

Traccia n. 7

IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ, L'ACCESSO ABUSIVO A SISTEMA INFORMATICO O TELEMATICO E LO SVIAMENTO DI POTERE

SOMMARIO

■ 1. L'innesto del principio di tassatività. ■ 2. La nozione di domicilio informatico. ■ 3. Il carattere "abusivo" dell'accesso o del mantenimento in un sistema informatico o telematico da parte di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio. ■ 4. Il contrasto giurisprudenziale sorto dopo Sez. Un. 'Casani', sent. 27 ottobre 2011 n. 4694. ■ 5. La soluzione delle Sez. Un. 'Savarese', sent. 18 maggio 2017, dep. 8 settembre 2017 n. 41210: lo sviamento di potere. ■ 6. Conclusioni.

■ 1. L'innesto del principio di tassatività.

Il sistema penale italiano, nella formulazione delle fattispecie incriminatrici che lo compongono, è governato dal **principio di legalità**, che annovera tra i suoi corollari: il principio di riserva di legge, di tassatività o sufficiente determinatezza, il divieto di analogia *legis* e/o *iuris in malam partem* e la irretroattività della legge penale sfavorevole. Storicamente, tale principio si ricollega all'esigenza garantistica di riservare al Parlamento, espressione della volontà popolare democraticamente formata, il potere di disciplinare, con leggi chiare e scritte, la materia penale, conformemente al c.d. *favor libertatis* individuale, in virtù del quale la libertà personale del singolo è la regola, mentre la pena ne costituisce l'eccezione.

Dacché, discende il ripudio degli estremismi insiti nelle contrapposte tesi della legalità esclusivamente formale o squisitamente sostanziale, prediligendo la posizione intermedia della **legalità 'costituzionale'**, ove al crisma della legge, deve necessariamente affiancarsi il rispetto del principio della personalità della responsabilità penale, al fine di non esautorare il relativo precetto in vuota espressione del formalismo normativo, inidoneo a prevenire e punire pericolosi comportamenti antiggiuridici.

La tassatività ne costituisce, pertanto, il corollario, sebbene non sia espressamente contemplata a norma dell'**art. 25 Cost.**, ma da esso possa desumersi in forza del combinato disposto con l'**art. 13 Cost.**, che, nel sancire l'inviolabilità della libertà personale, ne ammette la compressione solo "in casi eccezionali di necessità ed urgenza", "tassativamente" indicati dalla legge. Inoltre, tale principio si ricava, sul piano della legislazione ordinaria, dall'**art. 1 c.p.**, allorché dispone che il fatto penalmente rilevante debba essere "espressamente" preveduto dalla legge come reato, avverbio poi riprodotto in materia di misure di sicurezza dall'**art. 199 c.p.**

Dunque, il principio di tassatività, diversamente dal principio di riserva di legge, preposto a limitare gli arbitri del potere esecutivo, non attiene alle fonti di diritto penale, ma, piuttosto, alla tecnica di formulazione normativa, al fine di evitare l'indebita ingerenza sostitutiva del potere giudiziario, che, *ex art. 101 Cost.* è sottoposto alla legge, non creatore della stessa.

Tuttavia, nonostante l'equivalenza sinonimica addotta da alcuni autori, tra la nozione di tassatività e quella di sufficiente determinatezza, in un sistema penale fondato sul menzionato principio di legalità formale a correttivo costituzionale, si innesta un rapporto di conseguente interimplicazione, piuttosto che di reciproca alternatività indifferenziata.

Difatti, un fatto penalmente rilevante è tassativo quando la descrizione della fattispecie astratta è intellegibile (precisione), ed è intellegibile in quanto appartenente al mondo reale e, per l'effetto, accertabile processualmente sulla base delle massime di scienza e di esperienza (determinatezza).

Non a caso, la funzione cui tradizionalmente è preposto il principio in commento è la **'prevedibilità'**, da intendere in termini di conoscibilità e non di conoscenza piena ed effettiva del precetto penale, soprattutto in seguito all'intervento della **Corte costituzionale, con sentenza n. 364 del 1988**, con riguardo all'**art. 5 c.p.** e al principio **"ignorantia legis non excusat"**, salvo l'errore inescusabile, in esso consacrato.

Pertanto, affinché le fattispecie incriminatrici siano ossequiose del dettato costituzionale contenuto nell'**art. 25** ed annessi corollari, occorre che il consociato conosca o possa conoscere (prevedere, appunto) le conseguenze penali di una propria azione (od omissione), lesiva di un divieto o di un comando, che deve essere normativamente descritto in modo chiaro e preciso nonché intellegibile, ossia 'determinato', in quanto siano state tipizzate forme comportamentali conformi alla fenomenologia sociale, riscontrabile nella vita reale.

Non sempre, però, la prevedibilità cammina di pari passo con la tassatività, e ciò per una congerie di ragioni, tra cui, a titolo esemplificativo, si annovera la sciattezza della tecnica legislativa e l'inflazione legislativa.

Ciò, tra l'altro, spiega, da un lato, come la chiarezza espositiva del precetto penale non produca di per sé un'adeguata efficacia deterrente, dall'altro, che la funzione general-preventiva, volta quantomeno a guidare teleologicamente la condotta del consociato, possa al meglio esplicarsi attraverso il ricorso al c.d. divieto di analogia *legis* e/o *iuris in malam partem*, quale più diretto precipitato del principio di tassatività in esame.

2. La nozione di domicilio informatico.

L'aderenza al principio di tassatività e sufficiente determinatezza di una fattispecie incriminatrice rileva precipuamente in sede della **tipicità della condotta** che ne costituisce oggetto.

Un fatto di reato affinché possa definirsi tale deve rispondere ai canoni della tipicità, anti-giuridicità e colpevolezza.

Da ciò consegue che un fatto è 'tipico' in quanto è espressamente previsto dalla legge

come reato a norma del citato **art. 1 c.p.**, da leggersi un combinato disposto con l'**art. 25 Cost.**

Tuttavia, non sempre è agevole per l'interprete stabilire l'esatta perimetrazione dell'ambito di applicazione di una condotta già tipizzata, quindi *ex lege* incriminata.

Occorre infatti procedere all'individuazione degli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici, ossia quelli idonei a delineare il disvalore penale della condotta che il legislatore abbia inteso stigmatizzare, al fine di intercettare il momento consumativo del reato.

In particolare, rilevanti aporie ermeneutiche in punto di tipicità della condotta giuridicamente rilevante, si sono poste da ultimo con riguardo alla delimitazione entro cui ascrivere la nozione di **"accesso abusivo"**, ai fini dell'integrazione della fattispecie **ex art. 615-ter c.p.** rubricata, appunto, *"Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico"*.

L'**art. 615-ter c.p.** contempla una fattispecie incriminatrice già caratterizzata da una peculiare collocazione sistematica: essa si trova all'interno della **Sezione IV** dedicata ai delitti contro la inviolabilità del domicilio, del **Capo III** relativo ai delitti contro la libertà individuale.

Difatti, rileva precisare che l'evoluzione sociale e il progresso tecnologico hanno inevitabilmente interessato e coinvolto aspetti che sono stati acquisiti successivamente al nostro vivere quotidiano e che di certo erano sconosciuti all'epoca dell'entrata in vigore del codice Rocco, risalente, come è noto, all'epoca fascista.

Pertanto, anche il concetto di 'domicilio' si è adeguato ai tempi passando da un'accezione strettamente privatistica, quale **'principale centro di imputazione degli interessi del singolo'**, ad assumere la medesima definizione caratteri più astratti ed 'informatizzati'.

Con la novella recata con **L. 23 dicembre 1993, n. 547**, *"Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica"*, s'introduce, a norma dell'**art. 4**, la fattispecie incriminatrice in esame conferendo, al contempo, veste giuridica alla nozione di **domicilio 'informatico'**, con cui s'intende, in base all'interpretazione fornita dalla Suprema **Corte con sentenza resa dalla V sez. pen. del 26 ottobre 2012 n. 42021**, quello spazio ideale, ma anche fisico in cui sono raccolti i dati informatici inerenti alla persona, a cui viene estesa la tutela della riservatezza della sfera individuale, quale bene anche costituzionalmente protetto.

In forza della **L. 23 dicembre 1993, n. 547**, quindi, è stato tipizzato e riconosciuto un 'nuovo' bene giuridico- 'domicilio informatico', per la tutela del quale l'ordinamento garantisce sia il diritto di espletare liberamente qualsiasi attività lecita all'interno del luogo informatico, quale spazio ideale, i cui confini 'virtuali' sono rappresentati da informazioni, sia il correlato *'jus excludendi alios'*, ossia la facoltà di escludere terzi non graditi.

La precisazione definitoria da parte degli Ermellini si è resa necessaria in quanto la nuova connotazione tecnologica del concetto di domicilio ha comportato problemi relativi all'esatta individuazione della sfera spaziale di appartenenza di un dato soggetto.

Difatti, l'abitazione, o anche il locale dove si trova l'elaboratore, presenta delimitazioni di carattere fisico (mura, porte, ecc.) che, di per sé, consentono di individuare

agevolmente la sfera spaziale suscettibile di tutela, assimilabile anche alla nozione di privata dimora.

Di contro, il sistema informatico o telematico si presenta come un'entità immateriale, localizzata solo ed esclusivamente da un diverso numero di informazioni, che non rappresentano solo la proiezione della persona fisica, che esprime le proprie idee e capacità professionali, ma diventa anche luogo in cui trasferire proprie facoltà intellettuali.

Il domicilio informatico nasce, quindi, attraverso l'inserimento di informazioni quali il software applicativo ed operativo, e si separa dall'esterno grazie ad altre informazioni attraverso l'impiego di chiavi logiche o crittografiche, che delimitano l'accesso nel sistema¹.

■ 3. Il carattere 'abusivo' dell'accesso o del mantenimento in un sistema informatico o telematico da parte di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio.

Sulla base delle rassegnate premesse, risulta agevole cogliere le ragioni causative di un'interessante diatriba ermeneutica, che ha coinvolto gli operatori del diritto con riguardo allo stesso art. 615-ter c.p.

In specie, ci si è interrogati sulla corretta qualificazione giuridica da attribuire alla condotta di chi accede ad un sistema informatico o telematico, pur detenendo le chiavi di accesso (password), quindi apparentemente non in contrasto con il citato *jus excludendi alios*, ma viene per scopi diversi dalle mansioni a cui è *ex lege* preposto e all'uopo autorizzato.

Il riferimento è all'ipotesi contemplata al **n. 1 del secondo comma dell'art. 615-ter c.p.** in esame, laddove si prevede un inasprimento del trattamento sanzionatorio: *“la pena è della reclusione da uno a cinque anni”*, in luogo della pena detentiva fino a tre anni prevista per l'ipotesi base, qualora *“il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di operatore del sistema”*.

Trattasi di un'ipotesi che si pone **in rapporto di specialità** rispetto alla fattispecie base, ma alla stregua di **circostanza aggravante esclusivamente soggettiva**, non in quanto reato autonomo, come sostenuto dalla quinta sezione della Cassazione in una pronuncia del 2008, rimasta del tutto isolata.

La *ratio* sottesa a tale aggravio di pena si rinviene sia nella qualifica pubblica rivestita dal soggetto agente, sia nella circostanza che lo stesso possa agevolmente accedere per ragioni d'ufficio a dati molto sensibili o comunque intrattenersi nel sistema.

Pertanto, nella prassi applicativa non risultava di pronta soluzione comprendere quando rilevasse penalmente **ex art. 651-ter, secondo comma, n. 1 c.p.**, la condotta di chi, detenendo le chiavi di accesso di un sistema informatico o telematico, vi si

¹ cfr. IASSELLI, *Domicilio informatico: la Corte di Cassazione ne traccia i giusti confini. Nota a Cassazione penale, sez. V, sentenza 26/10/2012 n° 42021*, in www.altalex.com