

TRACCE E SVOLGIMENTI PARERE PENALE ESAME AVVOCATO 2012

ESAME AVVOCATO 2012: LA 1^ TRACCIA DEL PARERE

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, assunte 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.

SVOLGIMENTO DEL PARERE

La risoluzione del parere in esame merita preliminarmente una breve disamina sulla pornografia minorile prevista dall'art. 600 ter c.p. con particolare riferimento ai commi 3 e 4, e sulla detenzione di materiale pornografico prevista dall'art. 600 quater c.p..

L'art. 600 ter comma 1 c.p. chiarisce e delimita la portata della locuzione "pornografia minorile".

Dalla formulazione di tale comma deriva che **il materiale pedopornografico**, come oggetto materiale della condotta criminosa, **deve essere inteso come quel materiale che ritrae o rappresenta visivamente un minore di anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, quale può essere anche la**

semplice esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica ([Cass. Pen., sez. III, 22 marzo 2010, n. 10981](#)).

I commi 3 e 4 di detto articolo rispettivamente puniscono la condotta di chiunque con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma e di chiunque, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma. Di particolare interesse al fine di chiarire alcune linee interpretative in tema di cessione e divulgazione (diffusione) di materiale pedo-pornografico attraverso Internet è la sentenza della Cassazione n. 4900 del 3 febbraio 2003. La Suprema Corte in questa sentenza chiarisce che *“ affinché 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” come può essere una chat-line, 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, quindi, di cessioni) con diverse persone”*. Di conseguenza l’uso dello strumento Internet non è sufficiente da sé ad integrare, sempre e comunque, una comunicazione ad un numero indeterminato di persone, essendo, al contrario, necessario analizzare di volta in volta il singolo caso concreto per poter rilevare ed accertare il tipo di comunicazione, “aperta o chiusa”, che il soggetto interessato ha posto in essere. In definitiva è da escludere che la trasmissione diretta tra due utenti, i quali devono essere necessariamente d’accordo sulla trasmissione del materiale, configuri senz’altro una divulgazione o distribuzione ai sensi del terzo comma della norma citata, più coerente appare la configurazione del quarto comma dell’art. 600 ter c.p..

L’art. 600 quater c.p., invece, punisce chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall’articolo 600-ter, consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto. Ovvero oggetto di tale norma è la cd. “detenzione” di materiale pedopornografico.

A tal proposito la Suprema Corte sez. III, con la sent. n. 35696/2011 ha stabilito che: *“ Non c’è concorso tra il reato di detenzione di materiale pedopornografico con quello di cessione dello stesso, in quanto la prima fattispecie è da ritenersi assorbita da quest’ultima”*. La ratio di tale statuizione si basa sul fatto che per la cessione di materiale

pedopornografico occorre la previa detenzione. Ne consegue che la detenzione di materiale pedopornografico assume i connotati di un antefatto non punibile e per tale ragione rimane assorbito nel delitto di cessione. 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 o un assorbimento e la condotta della detenzione sia prodromica a quelle di cui all'art. 600 ter c.p.. Nella fattispecie tra la condotta di cui all'art. 600 quater c.p. e quella di cui all'art. 600 ter c.p., comma 4 esiste assorbimento e non concorso di reati o concorso apparente di norme, perché il reo per cedere il materiale ha dovuto prima procurarselo (Cass. Pen. Sez. III n. 36364/2008).

Tanto premesso, nel caso posto alla nostra attenzione, Tizio sarà imputabile per detenzione di materiale pedopornografico ai sensi dell'art. 600 quater c.p., ma non per divulgazione ex art. 600 ter comma 3 c.p. atteso che lo scambio del materiale illecito è avvenuto in una conversazione privata tra Tizio e Caio e tra Tizio e l'agente di polizia. Tuttalpiù, potrà ravvisarsi, nella condotta di Tizio, il reato previsto dall'art. 600 ter comma 4 c.p., in quanto quest'ultimo provvedeva ad inviare le immagini incriminate attraverso la posta elettronica a privati destinatari e non pubblicandole su siti web accessibili ad utenti indeterminabili. Tale reato andrebbe ad assorbire il reato ex art. 600 quater c.p. e conseguentemente eliminare il concorso tra le due condotte criminose.

Si ha progressione criminosa quando la condotta dell'agente offende due o più interessi giuridici da tutelare, appartenenti alla stessa categoria di beni, attraverso il susseguirsi di azioni di crescente gravità.

Si parla di antefatto o postfatto non punibile, ogni qualvolta ci si ritrovi di fronte a un reato meno grave che costituisce il mezzo di realizzazione di un reato più grave, oppure (postfatto) di un una condotta criminosa susseguente il cui disvalore è da intendersi incluso in una condotta precedente che integri un reato più grave. [Cfr. *Fiandaca Musco, Diritto Penale, Parte generale, Zanichelli, Bologna*]

In tali contesti, in funzione della normale accessorietà rispetto al reato principale, le violazioni accessorie non vengono punite in quanto assorbite dalla pena relativa al reato principale contestato. Poiché il fatto di minore rilevanza rientra, nel suo aspetto oggettivo,

nella fattispecie di maggiore rilevanza, se si ammettesse il concorso di reati lo stesso fatto finirebbe per essere addebitato due volte al medesimo autore.

Il caso in questione pone all'attenzione del candidato la disciplina inerente la sfera dei reati di cui agli [art. 600-ter c.p.](#) (Pornografia minorile) e [600-quater c.p.](#) (Detenzione di materiale pornografico), con una necessaria analisi da compiersi, al fine di comprendere se sia applicabile il concorso tra le due fattispecie menzionate, oppure se, in funzione della specificità del contesto emerso dalla lettura della traccia, ci si trovi di fronte a quella ipotesi dottrinale sopra menzionata del cosiddetto “antefatto non punibile” (la detenzione di cui al 600-quater) che rimarrebbe assorbito nella condotta di “cessione” tipicizzata dall'[art. 600-ter comma 4 c.p.](#)

Sviscerando il quesito (solo apparentemente) non scritto della traccia, occorre domandarsi se sia possibile configurare il concorso tra la fattispecie di cui all'[art. 600-ter comma 4](#) e [600-quater](#), oppure se, tenendo conto degli specifici elementi a disposizione, il ragionamento vada sviluppato secondo presupposti differenti.

E' indiscutibile, per come esposto nel caso in esame, il fatto che Tizio non si sia limitato soltanto a “detenere” delle immagini di natura pedopornografica, ma che si sia anche adoprato per “cederle”. Tant'è vero che lo fa sia con Caio, in un primo momento, che con l'agente di Polizia che opera sotto copertura, in un secondo momento.

Ciò che qui rileva è che il fatto e quindi la condotta perpetrata è, in entrambi i casi la stessa, sotto il profilo materiale.

Come interpretare in diritto, allora, al fine di fornire un adeguato parere in favore di Tizio?

Analizzando l'ipotesi soltanto in via meramente teorica, la condotta di cui all'[art. 600-quater c.p.](#) (detenzione di materiale pedopornografico) potrebbe concorrere con quella di cui all'[art. 600-ter c.p.](#), poiché si tratta di condotte diverse (anche che se offendono lo stesso bene giuridico) ma non sovrapponibili, sì da non dare luogo ad un conflitto apparente di norme ma ad un concorso di reati; però è vero anche che ciò non è nel caso concreto oggi in questione.

Infatti e differentemente, nel caso che riguarda il Sig. Tizio, ciò che potrà a lui essere contestata è la sola ipotesi della cessione del materiale pedopornografico, di cui all'[art. 600-ter c.p., comma 4](#). Poiché per cedere il materiale suddetto è pacifico che bisogna

anche detenerlo, in tale ottica, la mera detenzione assume i connotati del cosiddetto “antefatto non punibile”, e per tale ragione, rimane assorbita nel reato di cui al [600-ter comma 4](#).

In definitiva, la condotta di cui all'[art. 600-quater c.p.](#), rimarrà assorbita in quelle di cui all'[art. 600-ter](#) ogni qualvolta sussista una progressione criminosa, o un assorbimento, e la condotta della detenzione sia prodromica a quelle di cui all'[art. 600-ter c.p.](#) Nella fattispecie, tra la condotta di cui all'[art. 600-quater c.p.](#) e quella di cui all'[art. 600-ter c.p. comma 4](#) esiste l'assorbimento e non il concorso di reati o concorso apparente di norme, perchè il reo, per cedere il materiale, ha dovuto prima, necessariamente procuraselo. (Cfr. [Cassazione penale, sez. III, sentenza 23.09.2008 n° 36364](#)).

ESAME AVVOCATO 2012: LA 2^ TRACCIA DEL PARERE

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 sui beni immobili oggetto del sequestro.

Il candidato, assunte 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.

SVOLGIMENTO DEL PARERE

[Qui i riferimenti normativi e giurisprudenziali](#)

Col parere oggetto di svolgimento mi si chiede di illustrare la fattispecie penale individuabile dalla condotta del Notaio Tizio con particolare riferimento alle possibilità di

confisca per equivalente dei beni previamente sottoposti a sequestro. Al fine di rendere il parere richiesto appare quindi necessario muovere dall'istituto della confisca così come previsto dall'art. 322-ter c.p. per i fini che a noi interessano.

La previsione di cui all'art. 322 ter introduce la confiscabilità per equivalente nel caso in cui i beni costituenti il "profitto" o il "prezzo" del reato non siano aggredibili per qualsiasi ragione. La norma prevede che la confisca possa riguardare beni dei quali il reo abbia in ogni caso "la disponibilità" per un valore corrispondente a quello che avrebbe dovuto altrimenti costituire oggetto della confisca.

Nell'ambito delle misure di sicurezza assume un ruolo peculiare la figura della confisca, la cui disciplina generale è contenuta nell'art. 240 c.p. Attraverso detta misura ablatoria vengono acquisiti dallo Stato beni che per la loro intrinseca natura, ovvero per un collegamento funzionale con un illecito penale, devono considerarsi criminosi. Per quanto attiene ai presupposti applicativi della confisca occorre precisare che questa, a differenza della altre misure di sicurezza, prescinde dall'accertamento della pericolosità sociale del reo, essendo sufficiente la commissione di un reato o di un quasi reato.

In linea generale, essa è di applicazione facoltativa (art. 240, comma 1, c.p.) ovvero obbligatoria (art. 240, comma 2, c.p.). Attraverso la l. 29 settembre 2000, n. 300, che ha inciso sul titolo dedicato ai delitti contro la Pubblica Amministrazione, la confisca obbligatoria è stata estesa, grazie alle previsioni contenute nell'art. 322 ter c.p.. ad alcune fattispecie ivi previste e, inoltre, è stato inserito l'istituto della confisca per equivalente, già contemplato dal nostro ordinamento in materia di usura (l. 7 marzo 1996, n. 108). Il tratto che connota tale figura giuridica consiste nella possibilità, per l'autorità giudiziaria, di procedere, qualora manchino i beni che si identificano con il profitto e il prezzo del reato, all'ablazione di beni diversi per un valore equivalente al prezzo del reato (art. 322 ter, comma 1) ovvero al profitto del medesimo (art. 322 ter, comma 2, c.p.).

Fin dall'introduzione dell'istituto della confisca si è aperto un dibattito relativo alla natura giuridica di tale sanzione penale. Precisamente, ci si è chiesti se, conformemente all'intitolato legale, debba considerarsi una misura di sicurezza ovvero assuma i tratti di una vera e propria pena.

La distinzione è di non poco momento, atteso che, ai sensi dell'art. 200 c.p., si applica alle misure di sicurezza un divieto di retroattività temperato, in forza del quale può trovare applicazione la legge in vigore al tempo dell'esecuzione della misura di sicurezza, ancorché sia diversa da quella prevista al tempo del reato commesso, mentre per le pene vale il principio di irretroattività sancito nell'art. 2, comma 1, c.p., il quale ammette deroghe soltanto a favore del reo. Secondo la tesi tradizionale, la ratio di tale opzione normativa riposa sulla diverse funzioni perseguite dalla pena e della misura di sicurezza. Nel primo caso prevalgono esigenze di prevenzione generale, nel secondo caso, invece, è valorizzato il contenuto terapeutico della misura sanzionatoria, sicché trova giustificazione l'applicazione di uno strumento più moderno, sebbene diverso da quello previsto al tempo della perfezione dell'illecito. Resta inteso che, per non svuotare di contenuto le garanzie del reo, è necessario che la previsione di una misura di sicurezza applicabile per il fatto realizzato già sussista al momento della commissione di questo.

Proprio in materia di confisca per equivalente, le indicazioni provenienti dalla l. 29 settembre 2000, n. 300 orientano a ritenere che la confisca abbia una natura giuridica assimilabile a quella della pena. L'art. 15 (Norma transitoria), preclude infatti l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente.

Detto rilievo, già condiviso dalla giurisprudenza delle Sezioni unite in materia di responsabilità degli enti dipendente da reato (Cass. pen., S.U., 27 marzo 2008 – 2 luglio 2008, n. 26654), è stato recentemente confermato dalla Corte costituzionale (Corte cost., 2 aprile 2009, n. 97) la quale, recependo l'approccio sostanzialistico in materia penale, tipico della giurisprudenza della Corte della Europea dei Diritti dell'Uomo, ha riconosciuto nella confisca per equivalente i tratti dell'afflittività, tipici della pena. Poste queste premesse, la Consulta ha statuito che un'applicazione retroattiva dell'istituto di cui all'art. 322 ter c.p. violerebbe l'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, a tenore del quale nessuno può essere punito con un pena più grave di quella prevista al momento in cui è stato commesso il fatto e, conseguentemente, contrasterebbe con l'art. 117, comma 1, Cost. che impone al legislatore italiano di esercitare la potestà legislativa rispettando i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

La prima problematica che viene in rilievo nel caso di specie attiene alla possibilità di ritenere integrati gli estremi del delitto di peculato dalla condotta di Tizio, il quale riveste la qualità di soggetto pubblico. Nella giurisprudenza della Suprema Corte si osserva un indirizzo interpretativo pacifico secondo il quale il momento consumativo del delitto di peculato deve individuarsi nel comportamento appropriativo dell'agente avente a oggetto il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia il possesso per ragioni d'ufficio o di servizio. Ed in effetti, a mente della Cassazione penale, sez. V, sentenza n° 47178/2009, il notaio che ometta il versamento di somme, affidategli da clienti, destinate al pagamento dell'imposta di registro in relazione ad atti rogati incorre nel delitto di peculato. La condotta appropriativa del notaio deve essere qualificata come peculato. Infatti, 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 e diretta alla formazione di atti pubblici.

Occorre ora chiedersi se effettivamente la misura cautelare, funzionale a quella ablativa, potesse o meno avere a oggetto i beni nella disponibilità di Tizio.

La questione si colloca nel contesto relativo alla definizione dello spettro operativo della confisca per equivalente disciplinata nell'art. 322 ter c.p.

L'art. 322 ter, introdotto nel codice penale dalla l. 29 settembre 2000, n. 300, in occasione delle ratifiche da parte del nostro Paese di specifiche convenzioni internazionali volte a contrastare i fenomeni corruttivi, dispone al comma 1, che in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei delitti contro la Pubblica Amministrazione previsti negli articoli da 314 a 322 c.p. è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono "il profitto o il prezzo" salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando questa non sia possibile, la confisca dei beni di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale "prezzo" (c.d. confisca per equivalente). Nei termini chiariti dall'autorevole insegnamento delle Sezioni unite della Suprema Corte, la ratio dell'istituto della confisca per equivalente risiede nella scelta 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 misura che assume a tutti gli effetti i tratti distintivi di una vera e propria sanzione (Cass. pen., S.U., 27 marzo 2008 – 2 luglio 2008, n. 26654). Stando alla formulazione letterale della disposizione (art. 322 ter, comma 1, c.p.), come rilevato dalla costante e più recente giurisprudenza di legittimità, la confisca per equivalente non è applicabile in relazione al profitto del delitto di peculato (art. 314 c.p.), dovendo ritenersi limitata al solo tantundem del prezzo del reato (Cass. pen., Sez. VI, 5 novembre 2008 – 7 aprile 2009, n. 14966; Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2009, n. 10679). Depongono a favore di questa soluzione argomenti di diversa natura.

In prospettiva sistematica, si esclude che il legislatore abbia utilizzato nell'art. 322 ter c.p. il termine prezzo in senso atecnico, così da comprendere qualsiasi utilità connessa al reato, derogando alla disciplina generale stabilita nell'art. 240 c.p., ove le nozioni di prezzo e profitto sono nettamente distinte.

Da un punto di vista esegetico, poi, sembra chiara la volontà del legislatore di escludere, salvo le ipotesi del comma 2 dell'art. 322 ter c.p., il profitto del reato dalla confisca per equivalente.

In senso contrario si registra un isolato orientamento che aderisce a una interpretazione estensiva secondo la quale, riguardo al delitto di peculato, sono assoggettabili a confisca, ai sensi dell'art. 322 ter c.p., comma 1, beni nella disponibilità dell'imputato per un valore corrispondente a quello relativo al profitto o al prezzo del reato (Cass. pen., Sez. VI, 29 marzo 2006 – 17 luglio 2006, n. 24633).

Di recente, a dirimere l'illustrato contrasto giurisprudenziale sono intervenute le Sezioni unite della Suprema Corte. La Corte ha precisato che, in difetto di una nozione legale di profitto del reato, può accogliersi la ricostruzione semantica di tale concetto offerta dalla dominante giurisprudenza di legittimità secondo la quale esso deve essere identificato con il vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato e si contrappone al prodotto e al prezzo del reato. In particolare, il prodotto rappresenta ciò che materialmente deriva dall'illecito, vale a dire le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato, il prezzo, invece, deve individuarsi nel compenso dato o promesso a una determinata persona, a titolo di corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito (ex plurimis, Cass. pen., S.U., 3 luglio 1996 – 17 ottobre 1996, n. 9149).

Le Sezioni unite, pertanto, alla luce della netta distinzione fra le nozioni di prezzo e profitto del reato, unitamente alla mancanza di una chiara indicazione legislativa che attribuisca a tali termini un significato diverso da quello comunemente assegnato dalla giurisprudenza di legittimità, ritengono che non sussista alcun elemento idoneo a far ritenere che il legislatore, nella formulazione dell'art. 322 ter, comma 1°, c.p., abbia usato il termine prezzo in senso atecnico, così da includere qualsiasi utilità connessa al reato sicché, con riferimento al delitto di peculato può disporsi la confisca per equivalente prevista dall'art. 322 ter, comma 1, ultima parte c.p., soltanto del prezzo e non anche del profitto (Cass. pen., S.U., 25 giugno 2009 – 6 ottobre 2010, n. 38691).

Nel caso di specie, accedendo all'ultimo indirizzo delle Sezioni unite, Tizio potrà ottenere, previa istanza di riesame del sequestro preventivo, la restituzione dei propri beni.