

I tormenti della “cosa mobile” penalmente rilevante: la Corte di cassazione ne estende la portata ai documenti informatici (*files*).

di **Lorenza Grossi**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La “cosa” che fatica a trovare un significato. – 3. Gli arresti giurisprudenziali precedenti. – 4. L’*iter* logico-argomentativo seguito dai giudici di legittimità. – 5. Il principio di legalità.

1. Premessa.

La seconda sezione penale della Corte di cassazione ha stabilito, con la sentenza n. 11959 del 2020, il seguente principio: «i dati informatici (*files*) sono qualificabili cose mobili ai sensi della legge penale e, pertanto, costituisce condotta di appropriazione indebita la sottrazione da un personal computer aziendale, affidato per motivi di lavoro, dei dati informatici ivi collocati, provvedendo successivamente alla cancellazione dei medesimi dati e alla restituzione del computer “formattato”».

La vicenda che ha interessato la Corte riguardava le condotte poste in essere da un soggetto, già ritenuto responsabile del delitto di cui all’art. 646 c.p. dalla Corte d’appello di Torino, il quale restituiva, dopo essersi dimesso dall’azienda presso la quale lavorava, il *notebook* aziendale a lui affidato con l’*hard disk* formattato, impossessandosi dei dati originariamente esistenti. La questione, risolta positivamente dalla Corte attraverso una articolata motivazione, attiene alla configurabilità dei *files* quali cose mobili e, quindi, quale oggetto materiale della condotta di apprensione di cui all’art. 646 c.p.

2. La “cosa” che fatica a trovare un significato.

Al fine di cogliere al meglio l’*iter* logico-argomentativo seguito dai giudici di legittimità appare utile fare un passo indietro, analizzando le tensioni logiche (e forse ideologiche) che ruotano attorno al lemma “cosa”.

La genericità del termine “cosa” impone di definire, fino a circoscrivere, i possibili fenomeni di cui la “cosa” rappresenta concetto di sintesi¹: per far ciò è necessario, in primo luogo, tracciare un nucleo comune alle disposizioni che assumono a proprio oggetto la “cosa”; in un secondo momento, si cercherà di restringere l’ampiezza del nucleo individuato attraverso una

¹ In questo senso cfr. S. PUGLIATTI, voce *Cosa in senso giuridico* (teoria generale), in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XII, p. 19 e ss.

interpretazione che tenga conto del cotesto e del contesto in cui la "cosa" è inserita. In via del tutto approssimativa e ferma la distinzione individuata da Gaio (sia pure con gli opportuni correttivi)², può dirsi che la "cosa" appartenga alle *res corporales*, con le quali si è soliti intendere qualsiasi entità materiale, fisica, percepibile con i sensi – *res quae tangi possunt*: le cose, nella definizione tramandata da Gaio, devono essere "tangibili". Ma non basta. La "cosa" in senso giuridico rileva nella misura in cui rispetto alla stessa possano derivare effetti giuridici; detto altrimenti: la cosa rileva se (e solo se) possa essere oggetto di diritti, facoltà, poteri o rapporti giuridici³. Una lettura sistematica del codice civile e del codice penale⁴ permette di individuare una particolare categoria di diritti che connota la cosa: il riferimento è ai diritti reali, sì che può essere "cosa" qualsiasi entità, dotata di fisicità, percepibile con i sensi, astrattamente idonea ad essere oggetto di diritti reali.

Questa definizione permette già di poter alcune conseguenze: in questo modo si spiega come la "cosa" rilevi in particolar modo nei delitti contro il patrimonio e, per converso, spiega anche come non possano essere attratti in questa orbita i c.d. beni immateriali (ad esempio: la proprietà intellettuale)⁵; per quest'ultima categoria di beni, in particolare, i delitti contro il patrimonio sono configurabili solo ove gli stessi vengano, in qualche modo, a essere incorporati in un oggetto materiale (si pensi al documento che contenga un *know-how* aziendale). L'eccezione stabilita dall'art. 624, secondo comma, c.p., secondo cui «Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico» pare confermare la regola, aggiungendo al contempo un *quid novi*. L'inserimento di questo capoverso, è dato leggere nella Relazione di accompagnamento ai lavori preparatori del codice penale⁶, è parso necessario proprio per le

² Gai, II, 12-13-14 cfr. S. PUGLIATTI, voce *Cosa in senso giuridico* (teoria generale), cit., pp. 33 e ss.; A. GUIDO, voce *Cosa in senso giuridico* (dir. rom e interim.), in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XII, pp. 1 e ss.

³ In questo senso cfr. S. PUGLIATTI, voce *Cosa in senso giuridico* (teoria generale), cit., pp. 34-35; in particolare, l'Autore dopo un'accurata analisi volta alla definizione della "cosa" in senso giuridico e, più specificatamente,

⁴ Per una accurata analisi, si rimanda a S. PUGLIATTI, voce *Cosa in senso giuridico* (teoria generale), cit., pp. 23 e 24.

⁵ Così cfr. F. MANTOVANI, voce *Furto*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, Utet, 1991, p. 366; C. PEDRAZZI, voce *Appropriazione indebita*, in *Enc. dir.*, vol. II, 1958, p. 840; A. PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, pp. 229-230; nella giurisprudenza, peraltro citata nella sentenza in commento, cfr. Cass. sez. II pen., 11 maggio 2010, n. 20647, Corniani.

⁶ cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli On. Alfredo Rocco*, vol. V, parte II, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 439: «a giustificare una esplicita dichiarazione legislativa sulla soluzione da dare all'importante dibattito,

difficoltà emerse in sede di riconduzione dell'energia (elettrica) al concetto di cosa mobile (e quindi oggetto materiale del furto) durante la vigenza del codice Zanardelli. Le motivazioni che hanno condotto alla disposizione in questione muovono implicitamente dalla premessa secondo cui la cosa mobile debba essere dotata di una certa "corporeità"⁷ e, in seconda battuta, che possano essere oggetto delle condotte tipiche dei delitti contro il patrimonio solo quelle energie idonee ad essere «apprese e godute dall'uomo con profitto proprio e danno altrui»⁸.

È chiaro a questo punto come ulteriori spunti di delimitazione del concetto "cosa" derivino dalle condotte tipiche dei singoli delitti, sì che tra la condotta e l'oggetto materiale della medesima venga a crearsi un rapporto, per così dire, di reciproca definizione: sottratta potrà essere solo la cosa mobile dotata di una propria fisicità, diversamente la cosa immobile – non potendo logicamente essere sottratta – potrà essere, al più, danneggiata e così via⁹.

3. Gli arresti giurisprudenziali precedenti.

L'importanza che la tecnologia, e più specificatamente l'informatica, ha acquisito e continua, progressivamente e rapidamente, ad acquisire a livello globale comporta, parallelamente, l'individuazione di "nuove modalità" attraverso cui possono configurarsi gli illeciti.

La pronuncia in commento si colloca in un sentiero di progressiva affermazione della rilevanza penale delle condotte, per così dire, informatiche, anche al di fuori dello spazio di tutela individuato dal Legislatore attraverso la l. 23 dicembre 1993, n. 547, prima, e la l. 18 marzo 2008, n. 48, poi.

Una operazione in tal senso, a ben vedere, appare avvalorata dai termini generici come "cosa" o "cosa mobile" che, in particolar modo con riferimento ai delitti contro il patrimonio, definiscono l'ambito di applicazione di talune

stia la constatazione che in dottrina sono tuttora contro la tesi accolta dalla giurisprudenza autorevoli scrittori, i quali sostengono che l'utilizzazione illegittima di energia, senza l'impossessamento della materia da cui pervengono o in cui sono accumulate, non può costituire il delitto di furto. Sono quegli scrittori, che ritengono essere le forze naturali, come l'energia elettrica, utilità speciali provenienti dalla cosa, non cose aventi entità materiali autonome»

⁷ Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 439, ove a fronte delle critiche poste alla non menzione del gas al primo capoverso dell'attuale art. 624 c.p. è data leggerezza all'infondatezza della critica in quanto «ai gas non viene negata la qualità di cosa corporea e mobile, mettendosi in rilievo che di essi è possibile impossessarsi, secondo è previsto dal Codice penale, e percepirne l'esistenza con i nostri sensi».

⁸ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 440.

⁹ F. MANTOVANI, voce *Furto*, cit., p. 366.

disposizioni – e, perciò, ne permettono una interpretazione a prima vista non illegittima.

In particolare, nel definire “cosa mobile” i *files*, la Corte non esita a rilevarne gli “ostacoli logici”, anche confermati da un più antico orientamento consolidatosi in seno alla Cassazione stessa. A una più attenta analisi, ci si rende ben conto di come gli ostacoli logici attengano non tanto (o non solo) alla riconducibilità dei *files* nel più ampio spettro della “cosa mobile”, ma anche (e soprattutto) alla definizione della condotta penalmente rilevante rispetto ai *files*.

In questo senso, le pronunce individuate dalla Corte, ed espressione di un orientamento contrario alla definizione del *file* quale “cosa mobile”, manifestano tutti i dubbi derivanti da una condotta che verrebbe a non esser più unitaria: tanto la sent. n. 44840/2010, quanto la sent. n. 3449/2003 escludono la qualificazione del fatto *sub specie* di furto, evidenziando come a fronte dell’impossessamento della cosa mobile altrui *mediante copiatura del file* non sia conseguito, nei casi *de quibus*, contestualmente e logicamente, lo spossessamento del legittimo detentore¹⁰. Detto altrimenti, la natura

¹⁰ Cfr. Cass. sez. IV pen., 13 novembre 2003, n. 3449, *Grimoldi*: «Ora, nella concreta fattispecie dedotta in procedimento, si contesta al ricorrente di aver sottratto dei *files* al presunto, legittimo detentore, e che l’impossessamento (con spossessamento di quel soggetto) si avvenuto mediante la “copiatura” dei *files*. Indipendentemente da ogni altra argomentazione, è inevitabile considerare che la copiatura dei *files* da CD o da HD (*compact-disk* o *hard-disk*) in altro non consiste se non in una “duplicazione” di tali *files* (analogo al risultato di un procedimento fotografico, se pure tecnicamente cosa ben diversa), tanto che i *files* in possesso del detentore del CD o del computer sul quale sia installato l’*hard-disk* contenenti i *files* (nel caso, dei progetti e degli studi elaborati per conto del committente) rimangono memorizzati sul medesimo supporto sul quale si trovavano, mentre di essi il soggetto, presunto agente nel reato di furto, entra in possesso di un copia, senza che la precedente situazione di fatto (e giuridica) venga modificata a danno del soggetto già possessore di tali *files*»; Cass., sez. IV pen., 26 ottobre 2010, n. 36845, *Petrosino*: «è da escludere la configurabilità del reato di furto nel caso di semplice copiatura non autorizzata di “*files*” contenuti in un supporto informatico altrui, non comportando tale attività la perdita del possesso della “*res*” da parte del legittimo detentore», i giudici di legittimità, pur avendo precisato che la condotta non possa dirsi perfezionata nel caso di “semplice copiatura non autorizzata dei *file*”, non esitano a rilevare come «una tale interpretazione trova conferma nella esplicita volontà del Legislatore che nella Relazione al disegno di legge n. 2773 (con il quale si è introdotta nel codice penale una disciplina di contrasto della criminalità informatica) ha espressamente precisato che la condotta di sottrazione di dati, programmi, informazioni di tal genere non è riconducibile alla norma incriminatrice sul furto, in quanto i dati e le informazioni non sono comprese nel concetto, pur ampio, di “cosa mobile” in essa previsto; ed ha ritenuto altresì “non necessaria la creazione di una nuova ipotesi di reato osservando che la sottrazione di dati, quando non si estenda ai supporti materiali su cui i dati

clonabile del *file* fa sì che l'impossessamento e lo spossessamento diventino due segmenti autonomi *ed insieme* essenziali ai fini della configurazione del delitto di furto, di cui il secondo, proprio per la natura del *file*, può essere solo eventuale: posso impossessarmi del *file* di Tizio, senza che per questo Tizio perda il possesso su quel *file* – si pensi, in questo senso, alla copiatura del *file* senza successiva eliminazione dalla fonte.

Lungo la stessa linea si colloca la sent. n. 32383 del 19 febbraio 2015, in questa sede, a favore della possibilità che oggetto della condotta di furto possano essere anche i *files* depone soprattutto la condotta dell'agente, che non si è limitato a impossessarsi dei *files*, ma ha anche provveduto ad eliminarli dal "server".

L'impressione, dunque, è che il problema circa la riconducibilità del *file* alla cosa mobile, pur non essendo mai stato esplicitamente posto, fosse stato *ab origine* affermativamente risolto. I meriti della motivazione in esame, probabilmente, risiedono prevalentemente nell'aver posto sotto i riflettori il problema, destinato ad intensificarsi non appena lo si esamini alla luce dei principi di stretta legalità, tassatività e determinatezza.

4. L'iter logico-argomentativo seguito dai giudici di legittimità.

La Corte, nel ricondurre i *files* alla cosa mobile, sviluppa una articolata motivazione. Il ragionamento prende le mosse da un dato inconfutabile: non esiste una definizione, nel nostro ordinamento, di "cosa mobile" – fatta eccezione per l'art. 624, secondo comma, c.p.

Stante gli approdi di dottrina e giurisprudenza, è possibile, prosegue la Corte, delimitare la nozione penalistica di cosa mobile «attraverso l'individuazione di alcuni caratteri minimi, rappresentati dalla materialità e fisicità dell'oggetto, che deve risultare definibile nello spazio e suscettibile di essere spostato da un luogo ad un altro»¹¹.

Date queste premesse, i giudici di legittimità, proseguono analizzando la struttura del *file*, giungendo alle seguenti conclusioni: in sostanza – si dice – pur non essendo possibile percepire il *file* dal punto di vista sensoriale, ma occupando il *file* uno spazio (di memoria) all'interno di un supporto informatico, definibile attraverso la precisa unità di misura che "pesa" il *file* (cioè i byte), ne deriva che anche il *file* possiede i caratteri della fisicità.

Sembra, insomma, che la "misurabilità" della cosa si ponga come premessa logica per affermare la fisicità dell'oggetto. Si tratta di una premessa che, a

sono impressi (nel qual caso si configura con evidenza il reato di furto), altro non è che una "presa di conoscenza" di notizie, ossia un fatto intellettuale rientrante, se del caso, nelle previsioni concernenti la violazione dei segreti. Ciò, ovviamente, a parte la punibilità ad altro titolo delle condotte strumentali, quali ad esempio, quelle di violazione di domicilio (art. 614 c.p.), eccetera".»

¹¹ Cass., sez. I pen., 7 novembre 2019, n. 11959, punto 1.5.

ben vedere, rischia di provare troppo: tutto è misurabile e, quindi, tutto potrebbe astrattamente considerarsi cosa (materiale), sì che, portando agli estremi questo ragionamento, dovrebbe essere considerata cosa (materiale) anche la forza di gravità – certamente misurabile.

Maggiori problematiche incontra la Corte nella individuazione della condotta penalmente rilevante di cui il *file* è oggetto materiale.

Giova ricordare, al proposito, come il segmento iniziale del delitto di appropriazione indebita è individuabile in uno stato di fatto: la condotta di appropriazione consegue, necessariamente, ad una situazione possessoria iniziale¹².

Ne consegue che, prima di ogni altra osservazione, andrebbe stabilito se – ed eventualmente in che misura – il *file* possa essere oggetto di possesso (*rectius*: di disponibilità *materiale*).

Gli stessi giudici non esitano a rilevare come «il criterio della necessaria detenzione fisica della cosa è quello che desta maggiori perplessità»¹³, ma, con un argomento teso a rintracciare la *ratio* delle disposizioni poste a tutela del patrimonio, sostanzialmente si ritiene che anche le condotte debbano essere ricontestualizzate in uno scenario in cui l'uomo, pur in assenza di qualsivoglia tipo di relazione materiale con la "cosa", può incidere sulla medesima.

Ne consegue che, pur difettando «il requisito della apprensione materialmente percepibile del *file* (se non quando esso sia fissato su un supporto digitale che lo contenga)»¹⁴, non può negarsi che le caratteristiche del file permettano un altro tipo di apprensione: il *file*, infatti, può essere *trasferito*, inviato, «"custodito" in ambienti "virtuali" (corrispondenti a luoghi fisici in cui gli elaborati conservano e trattano i dati informatici)»¹⁵.

Questo ragionamento, secondo la Corte, sarebbe ulteriormente avvalorato dalla circostanza che anche al denaro è toccata la medesima sorte: il riferimento è ai trasferimenti bancari. In questo senso, sostanzialmente, le condotte dirette alla sottrazione ovvero all'impossessamento del denaro possono esplicarsi anche in assenza di alcun contatto fisico con il denaro medesimo: per l'appunto, attraverso trasferimenti telematici.

Risulta arduo ritenere del tutto persuasiva una argomentazione simile: la menzione a chiare lettere del denaro nell'art. 646 c.p. ed il suo essere la cosa fungibile e mobile per antonomasia e la sua attitudine a essere oggetto di diritti reali permette di addivenire ad una conclusione per cui il trasferimento dello stesso valga come impossessamento o sottrazione, senza con questo

¹² In questo senso cfr. F. MANTOVANI, voce *Furto*, cit., p. 366; C. PEDRAZZI, voce *Appropriazione indebita*, cit., p. 833.

¹³ Cass., sez. II pen., 7 novembre 2019, n. 11959, punto 1.6.

¹⁴ Cass., sez. II pen., 7 novembre 2019, n. 11959, punto 1.7.

¹⁵ Cass., sez. II pen., 7 novembre 2019, n. 11959, punto 1.7.

vedere sacrificate le esigenze di stretta legalità, tassatività e determinatezza. Ma vi è di più: è la natura del denaro che fa sì che una sua sottrazione o impossessamento o trasferimento o appropriazione porti con sé necessariamente un danno al legittimo detentore.

Pur volendo incardinare il discorso lungo questo solco, e fermo restando che appare quantomeno difficoltoso riconoscere al *file* le stesse "caratteristiche" del denaro, è utile notare come il "trasferimento" del *file*, affinché sia rilevante quale sottrazione e comporti dunque un "danno" al legittimo detentore, esiga l'eliminazione dalla fonte nel quale il *file* era precedentemente "situato". I correttivi inseriti in via ermeneutica dalla Corte, in conclusione, appaiono tanti: la qualificazione del *file* quale cosa mobile – idoneo ad essere oggetto materiale dei delitti contro il patrimonio – è la punta di un *iceberg* che alla base riscrive anche (e soprattutto) la condotta penalmente rilevante; la quale, lungi dall'influenzare la lettura del testo, ne rimane influenzata fino a scomparire.

Da questo punto di vista, non può negarsi che l'interpretazione della Corte appaia non del tutto condivisibile: si è detto come rispetto a termini generici buon canone ermeneutico è quello di superare la genericità attraverso una lettura che, valorizzando il testo ed il cotesto nel quale il termine generico è inserito, permetta di definire, con contorni più nitidi, il termine stesso. Nella lettura offerta dalla Corte, diversamente, è il termine generico che riesce a superare (anche) le definizioni della condotta penalmente rilevante: sì che non è la condotta a definire l'oggetto, ma l'oggetto (smaterializzato) a smaterializzare la condotta, con conseguente *interpretatio abrogans* della condotta penalmente rilevante.

5. Il principio di legalità.

La Corte, è dato leggere nella sentenza in commento, si pone il problema di una violazione del principio di legalità, *sub specie* di violazione dei suoi corollari: i principi di tassatività: e di determinatezza.

Il principio di determinatezza, inteso nella sua accezione più ampia, a ben vedere si pone come presupposto logico del principio di tassatività una legge precisa, determinata, intellegibile restringe i campi di una possibile "interpretazione creatrice" e, di conseguenza, permette anche da parte del consociato di (ri)conoscere *ex ante* gli effetti penali della propria condotta.

Diversamente, qualora la legge risulti vaga, incerta, ambigua maggiori saranno gli spazi affidati all'interprete in sede di applicazione e, parallelamente, inferiori saranno le possibilità del consociato di (ri)conoscere *ex ante* gli effetti penali della propria condotta.

Il principio *de quo* si estende, quindi, in due direzioni, opposte e complementari allo stesso tempo: da un lato si rivolge al Legislatore, affinché utilizzi una tecnica di formulazione della fattispecie astratta particolarmente

accurata¹⁶; dall'altro, all'interprete – in via immediata – affinché non assuma un «ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito»¹⁷, e al destinatario – in via mediata – permettendo al medesimo di conoscere le conseguenze giuridico-penali della propria condotta – da questa particolare prospettiva, evidenti sono le interazioni tra il principio di determinatezza ed il principio di personalità della responsabilità penale¹⁸. Dal primo punto di vista, è bene sottolineare come – in sé – l'utilizzo di termini generici¹⁹ – quale è appunto "cosa mobile" – non importi necessariamente una violazione del principio di determinatezza, ma, ampliando fisiologicamente i margini "creativi" del giudice, possa rappresentare un elemento di pericolo, legittimando interpretazioni estensive al confine (o oltre il confine) dell'analogia²⁰.

¹⁶ *Amplius*: A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 346 e ss.; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1991, p. 355; G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Noviss. dig. it. App.*, vol. IV, Torino, Utet, 1984, p. 292 e ss.; ID., voce *Tipicità*, cit., p. 540; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Milano, Giuffrè, pp. 69 e ss.

¹⁷ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 327, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Per una "rilettura" in chiave oggettiva dell'art. 5 c.p., volta a tracciare confini più nitidi tra principio di legalità (inteso al completo dei suoi corollari) e principio di personalità della responsabilità penale si rimanda a A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., p. 153 e ss., spec. p. 167 «La validità che l'art. 5 c.p. interverrebbe a limitare può essere definita come una *validità interpretativa* della norma penale, nel senso che la stessa per potersi considerare valida (e quindi efficace) deve risultare *sufficientemente riconoscibile*. Quest'ultima condizione, a sua volta, può ritenersi soddisfatta quando *la norma risulti sufficientemente pre-determinata o pre-determinabile*», che, in particolare, identifica nell'art. 5 c.p. un limite della legalità e non più della colpevolezza: in questa prospettiva, individuati nell'interprete modello e nella prevedibilità della norma (*rectius*: dell'*iter* argomentativo attraverso cui si sviluppa la decisione giudiziale), il parametro e l'oggetto del giudizio di inevitabilità ex art. 5 c.p., si ipotizza una applicazione del medesimo nei casi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole e di contrasti giurisprudenziali diacronici.

¹⁹ Sugli enunciati generici Cfr. A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., p. 358-359, ove non si esita a rilevare come: «Un'affermazione generica è come una palla di stucco, che fa sempre centro perché si appiattisce sul bersaglio, mentre un enunciato molto specifico è come una pallottola che fa centro solo se colpisce una zona limitata dal bersaglio».

²⁰ Al riguardo, si ricorda in questa sede la nota sentenza Cass., sez. III pen., 13 maggio 2008, n. 36845, *Borgomeo*, nella quale è stata ricondotta all'interno dell'art. 674 c.p. l'ipotesi di inquinamento mediante onde elettromagnetiche: con cadenze simili a quelle della sentenza in esame, la Corte giungeva a tale risultato ampliando i termini "cosa" e "gettare". Per una critica cfr. A. SCARCELLA, *L'inquinamento elettromagnetico tra getto pericoloso di cose e principi di tassatività in malam partem*, in *Cass. pen.*,

Ne consegue che dubbi sull'effettivo rispetto del principio in questione attengono soprattutto a quel frangente che vede come primo destinatario l'interprete e, di riflesso, il consociato. Sotto il primo aspetto, l'impressione è che si sia sconfinati/o verso una attività che – utilizzando le già citate parole della Corte costituzionale – di fatto individua, in luogo del legislatore, «i confini tra il lecito e l'illecito». Il che, oltre che per le ragioni su espresse, sembrerebbe avvalorato dalle scelte di politica criminale compiute dal Legislatore, il quale ha ritenuto, come emerge a chiare lettere nella Relazione al disegno di legge n. 2773, esclusi dal concetto di "cosa mobile" i dati informatici, ammettendo una loro potenziale sottrazione solo se situati su un supporto materiale²¹.

D'altro canto, proprio una attività interpretativa "non prevedibile", quale risulta essere quella della Corte, non può che dispiegare effetti sull'ultimo segmento della determinatezza, che vede protagonista il consociato.

Forse, proprio valorizzando quest'ultimo segmento e, pur volendo incardinare il discorso ammettendo la materiale apprensione dei *files*, a fronte della impossibilità per il consociato di conoscere le conseguenze della

3/2009, pp. 927 e ss.; A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., p. 358-359; L. GIZZI, *La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice?*, in *Cass. pen.*, 3/2009, pp. 969 e ss.

Nella vicenda in esame ritiene che vi sia violazione del principio di tassatività N. PISANI, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 5/20, pp. 651 e ss.

²¹ Cfr. *Disegno di legge n. 2773 presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia (Conso). Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica*, in *legislature.camera.it*, p. 2773: «Anzitutto, trovano già riscontro all'interno del codice penale le condotte di impossessamento aventi ad oggetto cose materiali attinenti ai sistemi informatici; e, quindi, parte dell'hardware o del software, considerati nella loro materialità. A tali comportamenti, infatti, appare applicabile la norma incriminatrice sul furto (art. 624 c.p.).

Non così, invece, per le condotte di sottrazione di dati, programmi e informazioni. In tali casi, l'art. 624 del codice penale appare di dubbia applicabilità, pur nell'ampio concetto di "cosa mobile" da esso previsto: *stando alla definizione contenuta nel secondo comma di tale disposizione, l'estensione del concetto non va oltre le "energie" (tra cui quella elettrica) aventi valore economico, tra le quali i dati o le informazioni non sono sussumibili.*

Del resto, la sottrazione di dati, quando non si estenda ai supporti materiali su cui i dati sono impressi (nel qual caso si configura con evidenza il reato di furto), altro non è che una "presa di conoscenza" di notizie, ossia un fatto intellettuale rientrante, se del caso, nelle previsioni concernenti la violazione dei segreti. Ciò, ovviamente, a parte la punibilità ad altro titolo delle condotte strumentali, quali ad esempio, quelle di violazione di domicilio (art. 614 c.p.), eccetera.».

propria condotta *ex ante* – e, quindi, di poter legittimamente orientare la stessa –, i giudici di legittimità avrebbero potuto – cogliendo gli spunti offerti dalla dottrina con riferimento ai mutamenti giurisprudenziali *in peius*²² – addivenire ad una assoluzione *ex art. 5 c.p.*

È noto come, sin dalla “storica” sentenza n. 364 del 1988, la Corte costituzionale abbia inserito tra i criteri oggettivi alla cui stregua misurare l’inevitabilità della legge penale il «gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari»²³, il che sembrerebbe avvalorare una applicazione del medesimo anche in caso di *overruling* giurisprudenziale: in questo senso ciò che risulta non prevedibile (e quindi eventualmente scusabile) è l’*iter* argomentativo sviluppato dal giudice (che si riverbera ovviamente sulla *norma* ritenuta applicabile)²⁴.

In sostanza, il c.d. diritto vivente è composto di una carica precettiva capace di orientare la condotta del singolo quanto e (a volte) più del testo di legge, sì che, a fronte di un orientamento consolidato, ogni mutamento sfavorevole – in realtà – finirebbe con l’incriminare condotte ritenute fino a quel momento penalmente irrilevanti – andando a ledere, dall’interno, il “mito” della certezza del diritto²⁵. Una assoluzione *ex art. 5 c.p.* permetterebbe, quindi, di stabilizzare il nuovo orientamento senza veder, con ciò, sacrificato il principio di legalità *tout court*²⁶.

Nella vicenda in commento, oltre che per le ragioni già espresse, depone a favore di una ricostruzione in tal senso anche la richiesta da parte del

²² In questo senso cfr. M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l’interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen. web*, fasc. I, p. 54; A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., p. 153; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, pp. 9 e ss., 19 dicembre 2016; *Contra* G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 427.

²³ Corte cost., 23 marzo 1988, punto 27 del *Considerato in diritto*.

²⁴ Sul parametro applicabile cfr. M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo*, cit., p. 54, che ritiene applicabile il parametro dell’*homo eiusdem conditionis*, muovendo da una lettura dell’art. 5 c.p. come limite della colpevolezza; in senso parzialmente difforme A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., p. 139, la quale ritiene che l’art. 5 c.p. operi come limite alla legalità e vede nel parametro dell’interprete modello, figura che non si esaurisce nel giudice «ma anche nell’avvocato, che nel processo penale è lo strumento attraverso cui il singolo esercita il proprio diritto di difesa. E, più in generale, l’interprete qualificato è anche il consulente a cui il soggetto, che per esempio svolga un’attività professionale particolarmente rischiosa, si rivolga per “calcolare” le conseguenze della propria condotta».

²⁵ M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo*, cit., p. 89

²⁶ A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., p. 433.



Sostituto Procuratore generale, in sede di udienza, di annullamento senza rinvio «perché il fatto non sussiste». Detto altrimenti: anche da parte di un interprete altamente qualificato l'*iter* logico-argomentativo sviluppato dalla Corte appare, in qualche modo, "non ragionevolmente prevedibile", sì da involvere il prodotto dell'attività interpretativa: la norma.

A maggior ragione, quindi, si sarebbe potuta (*rectius*: dovuta) "scusare" l'ignoranza dell'agente, vincolando ai fatti non ancora posti in essere il valore precettivo dell'orientamento inaugurato.