

I files sono cosa mobile per la legge penale: un primo passo verso la tutela dell'ambiente digitale.

di **Massimo Borgobello**

CASSAZIONE PENALE, SEZ. II, 13 APRILE 2020 (UD. 7 NOVEMBRE 2019), N. 11959
PRESIDENTE CAMMINO, RELATORE DI PAOLA

Sommario. **1.** Premessa. - **2.** La vicenda processuale. - **3.** La pronuncia della Seconda sezione penale sul primo motivo: i *files* sono "cosa mobile". - **4.** La conclusione è corretta, la motivazione debole: per una ricostruzione del concetto di "cosa mobile" è necessario un approfondimento ulteriore. - **5.** Per una ricostruzione oggettiva della questione, affermando la natura di cosa mobile dei *files*. - **6.** L'esigenza di un diritto (penale) dell'ambiente digitale.

1. Premessa.

La sentenza in commento si evidenzia per aver affrontato una tematica apparentemente risolta da tempo dalla dogmatica penalistica – il concetto di cosa mobile di cui all'art. 646 Cod. pen. – ma che presenta tuttora elevate criticità per quanto riguarda le fattispecie concrete in ambiente digitale.

La questione attiene all'inquadramento dei *files* nell'ambito della categoria della "cosa mobile", rilevante ai sensi degli artt. 624 e 646 Cod. pen.; fino alla sentenza depositata il 13 aprile 2020, infatti, la natura di *res incorporales* dei *files* aveva portato la giurisprudenza prevalente ad escludere che potessero essere oggetto di materiale apprensione e che, quindi, potessero rientrare nell'oggetto della condotta materiale dei reati menzionati.

Inutile dire che, data la rilevanza in ambito digitale del *file* in sé, il vuoto di tutela era divenuto ormai insostenibile e andava, in qualche modo, colmato.

La sentenza in commento coglie questa esigenza e ribalta la tesi dominante, affermando che, per la sola impossibilità di percepire i *files* in maniera sensoriale, non per questo non sono un'entità fisica e, quindi, cosa mobile.

Se il risultato finale è del tutto condivisibile, sarà comunque opportuno spendere alcune considerazioni in ordine all'*iter* logico-giuridico che ha determinato il *decisum*, atteso che, per sua natura, questa sentenza appare

più come un punto di passaggio che un punto di arrivo¹ e che, a parere di chi scrive, sarebbe comunque opportuno un intervento del legislatore².

2. La vicenda processuale, in breve.

La fattispecie concreta che ha portato alla sentenza in commento vedeva un dipendente della società costituita parte civile copiare tutti i *files* inseriti nel *laptop* aziendale a sua disposizione, con restituzione dello stesso completamente formattato, così determinando un malfunzionamento del *backup* delle *email* aziendali.

Tratto a giudizio, veniva condannato in primo grado per i reati di cui agli artt. 635 *quater* e 646 Cod. pen.; proposto gravame, veniva assolto per il reato di cui all'art. 635 *quater* Cod. pen.

La Corte territoriale, tuttavia, confermava la condanna per il reato di cui all'art. 646 Cod. pen. "(solo per una parte dei beni indicati nell'originaria imputazione)"³.

Proponeva quindi ricorso per cassazione la difesa dell'imputato, deducendo primariamente⁴ la violazione di legge ex art. 606, lett. b), Cod. proc. pen. in relazione all'art. 646 Cod. pen.: fulcro dell'argomentazione difensiva era l'impossibilità di configurare l'appropriazione indebita di *files*, non potendo questi ultimi essere qualificati come cose mobili⁵.

¹ Si veda *infra*.

² Chi scrive appartiene alla corrente di pensiero per cui la regolamentazione dell'ambiente digitale necessiterebbe di un intervento legislativo *ad hoc*, con idoneo apparato definitorio e con una tutela penale specifica e finalizzata alle esigenze del nuovo millennio. Il legislatore, fino ad ora, ha, al contrario, regolamentato le fattispecie relative all'ambiente digitale in maniera analoga alle fattispecie "tradizionali", così ignorandone le peculiarità. La questione era già stata affrontata dalla dottrina: "il legislatore ha (...*omissis*) rinunciato a cogliere le specificità della criminalità informatica, che incide su beni giuridici, in tutto o in parte, nuovi, non avvedendosi delle significative ricadute che i reati informatici hanno sul piano dogmatico (in relazione al concetto di azione, di evento, al concorso di persone nel reato, al momento consumativo, al *locus commissi delicti*, ecc.)". Così I. Salvadori, *I reati contro la riservatezza informatica*, in AA.VV., *Cybercrime*, Milano, Utet Giuridica, pag. 658. Si veda il § 6.

³ Così la sentenza in commento a pag. 2, "*Ritenuto in fatto*".

⁴ Ai fini della presente trattazione si ometterà l'analisi degli altri motivi e dell'impugnazione della parte civile, di cui si darà conto in seguito. Si veda la nota seguente.

⁵ Per completezza si segnala che la difesa dell'imputato aveva dedotto anche un secondo motivo ex art. 606 lett. e), Cod. proc. pen., per mancanza e manifesta illogicità della motivazione in ordine alla prova dell'esistenza dei *files* in discorso sul *notebook* aziendale. Anche la parte civile aveva proposto ricorso per cassazione e, con due distinti motivi, aveva lamentato, *in primis*, un vizio di motivazione - difetto di motivazione rafforzata - in ordine all'assoluzione dell'imputato per il reato di cui all'art. 635 *quater* Cod. pen. Col secondo motivo veniva dedotta la violazione di legge ex art. 606, lett. b), Cod. proc. pen. in relazione all'art. 646 Cod. pen., con riferimento ad una parte di dati per la cui appropriazione l'imputato era stato assolto.

3. La pronuncia della Seconda sezione penale sul primo motivo⁶: i *files* sono “cosa mobile”.

La Corte ha dovuto affrontare la questione concernente “la possibilità di qualificare i dati informatici, in particolare i singoli *files*, come cose mobili, ai sensi delle disposizioni della legge penale e, specificamente, in relazione alla possibilità di costituire oggetto di condotte di appropriazione indebita”⁷.

Nel dare conto dei precedenti in materia, la Seconda sezione non ha potuto esimersi dall’ammettere che l’orientamento maggioritario ha sempre escluso che i beni immateriali potessero essere qualificati come cosa mobile con riferimento ai reati di cui agli artt. 624 e 646 Cod. pen.

Con riferimento al delitto di furto, in particolare, veniva rilevato come la condotta di mera replica di *files* da supporto altrui non sia stata considerata rilevante ex art. 624 Cod. pen., in ragione del difetto del requisito della perdita di possesso della *res* da parte del detentore legittimo⁸.

Posizioni sostanzialmente analoghe venivano richiamate in ordine al delitto di appropriazione indebita: la giurisprudenza maggioritaria ha sempre affermato che oggetto materiale reato in discorso non potevano essere beni immateriali, ad eccezione delle ipotesi in cui oggetto di apprensione fossero i relativi supporti materiali (ad. es. documenti)⁹.

L’orientamento maggioritario argomentava, soprattutto, sul riferimento - di ordine testuale - dell’art. 646 Cod. pen. al concetto di “cosa mobile”.

Quest’ultima, nella dogmatica penalistica, necessita una fisicità tale da essere suscettibile di materiale apprensione, detenzione concreta, oltre all’attitudine ad essere trasportata da un luogo ad un altro.

La conseguenza è l’esclusione dei beni immateriali¹⁰ dalla nozione di cosa mobile, eccezion fatta per l’energia elettrica (in virtù del richiamo dell’art. 624 comma 2, Cod. pen.).

⁶ In questo paragrafo si darà conto, in maniera sintetica, dell’*iter* motivo della sentenza in commento, in maniera piana e senza rielaborazioni, di modo da poter più agevolmente svolgere le considerazioni sui singoli punti successivamente. Si veda *infra*.

⁷ Così la sentenza in commento a pag. 3, § 1.1., *Considerato in diritto*.

⁸ La Corte richiamava, quali precedenti in materia, le seguenti sentenze: Sez. 4, n. 44840 del 26/10/2010, Petrosino, Rv. 249067; Sez. 4, n. 3449 del 13/11/2003, dep. 2004, Grimoldi, Rv. 229785 (sentenza in commento, pag. 3, § 1.1., *Considerato in diritto*).

⁹ Venivano richiamati i seguenti precedenti: Sez. 2, n. 33839 del 12/07/2011, Simone, Rv. 251179, Sez. 5, n. 47105 del 30/09/2014, Capuzzimati, Rv. 261917, Sez. 2, n. 20647 del 11/05/2010, Corniani, Rv. 247270, Sez. 2, n. 21596 del 18/02/2016, Tronchetti Provera, Rv. 267162 (sentenza in commento, pag. 3, § 1.1., *Considerato in diritto*). La Seconda sezione richiamava, infine, un unico precedente (Cass. Sez. 5, sent. n. 32383 del 19.02.2015, Castagna, Rv. 264349) favorevole alla tesi per cui i *files* potevano essere oggetto materiale della condotta appropriativa di cui all’art. 646 Cod. pen. che però, oltre ad essere una *rara avis*, non aveva approfondito la questione specifica.

¹⁰ Tra i quali la Corte annovera “opere d’ingegno, idee ed informazioni in senso lato”.

La Corte, giunta a questo punto dell'*iter* motivo, si è trovata ad affrontare la questione vera e propria, ossia la tensione logico-giuridica tra la struttura fisica dei *files* - e conseguente ricomprensione degli stessi nella nozione di cosa mobile -, giurisprudenza che accede alla dogmatica generale della dottrina penalistica (che vede come cosa mobile solo quella concretamente dotata di fisicità percepibile) ed i principi di determinatezza, tassatività e precisione.

La Seconda sezione, quindi, non ha inteso allontanarsi dalla giurisprudenza della teoria generale penalistica per ricercare in altri settori dell'ordinamento la nozione di cosa mobile: ha inteso piuttosto identificarne il minimo indefettibile secondo la *communis opinio*.

Tale "minimo", secondo la sentenza in discorso, si individua nella "materialità e fisicità dell'oggetto, che deve risultare definibile nello spazio e suscettibile di essere spostato da un luogo ad un altro".

Da comprendere, quindi, se i *files* potevano o meno rientrare in questo spettro: per effettuare tale verifica la Corte ha esaminato la nozione di *file* richiamata nella norma ISO IEC 2382-1:1993¹¹, per cui il *file* "è l'insieme di dati, archiviati o elaborati, cui sia stata attribuita una denominazione secondo le regole tecniche uniformi".

Non solo: i *files* hanno una dimensione fisica, calcolata dagli strumenti di lettura in maniera binaria, tramite un'unità di misura detta *bit*, collocate in celle - dette *byte* - da otto unità ciascuna.

Ciò posto, la Corte ha concluso per la presenza di una dimensione fisica dei *files*, pur privi della possibilità di materiale percezione sensoriale e materiale apprensione.

La segnalata difficoltà è stata affrontata dalla Corte facendo ricorso a richiami dottrinali e, sostanzialmente, affermando che la misurabilità e la possibilità di trasferire i *files* da un supporto ad un altro determinano la possibilità di ricomprenderli nel novero delle cose mobili, anche in ragione della *ratio* delle norme incriminatrici a tutela del patrimonio e delle relative classi di beni oggetto di presidio penale¹².

La Seconda sezione, giunta a queste conclusioni, ha effettuato una verifica del proprio ragionamento alla luce dei principi di determinatezza, tassatività e precisione della fattispecie penale, con particolare riferimento alle ipotesi in cui nella fattispecie stessa vi siano termini polisensibili o elementi vaghi.

A questo proposito la Cassazione ha fatto, correttamente, riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, in particolare citando la

¹¹ Le norme ISO sono norme convenzionali finalizzate a determinare standard internazionali per la certificazione di qualità. ISO è l'acronimo inglese che identifica l'Organizzazione internazionale per la normazione.

¹² Da qui in avanti, è inutile nasconderselo, il ragionamento della Corte si espone a svariate critiche e possibili obiezioni, oltre a manifestarsi con un'esposizione ondivaga di argomenti pur lineari, giungendo, tuttavia, alla conclusione più corretta. Si veda *infra*.

sentenza n. 327/2008, laddove si afferma che “la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell’illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce”.

A riprova della correttezza del ragionamento, quindi, la Cassazione ha effettuato un parallelismo velato tra la nozione di cosa e quella di bene¹³, confermando che il requisito della fisicità, in parte, può essere meno rilevante rispetto a quello della patrimonialità – che può divenire estremamente significativo allorché ci si riferisca a *files*.

Del pari, la Cassazione ha esplicitato una situazione analoga col denaro, che per essere oggetto di appropriazione indebita o furto non deve essere necessariamente sottratto in maniera “fisica”, ben potendo entrare nella disponibilità in maniera immateriale, con mezzi digitali o analogici.

L’*iter* argomentativo della Corte prosegue con l’analisi del procedimento di discussione ed approvazione della l. 547/1993, laddove si era escluso che la sottrazione di dati potesse integrare il reato di furto in difetto di sottrazione dei supporti.

Prima di affermare, in maniera definitiva, che i *files* sono cose mobili ai sensi della legge penale, la Cassazione ha ritenuto nuovamente di far riferimento alla giurisprudenza del Giudice delle leggi e, in particolare, alla sentenza n. 414/1995.

Nella pronuncia da ultimo richiamata, infatti, la Corte costituzionale descriveva “il fenomeno della descrizione della fattispecie penale mediante ricorso ad elementi (scientifici, etici, di fatto o di linguaggio comune) nonché a nozioni proprie di discipline non penali”, affermando conclusivamente che in caso di evoluzione degli elementi normativi della fattispecie si effettua un procedimento di “interpretazione logico-sistematica, assiologica e per il principio dell’unità dell’ordinamento” che non determina analogia in materia penale.

4. La conclusione è corretta, la motivazione debole: per una ricostruzione del concetto di “cosa mobile” è necessario un approfondimento ulteriore.

Chi scrive non può negare alcune perplessità in ordine alla motivazione poc’anzi riportata, in particolare con riferimento alla sequenza degli argomenti e al valore dato ad alcuni riferimenti sistematici.

¹³ Sulla distinzione tra cose e beni, si veda *infra*.



Detto altrimenti, la sentenza si presta a svariate critiche, che andranno enucleate ed analizzate una per una, fermo restando che è opinione di chi scrive che la conclusione cui giunge la Corte sia corretta¹⁴.

In primo luogo, si registra un'ambiguità di fondo sulla categoria cui la "cosa mobile" deve essere ricondotta nell'ambito della struttura della fattispecie¹⁵.

La Corte, in due distinti e separati passi¹⁶ affronta la questione prima affermando che "cosa mobile" sarebbe una formula linguistica polisensa, un elemento elastico o una clausola generale¹⁷, per poi richiamare, successivamente, la sentenza 414/94 della Corte costituzionale, in materia di evoluzione dei concetti descrittivi della fattispecie penale mediante richiami ad altre discipline giuridiche non penali¹⁸.

E' opinione di chi scrive che "cosa mobile", nella fattispecie di cui all'art. 646 Cod. pen., debba essere considerato elemento normativo, verosimilmente con richiamo alla materia civile; è del pari evidente che col presupposto della concezione pan-penalistica¹⁹ degli elementi normativi della fattispecie può essere difficoltoso giungere ad una soluzione coerente in una materia come quella affrontata dalla sentenza in commento.

¹⁴ Non sfugge che una sentenza sia un provvedimento giurisprudenziale e non un articolo di diritto: tuttavia le affermazioni fatte in motivazione, anche *obiter*, possono portare a successivi fraintendimenti o, peggio, diventare diritto vivente. Ciò che il presente contributo si propone è offrire una visione più rigorosa della tematica affrontata nella parte motiva della decisione in commento.

¹⁵ Per altri Autori, invece, la questione è irrilevante: "oggetto materiale dell'appropriazione è il denaro o la cosa mobile altrui. Cosa è soltanto il bene materiale, corporeo (anche l'energia, in quanto di fatto se ne possa dare un possesso rilevante ai fini dell'appropriazione). Non sono cose, invece, i beni immateriali: un nome, un'idea, un'invenzione, un'opera letteraria o musicale non sono oggetti idonei di appropriazione; sì invece, naturalmente, le copie, gli esemplari, i modelli, i progetti in cui il bene immateriale si trovi incorporato" C. Pedrazzi, voce *Appropriazione indebita*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, pag. 840.

¹⁶ Nello specifico e rispettivamente § 1.8.2. e 1.9 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ Così al § 1.8.2 del *Considerato in diritto*, laddove vengono richiamate alcune sentenze della Corte costituzionale.

¹⁸ Così al § 1.9 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ E' comprensibile che sia difficoltoso discostarsi dalla dottrina migliore e tradizionale sul punto, laddove si afferma che "la nozione penale non diversifica dalla nozione civile. L'articolo 810 cod. civile dice che «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti»; ma non tutti i beni sono cose. E soltanto col confondere questi due termini si può rilevare una differenza tra la nozione penale e la nozione civile di cui si tratta". Così V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, vol. 9, pag. 14, *Dei delitti contro il patrimonio*, Torino, Utet, ed. 1984. *Sed contra*, si veda 22.

Per la dottrina²⁰ e la giurisprudenza²¹ civilistiche, infatti, la questione non si sarebbe nemmeno posta (va aggiunta, per la verità, anche una autorevolissima voce della dottrina penalistica²²).

La dottrina aveva già individuato in epoca risalente le possibili fallacie determinate da un utilizzo ambiguo, in sede normativa, dei termini “cosa” e “bene”.

L’impiego indistinto nel Codice civile di detti termini, infatti, è stato oggetto di censura già nel 1962, da parte di chi – correttamente - lamentava la mancanza di una “teoria giuridica della cosa”: censure che, alla luce della sentenza in commento, appaiono quasi profetiche²³.

²⁰ La dottrina civilistica classica avrebbe liquidato la questione col richiamo all’art. 810 Cod. civ., laddove si dispone che ciò che non è bene immobile è bene mobile: “il legislatore ha dunque preferito definire il bene anziché la cosa: bene è l’oggetto di cui tien conto il diritto, mentre il termine di cosa conserva il senso vastissimo di entità materiale o immateriale. (...*omissis*) cosa non è soltanto ciò che forma parte del mondo esteriore e sensibile, ciò che occupa uno spazio o agisce sui sensi (le cose solide, liquide, aeriformi, e i fluidi o le energie come l’elettricità sono tutte *res corporales*), ma anche tutto ciò che ha vita unicamente nel mondo dello spirito, come la creazione inventiva e l’idea dell’opera artistica o tecnica” così A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1999, ed. XXIX, pagg. 408-409, laddove l’Autore, nel dare conto che vi è chi effettua una distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*, afferma con chiarezza di preferire l’utilizzo del termine “cosa” “nel senso più vasto della quiddità giuridica”.

²¹ Recentissima, sul tema, Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 02-10-2019) 31-10-2019, n. 28041, laddove si afferma che “molto chiaro in tal senso, in motivazione, il precedente di Cass. 20/07/2010, n. 17039 (non a caso richiamato adesivamente da Cass. Sez. U. n. 21582 del 2011, in motivazione, p. 11.1), là dove rileva che «allorquando si eserciti una pretesa di risarcimento danni per equivalente assumendo che il danno si è verificato ad un immobile (quale che ne sia il titolo di godimento), il diritto fatto valere, avendo ad oggetto una somma di danaro e, quindi, un *petitum* mediato inerente il conseguimento di un bene della vita rappresentato da un bene mobile, è per definizione un diritto concernente una cosa mobile, qual è il danaro e, pertanto, agli effetti dell’art. 7 c.p.c., comma 1, la relativa domanda è senz’altro riconducibile all’ambito della competenza generale mobiliare colà prevista a favore del giudice di pace (per qualche riferimento si veda Cass. n. 2889 del 2003). Il criterio di competenza previsto da detta norma resta del tutto indifferente (salvo che l’ordinamento preveda un’incidenza sulla competenza riferita al rapporto da cui origina la pretesa risarcitoria e che concerne il godimento dell’immobile) alla circostanza che la somma chiesta a titolo risarcitorio costituisca l’equivalente di un danno-evento rappresentato dalla lesione verificatasi sulla situazione giuridica che l’attore vanta riguardo ad un bene immobile»” (*Motivi della decisione*, § 3).

²² Si è autorevolmente sostenuto, infatti, che “per il diritto sono «cose» tutti gli oggetti corporali e quelle altre entità naturali che hanno un valore economico e sono suscettibili di appropriazione. Sostanzialmente la nozione giuridica di cosa corrisponde a quella economica di «bene»” così F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale, I*, pag. 187, Milano, Giuffrè, 1966, V ed.

²³ In tal senso S. Pugliatti, voce *Cosa (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1962: “Anzitutto è da rilevare che la teoria giuridica della cosa si pone in relazione con la teoria dell’oggetto (del rapporto giuridico, del diritto soggettivo o della situazione soggettiva in generale), e quindi col concetto di bene in senso giuridico. In questo modo essa si restringe in limiti che non comprendono tutto il campo della fenomenologia giuridica attinente alle cose; si lascia attrarre verso un centro di gravità prestabilito e segue la direzione che codesta

L'accostamento tra cosa mobile e bene mobile, inevitabile per gestire la tematica oggetto di decisione, viene affrontata, dalla Corte, *obiter*, mentre è uno dei passaggi chiave per comprendere la struttura dell'elemento normativo "cosa mobile" della fattispecie di cui all'art. 646 Cod. pen.

Non solo: la Seconda sezione sembra volersi giustificare per quello che appare un "allontanamento" dall'orientamento tradizionale, che richiedeva fisicità, possibilità di trasferimento e materiale apprensione dell'oggetto del reato perché questo potesse essere qualificato cosa mobile.

Alla luce degli ultimi riscontri della fisica quantistica, tuttavia, distinzione stessa tra materia ed energia perde significato: consegue che, la materiale apprensione - unico elemento "mancante" ai *files* per essere qualificati "cosa mobile" per i tradizionalisti - è fisicamente possibile, misurabile e sensorialmente percepibile.

Ciò che va compreso e chiaramente evidenziato è che la materiale apprensione non è immediata ma mediata: può essere cioè effettuata solo tramite strumenti tecnologici, ma non diverge, ontologicamente, dal gesto di afferrare qualcosa con la mano.

Del pari, non risulta a chi scrive che il requisito della suscettibilità della materiale apprensione debba essere immediato e non possa essere anche mediato²⁴: sicché, tutta l'argomentazione volta a giustificare la mancanza di detto requisito appare, in conclusione, superflua.

Con la sentenza in commento, quindi, la Cassazione ha voluto affermare un principio di cui non appare affatto convinta o, quantomeno, non sembra certa dei presupposti logico-giuridici alla base della conclusione che si vuole tratte a fronte delle premesse date.

In questo senso vanno letti i riferimenti ai principi di precisione, determinatezza e tassatività²⁵ ed i richiami alle sentenze della Corte costituzionale in *subjecta materia*.

attrazione le impone. Ne deriva: da un lato, l'insufficienza di tale teoria, pur nella sua espressione generica; dall'altro anche in questa orbita più ristretta, la sua inadeguatezza, in quanto essa non tiene conto delle varie esigenze alle quali l'ordinamento giuridico deve soddisfare nei suoi diversi settori" (*op. cit.*, pag. 19). Non solo: "in conclusione, le energie naturali, una volta individuate, nel modo che si è detto, sono da considerare cose in senso giuridico. E non c'è da meravigliarsi neppure dell'uso estensivo del termine, nel campo dell'esperienza giuridica, se nell'esperienza comune si è ormai consolidata l'idea che anche le cose più compatte e solide, si risolvono in energie, e non solo dal punto di vista teorico, bensì sul piano pratico" (*op. cit.*, pag. 31).

²⁴ Rileva, infatti, la tematica relativa alla relazione con il bene: "vi è una condotta di «approfittamento» di una situazione di vantaggio (rappresentata dalla disponibilità del bene), nel primo caso volta alla sottrazione della *res* al suo legittimo proprietario". Così M. Riccardi – M. Berardi, *Alla ricerca dell'idem factum nei rapporti tra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 10, pag. 5.

²⁵ In questa sede si rende comunque necessario un breve riferimento ai principi richiamati, per meglio descrivere l'*iter* argomentativo della motivazione commentata e le ragioni per cui la stessa, secondo chi scrive, non va esente da critiche.

Come noto, il principio di determinatezza è corollario necessario del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. ed attiene alla tecnica legislativa con cui è strutturato il precetto penale.

Il principio di precisione²⁶ è precipitato logico di quello di determinatezza²⁷, ed impone al legislatore di evitare spazi di ambiguità nella formulazione delle fattispecie penali.

Il principio di tassatività, a sua volta emanazione diretta dell'art. 25 Cost., si estrinseca nel divieto di estensione analogica in materia penale rivolto al giudice²⁸.

Nello svolgere la propria operazione ermeneutica secondo le coordinate di questi tre principi, la Cassazione avrebbe potuto risultare più efficace valorizzando i dati oggettivi – il richiamo alla struttura di bit e byte, ad esempio – rispetto alla dogmatica tradizionale che, alla resa dei conti, deve cedere di fronte all'evidenza dei fatti e della natura fisica della materia e dell'energia, così come compiutamente descritte dalla fisica moderna.

²⁶ Chi scrive accede alla dottrina per cui è corretto operare "una triplice distinzione, in ragione degli obblighi che la disposizione di cui all'art. 25 Cost. impone al legislatore: vengono così in considerazione «il principio di precisione», che impone al legislatore di disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali, in modo da delimitare l'ambito di discrezionalità dell'autorità giudiziaria e assicurare i diritti di libertà del cittadino; «il principio di determinatezza» che impone la descrizione di fatti di essere accertati e provati nel processo attraverso i criteri messi a disposizione dalla scienza e dall'esperienza attuale; il principio di tassatività che esprime il divieto per il giudice e per il legislatore di estendere la disciplina contenuta nelle norme incriminatrici oltre i casi in esse espressamente previsti". R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Roma, Nel Diritto Editore, 2014, pagg. 153-154.

²⁷ Si è sostenuto, in maniera chiara quanto autorevole, che sia "opportuno distinguere tra determinatezza e tassatività: la prima si proietta all'interno, della fattispecie, vincolandone il modo di formulazione legislativa; la seconda costituisce invece lo sbarramento *esterno*, della fattispecie stessa, impedendo che essa possa essere riferita a ad ipotesi non ricomprese nella sua dimensione normativa astratta". Così T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2008, IX ed., pag. 26.

²⁸ Si è recentemente autorevolmente affermato, in materia che "la "tipicità penale" – specie in un'epoca dove il concetto di "fattispecie" è da tempo associato alla sua "crisi"– non fosse più quella custodita in uno "schema logico-concettuale chiuso" e conchiuso nella "graniticità" del *Tatbestand* lo aveva testimoniato, prepotentemente, la progressiva consapevolezza sul "valore del precedente" nel diritto penale e, di qui, l'irruzione sulla scena della "legalità giurisprudenziale", che ha protagonizzato il momento interpretativo a scapito della legge: una presenza ormai tanto incalzante da costringere la Corte costituzionale – come pure si vedrà – a trincerarsi nella cittadella fortificata dei principi supremi (sottoposizione del giudice alla legge – articolo 101, secondo comma, della Costituzione – separazione dei poteri) in diverse occasioni recenti. Sennonché, l'erompere della legalità giurisprudenziale – per certi versi inevitabile, se non del tutto fisiologico – si è talvolta accompagnato ad una sorta di pretesa "liberalizzazione" dei metodi interpretativi, quasi che la centralità dell'interpretazione giurisprudenziale – questo il fraintendimento – significhi libertà dell'interpretazione *tout court*, se non ritorno ad un vero e proprio "diritto libero". È un fatto che la "lettera della legge" sia assunta, spesso, a semplice *starting point*". Così V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, Pag. 90.

In conclusione, la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*, sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria ma discussa dalla migliore dottrina, per nulla univoca sul tema, semplicemente ha cessato la propria funzione dogmatico-descrittiva: si trattava, a questo punto, di affermarlo con decisione e lucidità, attesa la incontrovertibile verità fenomenica che ne nega la solidità teorico-dogmatica.

5. Per una ricostruzione oggettiva della questione, affermando la natura di cosa mobile dei *files*.

Ciò premesso, la ricostruzione della motivazione della sentenza in commento, per superare il vaglio di un'analisi critica in casi analoghi, avrebbe potuto seguire l'*iter* che si delinea a breve.

La struttura dei *files* è, sostanzialmente, energia che iscrive dati su un supporto fisico per mezzo di un sistema binario di elaborazione e di un sistema a celle di otto unità per la conservazione; la fisica quantistica, inoltre, afferma con certezza che materia ed energia sono interconnesse ed inscindibili tra loro.

L'art. 624 Cod. pen., al comma 2, stabilisce che "agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico".

Se i *files* sono informazioni registrate per mezzo di energia, sono essi stessi energia con valore economico, ai sensi della disposizione poc'anzi richiamata; il valore economico è quello dell'informazione - o delle informazioni - che contengono.

A questo punto, andrebbe compreso se l'art. 624, comma 2, Cod. pen. effettua un'equiparazione "piena", affermando che deve essere l'energia stessa ad avere un valore economico, o se l'energia in discorso può essere anche un mero supporto ad un bene immateriale²⁹ (in cui risiederebbe il vero valore economico)³⁰.

Nella seconda ipotesi i *files* rientrano pienamente nell'ambito di applicazione di cui all'art. 624, comma 2, Cod. pen. e, quindi, possono essere sia oggetto di furto che di appropriazione indebita.

Nella prima ipotesi si arriverebbe comunque alla conclusione appena descritta, utilizzando gli stessi argomenti dell'orientamento maggioritario in giurisprudenza: l'energia in quanto energia è un valore e la *res incorporales*,

²⁹Ossia "l'informazione" contenuta nel *file*.

³⁰Eppure anche in tema di furto, in epoca risalente si è affermato che "è punibile ai sensi dell'art. 624 c.p. chi si impossessa di lettere, telegrammi, carte di famiglia o professionali, libri, disegni, cifrati, moduli stampati, ecc; documenti in genere, titoli di credito (al portatore, all'ordine, nominativi), sempre che sia possibile una loro utilizzazione. Il valore dell'oggetto, ai fini degli art. 61 n. 7 e n. 4 c.p., è quello risultante dalla cosa nel suo complesso, e cioè come mezzo di rappresentazione e come entità rappresentata". Così G. Pecorella, voce *Furto* (*dir. pen.*), in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1969, pag. 335.

ossia i dati inseriti nei *files*, sarebbe oggetto di tutela penale in quanto sottratta unitamente al suo supporto.

Volendo approcciare la questione direttamente dalla prospettiva dell'art. 646 Cod. pen., ossia analizzando la natura ed il contenuto della nozione di cosa mobile, l'*iter* del ragionamento cambia prospettiva, ma non sostanza, laddove si tengano ferme, come premessa maggiore, le considerazioni fatte *supra* sulla natura dei *files*.

In primo luogo, se "cosa mobile" è un elemento normativo e non descrittivo della fattispecie, la questione si risolve agevolmente col richiamo alle dottrine civilistiche, con la sovrapposizione beni/cose, pacificamente accolta dall'art. 810 Cod. civ. e recepita anche dalla dottrina penalistica tradizionale³¹.

Seguendo questa impostazione, non sarebbe ipotizzabile alcuna violazione del principio di tassatività³², né, men che meno, dei principi di determinatezza e precisione.

Laddove si volesse configurare la nozione di cosa mobile come elemento descrittivo della fattispecie, esso potrebbe essere qualificato come elastico ma non come vago.

Solo accedendo a questa ultima ricostruzione verrebbe in rilievo l'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla Corte come maggioritario e si dovrebbero verificare la sussistenza o meno dei requisiti enucleati, ossia "materialità e fisicità dell'oggetto, che deve risultare definibile nello spazio e suscettibile di essere spostato da un luogo ad un altro".

Volendo essere ancora più scrupolosi, si può aggiungere anche l'esigenza di materiale apprensione perché un bene – a questo punto è chiaro che a questo ci si riferisce – possa rientrare nella nozione di "cosa mobile" ex art. 646 Cod. pen.

Premessa la natura materiale del *file* che, quindi, è suscettibile di misurazione e collocazione nello spazio (per quanto minimo e su un supporto), si deve concludere che è anche possibile oggetto di materiale apprensione con le modalità descritte.

A ciò si aggiunga che, per quanto mediamente, il *file* è suscettibile di valutazione sensoriale, quantomeno visiva ed auditiva, sempre per mezzo di supporto idoneo.

Detto altrimenti, le possibili obiezioni a questa ricostruzione, potrebbero essere mosse unicamente sulla base di un requisito non esplicitamente richiesto dalla giurisprudenza analizzata dalla Cassazione, ossia la

³¹ Vedasi nota 22.

³² "Il principio di tassatività non postula, pertanto, una incompatibilità logica con la formulazione delle fattispecie con elementi elastici, valutativi, o normativi, ma solo con quegli elementi vaghi, normativi o emozionali, che comportano la indeterminatezza del precetto, essendone i parametri definitivi non individuati o di contenuto indeterminabile". Così F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, Padova, 2008, VII ed., pag. 67.

percepibilità sensoriale e la materiale appropriazione immeditata e non per mezzo di uno strumento.

In conclusione, su quattro ricostruzioni analizzate, tre non vedono alcun tipo di profilo ostativo alla riconduzione dei *files* nella categoria della cosa mobile, mentre l'ultima - peraltro la più discutibile - vede quali profili ostativi dei sotto-requisiti non espressamente individuati nemmeno dalla giurisprudenza nei termini specifici in cui potrebbero - in ipotesi - venire in rilievo ai fini dell'esclusione dei *files* dalla nozione *de qua*.

6. L'esigenza di un diritto (penale) dell'ambiente digitale.

Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale descritto *supra*, per quanto utile occasione per riscoprire la lettura di passi pregevoli di illustri Dottori, appare, senza dubbio, del tutto incomprensibile al profano che operi correntemente in ambiente digitale.

Posto che non è intenzione di chi scrive sminuire l'opera ermeneutica e professionale di chi ha operato interpretazioni diverse da quella proposta in questa sede, una questione va affrontata: la tutela dell'elemento primo dell'ambiente digitale, ossia i *files*.

Questi ultimi devono avere una tutela penale piena, pari al supporto su cui sono inseriti.

Non vi è, a tal fine, strumento migliore di quello legislativo: è infatti giunto il momento l'operatività in l'ambiente digitale sia regolata in modo sistematico, con un apparato definitorio strutturato, al pari di quanto è avvenuto, di recente, con il G.D.P.R. in materia di trattamento dei dati personali.