elettronica -e dunque con strumenti e modalità di comunicazione riservata e tali da rendere i dati accessibili solo a soggetti determinati- è evidente che il fatto appare sussumibile nell'alveo della fattispecie di cui al comma quarto dell'art. 600-ter c.p.. Né modifica tale conclusione il fatto che, a seguito di perquisizione e successiva consulenza tecnica, siano stati rinvenuti numerosi messaggi di posta elettronica contenenti immagini pedopornografiche, non risultando dalla traccia il numero dei destinatari e ben potendo i messaggi essere stati indirizzati ad un unico interlocutore.

Occorre a questo punto introdurre il tema del rapporto intercorrente fra l'art. 600-ter c.p. e la distinta ipotesi delittuosa di cui all'art. 600-quater c.p. che punisce chi *"consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto"*.

L'incipit di tale previsione incriminatrice contempla una clausola di riserva espressa, in base alla quale tale fattispecie si applica solo quando non ricorrano le fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p..

E tuttavia tale clausola deve ritenersi operante nei casi in cui si possa riscontrare un'identità di fatto tipizzato tale da determinare un conflitto apparente di norme risolvibile appunto in base alla clausola di riserva. Se invece i fatti sono diversi operano le regole del concorso, salvo le ipotesi di assorbimento. Orbene, per cedere il materiale bisogna prima detenerlo; in tale situazione la detenzione di materiale pedopornografico assume i connotati di un antefatto non punibile e per tale ragione rimane assorbito nel delitto di cessione. Si parla di antefatto non punibile per indicare quei casi in cui un reato meno grave costituisce il mezzo ordinario di realizzazione di un reato più grave, esprimendo così la condotta gradi diversi di offesa di un medesimo bene giuridico o di un bene giuridico omogeneo. In definitiva la condotta di cui all'art. 600-quater c.p. rimarrà assorbita in quelle di cui all'art. 600-ter allorché sussista una progressione criminosa e la condotta delle detenzione sia prodromica a quelle di cui all'art. 600-ter c.p.

Nella fattispecie, tra la condotta di cui all'art. 600-quater e quella di cui all'art. 600-ter comma quarto sussiste assorbimento e non concorso di reati o concorso apparente di norme, perché il reo per cedere il materiale ha dovuto prima procurarselo.

Così si è espressa recentemente la Suprema Corte affermando che *"Non vi è concorso fra il reato di detenzione di materiale pedopornografico e quello di cessione dello stesso in quanto la prima fattispecie è da ritenersi assorbita da quest'ultima"* (Cass. Pen, sez. III, 6 aprile 2011 n. 35696).

Tornando al caso proposto dalla traccia, Tizio potrà dunque essere chiamato a rispondere del solo delitto di cui all'art. 600-ter quarto comma pur avendo posto in essere due distinte condotte riferibili, l'una alla detenzione del materiale sequestrato e l'altra alla cessione a terzi di immagini pedopornografiche.

Parere n.2

(La traccia affronta la medesima questione giuridica già assegnata al corso Ius&Law 2009 come traccia 21 bis)

Tizio ometteva il versamento delle somme affidategli dai clienti, destinate al pagamento dell'imposta di registro per gli atti rogati. L'illecito veniva scoperto quando ad uno dei clienti veniva contestato l'omesso pagamento dell'imposta dovuta e questi, verificato quanto accaduto sporgeva denuncia nei confronti del Notaio. Avviato il procedimento penale, l'Autorità giudiziaria inquirente verificava che il denaro di cui Tizio si appropriava era molto ingente, pertanto, si disponeva il sequestro finalizzato alla confisca di due appartamenti di proprietà di Tizio.

Questi si reca dunque dal proprio avvocato per conoscere possibili conseguenze della condotta contestatagli sia sotto il profilo sanzionatorio che con riguardo alla sorte dei suoi beni immobili oggetto del sequestro.

Il candidato, assunto le vesti del legale di Tizio, rediga motivato parere illustrando la fattispecie penale ravvisabile nel caso prospettato, soffermandosi sulla possibilità di confisca per equivalente degli immobili appartenenti a Tizio e sottoposti a sequestro

Soluzione

La traccia impone di affrontare due passaggi inerenti da un lato l'analisi della condotta tenuta da Tizio e le conseguenze ad essa inerenti e dall'altro la questione avente ad oggetto la sorte dei beni sequestrati.

Quanto alla condotta contestabile la fattispecie configura il delitto di peculato di cui all'art 314 c.p. che punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria. La sanzione prevista è la reclusione da quattro a dieci anni.

A questo riguardo occorre sottolineare come anche qualora non adempia a funzioni certificative il notaio rivesta comunque qualifica di pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p.

Infatti in un caso simile a quello proposto è stato ritenuto che *“la qualifica di pubblico ufficiale spetta al notaio non solo nell'esercizio del suo potere certificativo in senso stretto, ma in tutta la sua complessa attività, disciplinata da norme di diritto pubblico (legge notarile) e diretta alla formazione di atti pubblici (negozi giuridici notarili), ivi compresa l'attività di adempimento dell'obbligazione tributaria nella specie mancato versamento da parte del notaio di somme affidate da clienti, destinate al pagamento dell'imposta di registro in relazione agli atti rogati”* (Cass. 47178/2009).

Si devono pertanto ritenere sussistenti tutti gli elementi del reato e Tizio potrebbe essere chiamato a rispondere del delitto di peculato (continuato ex art. 81 cpv c.p), reato che prevede in caso di condanna, quale sanzione accessoria, l'interdizione dai pubblici uffici ex art. 317 bis c.p.

Passando al secondo quesito inerente la sorte dei beni immobili confiscati è doverosa una premessa. Il sequestro di cui parla la traccia è quello previsto dall'art. 321 c.p.p. e cioè il sequestro preventivo finalizzato in questo caso alla confisca di cui all'art. 322 ter c.p. Il quesito posto dalla traccia impone quindi l'analisi di tale ultima norma. Norma che tuttavia è stata modificata recentemente

dalla L. 6/11/2012 n. 190 (pubblicata in G.U. il 13/11/2012) e già in vigore. Nella formulazione precedente il comma 1 dell'art. 322 ter c.p stabiliva che la confisca per equivalente potesse essere ordinata solo sui beni che costituivano il prezzo del delitto mentre nella nuova formulazione è stato aggiunto anche il profitto. Ragioni di opportunità spingono a collocare il fatto narrato dalla traccia in un momento precedente l'entrata in vigore della modifica, dato che diversamente la questione perderebbe grandemente di importanza.

Si deve quindi aver riguardo alla formulazione della norma nella versione anteriore. Allo stesso risultato si perviene, d'altronde, considerando la natura *sostanziale* della confisca per equivalente, ritenuta non già misura di sicurezza (in relazione alle quali l'art. 200 c.p enuncia il principio *tempus regit actum* secondo cui la normativa cui occorre fare riferimento è quella vigente al momento dell'applicazione della misura) bensì vera e propria sanzione penale la cui applicazione deve sottostare al principio di cui all'art. 2 c.p., quarto comma, dovendosi dunque far riferimento alla norma più favorevole al reo (vd. Cass. Sez. Un. 38834/2008, C.Cost. ord. n.97/2009).

Fatta questa premessa si giunge ad affrontare la questione della applicabilità della confisca per equivalente in relazione al delitto di peculato secondo la disciplina precedente la novella sopracitata.

Come noto, in relazione al peculato l'ultima parte del primo comma dell'art. 322ter consentiva la confisca di beni per un valore equivalente al *prezzo* del reato. La ratio dell'istituto della confisca per equivalente è di privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento.

Pare opportuno a tale riguardo in primo luogo distinguere il prezzo dal profitto del reato. Per la qualificazione del primo occorre individuare le cose date o promesse per indurre l'agente a commettere il reato, diversamente dall'utile ricavato dall'attività criminosa che costituisce, invece, il profitto.

Orbene è proprio sull'estensibilità della confisca ex art. 322ter primo comma al profitto del delitto di peculato che si era evidenziata una aperta divaricazione nell'interpretazione giurisprudenziale, successivamente superata dall'intervento delle Sezioni Unite.

Secondo una prima tesi, premesso che non vi sarebbe stata esigenza, in base alla norma, di provare il nesso di pertinenzialità tra la *res* sottoposta a sequestro ed il reato, risultavano confiscabili i beni *“nella disponibilità dell'imputato per un valore corrispondente a quello relativo sia al profitto che al prezzo del reato”*.

Questa interpretazione estensiva poggiava su una nozione economica di prezzo tale da ricomprendersi *“il valore di un bene o di un servizio espresso in denaro, con l'inclusione di qualsiasi utilità connessa al reato”* (tra le altre, Cass. Pen. 27/1/2005 n. 11902) potendosi dunque sostenere che il legislatore avesse inteso utilizzare indifferentemente le nozioni di profitto e prezzo come espressione di un unico concetto assimilabile alla nozione di *“provento del reato”*. In tale quadro, dunque, la confisca per equivalente sarebbe stata pacificamente estensibile anche in caso in cui fosse mancato un vero e proprio prezzo del reato, sussistendo semmai – come nel peculato – il solo profitto.

Secondo una tesi più restrittiva, invece, a sua volta seguita anche dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 38691/2009 (e successivamente ribadita da Cass. pen. 22502/11), il riferimento testuale al prezzo del reato non sarebbe stato utilizzato tecnicamente dal legislatore posto che in altre norme del codice viene evidenziata la differenza tra profitto e prezzo del reato. Peraltro si osservava come già in sede di prima modifica delle disposizioni in esame (artt. 317 e ss c.p.) si fosse stabilita la confisca per equivalente del valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato, mentre nel testo poi approvato si fosse confinata la confisca per equivalente in relazione al solo prezzo del delitto.

Tale assunto avrebbe poi trovato conferma dal raffronto tra la norma in parola e la fattispecie di truffa in danno ad un ente pubblico nei confronti della quale l'art. 640 *quater* c.p. richiama per intero l'art. 322 *ter* c.p. e dunque anche il comma secondo, relativo alla confisca per equivalente conseguente a condanna inflitta ex art. 321 c.p., come dimostrazione della volontà del legislatore di voler estendere nel reato *de quo* – ma solo nel reato *de quo* - la confisca per equivalente sia al prodotto che al prezzo dell'attività criminosa. In sostanza, dove la legge vuole stabilisce in positivo.

Seguendo quest'ultimo orientamento Tizio potrà ottenere attraverso gli strumenti posti a disposizione dal codice di procedura penale l'annullamento del provvedimento di sequestro con conseguente restituzione dei beni sempre che – come già accennato – il fatto sia stato commesso anteriormente l'entrata in vigore della legge 190/2012.