

SOLUZIONI ESAME 2017 - PARERE DI DIRITTO PENALE

Parere n.1

In data 9 febbraio 2016 il Giudice Tutelare di Alfa nomina Caia amministratrice di sostegno di Tizio, affetto da demenza senile tipo Alzheimer, con il compito di gestire il trattamento pensionistico di Tizio e di impugnare a nome di quest'ultimo un contratto da questi stipulato nel 2015 sotto la spinta di artifici e raggiri perpetuati da terzi.

In data 7 maggio 2017, a seguito delle segnalazioni provenienti da alcuni vicini, i vigili del fuoco accedono d'urgenza nell'appartamento di Tizio rinvenendolo in pessime condizioni igieniche, senza cibo e bevande e con rifiuti all'interno dell'abitazione.

Tizio viene dunque ricoverato in ospedale e, a seguito della comunicazione pervenuta, il giudice tutelare revoca la nomina di Caia quale amministratrice di sostegno e trasmette gli atti alla locale Procura della Repubblica ipotizzando la ricorrenza del reato di cui all'art. 591 c.p.

Caia, preoccupata, si rivolge ad un legale per un consulto.

Il candidato assume le vesti del legale di Caia, premessi i brevi cenni sul reato di abbandono di persone incapaci, rediga motivato parere esaminando la questione sottesa al caso in esame.

Commento

La traccia proposta richiede anzitutto di riflettere sulla fattispecie contestata, individuata nell'art. 591 c.p. Tale norma, che punisce l'abbandono di persone minori o incapaci è pacificamente considerata un reato proprio, che può essere commesso solamente da parte di un soggetto che riveste una posizione di garanzia nei confronti del soggetto passivo, sia esso un minore o un incapace. Ciò perché la condotta consiste nell'abbandono della vittima, cioè nella volontaria sottrazione anche solo parziale o temporanea dai propri obblighi di custodia o di cura, nella consapevolezza della esposizione a pericolo della vita o dell'incolumità individuale del soggetto incapace di attendervi da solo.

Tale natura di reato proprio si coniuga peraltro al bene giuridico tutelato dalla fattispecie, individuato non tanto nel rispetto dell'obbligo legale di assistenza in quanto tale, bensì nel pericolo per l'incolumità fisica derivante dal suo inadempimento (sebbene si riscontrino opinioni divergenti sulla natura di tale pericolo, se concreto oppure astratto). Si è in più di un'occasione inteso sottolineare, infatti, come il fulcro di tutela della norma consisterebbe nel valore etico-sociale della sicurezza della persona fisica contro determinate situazioni di pericolo per la vita o per l'incolumità del soggetto passivo.

Posto che difficilmente potrebbe negarsi che nel caso rappresentato dalla traccia ciò si sia verificato, la questione giuridica da affrontare, giacché da essa dipende la correttezza della contestazione mossa a Caia dal Giudice tutelare è se nei confronti dell'amministratore di sostegno sia configurabile una posizione di garanzia correlata al dato formale della qualifica rispetto al soggetto amministrato.

Nell'ambito dell'art. 591 c.p. tale posizione di garanzia costituisce infatti presupposto indefettibile e requisito costitutivo della fattispecie, laddove viene richiamata la relazione che deve necessariamente intercorrere tra i soggetti, sicché l'uno sia chiamato *ad avere cura* dell'altro.

A tale riguardo, come noto, nell'accertamento degli obblighi impeditivi incombenti sul soggetto che versa in posizione di garanzia, occorre tenere presente, per quanto riguarda la *fonte* da cui scaturisce l'obbligo giuridico protettivo, che essa può essere rappresentata dalla legge, dal contratto, dalla precedente attività svolta, o da altra fonte obbligante. Quando poi si tratta di ricostruire il *contenuto* di tale obbligo giuridico, occorre valutare sia le finalità protettive che giustificano la stessa posizione di garanzia, sia la natura dei beni dei quali è titolare il soggetto garantito, che costituiscono l'obiettivo della tutela rafforzata, alla cui effettività mira la clausola di equivalenza.

Per quanto riguarda il delitto di cui all'art. 591 c. p., nessun limite si pone nella individuazione delle fonti da cui derivano gli obblighi di custodia e di assistenza che realizzano la protezione di quel bene: rilevano a tale scopo norme giuridiche di qualsivoglia natura, convenzioni di natura pubblica o privata, regolamenti o legittimi ordini di servizio, rivolti alla tutela della persona umana. Ad ogni situazione che esige detta protezione fa riscontro uno stato di pericolo che esige un pieno attivarsi.

Venendo alla all'amministratore di sostegno, in relazione alla cui figura devono essere misurati i principi sopra richiamati, come noto la L. n. 6 del 2004, art. 1, attribuisce a tale nuovo istituto *«la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente»*.

L'art. 404 c. c., nel testo modificato da tale legge, precisa che *«la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare»*.

Dal canto suo, l'art. 414 c. c., nel testo modificato dalla citata legge, dispone che il maggiore di età e il minore emancipato affetti da abituale infermità di mente, che li renda incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti *«quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione»*; e l'art. 415 c. c., continua a prevedere l'inabilitazione per una serie di soggetti il cui stato non sia "talmente grave da far luogo all'interdizione".

L'amministrazione di sostegno ha dunque la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione, non soppressi.

Nello svolgimento dei suoi compiti, l'amministratore di sostegno deve sempre tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario (art. 410 c.c., comma 1) e a questo dovere di ascolto, si accompagna quello di informare tempestivamente (e preventivamente) il beneficiario circa gli atti da compiere, nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso: in tale ultimo

caso, spetterà al giudice superare il contrasto, indicando all'amministratore la via da seguire (art. 410 c.c., comma 2).

Da queste brevi considerazioni emerge che, pur avendo un dovere di relazionare periodicamente (secondo la cadenza temporale stabilita dal giudice) sull'attività svolta e sulle condizioni di vita personale e sociale del beneficiario, il compito dell'amministratore di sostegno resta fundamentalmente quello di assistere la persona nella gestione dei propri interessi patrimoniali e non anche la "cura della persona", poichè l'art. 357 cd. c., che indica tale funzione a proposito del tutore, non rientra tra le disposizioni richiamate dall'art. 411 c.c tra le «*normale applicabili all'amministrazione di sostegno*».

Ciò significa che, in mancanza di apposite previsioni nel decreto di nomina (che, nella prospettiva di particolare duttilità dell'istituto, definisce in concreto i poteri e dunque anche gli obblighi dell'amministratore, individuando, in relazione alla specificità della situazione e delle esigenze del soggetto amministrato, gli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto di quest'ultimo e quelli che costui può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore), **l'amministratore di sostegno non assume una posizione di garanzia rispetto ai beni della vita e dell'incolumità individuale del soggetto incapace, bensì solo di un compito di assistenza nella gestione dei suoi interessi patrimoniali** (Cass. pen. 19 ottobre 2015 n. 7974).

Così enunciato il principio generale, è possibile passare all'analisi del caso di specie: ed in effetti, a tal riguardo, non pare che il reato ipotizzato dal Giudice tutelare a carico di Caia sussista.

Il preciso riferimento ai contenuti del decreto di nomina – come descritti nella traccia - consentono infatti di rilevare come su Caia gravasse esclusivamente il duplice obbligo di *gestire il trattamento pensionistico* e di *impugnare in nome e per conto dell'interessato* uno specifico contratto stipulato nel 2015 sotto la spinta di artifici e raggiri perpetrati da terzi. Non venivano invece menzionati, nel decreto stesso, obblighi più specificatamente volti alla tutela dell'incolumità di Tizio, non sussistendo in capo a Caia, l'obbligo di "custodire" o di "avere cura" quest'ultimo.

Parere n. 2

Tizio, dopo aver lungamente osservato le abitudini del pensionato Mevio, di anni 75, un giorno lo avvicina mentre questi sta rientrando a casa. Spacciandosi per un amico di vecchia data del di lui figlio Caio e carpitanne in tale modo la fiducia, lo convince a consentirgli di entrare nell'appartamento.

Qui, rappresentando di vantare un credito di euro 500,00 nei confronti di Caio, di trovarsi in momentanee ristrettezze economiche e di essere pertanto intenzionato ad agire in giudizio nei confronti del predetto per ottenere la soddisfazione del proprio credito, Tizio convince Mevio a consegnargli tale somma; inoltre, approfittando di una momentanea distrazione di Mevio, fruga in un cassetto del soggiorno e si impossessa della ulteriore somma di euro 300,00 ivi rinvenuta, dandosi poi alla fuga.

Nell'uscire Tizio si accorge però della presenza di telecamere di sicurezza nel palazzo e teme di essere in tal modo identificato, essendo pluripregiudicato per reati specifici.

Decide dunque di recarsi dal proprio legale per un consulto. Il candidato, assunto le vesti del legale di Tizio, rediga motivato parere individuando i reati configurabili nel caso di specie e la relativa disciplina in ordine alla procedibilità dell'azione penale e alla possibilità di applicazione di misure cautelari.

commento

Il secondo quesito di penale comporta una soluzione complessa che coinvolge sia aspetti sostanziali che processuali.

Le circostanze esposte dalla traccia pongono in primo luogo una chiara distinzione fra un fatto di truffa ed un fatto di furto. Con riguardo ad entrambe le fattispecie assume rilievo la sussistenza o meno di talune circostanze aggravanti, che incidono tanto sulla procedibilità dei reati che sulle condizioni di applicabilità di misure cautelari personali: argomenti sui quali la traccia chiede esplicitamente di pronunciarsi.

La prima problematica appare, quindi, quella di valutare se sussista o meno il delitto di truffa aggravato ex art. 640 com.2 n.2bis) c.p., che fa espresso richiamo all'aggravante della c.d. "minorata difesa" prevista dall'art. 61 n.5) c.p.. La fattispecie prevista art. 640 com.2 n.2bis) c.p. è circostanza aggravante speciale e ad effetto speciale, in quanto prevede la pena della reclusione da 1 a 5 anni per chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto, profittando di circostanze di luogo, di tempo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa.

Mentre l'ipotesi base di truffa è delitto procedibile a querela di parte e non ammette misure cautelari personali, non sussistendo le condizioni stabilite dall'art. 280 c.p.p., in quanto la pena edittale massima prevista dall'art. 640 c.p. non è superiore a tre anni di reclusione: viceversa la fattispecie aggravata è procedibile d'ufficio e comporta l'applicabilità delle misure cautelari stante il disposto dell'art. 278 c.p.p., in forza del quale nella determinazione della pena, ai fini dell'applicabilità delle misure coercitive, occorre tener conto proprio dell'aggravante prevista dall'art. 61 n.5) nonché di quelle ad effetto speciale.

L'aggravante non sussiste tuttavia per il solo fatto che la persona offesa dal reato sia anziana di età, ma occorre un valutazione caso per caso se nella commissione del reato abbiano avuto incidenza debolezze della persona offesa legate alla sua età.

Questa l'interpretazione della giurisprudenza che pare consolidata nell'affermare che ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, l'età avanzata della vittima del reato, a seguito delle modificazioni legislative introdotte dalla L. n. 94 del 2009, rileva in misura maggiore, attribuendo al Giudice il compito di verificare, allorchè il reato sia commesso in danno di persona anziana, se la condotta criminosa posta in essere sia stata agevolata dalla scarsa lucidità o incapacità di orientarsi da parte della vittima nella comprensione degli eventi secondo criteri di normalità. (da ultimo Cass. 23/06/2017 n.31454 ma anche Sez. 5, n. 38347 del 13/07/2011; Sez. 2, Sentenza n. 35997 del 23/09/2010, Sez 2 sent. 8998 del 18.11.2014).

Applicando i principi espressi al caso di specie non pare sussistano elementi per poter negare la sussistenza dell'aggravante. Gli elementi costitutivi del delitto di truffa risultano sussistere essendo integrati gli artifici ed i raggiri nel comportamento di Tizio, che fingendosi amico del figlio della persona offesa e rappresentandogli di essere suo creditore ne ha carpito la fiducia ed ha ottenuto così la consegna della somma di euro 500,00 anche per evitare eventuali conseguenze giudiziali.

D'altro canto non può negarsi che l'anziana età della vittima abbia contribuito alla commissione del reato, che peraltro è stato preparato con appostamenti nei giorni precedenti. Il comportamento normale di una persona in grado di cogliere appieno gli eventi che sta vivendo sarebbe infatti stato quello di diffidenza di fronte all'approccio di uno sconosciuto e, certamente, quello di chiamare il figlio ed avere conferma delle circostanze che gli venivano prospettate da Tizio.

La seconda questione da affrontare riguarda l'ulteriore sequenza fattuale posta in essere da Tizio, il quale, approfittando "*di una momentanea distrazione di Mevio*", frugava in un cassetto del soggiorno di casa, e, trovandovi la somma di € 300,00, "*se ne impossessava*".

La vicenda richiama inequivocabilmente il reato di furto, con la necessità, *in primis*, di stabilire (anche ai fini della procedibilità e dell'applicazione delle misure cautelari, come richiede la traccia) se si tratti di furto ex art. 624 c.p. oppure di furto in abitazione ex art. 624 bis.

Innegabile la circostanza dell'introduzione nell'altrui abitazione in forza di un consenso viziato dall'errore indotto dall'agente. Tale dato impone di analizzare l'elemento dell'assenza del consenso della vittima all'altrui introduzione nella propria abitazione, necessario ai fini della configurabilità della più grave fattispecie di cui all'art. 624 bis c.p..

Sul punto, pare che l'assenza del consenso sia ravvisabile non solo in ipotesi di dissenso espresso o tacito della vittima, ma anche nel caso in cui la vittima abbia in effetti prestato un consenso, ma erroneamente dato per effetto di una condotta ingannatoria del soggetto agente. Sul punto si è espressa la Corte di Cassazione, sez. pen., con la sentenza n. 26259 del 6.7.2011.

Ne consegue che, nel caso in esame, sarebbe in effetti configurabile il più grave reato di furto in abitazione, con conseguente procedibilità d'ufficio e possibilità di applicazione delle misure cautelari personali.

Tuttavia, in ottica puramente difensiva, potrebbe valorizzarsi la circostanza fattuale per cui l'agente, dopo essersi introdotto con l'inganno, quindi clandestinamente, nella privata altrui abitazione per commettere il delitto di truffa, avesse poi solamente colto l'occasione, per sottrarre una somma di denaro ivi rinvenuta.

Il legislatore ha introdotto la nuova fattispecie autonoma di reato di cui all'art. 624 bis c.p., per apprestare maggior tutela alla sicurezza fisica della vittima che si trovi all'interno dell'abitazione al momento del fatto, essendo inoltre tale tipo di condotta sintomatico di una maggiore audacia e pericolosità dell'agente e, quindi, determinante un maggiore allarme sociale. patrimoniale e quello

relativo all'inviolabilità del domicilio, con la conseguente possibilità, solo in quest'ultimo caso, del concorso di reati¹.

Perciò ai fini della configurabilità del reato di furto in abitazione, non è sufficiente la mera introduzione nell'altrui dimora, essendo altresì necessario che sussista il nesso finalistico - e non un mero collegamento occasionale - fra l'ingresso nell'abitazione e l'impossessamento della cosa mobile in quanto il nuovo testo dell'art. 624 *bis*, pur ampliando l'area della punibilità in riferimento ai luoghi di commissione del reato, non ha invece innovato in ordine alla strumentalità dell'introduzione nell'edificio quale mezzo al fine di commettere il reato, nesso già preteso dalla previgente normativa (C., Cassazione pen., Sez. V, 1.4.2014 n. 21293).

Applicando l'invocata giurisprudenza di legittimità al caso di specie, i potrebbe astrattamente sostenere che il reato configurabile in capo a Tizio sia il furto ex art. 624 c.p. e non già il furto in abitazione ex art. 624 *bis*, atteso che l'agente si era introdotto nell'abitazione privata di Mevio per altri motivi (la truffa). In un secondo momento, cogliendo l'occasione, l'agente ha poi commesso il furto, che pare non fosse nelle sue iniziali intenzioni (dato che l'introduzione nell'abitazione era eziologicamente connessa alla perpetrazione della truffa, già pianificata nei dettagli).

Tenuto conto che dalla sussumibilità di questa seconda condotta nell'una o nell'altra fattispecie deriva l'eventuale applicabilità di misure cautelari personali (essendo queste escluse per il furto semplice se non in caso di arresto in flagranza) significative conseguenze ricadono comunque sulla procedibilità, dato che il furto in abitazione è procedibile d'ufficio, mentre il furto ex art. 624 c.p. è procedibile a querela di parte, a meno che non ricorrano alcune circostanze aggravanti, tra cui la circostanza aggravante della destrezza, prevista dall'art. 625 primo comma n. 4 c.p..

Proprio ai fini di stabilire se il delitto di furto ascrivibile a Tizio sia o meno procedibile a querela, è necessario affrontare l'annoso dibattito formatosi proprio in punto di sussistenza della circostanza aggravante della destrezza, con particolare riferimento all'ipotesi in cui il soggetto agente si limiti ad approfittare di una situazione di temporanea distrazione della persona offesa (esattamente come accaduto nel caso di specie).

Una tesi, in vero più risalente, riconosce la circostanza aggravante in esame in ogni situazione in cui l'agente colga l'occasione favorente la realizzazione dell'impossessamento, inclusa la momentanea sospensione da parte della persona offesa del controllo sul bene, perchè poco attenta, oppure per essere impegnata, nello stesso luogo di detenzione della cosa o in luogo immediatamente prossimo, a svolgere le proprie attività di vita o di lavoro (tra le tante, Sez. 5, n. 20954 del 18/02/2015, Marcelli).

Applicando tale orientamento, invero non recentissimo, conseguirebbe la configurabilità, nel caso di specie, dell'aggravante della destrezza, ravvisabile nell'aver approfittato di un momento di distrazione della vittima per impossessarsi del denaro di costui. Conseguentemente, il reato sarebbe procedibile d'ufficio e sarebbero comunque applicabili misure cautelari personali.

¹ La L. 23.6.2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando) ha **aggravato il complessivo trattamento sanzionatorio** del furto in abitazione e del furto con strappo, innalzando le pene previste sia per le ipotesi base, di cui al 1° e 2° co. della norma, sia per il caso, previsto al 3° co., in cui ricorra una delle circostanze previste all'art. 625, 1° co. o all'art. 61. La legge di riforma ha anche introdotto, al 3° co. *bis*, un nuovo caso di **deroga al regime ordinario di bilanciamento tra circostanze di segno opposto**, statuendo il divieto di equivalenza e prevalenza delle attenuanti.

Tuttavia, secondo un più recente orientamento, l'aggravante della destrezza non sarebbe ravvisabile nella condotta di chi si avvalga di un momento di distrazione o del temporaneo allontanamento dal bene del suo detentore (in entrambi i casi non provocato dall'attività dell'autore del furto), perchè l'azione non presenta alcun tratto di abilità esecutiva o di scaltrezza nell'elusione del controllo dell'avente diritto, ma al più l'audacia e la temerarietà di sfidare il rischio di essere sorpresi.

La formulazione testuale dell'art. 625 cod. pen. e la funzione di aggravamento del trattamento punitivo, autorizzano l'affermazione che, se commesso con destrezza, il fatto di reato è qualificato da una o da talune modalità dell'azione che trascendono l'attività di mero impossessamento, necessaria per la consumazione del delitto e richiedono un comportamento predatorio nascosto, celato, non evidente, attuato in modo da evitarne la scoperta, dal furto con destrezza, che si caratterizza per l'esecuzione dell'azione in modo tale da superare quella configurazione, sicchè la modalità destra della condotta realizza un *quid pluris* rispetto all'ordinaria materialità del fatto di reato.

Tale orientamento è stato recentemente condiviso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, chiamate proprio a dirimere il dubbio ermeneutico in esame, hanno statuito il seguente principio di diritto: *“In tema di furto, la circostanza aggravante della destrezza sussiste qualora l'agente abbia posto in essere, prima o durante l'impossessamento del bene mobile altrui, una condotta caratterizzata da particolari abilità, astuzia o avvedutezza ed idonea a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla "res", non essendo invece sufficiente che egli si limiti ad approfittare di situazioni, non provocate, di disattenzione o di momentaneo allontanamento del detentore medesimo”* (Cass. pen. Sez. Unite, 27-04-2017, n. 34090 (rv. 270088)).

Applicando il più recente ed autorevole orientamento giurisprudenziale, quindi, non sarebbe configurabile, nel caso di specie, l'aggravante della destrezza, atteso che Tizio si era limitato ad approfittare di un momento di distrazione della persona offesa, senza con ciò dimostrare alcuna particolare scaltrezza o abilità.

Non è, quindi, configurabile alcun *quid pluris* rispetto alla mera attività di impossessamento, necessaria per la consumazione del furto.

Mentre il venir meno dell'aggravante inciderebbe esclusivamente *quod poenam* nella (probabilissima) ipotesi che a Tizio venga contestato il reato di cui all'art. 624bis c.p., nell'ipotesi più favorevole di cui all'art. 624 c.p. ciò inciderebbe ovviamente sulla procedibilità del reato, oltre che sull'applicabilità di misure cautelari personali (pur comunque applicabili – come si è detto – in ragione della truffa aggravata).