

COMMENTI ESAME 2019 - PARERE DI DIRITTO PENALE

Parere n.1

Tizio, dipendente di una multinazionale, riceve dal suo superiore Mevio l'incarico di sorvegliare il collega di lavoro Caio ed impedire che lo stesso divulghi ad aziende concorrenti alcuni importanti segreti aziendali dei quali è a conoscenza. Un giorno Tizio segue Caio nei locali dove è in corso di svolgimento una convention e nota che lo stesso, dopo essersi appartato con due persone, consegna loro una pen drive e ne riceve in cambio una busta, nella quale gli sembra di scorgere del denaro. Convinto di aver assistito alla consegna di materiale di proprietà aziendale in favore di personale riconducibile ad una società concorrente, Tizio, sentendosi autorizzato dall'ordine del proprio superiore gerarchico, interviene bruscamente e aggredisce il gruppo, pretendendo l'immediata consegna del supporto informatico. Ne nasce una colluttazione nel corso della quale Tizio, credendo di scorgere un'arma puntata nella sua direzione, impugna la pistola legalmente detenuta ed esplose un colpo in direzione di Caio, colpendolo in modo letale. Subito dopo, spaventato per l'accaduto, Tizio si dà alla fuga, portando con sé la pen drive caduta a terra durante la colluttazione. Il candidato, assunte le vesti dell'avvocato di Tizio, individui le ipotesi di reato configurabili a carico del suo assistito, prospettando, altresì, la linea difensiva più utile alla difesa dello stesso.

Commento

La traccia verte sulla legittima difesa (anche putativa) con specifico riferimento ai delitti previsti e puniti degli artt. 575 e 624 c.p.

Due le condotte astrattamente riconducibili alle fattispecie di reato di cui sopra:

- 1) la prima è rappresentata dall'esplosione di un colpo di arma da fuoco (legalmente detenuta) da parte di Tizio che determina la morte del collega Caio durante una colluttazione, allorquando il primo riteneva di scorgere un'arma puntata nella sua direzione;
- 2) la seconda consiste nell'apprensione di una *pen drive* raccolta da terra da Tizio e di proprietà dello stesso Caio, nella quale il primo è convinto siano contenuti segreti aziendali riconducibili alla multinazionale di cui egli è dipendente.

Con riguardo alla prima condotta, astrattamente ascrivibile per come detto alla fattispecie di omicidio doloso, si ritiene necessario introdurre il tema della scriminante della legittima difesa, nella specie putativa.

Per come noto si tratta di una causa di giustificazione comune, che in quanto tale esclude l'antigiuridicità della condotta determinando il venir meno del contrasto tra un fatto conforme ad una fattispecie incriminatrice e l'intero ordinamento giuridico.

Pare opportuno limitare l'analisi alla legittima difesa c.d. ordinaria, di cui all'art. 52 comma 1 c.p., a norma del quale “*non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*”.

La fattispecie può scomporsi nei seguenti elementi essenziali:

- offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui. In primo luogo si rileva come l'offesa debba essere ingiusta e quindi *contra ius* (ossia contraria ai precetti dell'ordinamento giuridico) o

non iure (i.e. non espressamente autorizzata dall'ordinamento). Per “diritto” si intendono invece sia i diritti personali (vita, incolumità personale) sia i diritti patrimoniali (proprietà) sia infine quelli morali (onore, riservatezza). Si evidenzia sul punto come la riconducibilità a sé o ad altri del diritto aggredito sia ininfluenza ai fini dell'operatività della scriminante in esame;

- l'attualità del pericolo. Il pericolo, inteso come probabilità di danno, deve essere attuale e dunque presente o imminente, non futuro o già esaurito;
- la necessità di difendersi. La reazione del soggetto agente deve essere necessaria per salvare il diritto minacciato. In altri termini l'aggredito deve trovarsi nell'alternativa tra reagire o subire l'offesa;
- la proporzionalità tra offesa e difesa. Il giudizio di proporzione deve formularsi sia con riguardo al rapporto tra mezzi difensivi a disposizione dell'aggredito e mezzi offensivi, sia con riguardo al rapporto tra male minacciato e male inflitto (principio di bilanciamento degli interessi).

L'operatività della scriminante di cui sopra si estende (al pari delle altre cause di esclusione della pena), a norma dell'art. 59 c.p., anche all'ipotesi c.d. putativa.

Nello specifico il comma quarto dispone la non punibilità di un soggetto che, pur non trovandosi oggettivamente in presenza di una situazione scriminante, agisce nel falso convincimento della sua esistenza.

La legittima difesa putativa, in particolare, postula i medesimi presupposti di quella reale con la sola differenza che la situazione di pericolo non esiste oggettivamente ma è supposta dall'agente a causa di un errore scusabile (viceversa, la sussistenza di profili di colpa nell'errore valutativo del soggetto agente, determina la punibilità – a norma dell'ultimo periodo del medesimo comma 4 – sempre che il fatto sia previsto dalla legge anche come delitto colposo).

A seguito dell'inquadramento illustrato, si tratta di comprendere quali siano i canoni valutativi che debbano essere tenuti in considerazione nell'accertamento della legittima difesa putativa.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità (peraltro costante) afferma che l'accertamento delle circostanze di fatto debba effettuarsi non già con un giudizio *ex post*, bensì con una valutazione *ex ante*, rapportata al momento della reazione e dimensionata nel contesto delle specifiche e peculiari circostanze concrete. Peraltro, la legittima difesa putativa è configurabile se ed in quanto l'errore in ordine alla necessità di difendersi sia causato da dati di fatto concreti che, pur inidonei a creare un pericolo attuale, sono comunque tali da far insorgere nell'animo dell'agente la ragionevole persuasione di trovarsi in una situazione di pericolo.

In altri termini, la legittima difesa non può valutarsi alla stregua di un criterio esclusivamente soggettivo, in quanto tale desumibile dal solo stato d'animo dell'agente, dal solo timore o dal solo errore, trovando rilievo al contrario anche la situazione obiettiva che abbia determinato l'errore stesso.

Il complesso delle circostanze oggettive in cui l'azione difensiva viene ad estrinsecarsi, pertanto, deve assumere un autonomo rilievo nella valutazione del giudice (*ex multis* Cass. n. 15460/2018; Cass.n. 17121/2016 pagina 1818 Codice Civile e Penale CELT 2019 e pagina 113 Codice Penale 2019 CELT).

Con riferimento al caso di specie, la condotta di Tizio appare riconducibile all'ipotesi della legittima difesa putativa (artt. 52 e 59 comma 4 c.p.) con conseguente non punibilità per il delitto di omicidio. Infatti Tizio, convinto di avere un'arma puntata addosso, reagisce esplodendo un colpo di arma da fuoco provocando la morte di Caio. Il contesto fattuale in cui Tizio si trova (una violenta colluttazione nella quale fronteggia da solo quattro persone; la concitazione del momento; la percezione del pericolo imminente per la propria vita) è tale da scusare il suo errore.

Per mera completezza espositiva è bene precisare come, anche laddove gli elementi fattuali fossero valutati alla stregua dell'esclusione della scusabilità dell'errore, residuerebbe il disposto di cui all'ultimo periodo dell'art. 59 co. 4 c.p. con conseguente contestazione a Tizio del delitto di omicidio colposo (589 c.p.).

Venendo alla seconda condotta di Tizio, consistente nell'apprensione della pen drive rinvenuta a terra a seguito della colluttazione, la stessa sarebbe astrattamente riconducibile alla fattispecie del furto (art. 624 c.p.), che punisce chiunque, al fine di procurarsi un ingiusto profitto, si appropria della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene.

Anche in questo caso, tuttavia, viene in rilievo la legittima difesa.

Infatti, l'impossessamento da parte Tizio del bene mobile altrui avviene per difendere il diritto della multinazionale, di cui egli è dipendente, a preservare la segretezza dei propri dati aziendali. Per come detto, infatti, la scriminante di cui all'art. 52 c.p. è da ritenersi integrata non solo quando l'agente difenda un diritto proprio, ma altresì quando protegge un diritto altrui, nella specie patrimoniale.

Inoltre, sussiste il pericolo di un'offesa ingiusta nei confronti della multinazionale, consistente nell'imminente divulgazione dei segreti aziendali, che si sarebbe realizzata se Tizio non fosse intervenuto.

Quanto infine al requisito della proporzionalità, si rileva che la sottrazione di un bene mobile, incidente sui diritti patrimoniali del soggetto passivo, è da ritenersi proporzionata al male minacciato, anch'esso di natura patrimoniale.

Si rileva infine come anche in questa seconda ipotesi sia possibile ravvisare comunque la putatività della scriminante, posto dalla traccia risulta che Tizio fosse convinto di aver assistito alla consegna di materiale di proprietà aziendale in favore di personale riconducibile a una società concorrente.

Parere n.2

Questione giuridica affrontata in Traccia n. 20 B al Corso IUS&LAW anno 2018

Il diciannovenne Caio conosce su facebook la tredicenne Mevia e tra i due inizia una fitta corrispondenza via chat, senza che mai avvenga un incontro effettivo. Caio, dopo qualche tempo, chiede a Mevia di inviargli delle foto in cui lei mostri le sue parti intime. Mevia gli invia le foto richieste e, a sua volta, chiede a Caio di inviarle qualche foto in cui anch'egli sia nudo. Caio Le invia una foto in cui lui stesso e il suo amico coetaneo Sempronio, nel corso di una festa, posavano ubriachi e in slip: foto che Sempronio aveva proibito a Caio di diffondere. La madre di Mevia, avendo per caso scoperto sul computer della ragazza la fitta corrispondenza intercorsa con Caio e le foto che i due si erano scambiati, denuncia il giovane. Successivamente anche Sempronio, avendo appreso dalla stampa locale che Caio aveva inviato a Mevia la foto che Lui aveva vietato di diffondere, denuncia l'amico. Il candidato, assunte le vesti dell'avvocato di Caio, individui le ipotesi di reato configurabili a carico del suo assistito, prospettando, altresì, la linea difensiva più utile alla difesa dello stesso.

Commento

Nel caso di cui ci si occupa per il corretto esame della posizione di Caio occorre distinguere le posizioni relativamente a Mevia ed a Sempronio.

Quanto alla prima la richiesta rivolta alla stessa Mevia e la conseguente esecuzione ed invio delle fotografie è già di per se, al di là di ogni ragionevole dubbio, idonea a verificare la condotta prevista all'art. 600 ter I° comma come sancisce anche Cass. 26862/2019 (su Addenda al Codice Penale Commentato 2019 CELT pag. 181) dato che non è necessaria la materiale produzione, ma è sufficiente l'istigazione nei confronti del minore a farlo costituendo tale atteggiamento già una strumentalizzazione del minore stesso. In altri termini, l' "utilizzazione" del minore di cui al primo comma della norma in esame può manifestarsi non solo quando l'agente realizzi egli stesso la condotta di produzione di detto materiale (ad esempio, scattando le fotografie di chiaro contenuto erotico), ma anche quando induca o istighi il minore a compiere l'azione vietata. In casi del genere, il minore diventa una sorta di "autore mediato" che attua la condotta oggetto di incriminazione non per una sua libera scelta, ma perchè in balia della volontà dell'agente.

La posizione, però, non trova una così immediata soluzione tecnica poiché piuttosto richiama all'attenzione una questione giuridica assai dibattuta nel corso degli ultimi anni, in relazione alla quale si è consumato un contrasto giurisprudenziale che ha visto una nuova recente pronuncia delle Sezioni Unite ed avente per oggetto la possibilità di configurare la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 600ter c.p. (pornografia minorile) in luogo di quella – assai meno grave – prevista dall'articolo successivo (detenzione di materiale pornografico), laddove non ricorra alcun pericolo concreto della diffusione del materiale pedopornografico.

Secondo un primo orientamento che dovrà essere utilizzato in chiave difensiva dal legale di Caio e che nel 2000 trovò sanzione anche in una nota sentenza a sua volta a Sezioni Unite, è lo stesso tenore letterale della norma, nella sua articolazione a più fattispecie, ad evocare la necessità che la "produzione" sia del materiale pornografico, attraverso (ieri) lo sfruttamento ed (oggi) l'utilizzo dei minori sia volta ad una successiva diffusione. L'art. 600ter – nei suoi diversi commi – descrive infatti una progressione criminosa che dalla realizzazione del materiale pornografico (comma 1) conduce alla distribuzione e divulgazione dello stesso (comma 3) od alla sua cessione a terzi (comma 4). È dunque evidente che l'attività di produzione sia stata intesa da legislatore come prodromica alle altre e successive, cosicché la fattispecie di cui al primo comma non può che configurarsi come di **pericolo concreto**: la condotta di chi impieghi uno o più minori per produrre spettacoli o materiali pornografici è punibile, salvo l'ipotizzabilità di altri reati, **laddove presenti una consistenza tale da implicare il concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto**.

Non appare del resto possibile realizzare esibizioni pornografiche se non offrendo il minore alla visione perversa di una cerchia indeterminata di pedofili: produrre materiale pornografico significa, quindi, **produrre materiale destinato ad essere immesso nel mercato della pedofilia**. È dunque compito del giudice accertare di volta in volta la configurabilità del detto pericolo, **facendo ricorso ad indici sintomatici della condotta**, come l'esistenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, atta a corrispondere alle esigenze del mercato dei pedofili; il concreto collegamento dell'agente con soggetti pedofili, potenziali destinatari del materiale pornografico (in questo senso la pluralità dei minori impiegati non è elemento costitutivo del reato, ma indice sintomatico della pericolosità concreta della condotta); i precedenti penali; la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando siano connotati dalla diffusione commerciale di pornografia minorile; altri indizi significativi che l'esperienza può suggerire. **In mancanza di tali elementi sintomatici,**

difettando un elemento costitutivo della fattispecie proprio in relazione all'assenza di un concreto pericolo di diffusione del materiale, ricorrerà la meno grave figura della detenzione ex art. 600quater c.p. il cui elemento distintivo (in negativo) consiste proprio nell'assenza del pericolo di diffusione (Cass. SS.UU, 31 maggio 2000 n. 13 e più di recente Cass.pen. sez. III 11 marzo 2010 n. 17178 e da ultimo Cass. pen. 29 marzo 2017 n. 37835 in Codice Penale commentato 2019 CELT pagg. 1101 e segg).

Applicando tali indici sintomatici al caso di specie, si evidenzia come a Caio potrebbe al più essere contestata la meno grave fattispecie di cui all'art. 600quater c.p, ovvero la detenzione di materiale pedopornografico. La sua giovane età, l'incensuratezza, il fatto che il materiale pedopornografico sia stato prodotto tramite l'utilizzo – per echeggiare la norma - di un solo minore, l'esiguità del materiale stesso e il fatto che questo sia conservato nel suo computer depone ad escludere un pericolo concreto di diffusione delle fotografie.

Ciò non di meno, recentissimamente la Suprema Corte ha sollecitato un nuovo pronunciamento delle Sezioni Unite che costituisce con ogni probabilità la più grave contestazione che dovrà fronteggiare il legale di Caio, non condividendo l'orientamento venuto a formarsi a far data dall'anno 2000. **Pronunciamento delle Sezioni Unite che è infine giunto a ribaltare l'orientamento sin qui seguito.**

Nell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite si rimarca che in realtà dalla lettura dell'art. 600ter c. si evince come non sia punto necessario il pericolo né astratto né concreto della diffusione del materiale, profilo semmai di cui si occupano i commi successivi con autonome fattispecie di reato, punite con pene inferiori, ad eccezione del comma 2, relativo al commercio e per il quale si applica la medesima per del comma 1. E tale struttura è rimasta inalterata in tutte le versioni della norma. Ciò conferma la tesi secondo cui la realizzazione dell'esibizione pornografica, la produzione del materiale pornografico e l'induzione alla partecipazione ad esibizioni pornografiche costituiscono di per sé condotte criminose, per giunta le più gravi. Non è invece sostenibile che, laddove non vi sia pericolo di diffusione, scatti la detenzione dell'art. 600quater c.p., perché questa norma è applicabile *laddove sia esclusa ciascuna delle ipotesi di cui all'art. 600ter.*

A giudizio di quest'ultimo orientamento, la sentenza delle SSUU del 2000 e la giurisprudenza successiva paiono dunque viziata da un errore di fondo: che lo sfruttamento e l'utilizzazione, che dir si voglia, del minore, pur prescindendo dallo scopo lucrativo, presuppongano pur sempre un "uso esterno" del materiale. Non è così: anche la produzione ad uso personale è reato, perché la stessa relazione, sia pure senza contatto fisico, tra adulto e minore di anni 18, contemplata dall'art. 600ter c.p., è considerata come degradante e offensiva della dignità del minore (Cass. pen. Sez. III, ord. 6 marzo 2018 n. 10167 ma soprattutto Cass. SSUU, 31 maggio 2018 n. 51815 in Codici civile e penale per l'esame d'avvocato, ed. 2019, pag. 2276).

Ovviamente, considerando tale nuovo orientamento e nonostante l'assenza di indici sintomatici che facciano ritenere che il materiale possa essere diffuso (la traccia non ne offre in alcun modo), Caio potrà essere chiamato a rispondere della fattispecie di cui all'art. 600ter c.p. primo comma circa la posizione di Mevia.

Residua l'esame della posizione derivante dalla denuncia dell'amico Sempronio (maggiorenne come Caio) per la diffusione della foto che, si rammenta, li rappresenta ubriachi ed in mutande.

Qui pare essere sollecitato l'esame dell'art. 612 ter c.p. (in particolare il secondo comma) norma di recentissima introduzione all'interno del codice penale e che volge a punire la diffusione di immagini o video sessualmente espliciti destinati a rimanere privati, senza il

consenso delle persone rappresentate. In particolare, la norma punisce chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate *al fine di recare loro nocumento*.

Così descritta la fattispecie, il difensore di Caio potrà allora certamente sostenere in ottica difensiva l'insussistenza del reato e ciò è per tre ordini di motivi: anzitutto, sotto il profilo oggettivo, la norma richiede anzitutto l'esplicita connotazione sessuale delle immagini (e non sembra questo il caso); ma anche che queste siano state create in un **contesto di riservatezza** nel quale sarebbero rimaste se non fosse intervenuta una delle condotte tipiche (e vi è da dubitare che tale fosse la situazione descritta dalla traccia, facendosi riferimento ad immagini scattate durante una festa). Da ultimo, sotto il profilo soggettivo, sembra difettare il dolo specifico richiesto dalla norma, è infatti da escludere che Caio abbia inviato l'immagine con lo scopo di recare nocumento all'amico.