

TRACCE E SVOLGIMENTI PARERE PENALE ESAME AVVOCATO 2011

ESAME AVVOCATO 2011: LA 1^ TRACCIA DEL PARERE

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 tali 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 hanno 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, assunte le vesti del legale, analizzato il fatto, valuti le fattispecie eventualmente configurabili redigendo motivato parere.

SVOLGIMENTO DEL PARERE

La traccia in questione introduce, per la prima volta, alcuni elementi in tema di diritto delle nuove tecnologie in una prova concorsuale per l'esame di abilitazione professionale.

Al fine di delineare delle indicazioni per una possibile soluzione al caso di specie, occorre cogliere l'indicazione fornita dalla traccia stessa, nel momento in cui suggerisce al candidato di analizzare il fatto e valutare **le fattispecie** eventualmente configurabili.

Lasciando così già intendere l'astratta configurabilità di più ipotesi penalmente rilevanti.

Ed infatti le fattispecie **apparentemente** ascrivibili al maresciallo Sempronio sono:

- il peculato ex art. 314 c.p.,
- l'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. (attenuato ex art. 323 bis c.p.) nella sua forma tentata ex art. 56 c.p.
- e, da approfondire, (la falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici) ex art. 479 c.p.
- In ultima analisi, poteva anche approfondirsi l'ipotesi di cui al 615 ter c.p. (accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico)

Il reato di peculato, è noto, punisce la condotta del pubblico ufficiale o incaricato di 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 norma è posta a tutela e salvaguardia del duplice interesse della pubblica amministrazione e dell'onestà dei pubblici ufficiali, nonché alla salvaguardia del patrimonio della P.A. E' evidente che la condotta perpetrata da Sempronio (che ha utilizzato una casella di posta elettronica dell'ufficio pubblico di appartenenza) non abbia potuto costituire una deminutio tale del patrimonio dell'amministrazione pubblica, da avere rilevanza apprezzabile in sede penale.

Sul punto si confronti l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione che ha escluso la configurabilità del reato di peculato ed ha invece riconosciuto gli estremi dell'abuso di ufficio ([Corte di Cassazione, sentenza n. 20094/2011](#)).

Il **delitto** previsto e punito dall'art. 323 c.p., è invece posto a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della P.A., beni giuridici che, nell'ottica di un diritto penale costituzionalmente orientato, trovano il loro fondamento nell'art. 97 della Costituzione. La fattispecie sanziona la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, ... omissis ... intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto. Il reato de quo si consuma nel momento in cui la condotta posta in essere produce l'evento.

Nel caso di specie Sempronio utilizza la casella di posta elettronica dell'ufficio per scopi e finalità diverse da quelle inerenti la propria attività lavorativa, al fine di cagionare un ingiusto vantaggio di natura patrimoniale alla moglie Caia. La sua condotta quindi ripercorre tutti gli elementi tipizzanti il reato di abuso d'ufficio, sebbene nella forma tentata, ex art. 56 c.p., atteso che il quesito non consente di specificare se il comune, destinatario del falso atto creato da Sempronio, abbia poi dato corso alla stessa richiesta inoltrando gli elenchi agognati, o se l'intervento del comandante della Stazione, abbia inciso sulla consumazione del reato. Considerata, inoltre, la particolare tenuità del fatto, è possibile, nella qualità di legali di Sempronio, richiedere l'eventuale applicazione, al caso di specie, delle previsioni di cui all'art. 323 bis c.p.

Altro *punctum dolens* della questione è dato dallo spunto tecnologico fornito dal caso in esame, inerente la problematica relativa alla natura della casella di posta elettronica utilizzata da Sempronio, ed al valore dell'atto da lui artificialmente creato.

Se da un lato la Pec garantisce l'ascrivibilità del messaggio inviato al proprio autore, dall'altro, "il messaggio di posta elettronica non certificato ai sensi del D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, e privo di firma digitale a crittografia asimmetrica, ai sensi del D.Lg. 7 marzo 2005, n. 82, non può fornire alcuna certezza circa la propria provenienza o sull'identità dell'apparente sottoscrittore, e pertanto non può essere qualificato alla stregua di atto pubblico." Principio attestato dalla Giurisprudenza di merito ([Trib. Brescia, sentenza n. 348/08](#)). Pertanto, il messaggio inviato da Sempronio, potrebbe non essere a lui giuridicamente ascrivibile.

Tuttavia, proprio sulla paternità del messaggio, è utile riportarsi all'ulteriore elemento descritto in traccia, quello relativo alla memoria prodotta da Sempronio all'Ufficio del Pubblico Ministero. La stessa infatti, avente natura e contenuti di "ampia confessione", non sembra porre dubbi circa la riferibilità a Sempronio dei fatti in oggetto.

A questo punto, la traccia poteva apparentemente indurre il candidato ad uno studio di natura processual - penalistico connesso al valore (probatorio o meramente indiziante) della confessione prodotta da Sempronio (attenzione, non in giudizio, ma in una fase antecedente allo stesso) tramite memoria scritta da lui stesso trasmessa all'Ufficio del Pubblico Ministero.

In realtà, questa dinamica induceva il candidato, ancora una volta, alla ipotesi del delitto tentato attenuato dal comportamento fattivamente tenuto dallo stesso.

Resta da fare un cenno all'ipotesi astrattamente configurabile del reato di cui all'art. 479 c.p. "falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici".

La questione sottesa è quindi quella di capire se il messaggio inviato secondo le caratteristiche descritte nel testo del quesito, soddisfa i requisiti previsti per gli atti pubblici. Ovvero: la e-mail non certificata inviata da un pubblico ufficiale, può considerarsi come un atto pubblico? Le problematiche, per altro molto dibattute, e sopra sinteticamente esposte, relative alle differenze giuridiche esistenti tra la Pec e la e-mail non certificata, in ordine alla paternità del messaggio ed ascrivibilità dello stesso al suo autore, inducono a ritenere che, anche in questo caso l'intervenuta memoria con confessione rafforzi, purtroppo, il quadro indiziario nei confronti di Sempronio anche in relazione alla fattispecie di cui all'art. 479 c.p.

C'era infine da ricordare un orientamento della Cassazione che poneva il candidato di fronte al problema del rapporto tra le due fattispecie: dell'abuso tentato e del falso ex art. 479, nonostante la diversità dei beni giuridici sottesi. Atteso il carattere sussidiario e residuale del reato di abuso d'ufficio, quale desumibile dalla esplicita riserva contenuta dall'art. 323 c.p. che "il fatto non costituisca più grave reato", deve ritenersi che, qualora la condotta addebitata si esaurisca nella commissione di un fatto qualificabile come falso ideologico in atto pubblico, solo di tale reato l'agente debba rispondere. ([Corte di Cassazione, sent. n. 27778/2004](#) e [45225/2005](#)).

Infine, era possibile analizzare la condotta di Sempronio in merito al reato di cui all'art. 615 ter c.p. Al riguardo, l'art. 615 ter c.p. incrimina la condotta di colui che si introduca abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza, ovvero ivi si mantenga contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo. Se è pacifico che integri la fattispecie de qua la condotta di colui che si introduce in un sistema violandone i dispositivi di sicurezza (chiavi di accesso, password); divergente è la posizione giurisprudenziale più riferibile al caso in esame, cioè quella di un soggetto che è a conoscenza delle chiavi di accesso (password), il quale si introduce per scopi ulteriori rispetto a quelli in vista dei quali è stato fornito di abilitazione all'accesso stesso.

Secondo un primo orientamento, l'art. 615 ter c.p. sanziona non soltanto l'introduzione abusiva in un sistema informatico o telematico protetto, ma anche la condotta di chi, pur essendo autorizzato ad accedere al sistema per determinati scopi, vi si trattiene per una finalità diversa da quella per la quale era stato autorizzato. In tal caso, l'accesso, si connota dei caratteri della illiceità (Cfr. [Cass. Sez. V, 8 luglio 2008, n. 37322](#) e [Cass., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 18006](#)).

Tale orientamento fonda la sua tesi su un duplice rilievo: in primo luogo, si ritiene che oggetto di tutela della norma sia la riservatezza dei dati contenuti all'interno dei sistemi informatici e telematici e non il mero domicilio informatico. Si considera che, se l'accesso è

subordinato ad un'autorizzazione, e questa è finalisticamente vincolata, l'uso dell'autorizzazione per uno scopo diverso non può che qualificarsi come abusivo. Diversamente, altra autorevole giurisprudenza della Suprema Corte ritiene che, se alla persona è stata fornita la chiave di accesso al sistema, non è ipotizzabile l'esistenza di una volontà contraria da parte del titolare dello *ius excludendi*. ([Cass. sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 39290](#); [Cass., sez. V, 29 maggio 2008, n. 26797](#)). Il bene giuridico tutelato, secondo tale orientamento, è il domicilio informatico, e, pertanto, la qualificazione in ordine alla abusività della condotta deve intendersi con riferimento alle modalità utilizzate dal soggetto per superare le misure di sicurezza predisposte al fine di scongiurare accessi indiscriminati. In altri termini, è corretta una valutazione oggettiva, a nulla rilevando la finalità che si propone l'autore ed il successivo uso dei dati, ferma restando la sua responsabilità per i diversi reati eventualmente configurabili.

A ben vedere, è questa l'esegesi corretta in favore di Sempronio: alla luce dei principi costituzionali vigenti nell'ordinamento giuridico italiano – caratterizzato, per quel che qui rileva, da un sistema penale del fatto offensivo, dal principio di legalità – non può che accogliersi il secondo degli indirizzi su indicati e, dunque, escludersi la penale responsabilità di Sempronio per il reato di cui all'art. 615 ter c.p. atteso che manca del requisito della "abusività" nella condotta allo stesso ascrivibile. E' noto che la questione del contrasto giurisprudenziale esistente, è al vaglio delle Sezioni Unite.

Le scelte adottate dal candidato, in sede di ragionamento e di approfondimento delle numerose problematiche sottese al caso in esame, consentono, in questo tipo di traccia, di sviluppare soluzioni differenti. Un plauso va sicuramente riconosciuto ai candidati che hanno optato per questa traccia che privilegia il ragionamento e che si presenta molto articolata.

ESAME AVVOCATO 2011: LA 2^A TRACCIA DEL PARERE

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, assunto 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.

SVOLGIMENTO DEL PARERE

La fattispecie in esame impone di analizzare il reato di appropriazione indebita, per verificare se in essa ne ricorrano gli elementi costitutivi.

A) L'articolo 646 c.p. prevede che risponda di appropriazione indebita chi, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria del denaro o della cosa mobile di cui abbia a qualsiasi titolo il possesso.

I requisiti di questo reato sono quindi:

- il fine, consistente nel profitto;
- il comportamento, consistente nell'impossessamento;
- l'oggetto, consistente nella cosa mobile o nel denaro.

Iniziando dall'**elemento oggettivo** del reato è opportuno verificare se la situazione di appartenenza di Tizio sia o meno qualificabile come possesso. In tal senso la risposta non può che essere positiva, atteso che la giurisprudenza penale ha una nozione larga di

possesso, ricomprensivo anche della situazione di detenzione e non coincidenti tout court con la corrispondente nozione civilistica.

Secondariamente, occorre verificare se dal suo comportamento Tizio tragga un vero e proprio profitto. Anche qui la risposta è indubbiamente positiva; né depone in senso contrario il fatto che la merce sia rimasta invenduta, e quindi probabilmente il guadagno che Tizio potrebbe ricavarne sarà molto basso. Anche un profitto minimo infatti integra gli estremi del reato in esame, né dalla traccia è possibile evincere il reale valore della merce. Infine occorrerà verificare se sussista o meno l'**elemento soggettivo**. Il dubbio riguardo a questo elemento può venire perché lo scopo di Tizio potrebbe anche essere, in teoria, solo quello di fare un dispetto a Caio ritardando la consegna a seguito della rottura dei rapporti, senza che sussista, cioè, una effettiva volontà di appropriarsi della merce. Tuttavia occorre considerare che già da prima della rottura definitiva dei rapporti Tizio aveva evitato di fornire una risposta, il che è un indizio abbastanza evidente della volontà di non restituire le cose.

B) Successivamente occorre verificare se la fattispecie ricada sotto il primo comma dell'articolo 646 c.p., o se ricorra invece la più grave ipotesi di cui al comma 3 (abuso di relazione di affari).

La differenza rileva, oltre che per l'entità della pena, soprattutto per la procedibilità di ufficio del reato.

A questo proposito ci viene in soccorso la giurisprudenza ([Cass. Civ., n. 989/2011](#)), precisando in analogia fattispecie che il fatto doveva essere inquadrato sotto il profilo dell'abuso di relazioni di ufficio.

Occorre chiarire, per completezza, che anche a voler inquadrare la fattispecie nell'ambito dell'articolo 646 comma 1 c.p. il termine per la querela non sarebbe comunque scaduto. L'articolo 124 c.p. infatti prescrive che la querela debba essere presentata nel termine di tre mesi dalla notizia del fatto costituente reato e la giurisprudenza ha precisato che tale termine decorre dalla effettiva conoscenza che ha la persona offesa, anche in relazione alla sua qualifica o alla individuazione dell'autore.

Dati i rapporti tra le parti, Caio solo dopo l'estate (che finisce il 21 settembre) ha avuto la certezza della volontà di Tizio di appropriarsi della merce. Assumendo come data del

colloquio quella del 14 dicembre, residuano ancora alcuni giorni per la proposizione della querela.

A tal proposito, è bene rilevare che l'onere di dimostrare la non tempestiva proposizione della querela grava sul querelato, mentre l'eventuale incertezza in tal senso deve essere interpretata a favore del querelante.

In **conclusione**, in qualità di legali, potremo rassicurare Caio sul fatto che non sono ancora scaduti i termini per proporre querela; in qualsiasi caso, dal momento che la fattispecie ricade sotto l'alveo del terzo comma dell'articolo 646 c.p., il reato è comunque procedibile d'ufficio.