

Esame d'avvocato 2018

Tracce svolgimenti e soluzioni parere penale seconda prova esame avvocato 2018

PRIMA TRACCIA

1 TRACCIA

Tabeo e Cala sposati da circa 10 anni e residenti in Italia si recano all'estero per fare ricorso alla fecondazione eterologa e portare a termine una gravidanza con surrogazione di maternità (consentita dalle leggi in vigore in loco). In particolare, la tecnica cui ricorrono i coniugi prevede la formazione di un embrione in vitro con metà del patrimonio genetico del padre e l'altra metà proveniente da una donna o donatrice. L'embrione così generato viene impiantato nell'utero di una donna donna maggiorenne e volontaria che porta a termine la gravidanza. Per effetto del ricorso alle menzionate procedure, si deve dunque - secondo la legge straniera - genitori di Sempronio. Al fine di ottenere la trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato dall'ufficiale di stato civile straniero, i coniugi compiono e presentano all'ambasciata i documenti necessari ai sensi di legge, anche quando,

dell'acquisto ed elirano a loro una
sanzione amministrativa. Tuttavia
ricontrato il superamento del concorso
da parte di loro, nonché tenuto
di errore recolta in considerazione
di quanto risultante dal stato
notoria di regole italiane, si
rinuncia al proprio legale per un
consiglio. Il candidato assume le
parti del legale di terza, radica
motivato potere illustrando quali
possano essere le conseguenze finali
della condotta della propria
assoluta.

Tizio e Caia, sposati da circa, e residenti in Italia, si recano all'estero per fare ricorso alla fecondazione eterologa e portare a termine una gravidanza con surrogazione di maternità (consentita dalla legge in vigore in loco). In particolare, la tecnica cui ricorrono i coniugi prevede la formazione di un embrione in vitro con metà del patrimonio genetico del padre e l'altra metà proveniente da una donna donatrice. L'embrione così generato viene impiantato nell'utero di una terza donna, maggiorenne e volontaria, che porta a termine la gravidanza. Per effetto del ricorso alle menzionate procedure, i due divengono- secondo la legge straniera- genitori di Sempronio. Al fine di ottenere la trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato dall'ufficiale di Stato civile straniero, i coniugi compilano e presentano all'ambasciata i documenti necessari ai sensi di legge, dichiarando, in particolare che Caia è madre di Sempronio. L'ufficiale di Stato civile del comune di residenza dei coniugi registra l'atto di nascita attribuendo al neonato lo stato di figlio di Tizio e Caia. Successivamente, però, i predetti ricevono una comunicazione da parte della locale Procura della Repubblica. preoccupati per le possibili conseguenze penali delle proprie azioni, si rivolgono al proprio legale di fiducia per un consulto. Il candidato, assunto le vesti di legale di Tizio e Caia, premesso i cenni sulla punibilità in Italia del reato commesso all'estero rediga motivato parere esaminando le questioni giuridiche sottese al caso in esame.

SVOLGIMENTO PRIMA TRACCIA

SOLUZIONE PROPOSTA

La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.

Il caso è stato oggetto di trattazione - in aula - al Corso Esame Avvocato 2018 durante la lezione di dicembre 2018. E' stato altresì pubblicato sul libro Pareri ed atti per l'esame di Avvocato 2017 - Cedam editore, sul libro a cura di Bruno Fiammella, con autore del parere Dott.ssa C. Maggioni.

La traccia in esame poneva il candidato di fronte alla necessità di confrontarsi preliminarmente con la disciplina prevista in tema di punibilità in Italia dei reati commessi all'estero.

Le coordinate normative dell'intero caso - tuttavia - potevano rinvenirsi nelle seguenti fonti normative:

- Art. 12, co. 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40 – Divieti e sanzioni in materia di procreazione medicalmente assistita «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».
- Art. 5 c.p. – Ignoranza della legge penale «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale».
- Art. 9 c.p. – Delitto comune del cittadino all'estero (primo comma) «Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel

minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato ...».

Nonché si sarebbero potute individuare ed esaminare, le seguenti fattispecie ipoteticamente ascrivibili ai coniugi:

- Art. 567 c.p. - Alterazione di stato;
- Art. 495 c.p. - Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri.

Occorre premettere che la scelta di diventare genitori è espressione della fondamentale libertà di autodeterminarsi riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 della Carta Costituzionale, essa involge la sfera privata e familiare dell'individuo.

La scelta di avere o meno un figlio, anche per la coppia sterile o infertile, avendo ad oggetto la sfera intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali.

I richiami giurisprudenziali di maggiore riferimento, esaminato il fatto descritto in traccia, si potevano rinvenire nelle seguenti pronunce del Supremo Collegio:

- Cass. Pen., sez. V, sentenza n. 13525 del 2016;
- Cass. Pen., sez. VI, sentenza n. 48696 del 2016;
- Corte Costituzionale, sent. n. 364 del 1988;
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 66655 del 2013.

In rilievo su tutto la legge n. 40 del 2004, art. 12 comma 6 «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di

euro».

Si rammenta che su punto – ma non applicabile al caso concreto – vi è stata anche una pronuncia della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 162 del 2014 ha dichiarato alcune parti dell'intero testo normativo, la legge 40 del 2014 come illegittime, in particolare ha rilevato che è illegittimo il divieto di fecondazione eterologa «esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute».

Con riferimento alle problematiche di cui ai brevi cenni in tema di delitti commessi da cittadini italiani in territorio straniero, occorre procedere dal riferimento dall'art. 9 del codice penale ove si dispone che “Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato”.

Affinché abbia rilevanza penale una condotta commessa all'estero dal soggetto agente, è necessario che la stessa condotta sia punita anche dall'ordinamento dello Stato entro il cui territorio il delitto è perpetrato. Questo articolo è comunemente conosciuto in dottrina ed in giurisprudenza come principio della “doppia incriminazione” sul quale esistono diverse e contrastanti correnti giurisprudenziali e dottrinarie.

Tale disposizione va sistematicamente interpretata con l'ausilio dell'art. 5 c.p. in forza del quale nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale. Per vero in alcune circostanze non si può non rilevare come esistano contesti in cui accanto alla difficoltà interpretativa del testo di legge, ci si trovi di fronte ad una molteplicità di indirizzi giurisprudenziali contrastanti su quel medesimo testo.

Le difficoltà suddette, possono essere fonte legittima di quello che nel nostro ordinamento è riconosciuto come errore di diritto inevitabile? Seguendo le indicazioni della Corte Costituzionale, sent. n. 364 del 1988, nonché di alcune pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si è giunti alla conclusione che vi sia un errore di diritto inevitabile anche di fronte a degli orientamenti giurisprudenziali contrastanti e ripetuti nel tempo (pronuncia n. 66655 del 2013 – il noto caso Contrada). I consociati devono cioè sempre essere messi nelle condizioni oggettive di conoscere la legge penale e la condotta penalmente rilevante.

Nel caso in esame occorre stabilire quindi se i coniugi hanno avuto la possibilità di conoscere le problematiche scaturenti dalla applicazione di una legge straniera e di una italiana correlate ai criteri dettati dall'art. 9 del codice penale.

Come sopra richiamato, era di riferimento la sentenza della Corte di Cassazione n. 13525 del 2016, la quale attraverso un lineare e ben argomentato ragionamento arriva a statuire che occorre avere una definizione chiara dei reati e delle pene. L'errore sul precetto penale è inevitabile ed è quindi scusabile in tutti quei casi di concreta impossibilità di conoscenza della legge da parte di ogni consociato ai sensi dell'art. 5 c.p., anche nei casi di incertezze di interpretazione giurisprudenziale.

Concludendo su questo primo punto, il caso esposto in traccia rientra in un'ipotesi di inevitabilità dell'errore sulla legge penale, scusabile ai sensi dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.p.

Di conseguenza andrà specificato ai coniugi che non può essere loro mosso alcun rimprovero correlato alla fattispecie prevista e punita ai sensi dell'art. 12 comma 6 della legge n. 40 del 2004.

Maggiore considerazione meriteranno sicuramente gli elaborati di quei candidati che saranno riusciti ad individuare almeno una delle due seguenti ipotesi delittuose.

La prima è riconducibile nell'alveo della fattispecie ex art. 567 c.p. comma 2 c.p. che sanziona la condotta di chi, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

Dopo una analisi del reato, si poteva concludere sulla insussistenza sia dell'elemento oggettivo che soggettivo del 567 c.p. L'elemento oggettivo è carente perché affinché il reato in parola sussista è necessario che in sede di formazione dell'atto di nascita venga attestato il falso o si producano delle certificazioni false. Stando alla traccia i coniugi avrebbero consegnato al funzionario del consolato l'atto di nascita per la trascrizione che successivamente è stato trasmesso all'ufficiale dell'anagrafe del comune di residenza della famiglia. L'atto in questione non può essere considerato affetto da falsità considerato che per la legislazione dello stato di provenienza risulta un documento legittimo a tutti gli effetti di legge. La trascrizione di un certificato di nascita che è stato emesso nello stato di nascita del minore, seguendo i dettami della legge di quello Stato, non può essere falso o illegittimo.

Per quanto attiene all'elemento soggettivo della fattispecie in parola lo stesso è insussistente in quanto non si rinviene la coscienza volontà di

Tizio e Caia di attestare con specifico riferimento allo stato civile del un neonato, quanto non rispondente a verità in quanto il certificato che li dichiara entrambi genitori proveniente dallo stato estero è conforme alla legge dello stato di nascita. Si veda in tal senso anche la citata Cassazione che ha escluso l'integrazione del reato di alterazione di stato sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo (Cass. Pen. sent. n. 13525 del 2016 e Cass. Pen. sent. n. 48696 del 2016).

Per quanto concerne l'ulteriore ipotesi delittuosa di cui all'art. 495 c.p. «chiunque dichiara o attesta il falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona», la stessa ha come suoi presupposti applicativi la falsità quale elemento oggettivo e la coscienza e volontà di dichiarare il falso quale elemento soggettivo. Le medesime ragioni esposte nel precedente punto di doglianza valgono per scongiurare anche la portata applicativa di questa ulteriore fattispecie. Manca quanto all'elemento oggettivo anche il requisito della falsa dichiarazione.

FONTE:

<http://www.altalex.com/documents/news/2018/12/12/esame-di-avvocato-2018-traccia-1-del-parere-penale-e-soluzione-proposta>

SECONDA TRACCIA

2 TRACCIA
 Turia, insegnante di lingua inglese,
 è sorella gemella di Laila, laureata in
 giurisprudenza e funzionario amministrativo
 comunale, nonché aspirante alla carriera
 diplomatica. Laila durante l'esame
 le fatiche del concorso di accesso alla
 carriera diplomatica e non avendo
 adeguata conoscenza della lingua
 inglese, convince la sorella a
 sostituirla nella relazione scritta,
 come prometteva in dono a favore
 degli amici di diamanti ricercate in vendita
 dalla comune nonna. Turia, pertanto,
 prende parte all'esame e consegna
 l'elaborato scritto, esibendo il
 documento d'identità della sorella
 nonché fornendo la richiesta di
 attestato di presenza, necessario per
 giustificare l'assenza dal banco
 di Laila. In quelle stesse ore Laila,
 come viene coinvolta in un sinistro
 stradale mentre si trova alla guida
 della propria autovettura; i dirigenti
 volentieri interverranno redigono verbale

In particolare, che la madre di
Sempronio, l'ufficiale di stato
civile del comune di residenza
dei coniugi, registra l'atto di morte
oltre l'evento al momento lo stato di
proprio di Tizio e Carla Succedendo
però, i fratelli riceveranno una
comunicazione da parte della
locale procura della Repubblica.
Incaricati sulle possibili conseguenze
penali delle proprie azioni, si
ritengono dunque al proprio
legale di fiducia per un
adulto. Il contratto, assume le
parti del legale di Tizio e Carla,
premettendo sulla giurisdizione.
In Italia del reato commesso d'altro
relega motivato per ora esaminando la
questione quotidiana oltre al
atto in nome

Tizia, insegnante di lingua inglese è sorella gemella di Caia, laureata in Giurisprudenza e funzionario amministrativo comunale, nonché aspirante alla carriera diplomatica.

Caia, dovendo sostenere le prove del concorso di accesso alla carriera diplomatica e non avendo adeguate conoscenze della lingua inglese, convince la sorella a sostituirla nella relativa prova di esame, promettendole di darle i preziosi orecchini di diamanti ricevuti in eredità dalla comune nonna.

Tizia, pertanto, prende parte all'esame e consegna l'elaborato scritto, esibendo il documento di identità della sorella nonché firmando la richiesta di attestato di presenza necessario a far giustificare l'assenza da lavoro di Caia.

In quelle stesse ore, Caia, però viene coinvolta in un sinistro stradale mentre si trova alla guida della propria autovettura: i vigili urbani intervenuti redigono verbale dell'accaduto ed elevano a Caia una sanzione amministrativa.

Tizia, riscontrato il superamento del concorso da parte di Caia nonché temendo di esser scoperta in considerazione di quanto risultante dal citato verbale dei vigili urbani, si rivolge al proprio legale per un consulto. Il candidato, assunto le vesti del legale di Tizia redige motivato parere illustrando quali possano essere le conseguenze penali della condotta della propria assistita.

SVOLGIMENTO SECONDA TRACCIA

SOLUZIONE PROPOSTA

La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.

Nella fattispecie in esame vengono in rilievo una serie di reati.

In primo luogo il reato di tentata truffa (articolo 640) aggravato ai sensi del comma 2 n. 1 avendo la stessa posto in essere atti idonei, oltre che diretti in modo non equivoco, a superare un pubblico concorso, sostituendo la propria persona alla gemella Caia.

In secondo luogo è stato integrato il delitto di sostituzione di persona (articolo 494 c.p.), avendo Caia, in concorso con Tizia, posto in essere una condotta ingannevole tesa a far attribuire un falso nome o un falso stato o false qualità personali, cui la legge attribuisce specifici effetti giuridici (si veda Cassazione, Sezione VI Penale, Sentenza 08 gennaio 2014, n. 4394).

Integra, infatti, il delitto di sostituzione di persona, la condotta ingannevole che induce il soggetto passivo in errore sull'attribuzione all'agente di un falso stato o di false qualità personali cui la legge attribuisce specifici effetti giuridici, non essendo neppure necessario, secondo il dictum della norma, il raggiungimento del vantaggio perseguito, che attiene invece al dolo specifico del reato. Discende che l'elemento oggettivo del delitto in questione prescinde dall'effettiva produzione di effetti giuridici ricollegati alla qualifica falsamente attribuita, essendo sufficiente l'induzione in errore del soggetto passivo, mentre, in merito all'elemento soggettivo, il dolo specifico consiste nella finalità di procurarsi un vantaggio patrimoniale, o anche non patrimoniale, ovvero di arrecare un danno ad altri.

L'elemento teleologico-soggettivo ("Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno") appare individuabile nella circostanza che Tizia riceverà dalla sorella un paio di preziosi orecchini e, nel contempo, danneggiando gli altri partecipanti al concorso che, nell'ipotesi in cui avesse effettivamente partecipato la gemella sostituita, avrebbero avuto maggiori possibilità di risultare vincitori al concorso, essendo Caia impreparata nella materia di lingua inglese. È rinvenibile anche l'elemento dell'induzione di taluno (rectius, la commissione d'esame) in errore, attraverso la sostituzione illegittima della propria all'altrui persona, finanche attribuendo a sé un falso nome, cioè quello della gemella.

L'altra fattispecie su cui incentrare l'indagine è la fattispecie prevista e punita all'articolo 495 c.p., rubricata "Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri", che punisce chi dichiara ovvero attesti falsamente, al pubblico ufficiale, l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona.

A questo punto occorre andare a verificare se tra i vari reati possa identificarsi un concorso apparente di norme, o un concorso di reati.

Applicando i criteri che emergono, in materia, dalla giurisprudenza prevalente, opera innanzitutto l'assorbimento del delitto di sostituzione di persona in quella prevista all'articolo 495 c.p. (false attestazioni al pubblico ufficiale), potendo constatarsi la presenza di un unico fatto, contemporaneamente riconducibile sia alla previsione di cui all'articolo 494 c.p. sia a quella di ulteriore norma a tutela della fede pubblica, incardinata all'articolo 495 c.p.

Ciò si evince anche, ragionando a contrario, rispetto ad una sentenza dalla Suprema Corte (II Sezione Penale, Sentenza resa il 12 febbraio 2014, n. 6597) nella quale, in applicazione del summenzionato principio, era stato

escluso il concorso apparente di norme tra i reati di sostituzione di persona e falsità in certificati nella condotta dell'imputato. Questi, infatti, aveva falsificato la carta d'identità del soggetto, cui successivamente si era sostituito per commettere ulteriori reati, mentre, nel caso che interessa, il documento era originale ed era stato fornito direttamente dalla complice.

Ciò è stato più volte messo in luce dal giudice di legittimità dove si è ulteriormente chiarito che il delitto di sostituzione di persona ha natura sussidiaria e trova applicazione solo se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica. (*ex multis* Corte di Cassazione, Sezione V Penale, Sentenza 8 febbraio 2017, n. 5781, anche se relativa ad una fattispecie diversa rispetto a quella sottoposta al nostro esame).

Non opera il concorso apparente, invece tra il reato di truffa ai danni dello stato e quello di sostituzione di persona. Si tratta infatti di figure ontologicamente diverse, che operano su piani diversi, tutelano beni diversi, e che non sono in rapporto di specialità, ai sensi dell'articolo 15 c.p. (Cass. 11918.2016). Di conseguenza, tra queste due figure opererà il concorso materiali di reati.

In conclusione, rimanendo il reato di cui all'articolo 494 assorbito da quello di sostituzione di persona, Caia verrà incriminata per i reati di cui agli articoli 495 e 640 comma 2 n. 2 (nella forma del tentativo), eventualmente avvinti, entrambi, dal vincolo della continuazione.

FONTE:

<http://www.altalex.com/documents/news/2018/12/12/esame-di-avvocato-2018-traccia-2-del-parere-penale-e-soluzione-proposta>