

Situazioni di urgenza ed omissione di atti di ufficio

Quesito n. 16

Tizio, responsabile dell'ufficio tecnico del piccolo Comune di Alfa, riceve alcune segnalazioni da parte di privati cittadini che danno conto dell'esistenza di una situazione di grave dissesto del manto stradale di una delle vie principali di accesso al paese.

In particolare, viene segnalata la presenza, in un tratto lungo qualche centinaio di metri, di diverse buche ed alcuni dossi generati dalla crescita smisurata delle radici degli alberi circostanti, che rendono assolutamente asimmetrico il manto stradale e mettono in pericolo l'incolumità degli utenti, specialmente coloro che viaggiano su due ruote.

Tizio, ritenendo che la strada in questione sia troppo importante per la circolazione, in assenza di richieste od ordini di intervento ufficiali, decide di non chiuderla e di non adottare cautele di alcun genere, come ad esempio l'utilizzo di una cartellonistica che segnalasse il pericolo.

Dopo una settimana dalle prime segnalazioni, senza che si verificano incidenti, Caio, un privato cittadino, si reca in Procura e deposita un esposto in cui segnala l'inerzia di Tizio, chiedendo all'A.G. di valutare la possibilità di configurare a suo carico il delitto di omissione di atti di ufficio.

Il candidato, premessi brevi cenni sugli istituti rilevanti nel caso di specie, rediga parere motivato sulla vicenda in questione.

Svolgimento

La figura di reato da prendere in considerazione, per fornire una corretta risposta al quesito posto, è quella del rifiuto di atti di ufficio, prevista e punita dall'art. 328 del nostro codice penale.

In particolare, il primo comma, sanziona il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che *indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che deve*

essere compiuto senza ritardo per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene o sanità.

Il secondo comma di tale disposizione, al di fuori dei casi disciplinati dal primo, punisce il *pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro 30 giorni dalla richiesta di chi ne abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo.*

Gli atti di cui all'art. 328 si possono suddividere in due categorie.

La prima comprende i cd. atti qualificati, che sono quelli motivati da ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene o sanità.

La seconda, invece, comprende gli atti non qualificati, che sono tutti gli altri atti amministrativi.

Gli *atti qualificati*, a loro volta, si distinguono in altre due categorie: *atti qualificati che devono essere compiuti senza ritardo* ed *atti qualificati il cui compimento può essere ritardato.*

Orbene, per gli *atti qualificati* che devono *compiersi senza ritardo*, il legislatore ha punito esclusivamente il loro rifiuto (art. 328, comma 1); *per gli atti qualificati il cui compimento può essere ritardato e per tutti gli altri atti non qualificati*, invece, si è punita l'omissione e la mancata esposizione delle ragioni del loro ritardo (art. 328, comma 2).

Occorre precisare che il delitto di omissione di atti di ufficio, nella ipotesi di cui al primo comma dell'art. 328 cod. pen., lede di norma solo l'interesse della pubblica amministrazione al corretto esercizio delle pubbliche funzioni in vista del perseguimento di finalità pubbliche.

Ciò non esclude in linea teorica che il pubblico interesse possa coincidere anche con un interesse privatistico, ipotesi nella quale il reato assume natura plurioffensiva (Cass. VI, 4-2-2003, n. 5376 e Cass. VI, 29-7-2003, n. 32019).

Restano, tuttavia, estranee all'ambito di operatività della suddetta norma le omissioni che si concretano nella mera violazione dei doveri d'ufficio senza rilevanza esterna (Cass. VI, 18-10-1994, n. 10729).

Per quanto riguarda l'elemento oggettivo della fattispecie prevista dal primo comma della disposizione in esame, con il termine rifiuto si intende il *diniogo di compiere un atto dovuto ed espressamente richiesto.*

Si è posto il problema se in tale nozione potesse rientrare anche il cd. silenzio-assenso, che in diritto amministrativo è il mancato compimento dell'atto dovuto nei termini all'uopo fissati.

Autorevole dottrina (FIANDACA, MANNA, NANNUCCI), contrariamente a chi offra una interpretazione estensiva del termine rifiuto comprensivo anche del ritardo o dell'omissione, alla luce dei principi di legalità e determinatezza della fattispecie penale, ritiene che, ai fini della punibilità, sia richiesto un vero e proprio *rifiuto* da parte dell'incauto funzionario, magari anche tacito, ma, co-

munque, configurabile come vero e proprio rifiuto, non essendo sufficiente una mera inerzia o il semplice ritardo, anche se indebiti.

La giurisprudenza, da parte sua, modificando il proprio precedente orientamento, non richiede che il rifiuto sia espresso in modo solenne o formale, ma può essere espresso anche dalla silente inerzia del pubblico ufficiale, protratta senza giustificazione oltre i termini di comperto o addirittura di decadenza, nei casi in cui essa dipenda, per il privato, dal mancato compimento dell'atto entro un termine (Cass. VI, 24-1-2004, n. 2510).

In ogni caso il reato si configura soltanto quando l'atto riveste carattere di indifferibilità e di doverosità (Cass., 5-5-1999, n. 5596).

Oltre che manifestato, in modo espresso o tacito, il rifiuto deve anche essere indebito, cioè non giustificato dalla legge o da una disposizione amministrativa o dall'assoluta impossibilità (Cass., 12-7-2000, n. 8117).

Ai fini della configurabilità del reato di rifiuto di atti di ufficio, poi, non basta che l'atto rientri in una delle categorie tipiche indicate dalla norma né che sussistano le previste condizioni di urgenza, ma occorre che l'atto sia dovuto, e dunque non rientri nell'ambito della discrezionalità del pubblico ufficiale (Cass. IV, 18-5-2007, n. 19358).

Il reato di cui all'art. 328, comma primo, n. 1, c.p., poi, è un reato di pericolo che si perfeziona ogni qual volta venga denegato un atto non ritardabile, incidente su beni di valore primario tutelati dall'ordinamento, indipendentemente dal documento che in concreto possa derivarne (Cass. VI, sent. n. 38386 del 19-9-2008).

Il delitto in esame, inoltre, rientra nella categoria dei *reati istantanei*, il cui momento consumativo si realizza con il rifiuto o con l'omissione (Cass. VI, 15-3-2004, n. 12238).

Come già sottolineato in precedenza, la fattispecie prevista dal *secondo comma* dell'art. 328 ha ad oggetto gli *atti non qualificati* e gli *atti qualificati che possono essere ritardati*.

La condotta punita è, in questo caso, l'*omissione*, e cioè il mancato compimento dell'atto dovuto.

La fattispecie in esame è diretta ad assicurare risposta alle aspettative del privato che formalmente inviti la pubblica amministrazione ad emettere un atto che riguardi la sua sfera di interessi (Cass. VI, 21-1-1999, n. 797).

Perché tale omissione sia penalmente rilevante, però, è necessario che vi sia una *richiesta in forma scritta* da parte dell'interessato, che siano decorsi *30 giorni* dal momento in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio abbiano ricevuto la richiesta, e che, infine, il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio non solo non abbia compiuto l'atto, ma non abbia neanche risposto per esporre le ragioni del ritardo, costituendo una non scusabile ignoranza.

za della legge penale la non consapevolezza della necessità di una risposta scritta o l'eventuale oggettiva complessità della pratica (Cass. VI. 6-2-2004, n. 4907).

Il dovere di risposta del pubblico ufficiale, quindi, presuppone che sia stato avviato un procedimento amministrativo, rimanendo al di fuori della tutela penale quelle richieste che, per mero capriccio o irragionevole puntigliosità, sollecitano alla P.A. un'attività che la stessa ritenga ragionevolmente superflua e non doverosa (Cass., sent. 79 del 4-1-2012).

La facoltà di interpello del privato, cui corrisponde un dovere di rispondere o di attivarsi da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, però, è riconosciuta esclusivamente al soggetto che abbia interesse al compimento dell'atto.

Tale interesse non si identifica con quello generale al buon andamento della P.A., che riguarda tutti i consociati, ma in quello che fa capo a una situazione giuridica soggettiva su cui il provvedimento è destinato direttamente a incidere (Cass. VI, sent. 21735 del 29-5-2008).

Anche il delitto di cui all'art. 328, comma secondo, infatti, integra un delitto plurioffensivo, in quanto la sua realizzazione lede, oltre l'interesse pubblico al buon andamento ed alla trasparenza della P.A., anche il concorrente interesse del privato danneggiato dall'omissione o dal ritardo dell'atto amministrativo dovuto.

Ne consegue che il soggetto privato assume la posizione di persona offesa dal reato ed è pertanto legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione formulata dal P.M. (Cass., sent. 17345 del 5-5-2011).

Il legislatore ha, dunque, previsto un vero e proprio *procedimento* per la formazione dell'omissione, solo al termine del quale l'omissione stessa può dirsi realizzata: anche la Suprema Corte, del resto, ha ribadito che, ai fini della consumazione del reato in esame, è necessario il concorso di due condotte omissive, la mancata adozione dell'atto entro trenta giorni dalla richiesta scritta della parte interessata e la mancata risposta sulle ragioni del ritardo (Cass. VI, 13-3-2003, n. 11877).

Il delitto di cui all'art. 328, comma secondo, c.p., secondo la giurisprudenza consolidata, va qualificato come reato, omissivo proprio e a consumazione istantanea, e deve intendersi perfezionato con la scadenza del predetto termine (Cass. VI, sent. 27044 del 3-7-2008).

Per la punibilità di entrambe le fattispecie di cui all'art. 328 c.p. è sufficiente il *dolo generico*, consistente nella coscienza e volontà di omettere, ritardare o rifiutare l'atto che il P.U. sapeva di dover compiere.

La Suprema Corte ha, poi, specificato che è sufficiente e necessario che il pubblico ufficiale abbia una chiara consapevolezza del proprio contegno omissivo, dovendo egli rappresentarsi e volere la realizzazione di un evento "contra ius", senza che il diniego di adempimento trovi alcuna plausibile giustificazione

alla stregua delle norme che disciplinano il dovere di azione e senza che ciò implichi il fine specifico di violare i doveri imposti dal proprio ufficio (Cass. VI, sent. 8996 del 5-3-2010).

Nessuna rilevanza hanno, invece, i motivi che hanno spinto l'agente.

Per la dottrina tradizionale, in relazione all'ipotesi di cui al comma 1, non è configurabile il tentativo, perché l'atto di rifiuto non può essere frazionabile.

Secondo ANTOLISEI, l'errore di diritto dovuto a buona fede sull'illiceità del comportamento, e cioè sulla natura dell'atto come *dovuto*, escluderebbe il dolo (nello stesso senso PAGLIARO).

La giurisprudenza di legittimità, però, si è sempre espressa in maniera contraria, ritenendo che l'errore dell'agente sulla norma extrapenale che disciplina l'obbligo cui è soggetto il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio si risolve in un errore sulla legge penale che, pertanto, ai sensi dell'art. 5 c.p., non scusa (Cass. VI, 6-2-2004, n. 4907).

Adesso, per meglio comprendere la problematica interpretativa posta dalla traccia, è il caso di ripercorrere la condotta posta in essere da Tizio.

In particolare, Tizio, nella sua qualità di responsabile dell'ufficio tecnico del Comune di Alfa, nonostante avesse ricevuto diverse segnalazioni informali da parte di privati cittadini che gli prospettavano la situazione di grave dissesto in cui versava una strada comunale, in assenza di una specifica richiesta ufficiale di intervento, si era astenuto dal porre in essere qualsiasi comportamento teso a fornire una cautela immediata.

Va preso atto, infatti, di come l'uomo, nonostante ne avesse i poteri, senza arrivare a chiudere il tratto interessato, non abbia neanche deciso di apporre *in loco* una segnaletica che rendesse edotti gli utenti della strada dei pericoli nascenti dal dissesto del manto stradale.

Allo stesso tempo, va rilevato come non si erano verificati incidenti o danni di alcun tipo.

Sulla scorta di questi elementi di fatto, è evidente come la questione interpretativa da dirimere abbia ad oggetto la natura dell'obbligo di agire che incombe sul pubblico ufficiale e, più precisamente, la sua genesi.

In altri termini, si dovrà stabilire se, ai fini della configurabilità dell'art. 328 c.p., sia necessaria una richiesta ufficiale oppure se sia sufficiente l'insorgere di una situazione di fatto che comporti la necessità di un intervento.

Sul punto, la Suprema Corte (Cass., sent.33235 del 31-7-2013) ha chiarito come il reato in esame si configuri sia nelle ipotesi di indebito diniego o di inerzia di un comportamento doveroso dinanzi ad una richiesta o ad un ordine espresso, che nelle ipotesi in cui sussista un'urgenza sostanziale, impositiva del compimento di un atto da compiere senza ritardo.

In questa ottica, dunque, non assume alcuna rilevanza l'accertamento relativo alla fonte di conoscenza della situazione potenzialmente pericolosa che fa insorgere l'obbligo nel p.u.

Ed infatti, "il rilievo dato dalla norma alla oggettiva impellenza di determinati interventi (l'art. 328 recita: "indebitamente rifiuta un atto...che deve essere compiuto senza ritardo") induce a ritenere che la sollecitazione al compimento dell'atto, ove non sia espressamente prevista la necessità di una richiesta o di un ordine, ben può essere costituita anche dalla sopravvenienza dei presupposti oggettivi che richiedono l'intervento e l'adozione dell'atto" (così Cass., sent.33235 del 31-7-2013).

Quindi, senza dubbio alcuno, il rifiuto penalmente rilevante ex art. 328 c.p. sussiste, ovviamente, in presenza di una richiesta specifica o di un ordine ma, allo stesso modo, esso si configura quando ci si trovi dinanzi ad una situazione di urgenza sostanziale che imponga di fatto il compimento di un atto del p.u. incaricato: anche in tale ipotesi, infatti, l'inerzia di quest'ultimo concretizza il rifiuto dell'atto sanzionato dall'art. 328 c.p.

Chiaramente, per la configurabilità del delitto in questione in questi casi, è necessaria anche la sussistenza dell'elemento psicologico del reato, consistente nella consapevolezza da parte dell'agente del proprio contegno omissivo, "nel senso che deve rappresentarsi e volere la realizzazione di un evento *contra jus*; tale requisito di illiceità speciale delimita la rilevanza penale solamente a quelle forme di diniego di adempimento che non trovino alcuna plausibile giustificazione alla stregua delle norme che disciplinano il dovere di azione, e senza che ciò implichi il fine specifico di violare i doveri imposti dal proprio ufficio" (così Cass., sent.33235 del 31-7-2013).

In conclusione, nel riportare i principi di diritto enucleati dalla giurisprudenza di legittimità al caso di specie, si dovrà prendere atto di come Tizio, nonostante avesse una conoscenza certa (seppur non derivante da una richiesta o da un ordine) di una oggettiva situazione di pericolo per la viabilità di una strada, peraltro molto utilizzata, non abbia preso alcun provvedimento teso ad eliminare (o, per lo meno, arginare) il pericolo stesso.

Ed a nulla vale la circostanza che non si siano verificati incidenti, in quanto l'omissione di atti di ufficio è un reato di pericolo, o il fatto che dalla conoscenza della situazione alla denuncia sia trascorsa una sola settimana, visto che Tizio aveva l'obbligo di compiere l'atto senza ritardo ed, in ogni caso, aveva riflettuto coscientemente sullo stato di fatto e preso la decisione di non intervenire.

Anche la finalità del mancato intervento, ossia la necessità di non bloccare una strada molto utilizzata ed importante per la viabilità, non pare escludere il reato, in quanto il responsabile dell'ufficio tecnico poteva anche limitarsi a fare

apporte delle segnalazioni del pericolo tramite la cartellonistica stradale, soluzione rapida ed economica.

Sulla scorta di tutte le considerazioni di cui sopra, si dovrà ritenere la condotta di Tizio idonea a configurare tutti gli elementi del delitto di omissione di atti di ufficio.

Riferimenti normativi e giurisprudenziali

(V. *amplius* SIMONE, Codice Penale Commentato - C3, ed. 2014)

Art. 328 c.p.: *Natura e soggetti; Elemento oggettivo; Elemento soggettivo; Consumazione; Fattispecie applicative.*

Incontri telematici e sostituzione di persona

Quesito n. 24

Tizio e Caia sono due colleghi di lavoro che hanno sempre avuto un rapporto conflittuale, caratterizzato da continui litigi.

Dopo l'ennesima discussione, dettata da una presunta scorrettezza professionale di Caia, Tizio, dopo essere tornato a casa in preda ad un forte stato d'ira, decide di vendicarsi del torto che ritiene di aver subito.

A tal fine, l'uomo, dopo essere entrato nella rete internet, si connette ad una chat telematica destinata ad incontri erotici e, utilizzando un nickname, vi inserisce il numero di cellulare di Caia.

Gli altri utenti della chat, a quel punto, iniziano a contattare la donna ripetutamente chiedendole se avesse intenzione di intrattenere conversazioni o incontri di tipo erotico.

Per porre fine a tale situazione, Caia cambia il numero del cellulare e, grazie all'aiuto di un tecnico, riesce a scoprire che il suo recapito telefonico era stato diffuso dal computer di Tizio.

A questo punto, la donna, si reca da un avvocato per valutare la possibilità di agire in sede penale nei confronti del collega.

Il candidato, assunto le vesti del legale, rediga parere motivato sulla vicenda specificando quali siano, nel caso *de quo*, le fattispecie di reato astrattamente ipotizzabili a carico di Tizio.

Svolgimento

Il punto di partenza della presente trattazione non potrà che essere rappresentato dall'analisi della struttura del reato di sostituzione di persona, previsto e punito dall'art. 494 del codice penale.

In particolare, secondo il disposto della norma citata, commette tale delitto chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero

una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici, se il fatto non costituisce altro delitto contro la fede pubblica.

È il caso, ad esempio, di chi, sostituendosi ad un candidato, sostiene un concorso al suo posto.

Questa figura di reato, come ricorda la dottrina, nacque dall'esigenza di fermare tra le maglie dell'ordinamento penale certe ipotesi di fatto non integranti gli estremi tutti della truffa e non configurabili come costitutivi di illeciti contro la fede pubblica già previsti.

Il delitto di sostituzione di persona è sussidiario rispetto ad ogni altro reato contro la fede pubblica, come si evince dall'inciso «*se il fatto non costituisce altro delitto contro la fede pubblica*» contenuto nella norma incriminatrice: esso, tuttavia, in tanto può ritenersi assorbito in altra figura criminosa in quanto ci si trovi in presenza di un fatto unico, riconducibile contemporaneamente sia alla previsione dell'art. 494 sia a quella di altra norma posta a tutela della fede pubblica; viceversa, quando ci si trovi in presenza di una pluralità di fatti e quindi di azioni diverse e separate, si ha concorso materiale di reati (Cass. 7-3-2005, n. 8754).

In applicazione di tale principio, ad esempio, deve essere individuato (proprio per l'unicità della condotta) soltanto il reato di falsa dichiarazione sulle proprie qualità destinata ad essere riprodotta in un atto pubblico (art. 495, comma 2) e non anche quello di sostituzione di persona, nel comportamento del privato che, al fine di evitare le conseguenze di un incidente stradale nel quale era rimasto coinvolto e l'elevazione di verbali di contravvenzione a suo carico, dichiarò al vigile urbano che stava eseguendo gli accertamenti del caso, qualità proprie del tutto insussistenti, perché, considerati i compiti che il pubblico ufficiale stava svolgendo, le affermazioni fatte erano destinate ad essere riportate nei redigenti verbali di contravvenzione (Cass. 24-6-1998, n. 7515).

Va detto, tuttavia, che il reato *de quo*, anche nelle ipotesi in cui la condotta sia unica, può concorrere con altri delitti che non siano posti a tutela della fede pubblica.

Secondo la giurisprudenza, infatti, sussiste concorso formale di reati tra la truffa e la sostituzione di persona, poiché la medesima condotta integra due ipotesi delittuose diverse e tra loro autonome: ne consegue che lo stesso comportamento ben può realizzare l'elemento materiale di entrambi i reati. (Cass. 16-10-1998, n. 10805).

L'elemento oggettivo è costituito dal fatto di *indurre taluno in errore*, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità cui la legge attribuisce effetti giuridici.

Si tratta di un reato a *forma vincolata*, potendosi realizzare soltanto in una delle forme tassativamente indicate dalla norma; questa tassatività, rileva PA-

GLIARO, comporta che è da escludersi che il delitto possa essere commesso con mezzi omissivi.

Tali forme sono, peraltro, *alternative*: ne consegue che, ove l'induzione in errore si realizzi con due o più di tali modalità, sarà comunque configurabile un *solo reato* (PAGLIARO, FIANDACA, MUSCO).

Con riferimento alle prima della quattro forme tassativamente indicate dal legislatore per concretizzare l'induzione in errore, occorre notare che si ha «*sostituzione della propria all'altrui persona*» ogni qual volta si assuma un atteggiamento atto a far vedere che si è un'altra persona.

L'«*attribuzione di un falso nome*» si concretizza nell'assunzione di una identità diversa dalla propria. Nome è qui inteso in senso ampio e comprende, oltre al nome di battesimo ed al cognome, anche la paternità, la maternità, il luogo e la data di nascita.

Non è necessario che l'identità che ci si attribuisce sia quella di altri, potendo essere immaginaria.

Per MANZINI, ad integrare il reato basta anche il semplice mutamento di una vocale o consonante del proprio nome (ad esempio: dire di chiamarsi «LELIO» mentre il vero nome è «LELLO»);

Si ha «*attribuzione di un falso stato*» quando ci si attribuisce uno «*status*» (cittadinanza, capacità di agire, stato libero o coniugale, parentela etc.) diverso da quello reale.

Non sono «*status*» agli effetti della norma né l'età, né la residenza, né il domicilio che «*nulla dicono intorno alla posizione del soggetto nella società*» (così PAGLIARO; contra MANZINI);

Si ha, infine, «*attribuzione di una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici*» quando si afferma di possedere una qualità da cui la legge fa discendere determinati effetti (esempio: proprietario, possessore, maggiore età, residenza, domicilio, professione, etc.).

Occorre, tuttavia, che si tratti di qualità alla quale la legge riconnette effetti giuridici in relazione al rapporto o alla situazione in cui tale qualità è falsamente attribuita (così PAGLIARO): pertanto, risponderà del reato il minore che si dichiara maggiorenne per stipulare un negozio giuridico ma non anche il minore che si dichiara maggiorenne solo per vanto.

Il *dolo* previsto è specifico, in quanto l'agente deve commettere il fatto «*al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno*».

La finalità può anche essere di natura non economica (come lo scopo di evitare una perquisizione) ovvero non illecita (come nel caso di chi si attribuisca un falso nome solo per mera soddisfazione di vanità personale).

Il delitto si *consuma con l'induzione in errore*, non essendo richiesto anche il conseguimento del vantaggio o il verificarsi del danno.

Poiché il fatto costitutivo del delitto in esame consiste proprio nell'indurre taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità cui la legge attribuisce effetti giuridici, esso si consuma nel momento in cui taluno è stato indotto in errore con i mezzi indicati dalla legge.

Nè occorre che il vantaggio perseguito dall'agente sia effettivamente raggiunto, poiché lo scopo di arrecare a sé o ad altri un vantaggio attiene all'elemento psicologico di tale delitto, costituendone il *dolo specifico* (Cass. 19-3-1985, n. 2543).

Si discute sull'ammissibilità del *tentativo*.

Secondo un orientamento giurisprudenziale il tentativo sarebbe ammissibile quando, nonostante l'uso dei mezzi fraudolenti previsti dalla norma, l'agente non sia riuscito a d ingannare nessuno.

Si è, però, fatto notare in dottrina (CRISTIANI) che trattasi di reato formale, per cui il tentativo non appare configurabile.

Come detto, trattasi di reato sussidiario, per cui resta assorbito dagli altri reati contro la fede pubblica se di questi ricorrono gli estremi (esempio: artt. 495 e 496): tale sussidiarietà, però, secondo la Cassazione si verifica solo quando con un *unico fatto si violino più norme*, mentre in caso di pluralità di fatti si avrà concorso di reati.

Si avrà in ogni caso concorso di reati quando si ledano diversi beni giuridici, come avviene in caso di sostituzione di persona a scopo di truffa se l'induzione in errore mediante sostituzione di persona sia servita a conseguire un profitto con altrui danno.

Il concorso è, invece, escluso con quei reati in cui la sostituzione di persona è elemento costitutivo o circostanza aggravante, come ad esempio nella violenza sessuale (art. 609bis, 2° comma, n. 2).

Quanto ai rapporti col delitto previsto dall'art. 12 del D.L. 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modifiche, nella L. 5 luglio 1991, n. 197 (articolo che punisce chiunque, al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi), la giurisprudenza ha precisato che tale reato assorbe il reato di sostituzione di persona ogni qual volta la sostituzione sia stata posta in essere con la stessa condotta materiale integrante il primo reato: ed, infatti, l'ipotesi delittuosa dell'indebito utilizzo del mezzo di pagamento lede, oltre al patrimonio, anche la pubblica fede, mentre l'art. 494 contiene una clausola di riserva (*«se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica»*) destinata ad operare anche al di là del principio di specialità.

Sussiste, invece, concorso materiale tra gli stessi reati nel caso in cui la sostituzione sia stata realizzata con un'ulteriore e diversa condotta rispetto a quella che ha integrato l'altra fattispecie delittuosa.

È ora possibile affrontare il problema interpretativo di maggiore rilevanza che emerge dal tenore letterale della traccia.

In particolare, visto che nessun legittimo dubbio si può nutrire in merito alla colpevolezza di Tizio per il reato di molestie - a titolo di autore mediato - avendo indotto con la sua condotta gli utenti della chat a recare un profondo disturbo a Caia tramite numerosi contatti telefonici finalizzati a incontri e/o conversazioni di tipo erotico, il vero nodo da sciogliere risiede nella configurabilità nel caso di specie anche del delitto di sostituzione di persona.

Si potrebbe sostenere, infatti, come la norma citata sia volta a sanzionare condotte che traggano in inganno relativamente alla vera essenza di una persona o alla sua identità o ai suoi attributi sociali, ma non ad un semplice numero di telefono diffuso via chat.

Per un giusto inquadramento della problematica, però, si deve partire dal presupposto che il delitto in esame ha natura plurioffensiva, in quanto preordinato non solo alla tutela di interessi pubblici, ma anche a quelli del soggetto privato nella cui sfera giuridica l'atto sia destinato ad incidere concretamente.

La Corte di Cassazione, inoltre, ha già affrontato il problema della riconducibilità nell'ambito di operatività dell'art. 494, di alcune condotte poste in essere attraverso l'utilizzazione della rete.

Ad esempio, è stata analizzata la partecipazione ad aste on-line con l'uso di uno pseudonimo, giungendo alla conclusione che a tale pseudonimo deve necessariamente corrispondere una reale identità, accertabile on-line da parte di tutti i soggetti con i quali vengono concluse transazioni.

Ed allora, si configurerà il delitto di sostituzione di persona, nella condotta di colui che, dopo aver creato un account di posta elettronica, lo utilizzi attribuendosi falsamente le generalità di un diverso soggetto, inducendo così in errore gli altri utenti della rete, nei confronti dei quali le false generalità siano declinate e con il fine di arrecare danno al soggetto le cui generalità siano state abusivamente spese (cfr. Cass., sent. 12479 del 15-11-2011).

La Suprema Corte, poi, chiamata a valutare una ipotesi molto simile a quella contemplata dalla traccia, ha ravvisato gli estremi del reato in questione anche nella condotta di colui che crei ed utilizzi un «account» di posta elettronica, attribuendosi falsamente le generalità di un diverso soggetto, inducendo in errore gli utenti della rete internet nei confronti dei quali le false generalità siano declinate e con il fine di arrecare danno al soggetto le cui generalità siano state abusivamente spese (così Cass., sent. 46674 del 8-11-2007).

La differenza sostanziale tra la casistica di cui sopra e la condotta concreta di Tizio è, però, evidente nonché rilevante: l'uomo, infatti, non ha creato un account, attribuendosi in tal modo le generalità di un altro soggetto, ma si è limitato ad inserire il numero di cellulare di Caia in una chat di incontri a sfondo erotico.

Tuttavia, come affermato dai giudici della nomofilachia, non si può sottacere il fatto che il reato di sostituzione di persona ricorre non solo con la sostituzione illegittima della propria all'altrui persona, ma anche con l'attribuzione ad altri un falso nome (intendendosi non solo il nome di battesimo ma anche tutti i contrassegni di identità), un falso stato ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici.

Come già rilevato poc'anzi, poi, appare incontestabile che la norma tuteli, oltre alla fede pubblica, anche la protezione dell'identità dei terzi, che può essere pregiudicata anche dall'attribuzione al terzo di falsi contrassegni personali, alla scopo di arrecargli una danno.

Si dovrà valutare, dunque, se lo pseudonimo utilizzato da Tizio (cd. «nickname»), possa essere ritenuto un contrassegno personale.

In tale ottica, si deve considerare come i «nicknames», pur essendo utilizzati nelle comunicazioni via internet attribuendo una identità meramente virtuale (in quanto destinata a valere esclusivamente nello spazio telematico), sono comunque dotati di una dimensione concreta, visto che proprio tramite essi possono avvenire comunicazioni in rete idonee a produrre effetti reali nella sfera giuridica altrui, cioè di coloro ai quali il «nickname» è attribuito, come accaduto nel caso di specie.

Per tali motivi, quindi, nelle ipotesi in cui non vi siano dubbi sulla riconducibilità del nickname ad una ben determinata persona fisica, esso assume il medesimo valore dello pseudonimo ovvero di un nome di fantasia, la cui attribuzione, a sé o ad altri, integra pacificamente il delitto di sostituzione di persona (vedi Cass., sent. 18826 del 29-4-2013).

In conclusione, l'inserimento del «nickname» nella «chat» erotica con l'aggiunta del numero di telefono cellulare di Caia, ha creato il contrassegno identificativo di una specifica persona fisica disposta ad incontri ed a comunicazioni di tipo sessuale con gli altri utenti della «chat», che, a tal scopo, avrebbero potuto contattarla telefonicamente, evento effettivamente verificatosi.

Se a ciò si aggiunge la considerazione della sussistenza degli ulteriori elementi costitutivi della fattispecie legale, e cioè l'induzione in errore e l'aver agito al fine di procurare un danno a Caia, non si potrà fare a meno di ritenere configurabile a carico di Tizio il delitto di sostituzione di persona di cui all'art. 494 c.p.

Riferimenti normativi e giurisprudenziali

(V. *amplius* SIMONE, Codice Penale Commentato - C3, ed. 2014)

- art. 494 c.p.: *Natura e soggetti; Elemento oggettivo; Elemento soggettivo; Consumazione e tentativo.*

Copyright © Simone S.p.A.