

**USO IMPROPRIO DEL TELEFONO IN DOTAZIONE
AL PUBBLICO FUNZIONARIO PER RAGIONI D'UFFICIO:
LE SEZIONI UNITE CHIAMATE A PRONUNCIARSI**

[Nota a Cass. pen., sez. VI, ord. 18.7.2012 \(dep. 24.9.2012\) n. 36760,
Pres. Agrò, Rel. Citterio, ric. Vattani](#)

di Carlo Benussi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'uso per fini personali del telefono d'ufficio da parte del pubblico dipendente nella giurisprudenza. – 3. (segue): l'uso improprio del *computer* nella giurisprudenza. – 4. (segue): l'uso, per fini privati, di autovetture di servizio della p.a. nella giurisprudenza. – 5. La pronuncia della VI Sezione penale del 18 luglio 2012, n. 36760. – 6. La qualificazione giuridica dell'«uso improprio» del telefono dell'ufficio da parte dell'*intraeus*. – 7. Uso improprio e appropriazione. – 8. (segue): la nozione di «appropriazione» nel delitto di appropriazione indebita. – 9. (segue): la nozione di «appropriazione» nel delitto di peculato. – 10. Conclusioni.

1. Premessa.

Negli ultimi anni la Suprema Corte si è soffermata su talune problematiche, non ancora risolte, che riguardano la corretta **qualificazione giuridica di quelle condotte** dei pubblici funzionari **che utilizzano, per fini privati**, alcuni **beni strumentali** della pubblica amministrazione, quali **l'apparecchio telefonico, il computer, la fotocopiatrice, l'auto di servizio**, ecc.. Le soluzioni offerte al riguardo sono state le più varie: talvolta, si è fatto ricorso al delitto di **peculato ordinario**, talaltra, **al peculato d'uso** o all'**abuso d'ufficio** ed altre volte ancora si è invece **esclusa una loro rilevanza penale**, nella considerazione che, con l'uso improprio dell'utenza telefonica, non si verifica alcuna esclusione (totale o temporanea) del proprietario dal rapporto con la cosa. Proprio quest'ultimo requisito, come vedremo, può costituire, a nostro avviso, un valido parametro di riferimento per la valutazione e la qualificazione di queste condotte. Passiamo in rassegna le singole ipotesi:

2. L'uso per fini personali del telefono d'ufficio da parte del pubblico dipendente nella giurisprudenza.

Relativamente all'**uso del telefono d'ufficio per fini privati**, un primo e più remoto orientamento ha ritenuto che integri il reato di **peculato d'uso** *ex art. 314* comma 2, il comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico

servizio che utilizzi per uso personale il telefono in dotazione all'ufficio affidato alla sua disponibilità; in questi casi, si è osservato, vi sarebbe non «un'appropriazione degli impulsi elettronici (gli 'scatti')», ma un'*interversione momentanea* del possesso dell'apparecchio seguita da una *restituzione immediata*¹.

Secondo altro e *prevalente* orientamento, si ritiene, invece, che la condotta in esame integri gli estremi del **peculato comune** sulla base del rilievo che l'uso del telefono si connoterebbe non nella fruizione dell'apparecchio telefonico in quanto tale, ma nell'utilizzazione dell'utenza telefonica. In altre parole, l'oggetto della condotta appropriativa sarebbe rappresentato non già dall'apparecchio nella sua fisicità materiale, bensì dall'energia occorrente per le conversazioni, la quale, essendo dotata di valore economico, ben può costituire l'oggetto materiale del delitto di peculato, in virtù della sua equiparazione *ope legis* alla cosa mobile. Così individuata la «cosa mobile altrui», vi sarebbe da parte dell'*intraneus* una «vera e definitiva appropriazione degli impulsi elettronici» occorrenti per la trasmissione della voce; in più, a supporto della tesi, si aggiunge che gli impulsi elettronici non sono neppure restituibili dopo l'uso e l'eventuale rimborso delle somme corrispondenti all'importo delle telefonate vale solo come «ristoro del danno cagionato» ma non può considerarsi come

¹ Cass., Sez. VI, 18 gennaio 2001, Veronesi, in *Guida al dir.*, 2001, n. 9, 68; Id., Sez. VI, 25 luglio 1997, n. 7364, Guida, CED 209746, in *Cass. pen.*, 1999, 527; Id., Sez. VI, 26 marzo 1996, n. 3009, Catalucci, in *Riv. pen.*, 1996, 1397; per la medesima conclusione in rapporto al telefax, Id., Sez. VI, 25 maggio 2000, n. 788, Mari, *ivi*, 2000, 801. La proposta interpretativa viene condivisa, in dottrina, fra gli altri, da ARIOLLI-GIZZI, *L'utilizzo del telefono d'ufficio da parte del pubblico dipendente per chiamate personali*, in *Cass. pen.*, 2004, 2012 ss.; DINACCI, *Profili interpretativi della norma sul delitto di peculato d'uso*, in AA.VV., *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di COPPI, Giappichelli, Torino, 1993, p. 37 ss.; SEMINARA, in *Commentario breve al codice penale*, 5° ed., Cedam, Padova, 2008, art. 314, p. 757. A tale qualificazione giuridica la Cassazione è pervenuta inquadrando la fattispecie in esame nell'istituto del possesso in nome altrui, del deposito o della custodia a seconda delle funzioni o delle mansioni esplicitate dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio. Più in particolare, si è affermato che «se il pubblico ufficiale e l'incaricato possiedono in nome e per conto della pubblica amministrazione gli arredi e le attrezzature dell'ufficio nella loro materiale disponibilità proprio in ragione delle loro funzioni o delle loro mansioni, non par dubbio che un'avversione dall'uso proprio di esse, che è l'uso conforme alla destinazione loro data dalla pubblica amministrazione al fine di perseguire il pubblico interesse e la destinazione di esse a fini di personale vantaggio con quello incompatibili in un tempo dato, in modi e per durate apprezzabili, comporta un'inammissibile interversione del possesso e quindi un'appropriazione. La reversibilità dell'interversione, alias la possibilità di restituire il bene impropriamente utilizzato alla normale destinazione d'uso e quindi la durata dell'interversione predetta sono del tutto irrilevanti perché l'uso 'momentaneo', purché apprezzabile, della cosa e la sua restituzione 'immediata', cioè omisso medio, delimitano appunto e caratterizzano la nuova figura di reato del peculato d'uso rispetto alla fattispecie più grave e ben più gravemente sanzionata disciplinata al comma 1 del medesimo art. 314 c.p. nella formula introdotta con l'art. 1 della legge 26.4.1990 n. 86. Nel caso di specie dunque il reato... si realizza ... in relazione all'interversione del possesso correlata all'uso, imprescindibile per fruire di tale servizio, dell'apparecchio telefonico affidato alla sua disponibilità materiale per uso diverso. In altri termini a configurare il reato nel caso esaminato è l'esercizio di un possesso a fini propri e quindi in nome proprio, che, caratterizzato da un *animus rem sibi habendi* diverso da quello dovuto, denuncia l'appropriazione di un bene pubblico, destinata a brevissima durata perché connotata appunto dal fine di 'fare uso momentaneo della cosa' affidata all'agente in ragione del suo ufficio o servizio, ma pur sempre di rilevanza penale, salvo che l'uso, apparentemente a fini privati, in realtà non sia volto al conseguimento di apprezzabili finalità d'interesse pubblico, volta a volta configurabili».

«restituzione» della cosa mobile utilizzata². Peraltro il rigore di questo orientamento è stato, talvolta, opportunamente temperato (i) dalla considerazione che l'art. 10 del Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni – previsto dall'art. 58-*bis* del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, approvato con decreto 31 marzo 1994 del Ministro per la funzione pubblica (e attuato con decreto del Ministro per la funzione pubblica, del 28 novembre 2000, ora sostituito dall'art. 72 d.lg. n. 165/2001) – ha introdotto una deroga al principio del divieto d'uso dell'utenza telefonica da parte del pubblico dipendente in quei «casi eccezionali», nei quali quest'ultimo è tenuto ad informare il dirigente dell'ufficio e (ii) dalla conseguente affermazione che la «situazione di eccezionalità» esclude (anche a prescindere dall'informazione data al dirigente) la rilevanza penale della condotta che resta eventualmente sanzionabile solo sotto il profilo disciplinare. In questa prospettiva o comunque in termini di non apprezzabile rilievo delle condotte caratterizzate da situazioni eccezionali d'urgenza o con carattere di sporadicità ed episodicità si sono registrate diverse pronunce³.

² Così, Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 3879, Sale, in *Riv. pen.*, 2001, 256 che così motiva: «*allorché il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, disponendo, per ragione dell'ufficio o del servizio, dell'utenza telefonica intestata all'amministrazione, la utilizzi per effettuare chiamate di interesse personale, il fatto lesivo si sostanzia propriamente non nell'uso dell'apparecchio telefonico come oggetto fisico, bensì nell'appropriazione, che attraverso tale uso si consegue, delle energie, formate da impulsi elettronici, entrate a far parte della sfera di disponibilità della p.a., occorrenti per le conversazioni telefoniche; ne consegue, poiché tali energie non sono immediatamente restituibili dopo l'uso e l'eventuale rimborso delle somme corrispondenti all'entità dell'utilizzo vale solo come ristoro del danno cagionato, ma non può considerarsi equipollente alla restituzione della cosa mobile utilizzata, l'astratta configurabilità, nella predetta utilizzazione, dell'ipotesi di peculato prevista dall'art. 314 comma 1 c.p. e non di quella prevista dal comma 2 dello stesso art. (c.d. peculato d'uso)*»; Id., Sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 3879, Di Maggio, *ivi* 2001, 501; Id., Sez. VI, 5 marzo 2001, Menotti, n. 9277, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 474, con nota di PECCIOLI; Id., Sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 3883, Chirico, in *Riv. pen.*, 2002, 345; Id., Sez. VI, 24 giugno 2002, n. 30751, Carlozzi, in *FinLoc* 2003, 62; Id., Sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 7772, R., in *Cass. pen.*, 2004, 2010; Id., Sez. VI, 7 marzo 2003, n. 10671, S., in *Guida al dir.*, 2003, n. 31, 77; Id., Sez. VI, 31 gennaio 2005, n. 2963, A., in *DeJure*; Id., Sez. VI, 15 marzo 2006, n. 9077, S., in *Guida al dir.*, 2006, n. 24, 95; Id., Sez. VI, 20 luglio 2006, n. 25273, M., CED 234838, in *Riv. pen.*, 2007, 691; Id., Sez. VI, 31 maggio 2007, n. 21335, M., CED 236627, *ivi*, 2007, 983; Id., Sez. VI, 26 giugno 2009, n. 26595, T., CED 244458, in *DeJure*; Id., Sez. VI, 21 gennaio 2010, n. 2525, C., in *Guida al dir.*, 2010, n. 14, 79 e Id., Sez. VI, 20 maggio 2009, n. 21165, G.A., in *Foro it.*, 2010, 3, 156 che, sul piano dell'offensività, ha escluso che nel caso deciso (due anni di continue telefonate ludiche per complessivi € 2.354,39) potesse ricorrere quella «utilizzazione episodica ed economica del telefono», fatta per «contingenti» e rilevanti «esigenze personali», che rende la condotta inoffensiva); nello stesso senso, in dottrina, fra gli altri, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 5° ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 191 e, di recente, DE BELLIS, *Uso illecito del computer in ufficio per connettersi ad internet: peculato od abuso d'ufficio?*, in *Cass. pen.*, 2009, 1009; PANETTA, *Indebito utilizzo dell'utenza telefonica d'ufficio. Note in tema di principio di offensività del reato e delitto di peculato*, *ivi*, 2010, 3864. In senso contrario, PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 10° ed., Giuffrè, Milano, 2008, 67 i quali, peraltro, rilevano che quando il possesso dell'energia dipende dal possesso della cosa che la produce, la configurabilità del reato deve essere giudicata in rapporto alla cosa e non già in rapporto all'energia.

³ Cfr. Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 3879, Sale, in *Riv. pen.*, 2001, 256; Id., Sez. VI, 5 marzo 2001, Menotti, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 474; Id., Sez. VI, 20 aprile 2001, n. 16245, Trivisonno, in *Riv. pen.*, 2002, 245; Id., Sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 7772, R., *ivi*, 2003, 1005, che ha giudicato *saltuarie* 11 comunicazioni private effettuate in un mese e 21 giorni; Id., Sez. VI, 14 febbraio 2003, n. 7347, Di N., *ivi*, 2003, 388, che ha considerato *occasionalmente* 32 telefonate fatte in 2 mesi; Id., Sez. VI, 7 marzo 2003, n. 10671, S., in *Guida al dir.*,

Anche la prospettiva di ricondurre l'uso indebito del telefono alla fattispecie dell'**abuso d'ufficio** è stata esclusa dalla giurisprudenza per l'impossibilità di configurare, in tale comportamento, una «violazione di norme di legge o di regolamento», requisito essenziale per l'integrazione del delitto punito dall'art. 323 c.p.⁴.

Infine un altro orientamento, affacciatosi soprattutto nella giurisprudenza di merito⁵, ritiene che l'**uso privato** del telefono d'ufficio sia **sempre penalmente irrilevante**, non potendosi equiparare il semplice «uso» all'«appropriazione». A supporto della tesi si osserva che l'uso del telefono dà luogo soltanto ad un addebito a carico della pubblica amministrazione delle somme corrispondenti all'entità delle utilizzazioni di volta in volta effettuate e, quindi, pare inopportuno parlare di «appropriazione». A favore di questa più persuasiva soluzione gioca il fatto che l'oggetto materiale della condotta è 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 può integrare né gli estremi del peculato comune né quelli del peculato d'uso. In altri termini, viene negata la stessa configurabilità di una condotta di appropriazione stante il mancato perfezionamento «negativo» della stessa, consistente nell'esclusione totale o temporanea del proprietario dal rapporto con la cosa.

3. (segue): l'uso improprio del *computer* nella giurisprudenza.

In tema di **utilizzo del computer in dotazione all'ufficio** del pubblico funzionario, le cose non vanno diversamente: un primo orientamento ha configurato come «**peculato comune**» la condotta del pubblico dipendente che abbia utilizzato il computer per navigare in *internet* su siti non istituzionali, scaricando su archivi personali dati e immagini non inerenti alla pubblica funzione (nella specie, si trattava

2003, n. 31, 77; Id., Sez. VI, 8 marzo 2003, n. 10719, O., CED 224864, in *Riv. pen.*, 2004, 260 (che ha ritenuto *sporadiche* 6 telefonate fatte in 40 giorni); Id., Sez. VI, 21 giugno 2007, n. 24709, C., in *Guida al dir.*, 2007, n. 30, 68; Id., Sez. VI, 25 novembre 2010, n. 41709, M.E., in *DeJure* (sms e telefonate per un costo di 75 €) e, in tema di utilizzo momentaneo e saltuario della fotocopiatrice dell'ente per fini personali, Id., Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 20094, M., *ivi*; Id., Sez. VI, 29 settembre 2010, n. 35150, X., in *Guida al dir.*, 2011, n. 2, 99 o di utilizzo, per fini personali, dell'accesso, ad *internet* del *computer* d'ufficio qualora per il suo esercizio la pubblica amministrazione abbia contratto un abbonamento a costo fisso. Nello stesso senso, in dottrina, PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 67.

⁴ Cass., Sez. VI, 29 gennaio 1998, n. 1163, Marconi, n. 1163, CED 209774, in *Giust. pen.*, 1998, II, 645.

⁵ Trib. Trento 29 marzo 2000, Zanlucchi, in *Riv. pen.*, 2000, 801; Id. Sanremo 19 ottobre 1995, X, www.campensanremo.it; tra i giudici di legittimità Cass., Sez. VI, 20 aprile 2001, n. 16245, Trivisonno, in *Riv. pen.*, 2002, 245.

di circa 10 mila documenti, prevalentemente di carattere pornografico)⁶. Altro orientamento⁷ ritiene che quando, nello specifico, la condotta del pubblico dipendente non comporti la perdita del bene e danno patrimoniale per l'amministrazione, come nel caso in cui il contratto di connessione ad internet stipulato dall'ente preveda una tariffa *flat* (cioè a costo forfettario, un tanto al mese), il fatto possa essere ricondotto allo schema del delitto di **abuso d'ufficio**; una soluzione, però, che non può essere condivisa sia perché in una tale condotta non è riscontrabile alcuna violazione di norma di legge o di regolamento sia perché, in presenza di una tariffa forfettaria, l'uso indebito del *computer* non arreca alcun danno alla pubblica amministrazione dato che questa paga sempre lo stesso importo predeterminato a prescindere dal numero di accessi ad *internet*. E lo stesso discorso vale per le tariffe telefoniche c.d. «tutto incluso», grazie alle quali l'utente corrisponde al gestore telefonico un canone mensile fisso, indipendentemente dalle telefonate e dagli scatti realmente effettuati. In tali casi, si afferma, viene a mancare lo stesso oggetto della condotta appropriativa.

Quest'ultima argomentazione è senz'altro esatta, anche se, a nostro avviso, lo stesso risultato può essere più correttamente raggiunto appellandosi al principio costituzionale di offensività, in forza del quale l'illecito penale deve concretizzarsi nell'offesa ad un bene giuridico; un percorso, questo, che è stato, talvolta, seguito anche dalla giurisprudenza⁸. Significativa questa pronuncia: «è lo stesso ordinamento (n.d.r., il d.m. 28 novembre 2000 che ha abrogato il precedente d.m. 31 marzo 1994) ad aprire margini di tolleranza di fronte ad un fenomeno... diffuso nella prassi degli uffici (tanto pubblici quanto privati)» con la conseguenza che «di questa tolleranza non può non farsi carico il giudice, escludendo rilevanza di natura penale, sanzionata in maniera certamente gravissima, di fronte a fatti la cui inconsistenza (anche a livello patrimoniale) appare di lineare evidenza»⁹. In quest'ottica andrà senz'altro tollerato l'uso personale del bene,

⁶ Cass., Sez. VI, 21 maggio 2008, n. 20326, D.M.M., in *Cass. pen.*, 2008, 4152 la quale, per verificare il «*fumus*» del delitto di peculato mediante uso abusivo di *internet* è necessario verificare il tipo di convenzione che lega l'ente al gestore del servizio di *internet*, e cioè dunque se l'ente paghi una somma forfettaria al mese (c.d. tariffa «flat»), per cui è economicamente indifferente il numero e la durata delle connessioni ad internet eseguita dall'ufficio (e non vi è danno economico anche a fronte di connessioni illegittime) o se viceversa l'ente paghi in funzione della durata delle singole connessioni, caso nel quale la condotta illegittima del dipendente provoca un immediato danno patrimoniale all'ente; cfr., altresì, Id., Sez. VI, 1 marzo 2004, n. 9205, S., *ivi*, 2005, 2597 che, nel caso deciso, ha ritenuto corretta la qualificazione del giudice di merito che aveva ritenuto integrato il reato di peculato, anziché quello di peculato d'uso, nella condotta dell'imputato, il quale aveva smontato dal proprio computer d'ufficio dei pezzi per installarli su quello privato per svolgere il proprio lavoro a domicilio, ancorché, alcuni come il Dvd, non necessari per tale uso, rimontandoli solo al momento in cui la manomissione era stata scoperta).

⁷ Cass., Sez. VI, 29 luglio 2008, n. 31688, C., in *Cass. pen.*, 2009, 1007 che, con argomenti non condivisibili, ha riscontrato il requisito della «violazione di legge» nel fatto che l'uso del bene fosse avvenuto per un fine diverso da quello voluto dalla legge (e comunque estraneo alla p.a.), sì che, in definitiva, il comportamento dell'agente avrebbe finito con il travalicare lo schema della legalità.

⁸ Nei nostri stessi termini, PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 69 ss..

⁹ Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 3879, Sale, in *Riv. pen.*, 2001, 256; nello stesso senso, di recente, Id., Sez. VI, 25 novembre 2010, n. 41709, M.E, in *DeJure*.

compatibile con gli interessi della pubblica amministrazione, come, ad es., la condotta del funzionario pubblico che, per scopi personali, si porti a casa, alla sera, il computer dell'ufficio a lui assegnato per l'esercizio della funzione o l'uso momentaneo di un bene strumentale per un periodo di tempo trascurabile che non abbia leso l'ordinaria attività funzionale della p.a. cui lo stesso è asservito e non abbia arrecato un danno patrimoniale apprezzabile¹⁰.

4. (segue): L'uso, per fini privati, di autovetture di servizio della p.a. nella giurisprudenza.

Anche in tema di **uso, per fini privati, di autovetture di servizio** da parte dell'*intra-neus* si sono registrate divergenze interpretative.

Secondo un primo orientamento, l'uso costante e reiterato nel tempo di un'autovettura di servizio, da parte del pubblico funzionario, integra la più grave ipotesi di **peculato per appropriazione**¹¹.

Secondo altro e prevalente orientamento, l'impiego abituale e/o comunque l'indebita utilizzazione di un'autovettura pubblica da parte del funzionario per compiere itinerari cittadini per fini personali, ivi compreso l'accompagnamento casa-ufficio, è stata qualificata come **peculato d'uso**¹². Di recente, la fattispecie è stata poi

¹⁰ Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2012, n. 25255, in *DeJure*; Id., Sez. VI, 12 gennaio 2012, n. 809, *ivi*; Id., Sez. VI, 25 novembre 2010, n. 41709, cit.; Id., Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 10233, S., in *Cass. pen.*, 2007, 4611; Id., Sez. VI, 9 marzo 2005, n. 9216, T., in *Riv. pen.*, 2005, 834. Nello stesso senso, in dottrina, PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., 69.

¹¹ Cass., Sez. VI, 30 maggio 2012, n. 20922, in *D&G* 2012, 380; Id., Sez. VI, 22 marzo 2005, n. 11430, Z., CED 231320 (nel caso deciso, l'indebito uso si era protratto anche dopo la cessazione del contratto d'opera che tale utilizzazione prevedeva) e, fra le più recenti, Id., Sez. VI, 9 novembre 2010, n. 39347, V., in *DeJure* (nel caso deciso v'era stato un utilizzo della vettura per scopi personali da parte di un dipendente della Croce Rossa Italiana – qualificato come incaricato di un pubblico servizio – che si era portato a casa anche dei buoni pasto destinati al personale addetto al trasporto degli ammalati). Anche nella «giustizia militare», si è ravvisato il peculato militare, previsto e punito dall'art. 215 c.p.m.p., e non già quello del «peculato d'uso» previsto dall'art. 314, co. 2, nella condotta d'impiego per uso personale di un velivolo dell'amministrazione militare di appartenenza, con fruizione dei connessi servizi di trasporto e con conseguente consumo di carburante e sfruttamento di prestazioni d'opera del personale addetto; cfr. Corte App. mil. 18 giugno 2010, *ivi* che, in motivazione, qualificando come «appropriazione» e non già «distrazione» una simile condotta, ha affermato che la sottrazione del vettore e delle energie alle ordinarie finalità si traduce non già in un momentaneo sviamento della *res* ma in una piena potestà dominicale del reo.

¹² Trib. Ivrea 16 aprile 2007, P., in *Corr. Merito* 2007, 891: nel caso deciso, ha configurato il reato di cui all'art. 314, comma 2, nell'uso dell'auto per acquistare presso altro Comune un farmaco contro la cefalea e, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. VI, 18 febbraio 1997, n. 1703, Zanella, CED 206949, in *Riv. pen.*, 1997, 598; Id., Sez. VI, 16 maggio 1997, Federighi, CED 207594, in *Cass. pen.*, 1998, 1118; Id., Sez. VI, 13 novembre 1997, Cordisco, in *Guida al dir.*, 1997, n. 49, 94; Id., Sez. VI, 18 gennaio 2001, n. 352, Casseti, *ivi*, 2001, n. 7, 64; Id., Sez. VI, 5 giugno 2003, B., in *Foro it.*, 2004, II, 18; Id., Sez. I, 23 marzo 2006, n. 10274, M., in *Cass. pen.*, 2007, 2051 che ha appunto configurato come peculato d'uso l'utilizzo di un'automobile per fini personali da parte di poliziotti «*indipendentemente dalla concomitante utilizzazione della vettura anche per fini istituzionali*» (fattispecie in cui l'auto di servizio era stata utilizzata per installarvi un abusivo apparato di

inquadrata anche nel delitto di **abuso d'ufficio**¹³ nella considerazione che in simili condotte non rilevano tanto le disfunzioni o l'entità del danno cagionato alla pubblica amministrazione, quanto – e soprattutto – l'ingiusto vantaggio patrimoniale procurato dall'agente a sé stesso o a terzi (nell'originaria imputazione, si contestava ad un Prefetto il delitto di peculato per aver disposto diversi accompagnamenti della moglie per viaggi effettuati con autovetture di servizio).

Anche relativamente a tali condotte, la Cassazione, preoccupata evidentemente della gravità delle possibili conseguenze sanzionatorie, ha correttamente escluso gli estremi dell'appropriazione penalmente rilevante di fronte a condotte del tutto *occasional*i, laddove non si era verificato alcun apprezzabile pregiudizio patrimoniale all'ente o un intralcio all'ordinaria attività funzionale dell'amministrazione¹⁴.

Ovviamente *non* potrà essere configurato alcun reato nei casi in cui l'uso personale del bene (auto, telefono, computer, ecc.) è *consentito* da norme amministrative o da un atto della pubblica amministrazione. Per questa ragione la giurisprudenza ha escluso il reato *de quo* nel caso di un Ministro che, dopo una cerimonia pubblica, era stato accompagnato alla propria dimora estiva con un elicottero dei vigili del fuoco (nella fattispecie decisa è stato ritenuto invocabile l'art. 4 del r.d. 3 aprile 1926, n. 746¹⁵).

5. La pronuncia della VI Sezione penale in data 18 luglio 2012, n. 36760.

intercettazione di comunicazioni tra presenti) e, di recente, Id., Sez. VI, 18 giugno 2009, n. 25541, C., in *DeJure*; Id., Sez. VI, 8 luglio 2011, n. 26812, *ivi*.

¹³ Cass., Sez. VI, 18 giugno 2009, n. 25537, G., CED 244358, in *DeJure*.

¹⁴ Così, ad es., Cass., Sez. VI, 20 giugno 2003, n. 27007, G., in *Cass. pen.*, 2004, 1626, con nota adesiva di ACETO-DE AMICIS, che ha escluso la configurabilità del delitto di peculato nella condotta del magistrato che – in qualità di Presidente del Tribunale – utilizzava l'auto di servizio esclusivamente per il percorso casa-ufficio, pur trattandosi di percorsi extra-comunali in quanto le abitazioni del magistrato erano poste fuori dal comune in cui aveva sede l'ufficio (in motivazione, si è rilevato che il bene di cui il pubblico ufficiale ha la disponibilità per ragioni del suo ufficio «rimane pur sempre nell'ambito della sua normale destinazione giuridica», e cioè nella sfera della pubblica amministrazione, per cui in tali casi potrà rilevare solo una responsabilità sul piano disciplinare); Id., Sez. VI, 11 aprile 2005, n. 13064, L.R., in *Guida al dir.*, 2005, n. 18, 88, che ha escluso anch'essa la sussistenza del reato nell'ipotesi dell'uso momentaneo (nella specie, in una sola circostanza), giacché in tal caso, anche per l'estrema esiguità del valore dei beni oggetto di appropriazione, questa non si protrae per il tempo sufficiente a determinare una sottrazione della cosa alla sua destinazione istituzionale; Id., Sez. VI, 9 marzo 2005, n. 9216, T., in *Riv. pen.*, 2005, 834; Id., Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 10233, S., in *Cass. pen.*, 2007, 4611 che ha escluso qualsivoglia figura di reato nell'occasionale utilizzazione per scopi personali, da parte di un carabiniere, dell'autovettura di ufficio; conf.: Id., Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 7177, R., in *Guida al dir.*, 2011, n. 25, 74 (si trattava, nel caso deciso, di nove episodi complessivi contestati a sei componenti della Giunta di un grande Comune, sorvegliati per più di un anno) nonché Id., Sez. VI, 12 gennaio 2012, n. 809, G., *ivi*, 2012, n. 9, 72 (m); Id., Sez. VI, 9 febbraio 2012, n. 5006, P., in *DeJure* (entrambe per un unico episodio di spostamento e per un limitato tragitto); Id., Sez. VI, 27 aprile 2012, n. 16092, in *D&G* 2012, 377 (fattispecie che riguardava due operatori sanitari che si erano presentati al matrimonio di un collega con l'ambulanza dell'ASL).

¹⁵ Trib. L'Aquila, 3 maggio 1993, Gaspari, in *Riv. pen.*, 1994, 767.

La VI Sezione penale, con ordinanza in data 18 luglio 2012, n. 36760, depositata il 24 settembre 2012 e di cui si è già data notizia in questa Rivista, ha ritenuto di dover rimettere alle Sezioni unite la questione dell'esatta qualificazione giuridica dell'uso improprio da parte del pubblico funzionario del telefono cellulare assegnatogli per ragioni d'ufficio, per la potenzialità di un contrasto giurisprudenziale.

Nell'ordinanza, il Collegio ha lasciato intendere che tale condotta dovrebbe rientrare sotto la previsione normativa dell'**abuso d'ufficio**, concretizzandosi un simile comportamento nell'«*utilizzazione irregolare, illegittima, di un servizio messo a disposizione dell'Amministrazione per finalità di ufficio*», piuttosto che nell'«*appropriazione materiale di un bene/energia*». Ed il requisito della sussistenza di una «violazione di norme di legge o di regolamento» – essenziale per la configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p. – è stato rinvenuto nella «*disciplina sull'uso del servizio telefonico cellulare e comunque nei principi generali, anche di rilievo costituzionale, di contabilità dello Stato*»¹⁶. Nello stesso tempo si è osservato – sempre da parte del giudice di legittimità – che «*merita un'attenta riflessione, il cui esito può condurre ad un ripensamento delle conclusioni cui questa Corte suprema è giunta da tempo...la specifica doglianza del ricorrente, secondo il quale la lettura che individua l'oggetto dell'appropriazione negli impulsi elettronici che consentono la trasmissione della voce si allontana in modo intollerabile dal concetto di entità materiale suscettibile di appropriazione, per accogliere un'interpretazione dell'art. 314 c.p. che, ben oltre il dato letterale, appare in netto contrasto con il principio di tassatività della fattispecie penale e con il divieto di interpretazione analogica*».

6. La qualificazione giuridica dell'uso improprio del telefono dell'ufficio da parte dell'intraneus.

Indubbiamente, il rigore della pena detentiva prevista per il delitto di peculato (reclusione da quattro a dieci anni¹⁷), a fronte di condotte che non giustificano un trattamento sanzionatorio così elevato, non può che stimolare il ricorso ad altre soluzioni interpretative; e certamente quella dell'abuso d'ufficio – prospettata nella citata ordinanza 36760/2012 – almeno, *prima facie*, può essere una qualificazione corretta sussistendo l'ingiusto vantaggio patrimoniale dell'utilizzatore infedele dell'apparecchio ed il danno patrimoniale all'Amministrazione pubblica. Ma, allo stato, tale soluzione pare impraticabile, difettando il necessario requisito della sussistenza, in tale caso, dell'estremo della **violazione di una norma di legge o di regolamento da parte dell'intraneus**. Infatti, il Codice di comportamento dei dipendenti delle

¹⁶ Si annoti che la pronuncia, allorché si sofferma sulla possibile qualifica giuridica del fatto (abuso d'ufficio) e sul requisito della violazione di norme di legge o di regolamento, rinvia in modo impertinente a Sez. VI, sent. 32384/2010 che non esamina né la problematica dell'uso improprio del cellulare né la normativa sulla contabilità dello Stato.

¹⁷ Il minimo della pena è salito da tre a quattro anni in seguito alla recente e definitiva approvazione da parte della Camera dei Deputati del disegno di legge governativo 4434-B di riforma dei delitti di corruzione, in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

pubbliche amministrazioni (che vietando, all'art. 10, l'uso del cellulare e degli altri beni strumentali per fini privati, viene senz'altro violato dal pubblico agente nell'uso improprio del telefono), non essendo stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 l. 23 agosto 1988, n. 400, non può rientrare fra le «fonti normative» previste dall'art. 323 c.p.¹⁸. Un tale inquadramento – che, anche sotto il profilo sanzionatorio, contempla una pena meno severa, più appropriata al reale disvalore di queste condotte – potrà essere corretto in un futuro se, esclusa la sussunzione della fattispecie in esame nel delitto di peculato, verrà emanato da parte del Governo e secondo le forme previste per i regolamenti (approvazione con d.P.R. previa deliberazione del Consiglio dei Ministri) il codice di comportamento dei pubblici dipendenti, previsto dal d.d.l. n. 4434-B, approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati il 31 ottobre 2012 e in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Ma allo stato la questione è prematura.

Il problema, allora, esclusa l'astratta configurabilità dell'abuso d'ufficio, è quello di **verificare se sia possibile o meno qualificare come «peculato» l'uso indebito del telefono d'ufficio.**

L'indagine andrà svolta non tanto con riguardo all'oggetto materiale della condotta, così come sinora è avvenuto da parte della Corte Suprema, con motivazioni – peraltro, tutte molto sintetiche e senza i dovuti approfondimenti – che si limitano ad una mera petizione di principio, ossia che l'utenza telefonica (*rectius* il servizio telefonico) è un'«energia» avente un valore economico e, come tale, assimilabile alla «cosa mobile» per effetto del richiamo generale contenuto nel comma 2 dell'art. 624 c.p. secondo il quale «agli effetti della legge penale», si considera «cosa mobile» anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico¹⁹. Può infatti dubitarsi, che l'oggetto materiale della condotta dell'*intraneus* possa essere ravvisato nell'«impulso elettrico» tramite il quale si trasmette la voce ed è possibile effettuare una conversazione telefonica. In verità, l'uso del telefono (*rectius*, dell'utenza telefonica) non può essere valutato alla stregua di un'appropriazione di un'«energia», bensì quale «diritto di utenza», rientrante nel novero dei beni immateriali e come tale insuscettibile di apprensione. In altri termini, con la consegna e la conseguente concessione della

¹⁸ Anche nella giurisprudenza (cfr. Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 45261, Nicita, CED 220935, in *Cass. pen.* 2003, 121; Trib. Lecce 27 novembre 2006, M.F., in *Giur. Merito* 2008, 441) è stata esclusa la rilevanza del «Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni», emanato con d.p.c.m. 28 novembre 2000, proprio sulla base del rilievo che questo, oltre ad essere privo della qualifica di regolamento, non è stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 l. 23 agosto 1988, n. 400.

¹⁹ Le stesse argomentazioni sono state formulate dalla Suprema Corte in tema di allacciamento abusivo ad una linea telefonica ove, nel valutare se sia più corretta la qualificazione di una simile condotta come «truffa» o come «furto aggravato dal mezzo fraudolento», si è concluso per quest'ultimo inquadramento [cfr. Cass., Sez. II, 26 gennaio 2005, n. 2349, CED 230696, in *Cass. pen.* 2005, 3858 che, richiamandosi ad un precedente delle S.U. (9 ottobre 1996, Nastasi), afferma testualmente «la sottrazione di energia elettrica attuata mediante manomissione del contatore che alteri il sistema di misurazione dei consumi integra il reato di furto e non quello di truffa» dato che «la condotta dell'agente prescinde nell'induzione in errore del somministrante ed è immediatamente diretta all'impossessamento della cosa per superare la contraria volontà del proprietario»].

facoltà di utilizzo di un apparato telefonico entro determinati limiti si trasferisce ad un soggetto solo il diritto di usufruire del servizio telefonico. Con la conseguenza che l'oggetto della condotta resta, in definitiva, solo l'uso dell'utenza telefonica e non l'energia che ne permette il funzionamento. In tali situazioni, mancando la cosa mobile o l'energia ad essa equiparata sulla quale deve cadere l'azione criminosa, non può parlarsi di «appropriazione». Chi si avvale in modo improprio del telefono in dotazione dell'ufficio, lungi dal cagionare la perdita della fisica disponibilità del telefono stesso, si limita solo a disporre (o distrarre) abusivamente di un diritto che gli è stato concesso.

Una corretta indagine, allora, dovrà essere orientata ad accertare se l' «uso improprio» di una cosa mobile **possa costituire una *species* dell'«appropriazione»**, così come in passato si discuteva per la condotta di «distrazione». In caso di risposta affermativa, il fatto – oggi, come domani – non potrà che essere qualificato quale «peculato» ordinario e non già «peculato d'uso» anche perché, come già si è detto, l'eventuale rimborso delle somme corrispondenti all'importo delle telefonate può valere solo come «ristoro del danno cagionato» ma non può considerarsi come «restituzione» della cosa mobile utilizzata. In caso di risposta negativa, il fatto non rileverà penalmente e potrà dar luogo solo ad un illecito disciplinare (e, un domani, il delitto di abuso d'ufficio, quando, come si è detto, verrà emanato dal Governo – nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 l. 23 agosto 1988, n. 400 – il Codice di comportamento dei pubblici dipendenti²⁰).

7. Uso improprio e appropriazione.

Com'è noto, con la riforma del '90, per effetto del dichiarato intento legislativo, le ipotesi distrattive che, in passato, rappresentavano la condotta alternativa all'appropriazione, non possono più essere ricondotte nell'ambito dell'art. 314²¹. Peraltro, la modifica intervenuta non ha portato alla *decriminalizzazione* di tutte le condotte distrattive: queste, infatti – come ha sottolineato anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 448/1991²² – possono assumere ancora rilevanza penale, se ed in quanto realizzino gli estremi dell'abuso di ufficio o di altra fattispecie criminosa. E, al

²⁰ Si annoti che a norma dell'art. 1, comma 45, del d.d.l. n. 4434-B trasformato in legge ed in corso di pubblicazione i codici di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni dovranno essere approvati entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del citato d.d.l.

²¹ La scelta legislativa di estromettere dal delitto di peculato le *condotte di distrazione* era stata auspicata da più parti nel dichiarato intento di porre un freno a quelle distorsioni interpretative che, spesso, in passato, avevano finito per punire come peculato anche il semplice cattivo uso del potere discrezionale della pubblica amministrazione.

²² Corte cost. 13 dicembre 1991, n. 448, in *Giur. Cost.*, 1991, 3713 (mot.). La Corte Costituzionale, tenuto conto della sostanziale identità della fattispecie contemplata nell'art. 314 (vecchio testo) con quella di cui all'art. 215 c.p.m.p. ha ritenuto irrazionale la scelta del legislatore di non estendere al peculato militare le modifiche introdotte per il peculato comune con la l. 86/1990, in particolare quella relativa all'abolizione del peculato per distrazione.

riguardo, la Suprema Corte²³ ha affermato che il delitto di «abuso d'ufficio» potrà ricorrere quando il pubblico agente, pur utilizzando indebitamente la «cosa altrui», non esclude il proprietario dal godimento della stessa oppure quando la distrazione o l'uso indebito del bene non comportano la perdita del bene stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto.

Orbene, con riferimento alla nozione di «appropriazione», è controverso se nel delitto di peculato tale condotta possa realizzarsi anche mediante l'**uso arbitrario o indebito** dell'altrui cosa, ossia oltre i limiti segnati dal titolo del possesso. Prima di fornire una risposta puntuale, occorre dare atto di come lo stesso problema sia stato risolto nel delitto di appropriazione indebita.

8. (segue): la nozione di «appropriazione» nel delitto di appropriazione indebita.

²³ Cass., Sez. VI, 18 gennaio 2001, n. 381, Genchi, CED 219086, in *Cass. pen.*, 2002, 1040 che ha testualmente affermato: «l'elemento oggettivo del reato di peculato è [...] costituito esclusivamente dall'appropriazione, la quale si realizza con una condotta del tutto incompatibile con il titolo per cui si possiede, da cui deriva una estromissione totale del bene dal patrimonio dell'avente diritto con il conseguente incameramento dello stesso da parte dell'agente [...]. Esula, invece, la figura del peculato, sussistendo quella dell'abuso d'ufficio, quando si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio la quale si concretizzi semplicemente in un indebito uso del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto» (in applicazione di tali principi, la Cassazione ha escluso la sussistenza del delitto di peculato nella condotta di utilizzazione, da parte di alcuni docenti universitari, di strumentazioni e strutture dell'Università per l'esecuzione di libera attività professionale, ravvisandovi, invece, il reato di abuso d'ufficio); Id., Sez. VI, 17 gennaio 2002, n. 1905, Manzo, CED 220430, in *Riv. pen.*, 2002, 611 che ha escluso la sussistenza del peculato, ravvisandovi quello di abuso d'ufficio, nella condotta di appropriazione a proprio vantaggio da parte di alcuni impiegati di una Conservatoria immobiliare di materiale di consumo e di energia elettrica necessaria al funzionamento di macchinari dell'ufficio e, di recente, Id., Sez. VI, 7 aprile 2009, n. 14978, D.M., in *Dejure* (nella fattispecie relativa al prelievo di somme dal fondo detenuti da parte del funzionario preposto, allo scopo di usarle come anticipo per il pagamento di una missione fuori sede per conto dell'Ufficio, la Corte ha qualificato il fatto come abuso d'ufficio e non peculato, posto che l'imputato, pur avendo tratto un indebito vantaggio dall'utilizzo della somma, non aveva inteso appropriarsene, ma adoperarla in un ambito di finalità latamente pubblica); Id., Sez. VI, 29 luglio 2008, n. 31688, C., CED 240692, in *Cass. pen.*, 2009, 1007 (nella fattispecie, la Corte ha escluso la configurabilità del peculato, posto che il delitto era stato consumato da un pubblico dipendente che, a fini privati, usava il collegamento a *forfait* della pubblica amministrazione ad *internet* – c.d. *tariffa flat* -, senza causare all'amministrazione un maggior costo e dunque senza che potesse configurarsi una condotta appropriativa); Id., Sez. II, 13 maggio 2010, n. 18160, P., in *Guida al dir.*, 2010, 28, 85. Esistono, peraltro, altre pronunce con cui la Cassazione ha ribadito che «l'eliminazione della parola 'distrazione' dal testo dell'art. 314, operata dalla l. n. 86/1990, non ha determinato puramente e semplicemente il transito di tutte le condotte distrattive effettuate dal pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) nell'area di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio». In quest'ottica, si è puntualizzato che deve tuttora ritenersi integrato il delitto di peculato quando «mediante distrazione del denaro o della cosa mobile altrui, tali risorse vengano sottratte da una destinazione pubblica ed indirizzate al soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi»; viceversa, si configurerà l'abuso d'ufficio in quei «casi in cui la destinazione del bene, pur viziata per opera dell'agente, mantenga la propria natura pubblica e non vada a favorire interessi estranei alla p.a.»; così, Id., Sez. VI, 27 novembre 2002, n. 40148, Gennari, in *D&G* 2003, n. 5, 51.

Con riferimento al **reato di cui all'art. 646 c.p.**, taluno²⁴ ha affermato che il mero uso indebito della cosa darebbe luogo soltanto ad un illecito civile, stante la mancanza di una norma analoga a quella dell'art. 626 c.p.; nello stesso senso si era del resto espressa la Relazione ministeriale al Progetto definitivo²⁵. Secondo la dottrina prevalente, invece, esclusi i casi di uso momentaneo della cosa posseduta in cui manchi la volontà di farla propria, ogni altra forma di uso arbitrario o indebito della stessa, accompagnato dall'intenzione di servirsene come se fosse propria, dà luogo all'incriminazione²⁶. Dello stesso avviso è la giurisprudenza prevalente, secondo cui deve ritenersi «*estranea alla struttura dell'art. 646 l'appropriazione di uso nei limiti sostanzialmente segnati dal furto di uso e, quindi, quando l'utilizzo presenti le seguenti caratteristiche: godimento momentaneo della cosa (diverso da quello legittimo), sua effettiva restituzione, non deterioramento dell'oggetto, dolo di uso. È, invece, possibile l'appropriazione indebita di uso quando il godimento è un modo per esercitare il dominio sulla res. In altre parole è configurabile l'appropriazione indebita quando l'uso si concretizzi in atti di signoria assoluta sulla cosa o in una alterazione della stessa che ne diminuisca in maniera rilevante il valore economico o quando l'utilizzo, atteso il titolo del possesso, non era assolutamente consentito. In questa ipotesi, l'agente si comporta verso la cosa uti dominus, tenendo un atteggiamento inconciliabile con l'altrui maggiore diritto e l'uso della res diventa una modalità alternativa per conseguire l'impossessamento*»²⁷. In sintesi, all'interno della figura delittuosa delineata nell'art. 646, la nozione di «appropriazione», con il passare del tempo, ha finito per assumere un significato sempre più ampio comprensivo sia dell'appropriazione in senso stretto, sia della distrazione, sia, infine, dell'uso arbitrario che comporti una forma di signoria analoga a quella esercitabile *uti dominus* o «*dal quale derivi al proprietario l'irreversibile perdita*» del denaro o della cosa mobile²⁸. Una tale dilatazione del termine – che, soprattutto in

²⁴ ANGELOTTI, *Le appropriazioni indebite nel sistema del diritto vigente e nella nuova legislazione penale*, 2° ed., Jovene, Napoli, 1933, 46; PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Morano, Napoli, 1933, 377.

²⁵ Cfr., *Lav. prep.*, II, 447: «*Il Progetto non ha creduto riconoscere come passibile di sanzione penale l'appropriazione indebita d'uso, perché, come è stato autorevolmente messo in rilievo, nel furto è prevista qualsiasi violazione del possesso altrui per trarne profitto, mentre nell'appropriazione indebita, trovandosi già il possesso della cosa legittimamente presso il colpevole, non può punirsi che il solo illegittimo tramutamento di tale possesso in proprietà, ossia l'appropriazione*».

²⁶ Cfr., fra gli altri, PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, in *Dig. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, 228; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, 5° ed., vol. IX, Utet, Torino, 1987, 938; PEDRAZZI, voce *Appropriazione indebita*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, 844; PISAPIA, voce *Appropriazione indebita*, in *Noviss. Dig.*, I, Utet, Torino, 1974, 800; PROSDOCIMI, *Esercizio del credito e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.* 1988, 1000. Nello stesso senso, anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 13° ed., Giuffrè, Milano 1999, 343 per il quale non vi sono ragioni per escludere la configurabilità del reato quando l'uso non consentito della cosa risulti inconciliabile con il diritto del proprietario a causa della rilevante diminuzione che determina nel patrimonio di questi, cioè tutte le volte in cui la cosa sia sottoposta ad un logorio che ne scemi in modo rilevante il valore.

²⁷ Cass., Sez. II, 31 maggio 1997, n. 5136, Bussei, in *Guida al dir.*, 1997, n. 23, 80 e, recentemente, Id., Sez. II, 15 dicembre 2009, n. 47665, in *DeJure*.

²⁸ Cfr., sul punto, MAGRI, in MARINUCCI-DOLCINI, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Cedam, Padova, vol. VII, 2007, 160.

giurisprudenza, abbiamo visto finire per comprendere qualunque violazione del titolo e delle ragioni del possesso – può apparire però eccessiva: non sembra, infatti, poter integrare gli estremi dell'appropriazione indebita la distrazione o l'uso che, senza creare un contrasto effettivo con l'interesse del titolare del bene, dia luogo soltanto a mera inosservanza, da parte del possessore, di istruzioni del *dominus*. A ben vedere, il possessore che non osserva le istruzioni del *dominus*, ma che continua a utilizzare il bene nell'interesse del medesimo, ne riconosce la signoria e, quindi, non si comporta *uti dominus*²⁹: solo «l'utilizzo in funzione di interessi estranei al dominus e incompatibile con il suo interesse» può essere ricondotto allo schema del «comportarsi arbitrariamente *uti dominus*» nel quale, scolasticamente, si ravvisa il «nucleo materiale» di quelle condotte sussumibili nel delitto di appropriazione indebita³⁰.

9. (segue): la nozione di «appropriazione» nel delitto di peculato.

Una volta ricostruita l'effettiva portata della nozione di «appropriazione» nel quadro dell'art. 646 c.p., va ora verificato se le conclusioni cui siamo pervenuti si attagliano anche al reato di peculato.

Orbene, con riguardo a tale delitto, la giurisprudenza prevalente ritiene che il concetto di «**appropriazione**», anche dopo la riforma del '90, sia rimasto pressoché invariato³¹. Anziché proporre nuove definizioni, la giurisprudenza si limita infatti a rinviare alle elaborazioni precedenti³² che individuavano la nozione in esame nel comportamento *uti dominus* dell'agente nei confronti della cosa mediante il compimento di atti incompatibili con il titolo per cui si possiede, così da realizzare l'*intersersio possessionis* e l'interruzione della relazione funzionale tra il bene e il suo legittimo proprietario. Peraltro, nella elaborazione della nozione, un contributo significativo veniva e viene tuttora attribuito all'*animus rem sibi habendi*. Significativa, la seguente pronuncia della Cassazione: «il fatto che l'agente abbia trasformato, sia pure irregolarmente, il proprio originario possesso indiretto in possesso diretto, acquisendo la materiale detenzione del danaro o altra cosa mobile appartenente alla pubblica amministrazione, non può essere considerato, di per sé, come elemento atto a realizzare l'appropriazione, occorrendo a tale ultimo fine la prova che detta trasformazione sia stata accompagnata dall'*animus rem sibi habendi* ed abbia quindi coinciso con l'*intersersio possessionis*»³³. La giurisprudenza ha poi ulteriormente precisato che per aversi «appropriazione» è

²⁹ PEDRAZZI, *Sui limiti dell'«appropriazione»*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.* 1997, 1444.

³⁰ PEDRAZZI, *Op. ult. cit.*, 1444.

³¹ Nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 22 novembre 1996, Pravisani, in *Riv. pen.*, 1997, 187; Id., Sez. VI, 25 novembre 1994, Capponi CED 200199, *ivi*, 1995, 1186; Id., Sez. VI, 30 maggio 1994, Contino, CED 198883, in *Cass. pen.*, 1995, 3348; Id., Sez. VI, 24 agosto 1993, Ferolla, CED 194923, *ivi*, 1995, 285; Id., Sez. VI, 12 novembre 1992, De Sierno, *ivi*, 1994, 1852; Id., Sez. VI, 13 settembre 1991, Ragazzoni, CED 188195, *ivi*, 1993, 558; Id., Sez. I, 25 luglio 1991, Fontecchio, CED 188316, in *Giust. pen.*, 1992, II, 219.

³² Cfr., per tutte, Cass., Sez. VI, 10 novembre 1987, Matera, CED 176972, in *Cass. pen.*, 1988, 2081.

³³ Cass., Sez. I, 25 luglio 1991, Fontecchio, in *Giust. pen.*, 1992, II, 146.

necessaria una condotta che non risulti giustificata o giustificabile come pertinente all'azione della pubblica amministrazione³⁴; di conseguenza, nel caso in cui vengano effettuati pagamenti indebiti in favore di terzi – operati pur sempre in nome e per conto della p.a. e, quindi, senza negare l'appartenenza pubblica del denaro, utilizzato nell'apparente rispetto di finalità istituzionali – può configurarsi solo una distrazione: di appropriazione, invece, si potrà parlare solo quando la creazione di una falsa apparenza di legalità sopravvenga alla già realizzata sottrazione del denaro e tenda a occultarla o dissimularla³⁵. In quest'ottica, oltre alla necessità del comportamento materiale, si è richiesto che questo debba essere sorretto anche dalla volontà, esplicita o implicita, di tenere la cosa come propria; volontà riguardante non tanto l'elemento psicologico del reato quanto il suo elemento materiale³⁶. Quanto ai requisiti della condotta appropriativa, si è sottolineato come questa debba essere caratterizzata da due aspetti: uno negativo e l'altro positivo: il *primo*, definito come «*espropriazione*» (consistente nella negazione dei diritti altrui, ossia nell'esclusione del vero proprietario dal rapporto con la cosa), il *secondo*, «*impropriazione*», ossia la creazione di un rapporto di fatto con la cosa³⁷.

10. Conclusioni.

Così ricostruita la nozione di «appropriazione», riteniamo che questa, nell'art. 314 c.p., rivesta, senz'altro, un **significato più ampio** di quello che aveva prima della riforma del '90³⁸: e più ampio anche di quello che lo stesso termine possiede, secondo l'orientamento tradizionale³⁹, nel delitto di appropriazione indebita, dove

³⁴ Cass., Sez. V, 7 agosto 1996, Battaglia, CP 1997, 2064.

³⁵ Cass., Sez. V, 7 agosto 1996, Battaglia, cit.

³⁶ Cass., Sez. VI, 25 novembre 1994, Capponi CED 200199, RP 1995, 1186; Id., Sez. VI, 24 agosto 1993, Ferolla, CED 194923, CP 1995, 285; Id., Sez. I, 25 luglio 1991, Fontecchio, CED 188316, GP 1992, II, 219; nello stesso senso, la dottrina: cfr., per tutti, PALAZZO *Commento all'art. 314*, in PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione*, Utet, Torino, 1996, 3 ss..

³⁷ GUIDI, *Appropriazione, distrazione ed uso nel delitto di peculato*, Giuffré, Milano, 2008, 77; PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 54 ss.; PEDRAZZI, *Sui limiti dell'«appropriazione»*, cit., 1444; PROTO, *Analisi del concetto di appropriazione e abuso del possesso*, Riv. it. dir. pen. e proc. 1953, 332; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis cod. pen. Commentario sistematico*, 2° ed., Giuffré, Milano, 2006, 30; la necessità dell'estromissione totale del bene dal patrimonio dell'avente diritto, con il conseguente incameramento dello stesso da parte dell'agente, è sottolineata anche dalla giurisprudenza nelle sue più recenti pronunce, cfr. Cass., Sez. VI, 13 maggio 2010, n. 18160, P., Guida al dir 2010, n. 28, 85.

³⁸ La maggior latitudine del concetto di appropriazione, accolto nell'art. 314, non abbraccia peraltro la condotta di distrazione intesa come deviazione di una cosa da una finalità impressa dalla pubblica amministrazione verso altra finalità, incompatibile con la prima.

³⁹ V., per tutti, PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, cit., 377.

l'appropriazione, come si è visto, non abbraccia qualsivoglia forma di uso delle cose possedute⁴⁰.

Nel delitto di peculato, l'appropriazione può, infatti, essere integrata **anche dall'uso indebito** della cosa che avvenga con modalità e intensità tali da sottrarla alla disponibilità del legittimo proprietario o della pubblica amministrazione; in tali casi, verificandosi la definitiva «impropriazione» del bene, il pubblico funzionario finisce per abusare del possesso impedendo alla pubblica amministrazione di poter utilizzare la cosa per il perseguimento dei suoi fini (è il caso, ad es., di un uso continuato e sistematico dell'auto di servizio, per finalità pressoché esclusivamente private⁴¹).

Una limpida conferma sistematica del fondamento di questa proposta interpretativa va tratta dal secondo comma dell'art. 314 laddove il legislatore ha espressamente represso, con una sanzione più lieve, una meno grave forma di peculato di «uso», ossia la condotta del pubblico agente che agisce *«al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa» restituendola immediatamente dopo averla usata*. Ne segue che il peculato sarà integrato, nella forma più grave delineata nel primo comma dell'art. 314, quando la cosa venga usata *non momentaneamente – e quindi definitivamente – o anche momentaneamente ma senza restituirla dopo l'uso*.

Così ricostruita la nozione di appropriazione penalmente rilevante ai sensi dell'art. 314 c.p., calandoci nella fattispecie che ci occupa, al fine di valutare se l'uso improprio del telefono cellulare o del telefono fisso possa integrare il reato di peculato ordinario, occorrerà verificare se tale condotta possa integrare gli estremi dell'appropriazione. Occorrerà cioè valutare se l'uso della cosa è avvenuto con modalità e intensità tali da sottrarre la cosa stessa alla disponibilità della pubblica amministrazione. In tale ultimo caso, verificandosi la definitiva «impropriazione» del bene e l'esclusione del proprietario dal rapporto con la cosa, il pubblico funzionario finirà per abusare del possesso impedendo alla pubblica amministrazione di poter utilizzare la cosa per il perseguimento dei suoi fini. In caso contrario, **la condotta dell'intraneus**, concretizzandosi in un uso indebito del bene che non comporta la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto, **non rileverà penalmente**; potrà esservi solo un illecito disciplinare ma il grave delitto di peculato non prenderà corpo.

Orbene, anche se l'uso del telefono fisso o cellulare per fini personali dovesse avvenire con assiduità e in via continuativa, lo stesso, non potrà mai comportare la «sottrazione del bene alla disponibilità della pubblica amministrazione». Anche in tali

⁴⁰ Ovviamente si perverrà a soluzioni opposte se si ritiene, conformemente alla giurisprudenza prevalente, che il delitto di appropriazione indebita sia integrato anche laddove l'uso ecceda le facoltà inerenti al possesso e si accompagni alla volontà del soggetto agente di tenere la cosa come propria.

⁴¹ Negli stessi termini, GUIDI, *Appropriazione, distrazione ed uso nel delitto di peculato*, cit., 77 ss.. Secondo taluno, invece, l'uso prolungato o «regolare» della cosa darebbe luogo al delitto di abuso d'ufficio. Cfr., MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Indice pen.*, 1993, 722 la quale afferma che sarebbe *«possibile distinguere tre forme di uso a diversa rilevanza penale: l'uso che realizzi la definitività del momento negativo, riconducibile al peculato per appropriazione; l'uso caratterizzato dalla regolarità, punibile a titolo di abuso d'ufficio; l'uso momentaneo, sanzionato dalla nuova fattispecie di peculato d'uso»*.

casi, infatti, la disponibilità del telefono affidato al pubblico dipendente per ragioni di ufficio rimane pur sempre in capo alla pubblica amministrazione e detta disponibilità non può certo venir meno per l'uso arbitrario che viene fatto dell'apparato telefonico.

Concludendo, allo stato, l'uso indebito del telefono non può integrare alcuna fattispecie penalmente rilevante dato che la configurabilità dell'abuso d'ufficio presuppone che il comportamento dell'agente si traduca in una violazione di una norma di legge o di regolamento di carattere precettivo, che, allo stato, ripetesì, non pare esistere nel nostro ordinamento⁴².

⁴² A diverse conclusioni si potrebbe pervenire se si dovesse ritenere che il requisito della «violazione di una norma di legge o di regolamento» possa essere integrato anche da una condotta che si ponga fuori dallo schema della legalità dell'azione amministrativa; una motivazione questa, però, che, a nostro avviso, non può essere condivisa dato che la violazione normativa, rilevante alla stregua dell'art. 323, deve essere correlata soltanto a quelle disposizioni dotate di uno specifico contenuto prescrittivo, la cui trasgressione vada ad incidere su posizioni soggettive sostanziali: il che significa che la norma violata non deve essere genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa ma deve essere intrinsecamente (i) dotata di un sufficiente livello di significatività sul piano del disvalore criminale, (ii) specificamente orientata a vietare il comportamento sostanziale del soggetto pubblico ed avere un qualche riflesso sul contenuto dispositivo della determinazione finale, a ciò non bastando la mera violazione di un principio di carattere generale. Cfr., se si vuole, Benussi, in Dolcini-Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, 3° ed., Ipsoa, Milano, 2011, art. 323, 3200.