

tendo le imprescindibili esigenze di adeguamento della fattispecie alla realtà sociale in cui è chiamata ad operare: come meglio si vedrà, sono così legittimate operazioni interpretative saldamente ancorate al dato normativo, dovendosi trarre dalla norma il bene giuridico dalla cui lesione dipende la verificazione del reato, senza possibilità di vulnerare imprescindibili esigenze di certezza del diritto.

L'art. 49 comma 2 completa e precisa i principi desumibili dall'art. 49 comma 1, che, insieme all'art. 1 c.p., determina i caratteri essenziali dell'illecito penale.

Le norme in questione risolvono espressamente il problema della conformità del fatto al tipo descrittivo, nel senso che a prescindere da ogni altra indagine di carattere sociale, morale ed economico, il giudice deve disinteressarsi di quei comportamenti che non rientrano nel modello legale di alcuna norma incriminatrice, anche se ledono interessi altrimenti tutelati dal diritto, o meritevoli di protezione secondo criteri extra giuridici.

Dal comma 2 dell'art. 49 c.p. emerge invece una maggiore complessità ed un arricchimento del principio di stretta legalità, nel senso che i comportamenti conformi al tipo, ma non lesivi, non sono perseguibili: ogni reato, per essere considerato tale, è coerente con le ragioni per cui un determinato fatto è assunto dalla norma incriminatrice quale condizione del verificarsi delle conseguenze sanzionatorie, deve sostanziarsi nella lesione dell'interesse protetto dal legislatore.

Come già in precedenza affermato, l'effettiva lesione o esposizione a pericolo dell'interesse tutelato vanno accertate alla stregua di una valutazione rigorosamente normativa, cioè basata sull'individuazione dell'oggettività giuridica emergente dalla norma incriminatrice o da quelle altre fonti normative che concorrono a determinare l'interesse tutelato.

La radice di questa interpretazione dell'art. 49 comma 2 c.p. è già esplicita negli stessi lavori preparatori, e nella relazione ministeriale, in cui si sottolinea ripetutamente che la norma costituisce l'affermazione di un principio che trova applicazione nella struttura di tutti i reati consumati o tentati, e solo la giurisprudenza e la dottrina successive all'entrata in vigore del codice Rocco hanno misconosciuto tali premesse, interpretando l'art. 49 comma 2 c.p., in funzione dell'art. 56 capoverso c.p.

Alla recuperata autonomia di funzione dell'art. 49 comma 2 c.p., rispetto all'art. 56 c.p., corrisponde una diversificazione del giudizio di idoneità nell'ambito delle due disposizioni.

Mentre l'idoneità degli atti nell'art. 56 c.p. si risolve in un giudizio dinamico, avente necessariamente un contenuto ipotetico (prognosi postuma o giudizio ex ante), l'idoneità dell'azione dà luogo ad un accertamento statico, ex post, di fatto, sull'essersi o meno verificata l'offesa dell'interesse tutelato da cui esula ogni considerazione di carattere potenziale o previsionale.

Condizione di conformità al sistema del giudizio diretto ad accertare se si è verificata l'offesa in una fattispecie tipica è che la valutazione abbia una dimensione schiettamente normativa, ossia venga impostata con riguardo all'interesse protetto dalla specifica norma incriminatrice.

La eventualità di uno scarto tra conformità al tipo e offesa deve legarsi al riscontro della possibilità che, anche in presenza di una tecnica legislativa progredita, le infinite modalità del fatto concreto possono renderlo non lesivo degli interessi tutelati, pur senza intaccarne la conformità al modello legale: attraverso l'art. 49 comma 2 c.p. il legislatore sconta i limiti delle proprie tecniche di previsione.

Naturalmente proprio perché lo scarto fra conformità ed offensività deve essere operato alla stregua di criteri rigorosamente normativi, è evidente che la discrezionalità in questione non può presentarsi con uguale intensità nei confronti di tutte le fattispecie, ma varia a seconda della tecnica di tutela adottata dal legislatore nella formulazione del modello legale.

Da una possibilità minima nei confronti delle fattispecie causalmente orientate — nelle quali, mancando qualsiasi tipizzazione normativa della condotta, con il verificarsi dell'evento naturalistico si realizza l'offesa all'interesse tutelato — si passa ad una maggiore intensità del fenomeno in quelle fattispecie di mera condotta e a forma vincolata costruite in termini piuttosto ampi e generici, per poi ritornare ad un margine di verifica nuovamente scarso per le fattispecie a forma vincolata, sia di mera condotta che ad evento naturalistico, in cui la descrizione del fatto è minuziosa e circostanziata.

L'opzione interpretativa di questo giudice è peraltro confortata oltre che dal riferimento costante al principio di legalità, anche dal dato oggettivo della progressiva penetrazione nel diritto vivente del canone di necessaria offensività, come desumibile dalle applicazioni giurisprudenziali, ad esempio sul terreno del falso grossolano o innocuo (Sez. V, sent. 1° febbraio 1993, in Cass. pen., 1994, p. 1847; Id. 7 febbraio 1992, ivi, 1993, 1430; Id., 2 ottobre 1990, ivi, p. 468; Id., 29 aprile 1985, Giur. it., 1986, II, p. 191; Id., 17 gennaio 1985, Giust. pen., 1985, II, p. 664), o sul terreno dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e segretamente della calunnia (Sez. III, sent. 19 novembre 1965, Ricciardi, in Mass. dec. pen., 1965, 100.498; Sez. I, 7 marzo 1966, Palermo, ibidem, 1966, 101.977; Sez. I, 22 aprile 1966, Aschettino, ibidem, 1965,

GIURISPRUDENZA DI MERITO

1266 - Trib. Roma — Ud. 2 maggio 2000 — Giud. D'Alessandro — Imp. Ostensi.

[3732/12] Furto - Furto di beni del valore di lire 12.000 in un grande magazzino - Fatto tipico inoffensivo dell'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice del delitto di furto - Principio di necessaria offensività del reato - Insussistenza del reato perché il fatto non sussiste per difetto di lesione del bene giuridico protetto.

(Cost. artt. 25 e 27 comma 3; c.p. art. 49 comma 2).

Il fatto conforme al tipo descrittivo di un reato che non realizza la offesa dell'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice non può determinare responsabilità penale. Ciò si ricava legislativamente dall'art. 49 comma 2 c.p., che lungi dal costituire enunciazione del tentativo inidoneo, enuncia il principio di carattere generale secondo cui un fatto che secondo una valutazione a posteriori risulta inidoneo ad offendere l'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice non configura reato. Nel caso di furto di beni del valore di 12.000 lire in un grande magazzino non vi sono margini per sostenere l'esistenza di una lesione penalmente rilevante del bene giuridico del patrimonio, per cui l'imputato deve essere assolto perché il reato non sussiste per difetto di lesione del bene giuridico normativamente protetto dall'art. 624 c.p. (1).

La sentenza così motiva:

« Non può nel merito affermarsi la responsabilità penale dell'imputato, risultando il reato di furto ipotizzato in relazione ad un oggetto di valore venale così palesemente esiguo, da far risultare con evidenza un'insuperabile discrezionalità tra conformità al tipo astrattamente previsto dal legislatore come reato, ed idoneità lesiva della condotta accertata rispetto al bene giuridico protetto.

In altri termini, il fatto, pur tipico, risulta privo di qualunque attitudine a ledere l'interesse a tutela del quale il legislatore ha previsto una determinata fattispecie, e ciò giustifica una pronuncia liberatoria nei termini di cui al dispositivo, ossia per insussistenza del fatto stesso.

Nel nostro sistema penale positivo c'è, infatti, spazio per una concezione dell'illecito penale che contrappone un'antigiuridicità formale — risultante dal rapporto tra il fatto concreto e l'astratto schema normativo requisito della conformità del fatto al modello legale — ad una antigiuridicità materiale, alla cui stregua occorre che il fatto conforme al tipo descrittivo sia altresì idoneo a ledere la situazione di interessi, alla cui tutela è predisposta la norma incriminatrice (requisito dell'effettiva lesività del fatto).

L'aggravio normativo è rappresentato dall'art. 49 comma 2 c.p., il quale costituisce l'enunciazione di un principio generale dell'ordinamento, applicabile a tutte le figure criminose, consumate o tentate.

La norma in questione, lungi dal rappresentare un'interfaccia negativa del concetto di fatto tipico, viceversa, una regola generale rilevante per una compiuta ricostruzione del concetto di fatto tipico.

In questo senso deve preliminarmente rilevarsi che la posizione della norma nel sistema del codice appare quantomeno sintomatica.

L'art. 49 c.p. è posto, infatti, nel capo I (del reato consumato e tentato), del titolo III (del reato) del libro I (dei reati in generale); chiude una serie di norme, dall'art. 40 all'art. 48, che enunciano in generale gli elementi del fatto che costituisce il reato; e precede un altro gruppo di disposizioni, dall'art. 50 all'art. 54, che prevedono i cosiddetti elementi negativi del fatto, sicché la sua sistemazione costituisce un indizio non trascurabile della rilevanza del principio in esso contenuto.

Quanto, poi, al contenuto, la norma opera l'esplicita esclusione della punibilità quando, per l'inidoneità dell'azione, si riveli impossibile la verificazione dell'offesa dell'interesse tutelato, così garan-

102.343; Sez. III, 29 gennaio 1970, Vaccaragiu, ibidem, 1970, 114.893; Sez. VI, 9 dicembre 1970, Solimene, in Giust. pen., 1972, II, col. 104, m. 99; Cass. I, 3 dicembre 1974, Catalani, ibidem, 1976, II, col. 474 s.; Sez. I, 22 marzo 1976, Gianfaldone, in Mass. dec. pen., 1976, 134.653; Cass. VI, 1° aprile 1980, Siracola, ibidem, 1980, 144.885; Cass. VI, 1° aprile 1980, Randazzo, ibidem, 1980, n. 145.625, e, con esplicito riferimento alla circostanza che la denuncia calunniosa per manifesta infondatezza o illogicità o assurdità non abbia la impossibilità concreta di lesione di un bene penalmente protetto; Sez. III, 23 ottobre 1969, Colangelo, in Cass. pen. Mass. ann., 1970, p. 1465, n. 2162; Sez. I, 28 gennaio 1980, Coletta, in Giust. pen., 1970, II, c. 828, n. 1783; Sez. VI, 9 dicembre 1970, Torre, in Giust. pen., 1971, II, c. 715, n. 1006 e Cass. pen. Mass. ann., 1971, p. 1561; e della falsa testimonianza (Sez. VI, 16 marzo 1973, Mancini, in Giust. pen., 1974, II, c. 219, n. 233; Sez. III, 9 dicembre 1965, Previti, in Giust. pen., 1955, II, c. 228, n. 206; Sez. III, 17 febbraio 1966, Salimino, in Mass. dec. pen., 1966, 101.440; Sez. VI, 6 dicembre 1972, Villa e a., ibidem, 1972, 123.353; Sez. III, 12 ottobre 1970, Pandico e a., in Giust. pen., 1971, II, c. 596, n. 842; Cass. VI, 14 maggio 1974, Creza, in Cass. pen. Mass. ann., 1975, p. 770, m. 984; Sez. III, 3 luglio 1975, Gambidi, ibidem, 1977, p. 72, n. 49; nonché del delitto di esportazione illecita di valuta 'per mancanza di esposizione a pericolo del bene giuridico dell'economia nazionale' (App. Milano, 25 ottobre 1977, Giur. II, 1978, II, p. 404; Trib. Vigevano, 13 gennaio 1979, in Ind. pen., 1979, p. 128 s.); o dell'acquisto di cose di sospetta provenienza di cui risulti poi successivamente accertata la provenienza legittima (Sez. VI, 2 marzo 1960, Giust. pen., II, c. 36); della cessione di una dose di stupefacenti rivelatasi successivamente inidonea a produrre l'effetto drogante per l'insufficiente percentuale di principio attivo (Sez. IV, 1° ottobre 1993, Cass. pen., 1994, p. 1659).

Infine va richiamata Sez. I, 15 maggio 1989, Cass. pen., 1991, p. 572 s., che ha impostato con maggior chiarezza e precisione dogmatica il ruolo dell'art. 49 comma secondo c.p., nei termini che seguono: 'la norma dell'art. 49 comma 2 c.p. lungi dal porsi in funzione di limite negativo della fattispecie del delitto tentato, ... afferma il principio dell'offensività del reato (che ne concretizza la concezione realistica), per cui non è punibile ... il comportamento conforme alla fattispecie legale penale, che tuttavia non manifesti obiettivamente, nel caso concreto, l'attitudine causale a ledere o porre in pericolo il bene giuridico protetto. Tale principio implica un criterio valutativo che va oltre il limite delle regole di esperienza attraverso le quali viene risolto il problema dell'idoneità degli atti nel tentativo ... e postula ... l'accertamento dell'idoneità dell'azione o, in altri termini, dell'offensività della condotta alla stregua delle circostanze obiettive del caso concreto secondo un giudizio che non può essere che ex post'.

Della questione si è occupata anche la Corte costituzionale, che ricollega il principio di offensività all'art. 49 comma 2 c.p.

La prima decisione — sent. n. 62/86 — nel ritenere infondata una questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. dell'art. 21 l. n. 895 del 1967, per l'omessa indicazione del quantitativo minimo penalmente rilevante di esplosivo di cui è vietata la detenzione indica il principio di offensività quale criterio per risolvere il problema in via interpretativa.

Senza nulla osservare in ordine alla costituzionalizzazione del principio di offensività, la Corte ha affermato che tale principio interpretativo 'è ormai canone unanimemente accettato' e che 'spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una fattispecie tipica, determinare in concreto ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione e, fuori del penalmente rilevante', per poi concludere che 'l'art. 49 comma 2 c.p. non può non giovare all'interprete al fine di determinare in concreto la soglia del penalmente rilevante'.

Con successiva sentenza n. 957/88 la Corte, nel dichiarare inammissibile una questione di legittimità costituzionale dell'art. 573 c.p. nella parte in cui condiziona la procedibilità per il reato di sottrazione consensuale di minore ultra quattordicenne alla querela del genitore senza attribuire alcun rilievo alla volontà scriminante del minore stesso, ha precisato che 'il giudice di merito ben potrà valutare, volta per volta, se in relazione alla capacità che il minore aveva acquisito e alle aspirazioni nutrite, il fatto commesso fosse o meno offensivo del bene giuridico protetto'.

La giurisprudenza costituzionale ha così concluso un lungo ciclo interpretativo che si è sviluppato per oltre un ventennio, avvalorando l'interpretazione del reato impossibile per inidoneità dell'azione come traduzione normativa del principio di necessaria offensività del reato.

Sebbene nelle pronunce della Corte non vi sia cenno alle norme costituzionali poste a base del principio di offensività, non può sottrarsi che la regola della necessaria lesività dell'illecito penale trova fondamento anche nel combinato disposto degli artt. 25 e 27 comma 3 Costituzione.

L'art. 25 prevede distintamente le pene (comma 2) e le misure di sicurezza (comma 3).

L'art. 27 comma 3 evidenzia la funzione rieducativa della pena che si aggiunge, in una configurazione polidimensionale della sanzione penale, alla funzione retributiva, momento logico ed ineliminabile della stessa.

Che il Costituente non abbia voluto rinunciare a questo secondo momento, pur attribuendo alla funzione rieducativa la maggiore forza propulsiva, è dimostrato dalla nettezza con cui l'art. 25 rimarca la distinzione tra pene e misure di sicurezza.

Per queste ultime il Costituente non aveva bisogno di delineare la funzione, essendo esse rieducative per definizione, e mutando il loro contenuto a seconda che esse vengano applicate a soggetti capaci o incapaci di intendere o di volere.

Quanto alla pena, ove si facesse leva solo sulla sua funzione retributiva si considererebbe come non scritto l'art. 27 comma 3 mentre la valorizzazione della funzione rieducativa implica la costituzionalizzazione del contenuto necessariamente lesivo dell'illecito penale: poiché, infatti, la pena non può assumere una funzione di mera retribuzione/pressione della pura disobbedienza, né può porsi come obiettivo la mera rieducazione, in relazione ad atteggiamenti personali sintomatici di pericolosità, con conseguente invasione della sfera di operatività delle misure di sicurezza, l'equilibrio tra le due funzioni avviene solo quando si radichi l'incriminazione su di un fatto offensivo, ossia idoneo a determinare lesione o esposizione a pericolo dell'interesse tutelato.

Vi sono quindi bastevoli riscontri normativi per ritenere che rientri senz'altro fra i poteri del giudice quello di stabilire se il fatto tipico sia anche offensivo del bene giuridico protetto.

Nel caso che occupa, l'imputato ha sottratto un bene del valore di lire 12.000, e non vi è chi non veda, soprattutto ove si raffrontino le diverse condizioni dell'agente (un soggetto affetto da tossicodipendenza) e del soggetto passivo (il titolare di un importante supermercato), che non vi sono margini per sostenere l'esistenza della lesione del bene giuridico del patrimonio.

Consegue la pronuncia liberatoria, dovendosi assolvere Offensi Davide perché il fatto non sussiste, per difetto di lesione del bene giuridico normativamente protetto dall'art. 624 c.p. ».

[373/12] Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?

1. Un imputato è stato tratto a giudizio perché, al fine di trarne profitto, si era impossessato di beni del valore di lire 12.000 sottraendoli dai banchi di vendita di un grande magazzino. Il giudice monocratico lo ha proscioltto perché il fatto non sussiste. Decisione interessante, come è di rilievo, allo stato attuale della legislazione penale, la motivazione della sentenza.

Osserva infatti il giudice che nel merito non si può affermare la responsabilità penale dell'imputato poiché il reato di furto ipotizzato risulta compiuto in relazione ad un oggetto di valore venale così palesemente esiguo, da fare emergere una insuperabile discrasia fra conformità al tipo astrattamente previsto dal legislatore come reato, ed idoneità della condotta ad offendere il bene giuridico protetto: in altri termini il fatto, pur tipico, risulta privo di attitudine a ledere (ovviamente in una dimensione significativa) l'interesse a tutela del quale il legislatore ha previsto una fattispecie di reato, e ciò giustifica una pronuncia liberatoria per insussistenza del fatto. Nel nostro sistema penale c'è, infatti, spazio per una concezione dell'illecito penale che contrappone una antigiuridicità formale, risultante dal rapporto tra il fatto concreto e lo schema normativo astratto, ad una antigiuridicità materiale, alla cui stregua occorre che il fatto conforme al tipo descrittivo sia altresì idoneo a ledere l'interesse a tutelare il quale la norma penale incriminatrice è stata predisposta. Il dato normativo che consente di dare rilievo penale a questa discrasia è rappresentato dall'art. 49 comma 2 c.p., che lungi dal rappresentare l'interfaccia negativo dell'art. 56 c.p. stabilisce che un fatto tipico privo di significatività sul terreno della offesa dell'interesse protetto non costituisce reato per mancanza di un presupposto essenziale della responsabilità penale. Questa interpretazione, già esplicitata nei lavori preparatori e nella relazione ministeriale, in cui si sottolinea ripetutamente che l'art. 49 c.p. enuncia un principio che ha applicazione nei confronti di tutti i reati, e riconosciuta da una diffusa giurisprudenza, trova riscontro testuale nella diversità dei concetti di idoneità degli atti di cui parla l'art. 56 c.p., ancorato ad un giudizio *ex ante*, e di idoneità della azione usato nell'art. 49 comma 2 c.p., che dà invece luogo ad un accertamento *ex post* sull'essersi o meno verificata la offesa dell'interesse tutelato. C'è infatti la possibilità che, anche in presenza di una tecnica legislativa progredita, le infinite modalità del fatto concreto possano renderlo non lesivo

degli interessi tutelati, pur senza intaccarne la conformità al modello legale tipizzato dalla singola norma incriminatrice; in altre parole, attraverso l'art. 49 comma 2 c.p. il legislatore sconta i limiti delle proprie tecniche di previsione. Nei delitti contro il patrimonio, necessariamente ancorati ad una offesa patrimoniale dotata di un minimo di significatività, offese di valore minimale non possono essere considerate rilevanti sul terreno della lesione del bene protetto. Ne scaturisce che nel caso di specie, in cui l'imputato ha sottratto un bene del valore di lire 12.000, anche raffrontando le diverse condizioni dell'agente e del soggetto passivo (il titolare di un importante supermercato), non vi sono margini per sostenere l'esistenza della lesione del bene giuridico del patrimonio protetto dall'art. 624 c.p., per cui l'imputato deve essere assolto perché il fatto non sussiste. Né, si può soggiungere, contro questa interpretazione, con specifico riferimento ai delitti contro il patrimonio, avrebbe senso opporre la esistenza della circostanza attenuante consistente nell'aver agionato, appunto nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, un danno patrimoniale di speciale tenuità, poiché nulla vieta di iniziare a considerare la rilevanza di tale circostanza al di sopra di quella soglia assolutamente marginale di danno che secondo la impostazione prospettata dà luogo a carenza di offesa penalmente rilevante, e pertanto ad insussistenza del reato.

Questa decisione è significativa non soltanto perché segna un punto concreto di riscontro giurisprudenziale alla c.d. concezione realistica del reato, enunciata e sostenuta da una dottrina autorevolissima ed ampiamente condivisa (basti pensare agli scritti di studiosi del livello di Gallo, di Fiore, di Neppi Modona, di Vassalli, e, con specifico riferimento alla prospettiva di natura costituzionale, di Bricola), ma anche perché, sul presupposto che compete al giudice di determinare in concreto i limiti della inoffensività, e quindi della irrilevanza penale del fatto tipico, individua la mancata realizzazione della offesa patrimoniale necessaria a concretare furto punibile nella scarsa significatività della lesione del patrimonio, con corrispondente esclusione del reato nei casi di valore marginale della sottrazione di ricchezza. In questa prospettiva la tesi della necessaria offensività del fatto tipico, e della corrispondente non punibilità del fatto tipico inoffensivo, da posizione importante sul piano teorico, ma priva di grande rilevanza pratica nella determinazione dei limiti della responsabilità penale (le ipotesi di totale assenza di offesa in caso di realizzazione del fatto tipico di un reato non sono infatti sicuramente numerose), diventa strumento prezioso e significativo anche sul terreno pratico per evitare condanne inutili, la maggior parte delle volte inique, di soggetti che, pur avendo dato corpo alla scorza esterna di un illecito penale, non hanno intaccato nella sostanza la sfera di interessi che la norma penale intendeva proteggere.

Interpretare la mancanza di offesa rilevante agli effetti della insussistenza del reato non soltanto come carenza totale di lesività, ma anche come scarsa significatività della lesione cagionata può prestare il fianco alla critica che in questo modo si indebolisce il principio di legalità e di certezza del diritto, rendendo il giudice arbitrio, sia pure in casi limite, della responsabilità penale o della non responsabilità penale dell'agente. Si tratta, in realtà, di una delle accuse rivolte, in generale, dai suoi critici, alla c.d. concezione realistica del reato (fra gli altri, Stella, Mantovani, Romano, Fiandaca-Musco): essa sarebbe, secondo questi studiosi, o inutile, in quanto i casi di totale mancanza di offesa si ridurrebbero a pochi esempi di scuola rinvenibili soprattutto nel settore dei delitti contro la fede pubblica (falso innocuo, falso grossolano), o pericolosa, in quanto forzerebbe appunto il limite della legalità consentendo al giudice di avventurarsi in una sorta di libera applicazione delle fattispecie criminose.

In realtà i pericoli sono assai meno rilevanti di quanto si sostiene. La asserita libera applicazione del diritto riguarderebbe, inverso, fette di reità marginale (i casi, appunto, di lesività minima del fatto, come tale idonea a rappresentare concretamente una offesa socialmente significativa); la (circoscritta) discrezionalità giudiziale opererebbe d'altronde in ogni caso in *favor rei*, e non potrebbe pertanto comunque forzare la garanzia sottesa ai principi di legalità e di certezza del diritto, che, come tutti i principi di garanzia previsti dal sistema penale, trovano il loro limite naturale nella conseguenza di sfavore (basti pensare al divieto di analogia in materia penale, che giustamente la dottrina pressoché unanime circoscrive alla analogia *in malam partem*). Né, si può ulteriormente soggiungere, si tratterebbe meramente di libera interpretazione perché, come ha messo opportunamente in luce la sentenza che si annota, sono comunque consentite soltanto « operazioni interpretative saldamente ancorate al dato normativo, dovendosi trarre dalla norma il bene giuridico dalla

cui lesione dipende la verifica del reato », e dovendo « lo scarto fra conformità al tipo ed offensività essere operata alla stregua di criteri rigorosamente normativi ».

In questa prospettiva la sentenza che si annota mi sembra, come ho già rilevato, meritevole di attenzione sia sul terreno del contenuto della decisione, sia su quello della motivazione giuridica, allo stato attuale della normativa penale l'unica percorribile se si vuole dichiarare non punibili i fatti privi di una offensività significativa. *De iure condendo* il problema della non punibilità dei fatti caratterizzati da una offensività marginale dell'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice potrebbe trovare tuttavia soluzione nella differente prospettiva della irrilevanza penale del fatto.

2. Il problema della irrilevanza penale del fatto come limite generale della sua punibilità merita, a mio avviso, una attenzione maggiore di quella che gli è stata fino ad ora prestata, e soprattutto non può essere immediatamente taciata, come sembra fare una parte degli studiosi, di violazione di principi cardine dell'ordinamento penale italiano quali, a seconda della prospettiva entro cui l'istituto viene presentato, la obbligatorietà della azione penale o il principio di legalità.

L'ipotesi di non punibilità (o di non procedibilità) a causa della irrilevanza del fatto è in realtà già presente nel nostro sistema penale, sia pure entro limiti e prospettive particolari.

Con riferimento alla giustizia minorile, l'art. 27 comma 1 del d.P.R. 22 settembre 1998, n. 448 dispone che « durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore ».

Nel 1998 il Parlamento si è concretamente prospettato la possibilità di estendere l'istituto all'intero settore del diritto penale, ipotizzando di dare rilievo alla irrilevanza del fatto dapprima sotto la veste di una causa di improcedibilità (disegno di legge 4625/C, contenente disposizioni in tema di definizione del contenzioso civile pendente), e successivamente come causa di non punibilità (testo unificato delle proposte di l. n. 411, 4625-bis/C e abbinate: c.d. testo unificato Carotti). Secondo questo secondo testo si è previsto che « 1. Per i reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni ovvero una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando risulta la irrilevanza penale del fatto; 2. L'imputato non è punibile quando rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché le modalità della sua condotta, la sua occasionalità, valutata anche in relazione alla capacità a delinquere del reo, e il grado di colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale; 3. L'irrilevanza penale del fatto può essere dichiarata solo se vi è stata la richiesta del pubblico ministero o dell'imputato. Se è stata esercitata la azione penale l'irrilevanza del fatto può essere dichiarata se l'imputato non si oppone ». Questa normativa è stata tuttavia successivamente stralciata dal testo della legge Carotti a causa delle discussioni e delle perplessità che aveva suscitato.

La legge-delega 24 novembre 1999, n. 468, in materia di competenza del giudice di pace, ha comunque previsto, sia pure soltanto con riferimento ai reati bagatelari assegnati alla competenza penale dei predetti giudici non togati, « la introduzione di un meccanismo di definizione del procedimento nei casi di particolare tenuità del fatto e di occasionalità della condotta », quando l'ulteriore corso del procedimento può pregiudicare le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia, di salute della persona sottoposta ad indagini » (art. 16 comma 1 lettera c). Tale meccanismo è stato introdotto dal decreto legislativo (di attuazione di tale legge) 28 agosto 2000 n. 274, che sotto la etichetta della « esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto » all'art. 34 stabilisce che: « 1. Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato. 2. Nel corso delle indagini preliminari, il giudice dichiara con decreto d'archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. 3. Se è stata esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono ».

Questi testi rispondono alla comune intenzione di liberare il giudizio sulla responsabilità penale nei casi di reità assolutamente marginale da rigidità eccessive, consentendo al pubblico

ministero e/o al giudice di pervenire a soluzioni morbide quando la situazione di fatto legittima posizioni di giustificata rinuncia alla applicazione della pena. Nella loro specifica configurazione, essi sono tuttavia, a mio parere, lontani dal fornire una risposta del tutto convincente al problema del riconoscimento giuridico della scarsa significatività della offesa all'interesse protetto. Non c'è ancora univocità nel prospettare l'istituto sotto la veste processuale della non procedibilità o sotto quella sostanziale della non punibilità. Ma soprattutto essi, lungi dal riconoscere valore esimente alla particolare tenuità in sé del danno o del pericolo prodotto, subordinano la non punibilità (o la non procedibilità) alla concomitanza di ulteriori requisiti, non giudicando sufficientemente rassicurante la semplice marginalità della offesa: fanno così ulteriore riferimento alle modalità della condotta ed alla sua occasionalità, alla capacità a delinquere ed al grado di colpevolezza (disegno di legge Carotti); alla occasionalità della condotta, al grado di colpevolezza, al pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagine (legge sulla competenza penale del giudice di pace); alla occasionalità della condotta, alla circostanza che l'ulteriore corso del procedimento pregiudichi le esigenze educative del minore (legge minorile). Il disegno di legge Carotti, e soprattutto il decreto legislativo di attuazione della legge sul giudice di pace, subordinano d'altronde la applicazione dell'istituto a circostanze ulteriori quali la assenza di un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento, o, se vi è stato esercizio della azione penale, alla assenza di opposizione dell'imputato o della persona offesa.

A mio parere il tema della irrilevanza penale del fatto dovrebbe essere invece affrontato sul terreno esclusivo, o comunque prevalente, della esiguità della offesa cagionata in rapporto all'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice, tutt'al più affiancato a tale requisito quello della occasionalità della condotta, a significare l'esclusione del beneficio nei confronti dei soggetti adusi a commettere il reato di cui trattasi, e per tale ragione autori di una offesa nel suo complesso in ogni caso rilevante.

In questo modo il sistema penale, ancorato, come dovrebbe essere, alla idea di fondo della tutela degli interessi meritevoli di protezione penale, con riferimento al profilo della rilevanza della offesa all'interesse tutelato risulterebbe del tutto lineare: in caso di mancata produzione del danno o del pericolo che la norma penale tendeva a prevenire, il fatto di reato dovrebbe essere considerato insussistente a cagione della carenza di offesa (principio di inoffensività); in caso di scarsa significatività del danno o del pericolo cagionato in relazione al tipo di interesse tutelato dalla norma penale (principio della irrilevanza penale del fatto), l'ordinamento giuridico rinuncerebbe alla applicazione di una sanzione che, a causa della marginalità della offesa, sarebbe ugualmente non ragionevole perseguire alla stregua del principio secondo cui *de minimis non curat praetor*. Come non ha senso considerare come reato fatti che per la loro scarsa rilevanza sociale non meritano di essere inclusi nel sistema penale, allo stesso modo non ha senso punire fatti che, pur astrattamente meritevoli di essere inclusi nell'area del penalmente rilevante, non hanno provocato in concreto danni socialmente significativi.

Le conseguenze di una impostazione lineare di questo tipo sono d'altronde evidenti. L'irrilevanza penale del fatto, intesa nel modo sopra prospettato come scarsa significatività della offesa, dovrebbe essere trattata sul terreno del diritto penale sostanziale. Piuttosto che sotto il profilo di una causa di non punibilità, si potrebbe pensare di considerarla sotto quello della stessa insussistenza del reato, in quanto il fatto tipico non avrebbe raggiunto la soglia minima di offensività ragionevolmente idonea a giustificare la esistenza di un illecito penale. Se pure di fatto la irrilevanza dovrebbe essere di regola rilevata nella fase delle indagini preliminari dallo stesso p.m., e dare pertanto luogo ad una richiesta di archiviazione, dovrebbe essere comunque enunciato il principio generale secondo cui essa potrebbe essere rilevata in ogni stato e grado del processo penale.

3. I progetti organici di riforma del codice penale elaborati fino ad ora hanno avuto difficoltà a prendere in considerazione l'istituto della irrilevanza penale del fatto. Per citare soltanto gli ultimi, non lo ha preso in considerazione il Progetto di legge-delega Pagliaro; non lo ha considerato il Progetto di riforma Rizz; lo ha preso in considerazione soltanto nella elaborazione approvata il 26 maggio 2001 e, dopo ampia discussione, il solo Progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso.

Quest'ultimo, nella versione originaria pubblicata il 12 settembre 2000, enunciato il principio di non offensività, che già era stato previsto come principio costituzionale dalla Commissione Bicamerale (art. 2 comma 2 del Progetto preliminare, che sotto la rubrica «applicazione della legge penale» dispone che «le norme incriminatrici non si applicano ai fatti che non determinano una offesa del bene giuridico»), si era limitato a prevedere l'istituto della irrilevanza del fatto nei confronti dei reati commessi dai minori imputabili, riprendendo le linee della disciplina già presente nell'ordinamento minorile (art. 109 del Progetto, che stabilisce che «viene disposto il non luogo a procedere per irrilevanza del fatto qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: il fatto è di particolare tenuità; il comportamento è stato occasionale; il non luogo a procedere appare coerente con la finalità di cui all'art. 106 comma 2»).

Eppure una parte della Commissione, rimasta allora minoritaria, nel corso dei lavori aveva sostenuto la linea innovativa. Dal Documento di base pubblicato il 15 luglio 1999 (in *Doc. giust.*, 1999, p. 796 s.) si ricava infatti che «altra parte della Commissione, pur non nascondendosi i problemi, ha assunto un atteggiamento di maggiore apertura. Si è rilevato che l'istituto ha funzionato comunque bene in materia minorile. Si è aggiunto che se si considerano le prassi seguite in sede di archiviazione, si constata che di fatto il criterio viene già usato con una certa ampiezza al di fuori da qualunque regolamentazione e da qualunque controllo, per cui una sua disciplina razionale potrebbe risultare positiva sul terreno della legalità. Si è affermato che in fondo l'idea soggiacente al criterio della esiguità della offesa o della tenuità del fatto è quella della esclusione dall'area del penalmente rilevante della fascia di criminalità bagatellare che ben può annidarsi all'interno di fattispecie costruite in termini espressivi di un disvalore quantitativamente molto differenziato (come ad es. i reati patrimoniali, i reati fiscali, nei quali fra l'altro l'utilizzazione di soglie quantitative di punibilità, sia pure tipizzate, costituisce una costante). Si è sostenuto che i dubbi di incostituzionalità costituiscono un falso problema». Piuttosto, avevano osservato i componenti della Commissione non ostili alla introduzione del principio generale di irrilevanza penale del fatto, «occorre riflettere sui limiti entro i quali esso (che, non si dimentichi, è istituito «di favore») può essere utilizzato senza scardinare il sistema della responsabilità penale». Al riguardo sono stati individuati alcuni requisiti: «a) necessità di una rigorosa delimitazione dell'area applicativa dell'istituto attraverso limiti quantitativi di pena; b) per il giudizio concreto di irrilevanza, considerazione primaria degli elementi «interni» al fatto: la particolare tenuità del fatto, scaturente dalla esiguità del danno o del pericolo e dal grado della colpevolezza; c) i requisiti esterni al fatto, quali la occasionalità dello stesso, o la prognosi in ordine alla sua non ripetibilità da parte dell'autore, dovrebbero essere (tutt'al più) costruiti come «limiti negativi» alla dichiarazione della irrilevanza nonostante la sussistenza dei requisiti indicati *sub a)* e *sub b)*».

Poiché nel corso del dibattito seguito alla pubblicazione del testo 12 settembre 2000 vi sono stati numerosi interventi favorevoli alla introduzione del principio di irrilevanza penale del fatto, la Commissione, sia pure a maggioranza, e dopo ampia discussione, ha modificato la sua posizione originaria. Nell'art. 74 del nuovo articolato 26 maggio 2001, nel capitolo dedicato alla commisurazione della pena ha previsto una situazione generale di «non punibilità per particolare tenuità del fatto», stabilendo che «il fatto non è punibile quando ricorrono le seguenti condizioni: a) il fatto è di particolare tenuità per la minima entità del danno o del pericolo nonché per la minima colpevolezza dell'agente; b) il comportamento è stato occasionale; c) non sussistono esigenze di prevenzione generale e speciale tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato. 2. Il presente articolo si applica ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a due anni».

In questo modo si è fatto, sia pure ancora a livello di mero progetto, un notevole passo avanti. Personalmente ritengo che il problema meriti tuttavia una riflessione ulteriore, e che, come ho sostenuto nel precedente paragrafo, il principio di non punibilità per scarsa significatività della offesa debba trovare una sua rilevanza in sé, come causa di irresponsabilità penale a fianco del principio di totale inoffensività. Si concorrerebbe così a risolvere legislativamente un problema che, nonostante la esistenza di una giurisprudenza del tipo di quella nella quale si inserisce (con rigore argomentativo e ricchezza di documentazione) la sentenza che si annota, trova ancora resistenza nella prassi giudiziaria, e vede divisa, come ho rilevato, la dottrina.

CARLO FEDERICO GROSSO
Ordinario di diritto penale nella Università di Torino

facoltà è espressamente riconosciuta ai soli elettori iscritti nel seggio stesso, verso cui si indirizza anche l'art. 66 d.P.R. cit. individuandoli quali soggetti eventualmente interpellabili – se presenti –, riguardo il possesso dei requisiti di eleggibilità dei candidati. Ne consegue che l'invocata causa di giustificazione non è assolutamente configurabile in quanto, pur non potendosi disconoscere un generale diritto degli imputati a contestare le valutazioni operate in sede di scrutinio, sono, nello specifico le modalità di avvenuta estrinsecazione di quel diritto a non essere a loro volta, contemplate. Così ragionando, i Giudici di legittimità hanno riaffermato un concetto assolutamente pacifico in dottrina e giurisprudenza in base al quale, ai fini della configurabilità della scriminante, è sempre richiesto che l'attività posta in essere costituisca una corretta estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto in questione poiché – in caso contrario – si finirebbe col superare i confini dell'esercizio lecito e si configurerebbero ipotesi di abuso, con possibile travalicamento nella lesione di altri interessi tutelati dall'ordinamento⁽¹⁰⁾.

Sempre in tema di scriminante, nel ricorso si è cercato di accreditare un possibile esercizio del diritto nella forma putativa. Prospettazione condivisibilmente disattesa dalla Corte. Ed invero, anche con riferimento ai margini di applicabilità dell'art. 59, comma 4, c.p., la giurisprudenza è assolutamente pacifica nel ritenere che l'erronea supposizione circa l'esistenza di una causa di giustificazione non possa avere effetto scriminante nel caso in cui l'errore attenga all'esistenza o all'efficacia obbligatoria di una norma giuridica. In tale ipotesi l'errore dell'agente finirebbe col risolversi in ignoranza della legge penale che, come noto, in base all'art. 5 c.p. non è scusabile⁽¹¹⁾.

La coll. Prof. Aldo Fazio

⁽¹⁰⁾ Sez. III, 8 maggio 1996, Saccocci, in C.E.D., occupazione dei binari ferroviari da parte di manifestanti, n. 20551; Sez. VI, 27 novembre 1998, Manganelli, ivi, n. 214755, per un caso in cui proprio con riferimento all'art. 340 c.p. è stata esclusa la scriminante ex art. 51 c.p., a seguito dell'avvenuta n. 104642.

⁽¹¹⁾ Sez. V, 1° ottobre 2008, Febraro, in C.E.D., Cass., n. 241954; Sez. IV, 25 febbraio 1967, Carlesi, ivi, n. 104642.

| **1176** L'INDEBITO USO DEL TELEFONO DELLA P.A. – CONDIZIONI PER LA CONFIGURABILITÀ DEL PECULATO

SEZ. VI - Ud. 8 GENNAIO 2010 (DER 3 FEBBRAIO 2010), N. 4665 - PRES. LATTANZI - REL. SERPICO - PM. MARTUSCIELLO (CONCL. DIFE) - SORRENTI

PECULATO - Indebito uso del telefono d'ufficio - Peculato ordinario e non peculato d'uso - Configurabilità - Condizioni.
(C.P. ART. 314)

Perché possa sussistere il peculato ordinario integrato dalla appropriazione da parte dell'agente, senza possibilità di immediata restituzione di energie costituite da impulsi elettronici entrati a far parte del patrimonio della p.a., il che esclude la figura del peculato d'uso, è necessario che possa riconoscersi un apprezzabile valore economico agli impulsi utilizzati per ogni singola telefonata, ovvero anche all'insieme di più telefonate quando queste siano talmente ravvicinate nel tempo da potersi considerare come costituenti un'unica condotta.

[Massima redazionale]

OSSERVA - Sull'appello proposto da Sorrenti Aldo, Fazzalari Nicola, Borgese Domenico, Sorace Francesco ed Oliva Vincenzo avverso la sentenza del Tribunale di Palmi in data 31 gennaio 2005 che li aveva dichiarati colpevoli del reato di peculato continuato ex artt. 81 e 314 c.p., per avere, nella qualità di incaricati di un pubblico servizio quali dipendenti della ASL 10 di Palmi come autisti di ambulanza o infermieri di tale struttura sanitaria, effettuato numerose telefonate, anche internazionali, mercé l'uso di utenze telefoniche mobili di cui avevano il possesso o la disponibilità per ragioni del loro servizio e, previa concessione a tutti delle attenuanti generiche e della diminuzione di cui all'art. 323-bis c.p., unificati i fatti in continuazione aveva condannato ciascuno dei predetti imputati alla pena di anni due di reclusione, condizionalmente sospesa, nonché al risarcimento danni e spese in favore della ASL 10 di Palmi, costituitasi parte civile, la Corte di appello di Reggio Calabria, con sentenza in data 3 febbraio 2009, in parziale riforma del giudizio di primo grado, riduceva la pena inflitta a Fazzalari, Borgese, Sorace ed Oliva, ad anni uno e mesi quattro di reclusione, confermando nel resto, con condanna del Sorrenti alle ulteriori spese processuali.

Avverso detta sentenza i predetti imputati hanno proposto ricorso per cassazione, deducendo, a rispettivi motivi di gravame, sostanzialmente ed in sintesi:

(Omissis)

Quanto alla posizione di Borgese, Sorace ed Oliva, è assorbente, agli effetti della configurabilità del reato contestato ed in accoglimento del comune motivo di ricorso *sub 1*), la valutazione di quanto risulta dalla stessa imputazione in ordine alla durata dei fatti a ciascuno attribuiti ed al numero degli scatti del cellulare a ciascuno riferibile nell'arco temporale contestato.

A prescindere, infatti, dall'invocata eccezionalità delle telefonate effettuate, non sembrando affatto comprovatamente riscontrabile tale carattere di assorbente necessità, nonché dal rapporto parentelare o meno dei destinatari di tali chiamate rispetto ai chiamanti, opera in via addirittura assorbente, rispetto al punto di qualificazione soggettiva, oggetto del vaglio della posizione del Sorrenti, una circostanza determinante.

Perché possa sussistere il peculato ordinario integrato dalla appropriazione da parte dell'agente, senza possibilità di immediata restituzione di energie costituite da impulsi elettronici entrati a

far parte del patrimonio della p.a., il che esclude la figura del peculato d'uso, è necessario che possa riconoscersi un apprezzabile valore economico agli impulsi utilizzati per ogni singola telefonata, ovvero anche all'insieme di più telefonate quando queste siano talmente ravvicinate nel tempo da potersi considerare come costituenti un'unica condotta. Ciò posto, avuto riguardo all'arco temporale in cui la condotta contestata ai ricorrenti anzidetti (ed allo stesso Fazzalari) si è realizzata ed ai modesti effetti di questa per ciascuno dei predetti imputati a livello di valore economico rapportato agli scatti complessivamente attribuiti a ciascuno dei predetti, è dato cogliere, anche in rapporto a cognizioni di comune esperienza ed in punto di logica, la modestia della quantità e frequenza nell'arco di tempo contestato dell'appropriazione attribuita ai ricorrenti anzidetti, le cui condotte, in siffatta chiave di lettura, non possono costituire il reato contestato, bensì oggetto di addebito disciplinare d.m. funzione pubblica 31 marzo 1994, ex art. 10 sul codice di comportamento dei dipendenti.

A prescindere dai termini del ricorso riferibile al Fazzalari, la posizione di costui va parificata a quella degli altri computati per l'effetto estensivo di quanto è stato innanzi ritenuto per le posizioni di Borgese, Sorace ed Oliva, non trascurando di segnalare che il Fazzalari è quello a cui è stato attribuito il numero di scatti più ridotto, peraltro nello arco di tempo di oltre due anni (dal 21 gennaio 1992 al 15 febbraio 1994 n.d.r. cfr. fol. 5 sentenza impugnata).

Alla stregua delle considerazioni che precedono, s'impone l'annullamento senza rinvio dell'impugnata sentenza nei confronti di Fazzalari, Borgese, Sorace ed Oliva perché il fatto non sussiste, in conformità, peraltro, al principio già tracciato da questa Corte (cfr. Sez. VI pen., 9 maggio 2006, n. 25273, Montana).

INDEBITO UTILIZZO DELL'UTENZA TELEFONICA D'UFFICIO. NOTE IN TEMA DI PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ DEL REATO E DELITTO DI PECULATO

suprema Corte affronta il problema dell'impropria utilizzazione telefonica dell'ufficio da parte del pubblico ufficiale e con una condivisibile pronuncia orientata al rispetto del principio di offensività del reato e di un reato penale che non ammette la punibilità di condotte inoffensive al bene giuridico tutelato penalmente la norma incriminatrice, ne esclude la punibilità della condotta di peculato.

marzio: 1. Considerazioni introduttive. — 2. Il delitto di peculato e il bene giuridico tutelato. — 3. Utilizzazione indebita dell'utenza telefonica dell'ufficio: quale l'oggetto della condotta punibile. — 4. Il problema di configurabilità del peculato rispetto all'interpretazione del principio di offensività del reato: principio di offensività del reato e delitto di peculato. — 5. Alcune conclusioni.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Conformandosi ad un orientamento del tutto prevalente nella giurisprudenza della suprema Corte, la sentenza annotata ribadisce ancora una volta che l'impropria utilizzazione telefonica dell'ufficio, ove sia penalmente rilevante, integra il reato di peculato. In ossequio ad una concezione rigorista la Corte riconduce il caso di specie alla sfera di applicazione del peculato ordinario, ma nega la configurabilità della condotta in base alla fondamentale considerazione che il peculato presuppone un apprezzabile valore economico agli impulsi utilizzati per ogni singola telefonata ovvero

anche all'insieme di più telefonate quando queste siano talmente ravvicinate nel tempo da potersi considerare come costituenti un'unica condotta. La pronuncia in esame pone, tra gli altri tre distinti problemi: il primo concerne l'esatta individuazione del bene giuridico tutelato, il secondo l'esatta ricostruzione dell'oggetto materiale della condotta e il terzo concerne la configurabilità del principio di offensività del reato rispetto alle condotte appropriate avente ad oggetto cose prive di significativo valore economico.

2. IL DELITTO DI PECULATO E IL BENE GIURIDICO TUTELATO

L'art. 314 c.p. tipizza dopo la legge di riforma n. 86 del 26 aprile 1990 due distinte fattispecie di peculato, rispettivamente previste al primo e secondo comma. Nella prima ipotesi di reato, cui il legislatore riconnette un trattamento punitivo più rigoroso, la condotta incriminata consiste nell'"appropriazione" da parte indifferente del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, del denaro o di altre cose mobili altrui possedute per ragioni del suo ufficio o servizio. La seconda ipotesi di reato, sanzionata meno gravemente, poi il delitto di peculato d'uso che incrimina l'utilizzo momentaneo, dei beni della pubblica amministrazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio⁽¹⁾. Ora, il posizionamento della norma incriminatrice collocata tra i delitti contro la pubblica amministrazione⁽²⁾ pare permettere ad un primo esame, di identificare una duplice esigenza di tutela del bene giuridico: quello della tutela dell'interesse statale della "funzionalità operativa" della pubblica amministrazione, sotto i molteplici profili della legalità, efficienza, probità e dell'imparzialità e quello ulteriore della protezione dei beni patrimoniali nella disponibilità

(1) Sul delitto di peculato v. ANTONELLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Giuffrè, 2003, p. 295 ss.; BARTOLO, *"Appropriazione" e "distrazione" nel delitto di peculato*, in AA.VV. *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Coppi, Giappichelli, 1993; CURELLI, *I delitti di peculato*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, a cura di Fiore, Utet, 2004, p. 41 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Zanichelli, 2001, p. 234 ss.; GAMBARDIELLA, *Peculato*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Lattanzi-Lupo, vol. VI, tomo II, Giuffrè, 2000, p. 1 ss.; NUNZIATA, *La fattispecie peculativa. Studi di diritto penale*, Loffredo, 2006; PALAZZO-TARQUINI, voce *Peculato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, 1990; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000; PAGLIARO, *Studi sul peculato*, Priulla, 1964; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *I delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, 2002; STORRONI, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.: profili generali e spunti problematici*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, 1945-1990, a cura di Bassiouni-Latagliata-

Sale, Giuffrè, 1991, p. 519 ss.; VASSALLI, *Delitto di peculato e illecito amministrativo* - *Atti del Convegno dell'ISLE*, in *Scritti Giuridici*, Giuffrè, 1997, p. 340; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Cedam, 2008, p. 331 ss.

(2) Sui delitti contro la p.a. v. A.M. STILE, voce *Amministrazione pubblica (delitti contro la)*, in *Dig. d. pen.*, vol. I, Utet, 1987; A.M. STILE, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Jovene, 1987; AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da Padovani, Utet, 1996; AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Coppi, Giappichelli, 1993; SAGGERO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1999; SEVERINO, voce *Pubblica amministrazione (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, 1991; GROSSO C.F., *I nuovi delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.: indebolimento o rafforzamento della tutela penale?*, in *questa rivista*, 1991, p. 1298; IANSCOLA, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Giappichelli, 1992; STORRONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, 1998.

dei pubblici funzionari senza alcuna distinzione, dopo l'entrata in vigore sulla legge di riforma del delitto, tra beni di proprietà dei privati e beni della pubblica amministrazione. Il reato si sostiene, ha carattere plurioffensivo⁽⁵⁾; si discute però se vi sia la prevalenza di un interesse sull'altro, e su quale dovrebbe considerarsi primario di tutela. Ma, ove si tiene conto dell'incentrarsi della fattispecie incriminatrice sul momento appropriativo delle pubbliche risorse, la dimensione lesiva del peculato va identificata soprattutto in termini di offesa ad un interesse patrimoniale della pubblica amministrazione⁽⁶⁾. Esso è, come è stato correttamente osservato da Vassalli, un delitto contro il patrimonio della p.a.⁽⁷⁾

3. UTILIZZAZIONE INDEBITA DELL'UTENZA TELEFONICA DELL'UFFICIO: QUALE L'OGGETTO DELLA CONDOTTA PUNIBILE

L'annotata sentenza affronta alcuna delle più rilevanti tematiche relative al delitto di peculato dando anche conto delle molteplici ricadute sul piano pratico. Una infatti delle questioni più dibattute tra quelle scaturite dalla lettura dell'art. 314 c.p. attiene l'esatta qualificazione giuridica del fatto-reato nel caso di indebito uso dell'utenza telefonica d'ufficio da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico ufficio, ovvero se – nella specie – è configurabile il delitto di peculato ordinario o di quello diverso e meno grave di peculato d'uso. Non sempre sul punto le pronunce dei Giudici di legittimità sono pervenute a soluzioni supportate da identiche ragioni, risultando anzi le motivazioni spesso incentrate su presupposti giuridici tra di loro non di rado contrastanti. Così secondo un orientamento della suprema Corte e di una parte della dottrina⁽⁸⁾ il comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che utilizzi il telefono dell'ufficio affidato alla sua disponibilità per uso personale va ricondotto nella sfera del delitto di peculato d'uso. Il carattere momentaneo di detto uso e la restituzione immediata caratterizzano appunto la figura criminosa in questione rispetto a quella più grave di cui al comma 1 della medesima norma di legge⁽⁹⁾. Con tale condotta si sostiene⁽¹⁰⁾ il reo realizza una interversione del possesso dell'apparecchio telefonico, affidatogli esclusivamente per ragioni d'ufficio, per uso privato di breve durata: diversamente va detto l'utilizzo improprio del telefono prolungato nel tempo, configurerebbe l'ipotesi del primo comma dell'art. 314 c.p. Ma è da rilevare che per sostenere l'ipotesi del peculato d'uso è necessario che l'oggetto della condotta di appropriazione debba essere ricercato nelle cose di specie,

materiali e non su cose di quantità⁽¹¹⁾. Così non potendo affermare che telefonando indebitamente il pubblico dipendente si appropri momentaneamente di un pubblico servizio in quanto bene astratto i Giudici di legittimità, per applicare la figura del peculato d'uso, hanno individuato un bene materiale: il telefono che per la sua natura di strumento materiale attraverso il quale il pubblico dipendente si appropri del servizio telefonico, è suscettibile di appropriazione momentanea e di successiva restituzione⁽¹²⁾. In questo senso, si spiega facilmente come questa giurisprudenza abbia così escluso l'applicabilità del comma 1 dell'art. 314 c.p. riconducendo la condotta offensiva dell'impropria utilizzazione del telefono pubblico a quella ipotesi meno grave di peculato.

Ed inverso secondo l'altro più recente e condivisibile orientamento della Corte⁽¹³⁾ è da ritenere che l'indebito uso della utenza telefonica della p.a. per scopi personali deve essere inquadrato nella diversa figura del peculato ordinario. In questo solco interpretativo, oggi quasi costante, si inserisce la su riprodotta sentenza. Secondo tale orientamento la condotta di appropriazione (fatto lesivo) non va più ravvisata nel telefono inteso come oggetto fisico di appropriazione ma nelle energie occorrenti per la conversazione ed essendo queste ultime infungibili ecco allora la definitiva ed impossibile restituzione dell'utenza telefonica indebitamente utilizzata. Il servizio telefonico, va ricordato, è una entità immateriale e quindi insuscettibile di appropriazione. Cioché per pervenire a qualificare il fatto-reato come peculato ordinario ed individuare il reale oggetto della condotta, la Corte già nelle sue prime pronunce⁽¹⁴⁾ ha fatto riferimento al contenuto dell'art. 624, comma 2, c.p. equiparando alle cose mobili anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico. Ed è proprio il valore economico della "cosa" nel più grave delitto di peculato che ha rilievo nel caso in esame, ai fini della configurabilità dell'elemento materiale. Intanto, non appare superfluo avvertire che di recente si è sostenuto che l'indebito uso del telefono va ricondotto nella fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio prevista dall'art. 323 c.p. Ma come si arriva a questa soluzione?

Fondamentale in tale concezione dottrinale è che l'oggetto materiale della condotta sia rappresentato nella specie dal telefono come strumento di utilizzazione dell'utenza telefonica d'ufficio, e siccome tale apparecchio rimane sempre nella disponibilità della pubblica amministrazione di appartenenza, la condotta di indebita utilizzazione da parte del pubblico funzionario dell'utenza telefonica intestata all'amministrazione per l'effettuazione di conversazioni personali non integra in realtà né gli estremi del peculato ordinario né quelli del peculato d'uso. In tale ipotesi, viene nega-

⁽⁵⁾ In dottrina, PAGLIARO, *Diritto penale*, cit., p. 35.

⁽⁶⁾ ANTONELLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 295 ss.; SEGRETO-DE LUCA, *I delitti*, cit., p. 85 ss.; PALAZZO, cit., p. 9 ss. In giurisprudenza, Sez. VI, 10 giugno 2009, Ferolla, in *questa rivista*, 1995, p. 285; Sez. VI, 24 marzo 2005, n. 13064, La Rosa, ivi, 2006, I, p. 98.

⁽⁷⁾ VASSALLI, *Delitto di peculato*, cit., p. 185; VASSALLI, *Delitto di peculato*, cit., p. 340; BENUSI, *I delitti contro la p.a.*, vol. I, Cedam, 2001, p. 175 ss.; in giurisprudenza, Sez. VI, 19 settembre 2000, n. 10797, Mazzitelli, in *questa rivista*, 2001, p. 2381.

⁽⁸⁾ Sez. VI, 24 giugno 1997, n. 7364, Guida, in *questa rivista*, 1999, p. 527.

⁽⁹⁾ In dottrina, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Giuffrè, 2000, p. 36 ss.; SROKRONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, 1998, p. 101 ss. In giurisprudenza, Sez. VI, 14 marzo 1995, n. 4195, Greco, in *questa rivista*, 1996, p. 1443; Sez. VI, 3 maggio 1996, Galdi, ivi, 1997, p. 2717.

⁽¹⁰⁾ PECCOLI, *Qualificazione e limiti di rilevanza penale dell'utilizzazione per fini privati del telefono d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 478.

⁽¹¹⁾ Sez. VI, 23 ottobre 2000, n. 3879, Di Maggio, in *questa rivista*, 2001, p. 2383; Sez. VI, 14 novembre 2001, n. 3833, Chirico, ivi, 2002, p. 3664; Sez. VI, 15 gennaio 2003, n. 7772, Russo, in *Riv. pen.*, 2003, p. 1005; Sez. VI, 22 febbraio 2006, n. 9077, S., in *Guida dir.*, 2006, n. 24, p. 96; Sez. VI, 26 febbraio 2007, n. 21335, Maggiore, in *Riv. pen.*, 2008, p. 203.

⁽¹²⁾ Sez. VI, 14 novembre 2001, n. 3833, Chirico, in *questa rivista*, 2002, p. 3664. In dottrina, FIANDACA-MUSCO, cit., p. 189, MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Cedam, 1989, p. 21 ss.

⁽¹³⁾ Sez. VI, 14 novembre 2001, n. 3833, Chirico, in *questa rivista*, 2002, p. 3664. In dottrina, FIANDACA-MUSCO, cit., p. 189, MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Cedam, 1989, p. 21 ss.

⁽¹⁴⁾ Sez. VI, 14 novembre 2001, n. 3833, Chirico, in *questa rivista*, 2002, p. 3664. In dottrina, FIANDACA-MUSCO, cit., p. 189, MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Cedam, 1989, p. 21 ss.

ta la stessa configurabilità di una condotta di appropriazione stante il mancato perfezionamento "negativo" della stessa, consistente come noto nell'esclusione totale (definitiva nel peculato comune, temporanea nel peculato d'uso) del proprietario dal rapporto con la cosa⁽¹³⁾. In accordo con questa impostazione, quella cioè di ravvisare nella condotta in esame la fattispecie di abuso d'ufficio, una parte della giurisprudenza è arrivata a ritenere che l'appropriazione a proprio profitto e per finalità diverse da quelle d'ufficio di un bene di esiguo valore economico rientra nella sfera pubblica non può integrare la fattispecie del peculato. Ma, considerato che beni di consistenza (materiali di consumo energia elettrica per il funzionamento delle macchine d'ufficio) possono essere utilizzati per finalità diverse da quelle d'ufficio, e cioè in violazione di legge, e nel vantaggio economico consistente nella percezione di un compenso da parte di privati, ecco allora la sussistenza in quella condotta del reato di abuso d'ufficio prevista dall'art. 323 c.p.⁽¹⁴⁾.

4. IL PROBLEMA DELLA CONFIGURABILITÀ DEL PECULATO RISPETTO ALL'INTERPRETAZIONE DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ DEL REATO: PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ DEL REATO E DELITO DI PECULATO

Più delicato si presenta invece il tema che riguarda l'idoneità della condotta nel reato di peculato. Il tema è ricco di spunti e appare quanto mai problematico. Il requisito della idoneità della condotta in relazione al principio di offensività del reato (*nullum crimen sine iniuria*)⁽¹⁵⁾ è stato considerato soprattutto sotto il profilo del bene giuridico

⁽¹³⁾ GUD. Il delitto di peculato, Giuffrè, 2007, p. 223.

⁽¹⁴⁾ Sez. VI, 14 novembre 2001, n. 1905, Manzo in C.E.D. Cass., n. 220430.

⁽¹⁵⁾ Sulla concezione realistica del reato v. BRICOLA, Teoria generale del reato, in Nss. d.L., vol. XIX, 1973, p. 72 ss.; DELITALA, Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco, Giuffrè, 1927; FIORE, Il reato impossibile, Jovene, 1959, p. 3; DELITALA, L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico, in Foro pen., 1963, p. 246 ss.; M. GALLO, voce Dolo (Dir. pen.), in Enc. dir., vol. XIII, p. 786 ss.; MANFROTANI, Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Scritti in onore di C. Mortati, vol. IV, Giuffrè, 1977, p. 449; MALINVERNI, L'offesa nella teoria generale del reato. Un metodo di interpretazione, in AA.VV. a cura di M.C. BASSIQUINI-A.R. LATAGLIATA-A.M. STILE, Studi in onore di Giuliano Vassalli - Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990, vol. I, Giuffrè, 1991, p. 146; NERFI MONONA, Cenni sull'accertamento dell'idoneità dell'azione ex art. 49 cod. pen., in Riv. it., 1963, p. 948 ss.; NERFI MONONA, Il lungo cammino del principio di offensività, in Studi in onore a Marcello Gallo, Scritti degli allievi, Giappichelli, 2004, p. 89 ss.; SENSICALCO, La struttura del delitto tenuto, Giuffrè, 1959; VANNINI, Il reato impossibile, in Arch. pen., 1949, I, p. 363 ss.; VASSALLI, Considerazioni

co tutelato⁽¹⁶⁾. Si pone invero il problema se una condotta di peculato relativa a beni di modesta entità economica possa ritenersi punibile e se quella condotta richieda necessariamente la lesione di entrambi i beni giuridici protetti o solo uno di essi. Un'interpretazione rigorosamente obiettiva dell'art. 314 c.p. dovrebbe portare l'interprete verso una soluzione affermativa. Ma così non è.

La dottrina ha in più riprese sottolineato di privilegiare sotto l'aspetto dell'entità economica interpretazioni più conformi al principio di offensività ritenendo che non sussiste il delitto di peculato quando la "cosa" di cui l'agente pubblico si sia appropriato non abbia un apprezzabile valore economico. Si è così chiaramente sostenuto che alla totale mancanza di valore deve essere equiparato il valore talmente esiguo, da essere identico al valore nullo, rispetto alla norma penale⁽¹⁷⁾; la cosa deve possedere un valore economico o almeno economicamente valutabile, in mancanza di valore, o in caso di valore estremamente esiguo, non si ha una cosa nel senso dell'art. 314 c.p.⁽¹⁸⁾, non vi è dunque peculato se il valore è nullo o per l'assimilazione della tenuità alla inoffensività⁽¹⁹⁾. Ed invero che le cose oggetto del reato di peculato debbano possedere un valore, è un'affermazione perfettamente in linea con i principi generali (l'art. 49 c.p. esclude la punibilità dei fatti, astrattamente conformi al «tipo», che risultino, peraltro, concretamente inoffensivi dell'interesse tutelato) e con quello che appare essere l'oggetto specifico della tutela penale apprestata con la punizione del peculato individuato nel patrimonio della p.a.⁽²⁰⁾. Nell'ambito della giurisprudenza assume rilievo la dimensione plurioffensiva che una parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità attribuisce al delitto di peculato. L'attenzione invero va posta al problema che il peculato integrato da un'appropriazione di una somma esigua è risolto in modo differente a seconda del bene giuridico protetto, poiché è pur sempre necessario decidere a quale dei due beni attribuire rilevanza in concreto. Una precisa determinazione dell'oggetto giuridico del reato in esame potrebbe avere pratica importanza ai fini della configurabilità del delitto. Così la giurisprudenza si salda su posizioni differenti. Si considera configurato il reato se si attribuisce al bene protetto natura plurioffensiva, identificando il bene tutelato in quella funzione pubblicistica ed istituzionale della tutela non solo della imparzialità e buon andamento della attività amministrativa della pubblica amministrazione, ma altresì nel patrimonio della stessa amministrazione o di terzi. Secondo tale impostazione anche se non vi è un danno patrimoniale il reato si consuma ugualmente perché vi è la lesione dell'altro bene giuridico, quello del buon andamento della pubblica amministrazione. È infatti stato sen-

Sulla costituzionalizzazione del principio di offensività, v. VASSALLI, Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale - Una rassegna, in Corte costituzionale e processo costituzionale nella esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantenario anniversario, a cura di Pace, Giuffrè, 2006, p. 1093 ss.; v. inoltre V. ZAGREBELSKY, Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti tra tassatività del fatto tipico e lesività, in Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma, a cura di Vassalli, Giuffrè, 1982.

⁽¹⁶⁾ Sul problema del bene giuridico, v. A.M. STILE, Bene giuridico e riforma della parte speciale, Jovene 1985.

⁽¹⁷⁾ PAGLIARO-PARODI, GRUSINO, Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la p.a., vol. I, Giuffrè, 2008.

⁽¹⁸⁾ FIANDACA, Note sul principio, cit., p. 189.

⁽¹⁹⁾ Per questa tesi v. VINCIGUERRA, Diritto penale, cit. II, 2006, p. 2077.

⁽²⁰⁾ AMATO, La Cassazione conferma l'orientamento che assolve le appropriazioni irrisorie, in Guida dir., 2005, n. 20, p. 67.

tenziato che «la natura plurioffensiva del reato di peculato implica che l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del reato, atteso che rimane pur sempre lesa dalla condotta dell'agente l'altro interesse, diverso da quello patrimoniale, protetto dalla norma, cioè quello del buon andamento della p.a.»⁽²¹⁾.

Altre volte la giurisprudenza è pervenuta a soluzioni opposte e, per considerare irrilevante ai fini della configurabilità del delitto di peculato l'ammontare ad esempio della somma oggetto di appropriazione, ha avvalorato la natura monoffensiva del reato, e concependo la norma del delitto in esame come posta a tutela del patrimonio della pubblica amministrazione, ne ha escluso quella configurabilità. Seguendo questa impostazione il delitto può considerarsi consumato solo se sussiste contemporaneamente una lesione dei beni giuridici tutelati. L'affermazione sembra essere costante. Si è difatti affermato che «il carattere plurioffensivo del peculato posto a tutela, oltre che del patrimonio, anche della legalità, dell'efficienza, della probità e della imparzialità della pubblica amministrazione non vale a rendere irrilevante il valore e/o l'utilità economicamente apprezzabile o comunque sfruttabile a fini patrimoniali della cosa sottratta»⁽²²⁾ e che «l'oggetto giuridico del delitto di peculato si identifica con la tutela del patrimonio della p.a. da quanti sottraggano o pongano a profitto proprio o di altri denaro o cose mobili, rientranti nella sfera pubblica, di cui sono in possesso per ragione del loro ufficio o servizio. La norma penale presuppone, quindi, che le cose oggetto di peculato possiedano un valore economico, per cui il reato non sussiste se le stesse ne siano prive o ne abbiano uno talmente esiguo che l'azione compiuta non configuri lesione alcuna dell'integrità patrimoniale della p.a.»⁽²³⁾. Più specificatamente per il tema che ci occupa, nel panorama dei frequenti contrasti giurisprudenziali deve inquadrarsi l'insegnamento della sentenza annotata che ha avuto modo di ribadire alcune considerazioni presenti nella giurisprudenza di legittimità evidenziando l'importanza del criterio assessorio della modesta entità del valore economico del bene di cui il pubblico ufficiale, o l'incaricato del pubblico servizio, si sarebbe appropriato per effettuare le telefonate per uso privato. Una impostazione questa che, proprio nel rispetto del principio di offensività del reato, nega la sussistenza del delitto di peculato quando oggetto ne siano cose prive di valore o aventi un valore talmente esiguo che l'azione compiuta non configura lesione alcuna

⁽²¹⁾ Sez. VI, 2 marzo 1999, n. 4328, Abate, in *questa rivista*, 2001, p. 66; Sez. VI, 4 ottobre 2004, n. 2963, Aiello, in *C.E.D. Cass.*, n. 231031 (fattispecie in tema di utilizzo di telefono d'ufficio per comunicazioni private).

⁽²²⁾ Sez. VI, 24 marzo 2005, n. 13064, La Rosa, in *questa rivista*, 2006, p. 98.

⁽²³⁾ Sez. VI, 19 settembre 2000, n. 10797, Mazzitelli, in *questa rivista*, 2001, p. 2381. (nel caso di specie la Corte ha accolto il ricorso dell'imputato che, in sede di merito, era stato ritenuto responsabile di essersi appropriato di tre bossoli provenienti da cartucce della p.a., esplose nel corso delle prescritte esercitazioni di tiro delle forze di polizia); Sez. VI, 22 marzo 2001, n. 21867, Iola, ivi, 2002, p. 605 (in applicazione

di tale principio, la Corte ha escluso la configurabilità del peculato in ipotesi di utilizzazione del modello del peculato per i libretti di idoneità sanitaria, al fine di commettere il delitto di falsità materiale in atto pubblico); Sez. VI, 11 novembre 2004, n. 47193, Battaglia, ivi, 2006, p. 1818 (in applicazione di tale principio, la Corte ha escluso la configurabilità del peculato nella condotta dell'agente della polizia di Stato che, nell'esplosione senza necessità un colpo dalla pistola di ordinanza, aveva utilizzato una cartuccia in dotazione); Sez. VI, 1° febbraio 2005, n. 9216, Triolo, ivi, 2006, p. 3255 (fattispecie in cui un dipendente comunale addetto alla vigilanza era stato visto, in un'unica occasione, utilizzare l'autovettura di servizio per il trasporto di familiari).

all'integrità patrimoniale del soggetto passivo. La Corte, questa volta, nel ritenere direttamente tutelabile il bene giuridico del patrimonio della pubblica amministrazione, si attesta su una posizione di rigore affermando la riconducibilità della condotta alla fattispecie di peculato ordinario. Così, una volta ricondotta la fattispecie al peculato ordinario, per i giudici di legittimità, non può che avere importanza la pluralità delle condotte attraverso le quali si è realizzata l'appropriazione e se essa, avuto riguardo alla ripetitività ravvicinata dei singoli episodi, sia tale da essere considerata frutto di una unitaria e pressoché contestuale condotta di sottrazione e non invece una reiterazione di condotte per le quali vanno di volta in volta considerati i singoli prelievi di impulsi elettronici e verificato se ciascun atto di appropriazione si caratterizzi per un valore economico sufficiente per la sussistenza del delitto. Nella specie, l'irrilevanza del danno al patrimonio rende quella condotta inoffensiva e il fatto sarà suscettibile solo di sanzioni disciplinari ex art. 10 codice comportamento dei dipendenti pubblici.

5. ALCUNE CONCLUSIONI

Per concludere, può ben dirsi che i problemi posti dal principio di offensività anche in tema di peculato sono sempre vivi. Essi sono anche problemi primari per la eventuale riforma del codice penale. In questo lungo cammino della riforma del codice non c'è nulla di travolgente, bensì una messa a punto di concezioni oramai maturate da decenni di studio dalla dottrina certamente oggetto possibile di ulteriori studi o di scelte più maturate⁽²⁴⁾. È forte la necessità di inserire nel codice penale una clausola generale che sancisca espressamente il principio di offensività del reato e ricostruire la parte speciale in tema di offensività, certo, con la consapevolezza delle difficoltà di tipizzazione delle "offese"⁽²⁵⁾. C'è molta confusione sotto il cielo e ogni dimenticanza o rinvio della parte speciale non può non produrre nuovi guai o costringere sperimentazioni di scarsa utilità⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come, e quando*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 10; v. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 15; VASSALLI, *Il progetto di codice penale nella Commissione Nordio*, in *questa rivista*, 2005, p. 244; A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Jovene, 2003.

⁽²⁵⁾ MANTOVANI, *Il principio di offensività nel disegno nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 313; v. NEPPI MODONA, *La riforma della parte generale del*

codice penale, il principio di lesività ed i rapporti con la parte speciale, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di Vassalli, Giuffrè, 1982.

⁽²⁶⁾ VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come, e quando*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 10; VASSALLI, *Diritto penale e Giurisprudenza Costituzionale*, ivi, 2008, p. 11 ss.; VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi in onore di Ugo Proletti*, Giuffrè, p. 649, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, 1997, p. 886 ss.



2011 n. 6220 - Pres. Rotella; Rel. Marasca; Pm (conf.) Fodaroni

Sequestro di persona - Oggetto materiale - Neonato - Ravvisabilità - Ragione - Fattispecie. (Cp, articoli 605 e 574)

Il reato di sequestro di persona, quando ne ricorrono tutte le condizioni di legge, è configurabile anche nei confronti di un neonato o, più in generale, di una persona incapace che non sia in grado da sola di manifestare e affermare la propria volontà. Ciò del resto è confermato, per quanto attiene l'infante, dall'aggravante del comma 3 dell'articolo 605 del Cp, introdotta dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, relativa al fatto commesso in danno di un minore, laddove la norma non prevede una soglia minima di età al di sotto della quale l'aggravante non sarebbe ravvisabile. (Nella specie, trattavasi del rapimento di un neonato da un ospedale, relativamente al quale la ricorrente sosteneva che la condotta andasse inquadrata solo nella fattispecie incriminatrice di sottrazione di persona incapace di cui all'articolo 574 del codice penale).

■ Sezione V, sentenza 4 novembre 2010-18 febbraio 2011 n. 6220 - Pres. Rotella; Rel. Marasca; Pm (conf.) Fodaroni

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Esercizio abusivo della professione - Farmacista - Medico che consegni i farmaci ai pazienti - Reato - Sussistenza. (Cp, articolo 348)

Commette il reato di esercizio abusivo della professione di farmacista, il medico che, avendo acquisito quantitativi di farmaci (nella specie, mediante ricette da lui stesso redatte e intestate a terzi), li consegni poi ai propri pazienti, essendo irrilevante lo scopo di lucro o qualsiasi movente di carattere privato o quello di beneficenza e neppure la gratuità della prestazione o l'eventuale consenso del destinatario della prestazione abusiva. Infatti, è indisponibile l'interesse pubblico leso, che vuole che le attività proprie del farmacista (preparazione, con-

trollo, immagazzinamento e distribuzione dei medicinali; diffusione di informazioni e consigli nel settore dei medicinali) possano essere esercitate soltanto da chi ha conseguito la necessaria abilitazione farmaceutica, mentre a nulla rileva finanche la competenza sanitaria dell'agente.

■ Sezione VI, sentenza 7 ottobre-21 dicembre 2010 n. 44799 - Pres. de Roberto; Rel. Ippolito; Pm (diff.) D'Ambrosio; Ric. Pg appello Catanzaro in proc. Schipani

Peculato - Uso a fini privati del telefono d'ufficio - Rilevanza penale - Inoffensività del fatto - Condizioni. (Cp, articolo 314)

Il peculato integra un reato plurioffensivo, in quanto configura, da un lato, un delitto di abuso della situazione giuridica di cui il soggetto è titolare e, dall'altro, un delitto contro il patrimonio pubblico di cui si vuole tutelare l'integrità economica, anche se, nel rapporto tra i due interessi tutelati quello cui si deve dare prevalenza non può che essere il patrimonio pubblico, giacché il reato si realizza con l'appropriazione a proprio profitto e per finalità diverse da quelle di ufficio di un bene economico rientrante nella sfera pubblica. Da ciò deriva che l'uso privato da parte del pubblico dipendente dell'apparecchio telefonico dell'ufficio non configura il reato di peculato allorquando la condotta abusiva si sia sostanziata nell'effettuazione di telefonate per un importo di tale modesta entità da non aver arrecato alcuna lesione all'integrità patrimoniale della pubblica amministrazione.

■ Sezione VI, sentenza 20 dicembre 2010-10 gennaio 2011 n. 256 - Pres. de Roberto; Rel. Calvanese; Pm (diff.) Baglione; Ric. Di Maria

REATO IN GENERE

Circostanze del reato - Circostanze aggravanti comuni - Danno patrimoniale di rilevante gravità - Apprezzamento - Rilevanza oggettiva. (Cp, articolo 61, n. 7)

Ai fini della sussistenza della circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità (arti-



- *Sezione VI, sentenza 9 giugno 2010- 29 settembre 2010 n. 35154 - Pres. De Roberto; Rel. Milo; Pm (conf.) Di Casola; Ric. Cionti e altro*

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Peculato - Oggetto materiale - Esiguo valore economico - Conseguenze - Reato - Insussistenza - Fattispecie. (Cp, articolo 314)

Poiché il bene giuridico del reato di peculato è l'integrità del patrimonio della pubblica amministrazione e/o dei privati, se la cosa oggetto di appropriazione ha un valore economico molto modesto, il reato non può profilarsi, mancando un'effettiva lesione patrimoniale; del resto, l'applicazione della sanzione può essere giustificata dall'ordinamento solo quando la rigorosa afflizione stabilita dalla norma incriminatrice sia proporzionata al fatto commesso, nella prospettiva di un'effettiva esigenza di emenda dell'agente. (Per l'effetto, la Corte ha annullato senza rinvio la condanna pronunciata nei confronti del sindaco di un comune cui era stato addebitato di avere fatto fotocopiare, per fini personali, numerosi testi, utilizzando materiale di pertinenza del comune; il giudice di legittimità ha in proposito argomentato sull'accertato rilievo che la carta per le fotocopie, il materiale di cancelleria e l'energia elettrica per il funzionamento della fotocopiatrice, nello specifico, risultavano privi di apprezzabile valore economico).

- *Sezione VI, sentenza 9 giugno-29 settembre 2010 n. 35150 - Pres. De Roberto; Rel. Milo; Pm (diff.) Di Casola; Ric. Fantino*

SANITÀ

Responsabilità professionale del medico - Responsabilità per omissione - Sussistenza del nesso di causalità - Accertamento - Comportamento colposo di altro sanitario successivamente intervenuto - Irrilevanza - Fattispecie. (Cp, articoli 40, 41, comma 2, e 589).

In tema di responsabilità professionale omissiva del medico, una volta accertato il nesso causale tra l'errore omissivo diagnostico e terapeutico e l'evento morte, è da escludere che tale nesso sia interrotto dal comportamento eventualmente imperito di altro sanitario successivamente intervenuto, giacché questo non costituisce di per sé un fatto imprevedibile ed eccezionale. (Nella specie, nel rigettarsi

il ricorso avverso la sentenza di condanna a carico del medico del pronto soccorso che, omettendo di effettuare alcuni esami diagnostici, non aveva tempestivamente apprezzata un'emorragia in atto, si è ritenuto non rilevante per escludere la responsabilità la prospettata incapacità di arrestare l'emorragia del medico chirurgo successivamente intervenuto, che solo tardivamente aveva avuto a disposizione il paziente).

- *Sezione IV, sentenza 16 giugno-20 agosto 2010 n. 32121 - Pres. Marzano; Rel. Galbiati; Pm (diff.) Galati; Ric. Chiodo*

Responsabilità professionale del medico - Responsabilità per omissione - Sussistenza del nesso di causalità - Accertamento - Fattispecie. (Cp, articoli 40 e 589)

In tema di responsabilità professionale omissiva del medico, il meccanismo controfattuale, necessario per stabilire l'effettivo rilievo condizionante della condotta del medico e, quindi, segnatamente, l'effetto salvifico delle cure omesse, deve affidarsi su affidabili informazioni scientifiche nonché sulle contingenze significative del caso concreto. In una tale prospettiva, occorre comprendere quale è solitamente l'andamento della patologia, quale è normalmente l'efficacia delle terapie e quali sono i fattori che influenzano il successo degli sforzi terapeutici: sulla base di tali elementi di giudizio, l'esistenza del «nesso causale» può essere ritenuta quando l'ipotesi circa il sicuro effetto salvifico dei trattamenti terapeutici non compiuti risulti caratterizzata da «elevata probabilità logica», ovvero sia corroborata alla luce delle informazioni scientifiche e fattuali disponibili. (Da queste premesse, la Corte ha rigettato il ricorso avverso la sentenza di condanna in una fattispecie in cui il sanitario del pronto soccorso, a fronte di un paziente fortemente traumatizzato a seguito di un grave incidente stradale, aveva scelto erroneamente di non effettuare d'urgenza la Tac dell'addome e l'emocromo, cioè esami che gli avrebbero consentito con prontezza di individuare un'emorragia in atto e, quindi, avrebbero reso possibile un adeguato intervento chirurgico che, secondo la corretta regola scientifica, anche in relazione alla giovane età e dell'assenza di patologie preesistenti, avrebbe permesso con elevata probabilità la sopravvivenza dell'infortunato).

- *Sezione IV, sentenza 16 giugno-20 agosto 2010 n.*

DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

UTILIZZO PER FINI PERSONALI DEL TELEFONO E DEL COMPUTER DELL'UFFICIO

Cassazione penale, Sez. VI, 25 novembre 2010 (u.p. 19 ottobre 2010), n. 41709 - Pres. De Roberto - Rel. Colla - P.M. Mazzotta (conf.) - Ric. P.G. e p.m. in c. E.M. e altro

Il caso

Il G.u.p. del Tribunale di Verbania disponeva non luogo a procedere nei confronti sia di un dirigente dell'ufficio tecnico, in ordine ai reati di peculato, contestatogli in alternativa al reato di abuso di ufficio per avere utilizzato il telefono cellulare assegnatogli per ragioni di ufficio per contatti con privati (276 messaggi SMS e 625 conversazioni) per un totale di oltre 25 ore di impegno dell'utenza, pari a un costo di 75,49 euro, sia di altro funzionario comunale, pure in relazione al delitto ex art. 323 c.p., contestatogli per avere utilizzato il computer dell'ufficio collegato con la rete Internet per ragioni del tutto personali. Ad avviso del g.u.p., la condotta del dirigente non integrava gli estremi né del peculato, in considerazione della mancanza di atti appropriativi di apprezzabile valore economico, né dell'abuso di ufficio in considerazione della mancanza dell'ingiusto vantaggio patrimoniale, rappresentato da un effettivo e concreto incremento economico del patrimonio del beneficiario quale conseguenza della condotta abusiva. Quanto alla posizione del funzionario, doveva parimenti escludersi la sussistenza del reato di abuso di ufficio perché il Comune aveva con Telecom s.p.a. un abbonamento a costo fisso per la navigazione in Internet, sicché mancava l'ingiusto vantaggio patrimoniale al pubblico ufficiale, nemmeno ipotizzabile sotto il profilo di risparmio di spesa. La sentenza veniva impugnata dagli uffici della pubblica accusa, p.m. e P.G., per inosservanza e erronea applicazione della legge penale.

La decisione

La Suprema Corte ha dichiarato i ricorsi inammissibili. Quanto alla posizione del dirigente, la Cassazione ha dato atto che la giurisprudenza non è stata univoca nel ravvisare la sussistenza del delitto di peculato in caso di utilizzo, da parte del pubblico ufficiale, del telefono di cui ha la disponibilità per ragioni di ufficio per comunicazioni di carattere privato, dipendendo le singole decisioni dalla misura di tale utilizzazione nel caso concreto; tuttavia, ad avviso della Corte, vi è un filo rosso che lega le varie pronunce, individuato nel fatto che «danni al patrimonio della pubblica amministrazione di scarsa entità finiscono per essere irrilevanti per rivelarsi le condotte inoffensive del bene giuridico tutelato». Nel caso di specie, quindi, bene aveva fatto il g.u.p. ad escludere la sussistenza del peculato, tenuto conto che il danno arrecato ammontava a 75 euro in un arco temporale di due anni; parimenti corretta era l'esclusione del delitto di abuso d'ufficio, per l'accertata carenza «di un effettivo e concreto incremento economico del beneficiario idoneo a configurare il requisito dell'ingiusto vantaggio patrimoniale». Altrettanto correttamente la medesima conclusione era stata affermata con riguardo alla posizione del funzionario, essendo emerso che il Comune «aveva contratto con Telecom un abbonamento a costo fisso per l'accesso in internet con la conseguenza che nessun danno è stato cagionato alla pubblica amministrazione»; di conseguenza, non era ravvisabile né un concreto incremento patrimoniale con correlativo vantaggio ingiusto, elementi costituti-

tivi del peculato, né, con riguardo all'abuso d'ufficio, un apprezzabile nocumento in danno della P.A. derivante dal consumo di energie provocate dall'utilizzo del computer.

I precedenti

Da ultimo, nel senso che integra il reato di peculato l'indebitato utilizzo del telefono d'ufficio da parte del pubblico funzionario, atteso che tale condotta si risolve non già nel mero utilizzo dell'apparecchio telefonico in quanto oggetto, bensì nell'appropriazione delle energie costituite da impulsi elettronici entrate a far parte del patrimonio dell'amministrazione, cfr. Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2009, Torre; in *CED Cass.*, n. 244458. Si veda anche Cass., Sez. VI, 15 aprile 2008, D.M.M., in questa *Rivista*, 2008, 967, secondo cui integra la fattispecie di peculato navigare in internet dal computer dell'ufficio indipendentemente da un incremento dei costi a carico dell'ente pubblico, poiché oggetto giuridico del reato, oltre al patrimonio, è il buon andamento della P.A.

La dottrina

C. Benussi, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 168 ss.; S. Cagli, voce *Peculato e malversazione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, IX, 334 ss.; M. G. Dito, *Sul peculato d'uso non momentaneo*, in *Giur. it.*, 1993, II, 239 ss.; L. Natali, *Navigazione sul web: privacy e responsabilità penale*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 302 ss.; F. Palazzo-P. Tarquini, voce *Peculato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, 1990; A. Peccioli, *Qualificazione e limiti di rilevanza penale dell'utilizzazione per fini privati del telefono d'ufficio*, in questa *Rivista*, 2002, 474 ss.; D. Zingales, *Il pubblico dipendente naviga in internet utilizzando il computer dell'ufficio: è peculato?*, in *Dir. internet*, 2008, 485 ss.

DELITTI CONTRO LA VITA

INFANTICIDIO IN CONDIZIONI DI ABBANDONO MORALE E MATERIALE

Cassazione penale, Sez. I, 22 novembre 2010 (u.p. 7 ottobre 2010), n. 40993 - Pres. Giordano - Rel. Cassano - P.M. Galati (diff.) - G.M.R.

Con riguardo al delitto di infanticidio ex art. 578 c.p., integra la situazione tipica anche la percezione di totale abbandono avvertita dalla donna nell'ambito di una complessa esperienza emotiva e mentale quale quella che accompagna la gravidanza e poi il parto.

Il caso

Con sentenza confermata, in punto di responsabilità, dalla Corte d'assise d'appello di Napoli, l'imputata veniva dichiarata colpevole dei delitti di omicidio volontario aggravato in danno del proprio figlio (artt. 575, 577, n. 1, c.p.) e di occultamento di cadavere (artt. 412, 61 n. 2 c.p.). Si era appurato che l'imputata aveva partorito nel bagno di casa, senza l'assistenza e l'aiuto di alcuno dei familiari, un bambino, provvedendo poi da sola al taglio del cordone ombelicale con un paio di forbici prelevate in cucina; imbavagliato il neonato, una volta che aveva smesso di dare segni di vita, lo aveva avvolto in un sacco dell'immondizia e lo aveva gettato nel cassonetto dei rifiuti, posto nel piazzale antistante l'abitazione. L'autopsia aveva evidenziato che il piccolo aveva respirato dopo il parto, che la morte doveva essere collocata in un mo-

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (*)

DECISIONI DELLA CORTE

SEZIONE VI - 19 ottobre 2010

Pres. De Roberto - Rel. Colla - P.M. Mazzotta (concl. parz. diff.) - Ric. P.M. in proc. Ermini.

Reati contro la pubblica amministrazione - Peculato - Uso privato del cellulare di servizio - Costi modesti - Insussistenza di un danno economico per l'amministrazione - Irrilevanza penale del fatto (Cod. pen., art. 314).
Reati contro la pubblica amministrazione - Abuso d'ufficio - Navigazione in internet con tariffa a costo fisso - Insussistenza di un ingiusto vantaggio patrimoniale - Insussistenza di un danno economico per l'amministrazione - Irrilevanza penale del fatto (Cod. pen., art. 323).

Non integra il reato di peculato la condotta del dipendente comunale che utilizzi il telefono di servizio per ragioni personali, allorché ciò comporti un costo modesto per la pubblica amministrazione. Tale comportamento, infatti, risulta essere inoffensivo del bene giuridico tutelato, non sussistendo un danno patrimoniale consistente per il Comune (1).

Non integra il reato di abuso d'ufficio la condotta del dipendente comunale che usi il computer dell'ufficio per navigare in Internet con un abbonamento a costo fisso, non essendo ravvisabile né un effettivo incremento economico per il dipendente, né un apprezzabile danno patrimoniale a carico dell'amministrazione (2).

(1-2) L'uso privato del telefono e di internet da parte del dipendente comunale: rilievi critici in tema di offensività del reato.

L'annotata sentenza solleva il problema della punibilità di condotte di peculato aventi ad oggetto beni di modesta entità economica. Precisamente, la questione affrontata dai giudici della Cassazione attiene all'uso personale, da parte del dipendente pubblico, dell'utenza telefonica dell'ufficio, laddove tale utilizzo si sia tradotto in un costo contenuto, quasi irrisorio, per l'amministrazione comunale.

La decisione oggetto di nota, inserendosi nel solco già tracciato dalla precedente giurisprudenza di legittimità (1), ha escluso la configurabilità del delitto di peculato, poiché l'esiguo costo delle telefonate, pari ad euro 75,49, sarebbe di per sé inidoneo ad arrecare un danno patrimoniale all'ente comunale. Inoltre, considerato che il Comune aveva un abbonamento a costo fisso per la navigazione in Internet, la Cassazione ha altresì escluso la sussistenza dell'abuso d'ufficio rispetto all'uso privato del computer, mancando un effettivo incremento del patrimonio dell'agente quale conseguenza della condotta illecita.

La soluzione adottata dalla Corte ha indubbiamente il merito di fornire un'interpretazione dell'art. 314 c.p. conforme al principio di offensività, richiedendo un apprezzabile valore economico del bene oggetto di appropriazione ai fini dell'integrazione del reato (2). In

(1) Cass. pen., sez. VI, 3 febbraio 2010, Sorrenti, in *Cass. pen.*, 2010, 3864; Cass. pen., sez. VI, 20 luglio 2006, Montana, in *Ced. Cass.*, rv. 234838; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2003, PM in proc. Russo, in *Cass. pen.*, 2004, 2012; Cass. pen., sez. VI, 19 settembre 2000, Mazzitelli, *ivi*, 2001, 2381.

(2) In dottrina, questa interpretazione è condivisa da Amato, *La Cassazione conferma l'orientamento che assolve le appropriazioni irrisorie*, in *Guida dir.*, 2005, 67; Ariolli - Gizzi, *L'utilizzo del*

(*) A cura di Corrado Carnevale.

Svolgimento del processo e motivi della decisione - Con la sentenza in epigrafe il G.u.p. del Tribunale di Verbania ha disposto non luogo a procedere nei confronti di E. M. in ordine ai reati di peculato (capo a), contestatogli in alternativa al reato di abuso di ufficio (capo b), per avere, quale dirigente dell'Ufficio tecnico del Comune di Stresa, e pertanto pubblico ufficiale, utilizzato il telefono cellulare assegnatogli per ragioni di ufficio per contatti con privati (276 messaggi SMS e 625 conversazioni) per un totale di ore 25,52,03 di impegno della utenza e un costo di Euro 75,49. Uguale statuizione ha emesso nei confronti dell'E. in relazione al reato ex art. 323 sub c) contestatogli per avere utilizzato il computer dell'ufficio collegato con la rete Internet per ragioni del tutto personali.

Considerava il G.u.p. che, in ragione di una reiterazione di condotte che comportavano modesti costi, doveva concludersi per "l'assenza di atti appropriativi di valore economico sufficiente per la configurabilità del delitto di peculato". Rilevava quindi che neppure era configurabile il reato di abuso di ufficio in considerazione della mancanza dell'elemento costitutivo del reato consistente nell'ingiusto vantaggio patrimoniale "rappresentato da un effettivo e concreto incremento economico del patrimonio del beneficiario quale conseguenza della condotta abusiva". Doveva poi escludersi la sussistenza del reato di abuso di ufficio in relazione all'utilizzo del computer dell'ufficio per usi personali perché il Comune di Stresa aveva con Telecom s.p.a. un abbonamento a costo fisso per la navigazione in Internet, mancando quindi, anche per tale comportamento, un ingiusto vantaggio patrimoniale al pubblico ufficiale, nemmeno ipotizzabile sotto il profilo di risparmio di spesa.

Avverso la sentenza propongono ricorso per Cassazione il Procuratore generale e il Procuratore della Repubblica. Entrambi lamentano inosservanza o erronea applicazione di legge. Il Procuratore della Repubblica censura la sentenza anche per mancanza e contraddittorietà della motivazione. Quest'ultimo, in particolare, insiste per la configurabilità del reato di peculato sub a).

Sottolinea la non uniformità della giurisprudenza di questa Corte di Cassazione in ordine a vicende analoghe e soprattutto la differenza di situazioni di fatto prese in consi-

derazione con quanto sancito dall'art. 49, co. 2, c.p., infatti, la totale mancanza di valore della cosa, così come l'esiguità della stessa, esclude la punibilità di quei fatti che, seppur astrattamente conformi al tipo, si rivelano in concreto inoffensivi dell'interesse tutelato (3).

Tuttavia, le argomentazioni che stanno alla base della sentenza in commento non convincono a pieno.

In primo luogo, i giudici partono dall'assunto che il peculato abbia natura monoffensiva e che l'art. 314 c.p. tuteli esclusivamente il patrimonio della pubblica amministrazione. L'assenza di un danno economicamente apprezzabile, quindi, sarebbe di per sé sufficiente ad escludere la configurabilità del reato (4). Sennonché, questa lettura appare molto riduttiva, comportando un'arbitraria compressione dell'area di tutela predisposta dalla norma. A tal proposito, va osservato come il peculato rientri tra i delitti contro la pubblica amministrazione che, per definizione, offendono l'interesse statale al corretto funzionamento della cosa pubblica sotto una molteplicità di profi-

telefono d'ufficio da parte del pubblico dipendente per chiamate personali, in *Cass. pen.*, 2004, 2010; Fiandaca - Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2007, 187; Panetta, *Indebito utilizzo dell'utenza telefonica d'ufficio. Note in tema di principio di offensività del reato e delitto di peculato*, in *Cass. pen.*, 2010, 3864; Vinciguerra, *Diritto penale italiano. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 331.

(3) La c.d. concezione realistica del reato, che ammette una scissione tra tipicità e offensività, è sostenuta da Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, 1965; Id., *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1993, 259; Seriani, *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 3.

(4) In questo senso, Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in Marinucci - Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, I, Padova, 2001, 175, che avalla una lettura «prevalentemente patrimonialistica» del peculato; Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit., 187, secondo i quali

derazione da detta giurisprudenza. Ragione per la quale si profilerebbe come opportuna la decisione del giudice del dibattimento, sussistendo comunque elementi idonei per sostenere la pubblica accusa. Entrambi i ricorrenti deducono, sotto il profilo del reato di abuso di ufficio, come appaia evidente l'ingiusto vantaggio patrimoniale che l'indagato si è procurato.

L'indagato ha depositato memoria in data 15 ottobre 2010 con la quale ha chiesto il rigetto dei ricorsi.

I ricorsi sono inammissibili.

Per quanto attiene alla contestazione dei reati sub a) e b), se è vero che in punto di reato di peculato in caso di utilizzo da parte del pubblico ufficiale dei telefoni di cui ha la disponibilità per ragioni di ufficio per comunicazioni di carattere privato la giurisprudenza di questa Corte di Cassazione ha

li, quali la legalità, l'efficienza, la probità e l'imparzialità. In particolare, l'oggetto giuridico tutelato dall'art. 314 c.p. non si identifica unicamente con il patrimonio della pubblica amministrazione, ma coinvolge anche l'interesse al buon andamento della stessa, così come sancito all'art. 97 Cost. (5). Appurata la natura plurioffensiva del peculato, ne deriva che, anche in mancanza di un danno patrimoniale, il reato si configura ugualmente, sempreché venga leso l'altro bene protetto dalla norma, ossia l'interesse ad una fedele ed onesta gestione della cosa pubblica (6).

Tornando al caso in esame, se il costo delle telefonate può essere giudicato di per sé irrisorio, tuttavia il danno arrecato all'amministrazione comunale non si esaurisce in quella esigua somma di denaro. In merito, è opportuno considerare che, nell'arco di due anni, l'imputato aveva inviato 276 sms ed effettuato ben 625 chiamate private con il cellulare dell'ufficio, per un totale di 25 ore e 52 minuti di impegno dell'utenza. Pertanto, volendo insistere sull'aspetto patrimoniale della questione, andrebbero calcolati anche i costi che l'amministrazione ha sostenuto, sotto forma di retribuzione al dipendente, per le 25 ore di attività lavorativa inesistente trascorse al telefono.

Ma quel che più emerge dalla vicenda è un'immagine desolante e tutt'altro che efficiente della pubblica amministrazione, ai cui dipendenti – stando al giudizio della Corte – sarebbe consentito di sottrarre tempo e dedizione al proprio lavoro, a condizione di non gravare sul bilancio comunale. Focalizzando l'attenzione sulle sole conseguenze economiche del fatto, la Cassazione sottovaluta la lesione di un ulteriore interesse, altrettanto meritevole di tutela, quale il buon andamento della pubblica amministrazione, che presuppone un rapporto di fiducia e lealtà tra l'ente pubblico, i suoi dipendenti e i cittadini. Peraltro, nel caso in esame, la violazione di tale rapporto appare ancora più evidente, se si considera che il dipendente in questione rivestiva un incarico di tipo dirigenziale, essendo egli il direttore dell'ufficio tecnico del Comune. Circostanza, quest'ultima, che contribuisce a minare ulteriormente la fiducia del cittadino, disattendendo ogni legittima aspettativa.

Inoltre, soffermandosi sul solo dato patrimoniale, si corre il rischio di escludere a priori la configurabilità del c.d. peculato telefonico laddove – come sempre più di frequente accade – la pubblica amministrazione si doti di tariffe telefoniche "tutto incluso", grazie a cui l'utente non paga più a consumo, ma corrisponde al gestore

la dimensione lesiva del peculato verrebbe a coincidere soprattutto con un'offesa all'interesse patrimoniale della pubblica amministrazione; Vassalli, *Delitto di peculato e illecito amministrativo* (Atti del Convegno dell'ISLE), in *Rassegna parlamentare*, 1966, 178, che definisce il peculato come «un delitto contro il patrimonio della p.a.».

(5) Propendono per la natura plurioffensiva del peculato Gambardella, *Peculato*, in Lattanzi – Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2005, 269; Leghissa, *Art. 314 c.p.*, in Padovani (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. Codice penale*, Milano, 2005, 1273; Pagliaro-Parodi Giusino, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 46; Resta, *Peculato*, in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. II. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 26; Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, 20; Segreto – De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 107.

(6) Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2008, D'Alfonso, in *Cass. pen.*, 2008, 4154; Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2004, Aiello, in *Ced. Cass.*, rv. 231031; Cass. pen., sez. VI, 2 marzo 1999, Abate, in *Cass. pen.*, 2001, 66.

giudicato in modo differente, è anche vero che le diversità sono dovute essenzialmente alla diversa misura di tali utilizzazioni, laddove tutte le sentenze pronunciate sono concordi nel ritenere che danni al patrimonio della pubblica amministrazione di scarsa entità finiscono per essere irrilevanti per rivelarsi le condotte inoffensive del bene giuridico tutelato. Nel caso, il G.u.p. ha giudicato su una vicenda in cui il danno arrecato era di circa Euro 75 in un arco temporale di poco più di due anni per contatti di breve durata con un numero ristretto di persone. Tale valutazione non appare irragionevole al Collegio decidente, avuti riguardo al raffronto con i casi che si sono presentati all'esame della Corte di Cassazione. I ricorsi appaiono quindi inammissibili per contenere censure non consentite nel giudizio di Cassazione in quanto attinenti ad apprezzamenti e valutazioni dei dati di

telefonico un canone fisso, a prescindere dall'effettivo numero di telefonate effettuate (7). In sostanza, ragionando in termini meramente economici, si legittimerebbe l'assurdo di assolvere il dipendente pubblico che trascorra l'intera giornata lavorativa a telefonare agli amici a costo zero, posto che la sua condotta risulterebbe priva di ogni disvalore penale.

Per giustificare l'uso privato del telefono da parte del dipendente pubblico, si suole spesso invocare la c.d. «scriminante» del codice di comportamento (8), per cui si dovrebbe riconoscere una sfera di utilizzazione personale consentita della linea telefonica dell'ufficio. Nella fattispecie, ci si riferisce all'art. 10 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (9), che permette al dipendente pubblico di effettuare chiamate personali con il telefono di servizio in casi eccezionali. E questo perché la soddisfazione di impellenti esigenze personali tramite l'utenza in dotazione assicurerebbe alla stessa pubblica amministrazione «una migliore correttezza del servizio e la salvaguardia della serenità dell'ambiente di lavoro» (10). Diversamente, «il dipendente sarebbe costretto ad assentarsi dal lavoro ovvero a svolgere la propria prestazione con uno stato d'animo che lo potrebbe distogliere dal corretto adempimento» (11). Ora, premesso che si dovrà verificare di volta in volta se i dipendenti versino in condizioni di urgenza e necessità tali da consentire l'uso del telefono dell'ufficio (12), non ci sembra che nel caso di specie sussistano le suddette ragioni giustificative. In particolare, non si può certo parlare di eccezionalità dell'uso del telefono, dato che le sole chiamate private – sms esclusi – sono state 625 in due anni, vale a dire più di una, in media, al giorno (se non si contano i sabati e le domeniche). Il comportamento dell'imputato, reiterato quotidianamente, non solo esulava dall'eccezionalità, ma era diventato ormai un'abitudine.

Quanto alla condotta di connessione «abusiva» ad Internet, ritenuta anch'essa penalmente irrilevante poiché priva di spessore offensivo, non si comprende perché i giudici la riconducano alla fattispecie di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. e non, più correttamente, a quella di peculato (13). Tanto l'uso del telefono, quanto la navigazione in Internet, infatti, si sostanziano nell'appropriazione di risorse (*rectius* impulsi elettronici) che, essendo insuscettibili di restituzione, vengono definitivamente perdute (14). Del resto, l'inclusione delle energie

(7) Prospetta un simile rischio anche Salamone, *L'utilizzo della linea telefonica d'ufficio da parte del dipendente comunale: peculato comune anche nel caso di tariffe "tutto - incluso"?*, in *Cass. pen.*, 2008, 4154. Il problema circa la necessità di verificare se l'ente affronti un costo per ogni singola chiamata o paghi invece una somma forfettaria al mese è preso in considerazione da Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2008, D'Alfonso, cit., 4154.

(8) Salamone, *L'utilizzo della linea telefonica*, cit., 4154.

(9) Il Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni risale al 1994 ed è stato modificato dal decreto del Ministro per la Funzione Pubblica del 28 novembre 2000.

(10) Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2003, Russo, cit., 2012.

(11) Ariolli – Gizzi, *L'utilizzo del telefono d'ufficio*, cit., 2012.

(12) Circa la necessità di una simile indagine v. Salamone, *L'utilizzo della linea telefonica*, cit., 4156. Sui limiti e le caratteristiche del requisito dell'urgenza v. Cass. pen., sez. VI, 22 febbraio 2006, S., in *Guida dir.*, 2006, 95; Cass. pen., sez. un., 23 giugno 2000, Jakani, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, 391; Cass. pen., sez. un., 2 aprile 1997, Dessimone, *ivi*, 1997, 455.

(13) La configurabilità dell'abuso d'ufficio è sostenuta anche da Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2008, Cannalire, in *Cass. pen.*, 2009, 1009. In dottrina, condivide questa interpretazione Panetta, *Indebito utilizzo dell'utenza telefonica d'ufficio*, cit., 3864.

(14) Può dirsi ormai superata l'opinione che riconduceva al peculato d'uso (art. 314, comma 2, c.p.) l'utilizzo del telefono di servizio