

PARERE PENALE ESAME AVVOCATO 2019

Prima Traccia

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.

Soluzione Prima Traccia

Per inquadrare la situazione prospettata dalla traccia in esame, è necessario rivolgere la nostra attenzione a due istituti: 1) la legittima difesa putativa; 2) la rapina impropria.

La legittima difesa putativa ricorre quando il soggetto agente crede erroneamente di trovarsi in una situazione di pericolo, tale da essere inquadrata nell'ambito dell'articolo 52; tale circostanza è valutata a suo favore, ovvero sia il fatto viene scriminato come se si trattasse di una legittima difesa reale (articolo 59 comma 3) e l'agente viene scriminato.

Tuttavia se l'errore in cui incappa l'agente (nel nostro caso Tizio) è determinato da colpa, si applicherà la norma sull'omicidio colposo (articolo 59 comma 3).

Dobbiamo quindi verificare in che tipo di errore sia incorso Tizio, se colposo o no. Nel primo caso Tizio risponderà di omicidio colposo; nel secondo verrà scriminato e verrà applicata la regola sulla legittima difesa putativa.

In realtà l'errore di Tizio non è consistito tanto nella valutazione della situazione di pericolo, ma è da rinvenirsi a monte, ovvero sia nel non essersi

preventivamente accertato del reale contenuto dello scambio tra Caio e le altre persone. In sostanza Tizio ha commesso sì, un errore di valutazione che avrebbe potuto evitare con maggiore diligenza e prudenza, tal che il suo comportamento può certamente definirsi "colposo"; ma la colpa consiste soprattutto nell'aver tratto conclusioni affrettate sul reale contenuto dello scambio tra Caio e il terzo, non nella valutazione successiva, scaturita da una situazione che ha ingenerato in Tizio la convinzione di doversi difendere.

La difesa di Tizio deve essere quindi considerata legittima, sia pure nella veste della legittima difesa putativa, e la sua reazione proporzionata all'offesa che sembrava stesse per ricevere.

In tal senso si è espressa più volte anche la Cassazione la quale, nel delineare i contorni dell'istituto, ha precisato che l'accertamento della legittima difesa putativa deve accertarsi con giudizio ex ante, non ex post, delle circostanze di fatto, rapportato al momento della reazione, e dimensionato nel contesto delle specifiche e peculiari circostanze concrete (Cass. 15460/2018; similmente Cass. 17121/2016; Cass. 8566/2015).

Per questo motivo non è neanche configurabile la diversa figura dell'eccesso colposo di legittima difesa (articolo 55) perché Tizio non ha "ecceduto" i limiti

stabiliti dalla legge; Tizio temeva infatti che Caio stesse per estrarre una pistola e in teoria infatti la sua reazione sarebbe stata perfettamente proporzionata al pericolo, se questo fosse realmente esistito.

Occorre ora soffermarsi sul reato di rapina, nella sua forma sia propria che impropria; la prima delle due figure, disciplinata dall'articolo 628, ricorre quando taluno, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si impossessa della cosa mobile altrui, usando violenza o minaccia; la seconda figura (articolo 628 comma 2) ricorre quando la violenza o la minaccia sono utilizzati dopo la sottrazione, per assicurare tale sottrazione o per conseguire l'impunità.

Nel caso di specie, se ricorrono senz'altro i requisiti della violenza e della minaccia, sia prima che dopo la sottrazione, mancano però completamente i requisiti del profitto e quello dell'altruità.

La sottrazione della pen drive, infatti, non ha la finalità di conseguire un profitto, ma quella di proteggere l'azienda e di evitare un danno alla società, venendo in questo modo a mancare l'elemento del profitto.

Manca inoltre il requisito dell'altruità, pur non essendo specificato nella traccia se effettivamente nella pen drive ci fossero o meno segreti aziendali;

Tizio infatti credeva (a torto o ragione non lo sappiamo) di riappropriarsi di qualcosa che apparteneva all'azienda.

In conclusione, Tizio sarà scriminato per il reato di omicidio, ricorrendo nella fattispecie un caso di legittima difesa putativa.

(soluzione di Paolo Franceschetti fonte:
<https://www.altalex.com/documents/news/2019/12/11/esame-di-avvocato-2019-traccia-1-parere-penale-soluzione-proposta>)

Seconda Traccia

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.

Soluzioni Secondo Traccia

Premessa metodologica: il candidato nel caso in esame si trovava di fronte ad una traccia la cui soluzione presupponeva un'ampia capacità di ragionamento. Doveva infatti, nel costruire una linea difensiva favorevole agli interessi del proprio assistito, esaminare le fattispecie potenzialmente ascrivibili a Caio e conseguentemente valutare se e quali, tra le diverse ipotesi delittuose, potessero essere quelle a lui ascrivibili e quali essere scongiurate.

Poca giurisprudenza di riferimento e circoscritta ad una sola delle ipotesi in rilievo.

L'esame delle problematiche da trattare poteva involgere le seguenti ipotesi delittuose: art. 600 ter c.p. con particolare attenzione al quarto comma; art. 600 quater c.p., (solo incidentalmente un cenno poteva farsi al 609 undecies e 612 ter c.p. per escluderli) e, per i più intraprendenti un richiamo al trattamento illecito di dati personali di cui all'articolo 167 del Codice della Privacy (così come modificato dal D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101).

Vista la vastità degli argomenti da trattare occorreva coniugare sintesi e tecnicismo nel fornire le informazioni necessarie senza appesantire lo svolgimento.

E' evidente dall'esame del testo che le condotte da analizzare erano riconducibili alla ricezione e detenzione da parte di Caio di una foto avente natura pedo-pornografica e la cessione a terzi, attraverso una chat privata, di una foto ritraente lo stesso Caio e l'amico Sempronio ubriachi in slip.

Preliminarmente occorreva definire il perimetro normativo dato dalla legge 38 del 2006 che ha modificato la legge 269 del 1998 finalizzate entrambe a punire le condotte poste a tutela della libertà del minore, intesa come ogni possibile forma di estrinsecazione delle libertà individuale, e nello specifico la libertà di una corretta crescita e sviluppo della sessualità.

Si tratta di reati contro la personalità individuale collocati nel libro secondo, Titolo XII, capo III. Sez. I del c.p.

In particolare l'art. 600 ter c.p. al quarto comma dispone che: dispone che:
"Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al

primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164."

Andava quindi esaminato il settimo comma perché consente di ricavare la corretta definizione normativa del concetto di pornografia minorile, quando statuisce che: *"Ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali."*

La fattispecie di cui al 600 ter c.p. sanziona la condotta di chi offre o cede ad altri anche a titolo gratuito il materiale pedo-pornografico (ex comma 1). Nel caso in esame la fotografia trasmessa a Caio è una foto di natura pedo pornografica.

E' bene però specificare che recenti orientamenti giurisprudenziali hanno chiarito la effettiva portata dell'art. 600 ter c.p. stabilendo che non si possa configurare il delitto di cessione di materiale pedopornografico ai sensi dell'articolo in parola nell'ipotesi del c.d. *"autoscatto"*, in quanto l'agente deve essere un soggetto *"altro"* e *"diverso"* rispetto al minore sfruttato/utilizzato.

La Cassazione sul punto specifica anche che è irrilevante il consenso che il minore *"possa aver prestato all'altrui produzione del materiale o realizzazione degli spettacoli pornografici"* (Cass. Pen. Sez. III n. 11675/2016). Leggendo il primo comma 1 del 600 ter c.p. emerge infatti una eterogeneità tra soggetto ritratto e soggetto utilizzatore, divulgatore o cedente.

Nel caso in parola la fotografia è stata realizzata e ceduta dalla minorenni consapevolmente, attraverso uno *"scambio"* concordato e pertanto gli estremi della punibilità ai sensi del 600 ter c.p. non sembrano potersi rinvenire. Da tanto emerge che la giovane non sia stata di fatto *"utilizzata"*, così come richiede la fattispecie tipica.

Il secondo momento di riflessione andava a questo punto incentrato sul 600 quater c.p. che, lo si ricorda, può essere assorbito nel 600 ter c.p. solo ove questa fattispecie rilevi. Poiché nel caso di specie è stata esclusa la sua applicabilità, è evidente che occorre procedere allo studio di questa ulteriore possibilità delittuosa.

Il 600 quater c.p. disciplina che: *"Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 600ter, consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto è punito con la"*

reclusione fino a tre anni o con la multa non inferiore a millecinquecentoquarantanove euro.

La pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale detenuto sia di ingente quantità".

La linea difensiva in questo caso appare marginale, atteso che quella del 600 quater c.p. è una clausola di riserva che è stata costruita esplicitamente per non lasciare condotte prive di intervento. E' una norma di chiusura, residuale, finalizzata ad evitare vuoti di tutela nell'ordinamento. La fattispecie in parola richiede la consapevolezza da parte del soggetto agente di detenere il materiale pornografico avente ad oggetto minori. Senza dubbio questa ipotesi delittuosa sembra esseri perfezionata ma è indubbio che la stessa preveda una sanzione molto meno gravosa rispetto a quella dell'articolo precedente e che una difesa attenta avrebbe preferito come linea difensiva rispetto al reato di cui al 600 ter c.p.

Un cenno per dovere di completezza ed esaustività dell'analisi poteva farsi alla fattispecie di cui all'articolo 609 undecies c.p. rubricato "*adescamento di minorenni*", anch'esso non applicabile in ragione della esistenza di una clausola di riserva "*salvo che il fatto non costituisca più grave reato*".

Esaminando le sanzioni tra il 609 undecies c.p. ed il 600 quater c.p. emerge pacificamente che il 600 quater c.p. commina una sanzione più gravosa perché punito oltre che la pena detentiva anche quella pecuniaria.

La seconda parte dell'elaborato doveva concentrarsi sul secondo segmento fattuale corrispondente alla condotta di Caio che invia a Mevia la foto raffigurante se stesso in compagnia di Sempronio, durante una festa, ubriachi ed in abiti succinti (slip).

La traccia specifica che la foto è stata oggetto di una richiesta esplicita da parte di Sempronio affinché non venisse ceduta a terzi, quindi la problematica riguarda il trattamento più o meno legittimo della immagine di Sempronio (dato personale dello stesso). Alla luce dell'art. 167 del Codice della Privacy, in ragione della una clausola di riserva "*salvo che il fatto non costituisca più grave reato*", anche questa ipotesi delittuosa, ove ascrivibile a Caio, poteva essere scongiurata sostenendo la difesa che il 600 quater è reato più grave. Si aggiunga che Sempronio dallo scambio di questa foto avvenuto in via privata tra Mevia e Caio, non ha tratto nocumento alcuno, così non perfezionandosi l'ulteriore requisito previsto dall'art. 167 citato.

Poteva altresì escludersi la porta applicativa dell'art. 612 ter c.p. in ragione del fatto che nel caso di specie la foto ritraente Sempronio e Caio per quanto in slip ed ubriachi non può definirsi come una immagine a contenuto sessualmente esplicito, presupposto richiesto dal 612 ter c.p. Un interessante richiamo interdisciplinare poteva essere a questo punto svolto dal candidato ricordandosi della disposizione del codice civile di cui all'art. 10 posta a tutela della immagine della persona, la quale non può essere esposta o pubblicata con pregiudizio al decoro o alla reputazione senza il consenso dell'interessato. Altro divieto deriva dall'art. 96 della legge sul diritto d'autore che afferma che *"Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente"* il quale a sua volta statuisce che *"Non occorre il consenso della persona ritratta quando la riproduzione dell'immagine e' giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione e' collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico"*.

Nell'ultimo caso contemplato dalla norma (quello, cioè, di foto scattate in occasione di **avvenimenti pubblici**) occorre precisare che detto articolo di legge non autorizza a pubblicare foto aventi ad oggetto immagini di persone in primo piano, "*rubate*" durante lo svolgimento di un pubblico evento, ma solo foto aventi ad oggetto l'evento pubblico stesso (come tema principale) e, in via meramente secondaria (e di sfondo o contesto), il volto dei presenti.

Di margine incerto quindi questa lettura considerato che il rapporto di prevalenza tra la persona ritratta e l'evento in corso non è chiaro. Occorre però specificare che l'immagine in parola non è stata inviata ad un numero indiscriminato di persone ma in una conversazione via chat, pertanto una conversazione uno ad uno ed è difficile pensare che la stessa potesse andare oltre quell'uso di attività esclusivamente "*personale o domestica*". La foto è stata scattata durante un avvenimento pubblico e ceduta in una chat privata, per cui l'ambito di violazione delle disposizioni di legge sembrerebbe sfumare. Diverse, articolate e molteplici le implicazioni di questo caso che senza dubbio premiava la capacità di ragionamento e di applicazione sistematica delle varie fattispecie potenzialmente coinvolte.

(soluzione Bruno Fiammella – Fonte:
<https://www.altalex.com/documents/news/2019/12/11/esame-di-avvocato-2019-traccia-2-parere-penale-soluzione-proposta>

