

MARCO MANTOVANI

## I REATI INFORMATICI NELLA RECENTE ESPERIENZA FRANCESE: L'USO E L'ACCESSO ABUSIVI

**SOMMARIO** 1. Premessa. — 2. L'accesso fraudolento. — 3. Elementi di comparazione con la legislazione penale italiana vigente. — 4. Il problema degli « hackers ». — 5. Profili di tecnica sanzionatoria. — 6. (*segue*): Lo sviluppo delle sanzioni interdittive. — 7. (*segue*): L'arretramento della soglia di punibilità.

### 1. PREMESSA.

La crescente diffusione delle frodi informatiche e la inidoneità delle incriminazioni tradizionali a ricomprenderle nel proprio ambito applicativo sono state alla base in Francia della recente legge n. 88-19 del 5 gennaio 1988<sup>1</sup>, a mezzo della quale si è provveduto ad inserire, all'interno dello stesso Code pénal, un complesso di norme dirette a reprimere una tipologia piuttosto ampia di reati informati-  
ci<sup>1-bis</sup>.

La formulazione di queste fattispecie, pur con l'ovvia quanto imprescindibile esigenza di rapportarle sempre al diverso contesto normativo in cui sono calate, costituisce un punto di riferimento assai interessante anche per l'esperienza italiana, ove si registra un'intensificazione delle iniziative legislative miranti

<sup>1</sup> Il testo è riportato in questa *Rivista*, 1988, p. 645.

<sup>1-bis</sup> Per una rassegna dei diversi profili penalistici collegati ai computer crimes, cfr. SPREUTELS, *La responsabilità penale connessa ad abusi nell'applicazione dell'informatica*, in questa *Rivista*, 1985, p. 123 ss.; LUCAS DE LEYSSAC, *Il furto d'informazione*, in questa *Rivista*, 1985, p. 625 ss.; CORRIAS LUCENTE, *Bancomat e rilevanza penale dell'abuso del correntista*, in questa *Rivista*, 1985, p. 720 ss.; PICOTTI, *Problemi penalistici in tema di falsificazione di dati informatici*, in questa *Rivista*, 1985, p. 939 ss.; CORRIAS LUCENTE, *Informatica e diritto pe-*

*nale: elementi per una comparazione con il diritto statunitense*, in questa *Rivista*, 1987, p. 167 ss., 519 ss.; MANNA, *La disciplina della c.d. criminalità da computer nei paesi francofoni*, in questa *Rivista*, 1987, p. 503 ss.; PELLEGRINI, *Uso non autorizzato del computer. Limiti e prospettive della tutela penale*, in questa *Rivista*, 1988, p. 723 ss.; MANINI, *Frodi informatiche e carte di credito magnetiche. Un'analisi del « credit card Fraud Act »*, in questa *Rivista*, 1988, p. 927 ss.; per i profili penalistici, in particolare, p. 943 ss.; PICOTTI, *La criminalità informatica: profili di diritto comparato*, in *Critica penale*, 1989, p. 26 ss.

a sanzionare penalmente determinate categorie di abusi informatici<sup>2</sup>.

Prima ancora di passare all'esame analitico delle varie disposizioni e di trarne spunti di comparazione con il nostro diritto penale vigente, non sembra del tutto inutile qualche indicazione sul metodo adottato dal legislatore francese nel descrivere queste ipotesi criminose. Dalla tecnica seguita, *id est* dalla creazione di un capo autonomo — raggruppante le infrazioni in materia informatica — all'interno del titolo II del libro III del Code pénal, emerge l'intenzione dei compilatori della legge di conferire a tale gruppo di reati spiccate connotazioni di specificità ed autonomia. Nell'alternativa fra l'adattamento delle norme incriminatrici esistenti a nuove modalità di aggressione in cui i mezzi informatici, *lato sensu* intesi, sono strumenti per la realizzazione della condotta e/o oggetto giuridico di tutela, e l'enucleazione di una categoria di reati a sé stante, la stesura definitiva della legge n. 88-19 ha optato decisamente, nonostante l'orientamento contrario emerso nella prima fase dei lavori preparatori<sup>3</sup>, per la seconda soluzione.

Il quadro abbastanza singolare che ne discende è quello, rimarcato dai commentatori d'oltr'Alpe<sup>4</sup>, di un complesso di incriminazioni, appunto quelle in materia informatica, che autonomamente si affianca alle due grandi categorie tradizionali dei crimini e delitti contro la persona e dei crimini e delitti contro le proprietà (termine, quest'ultimo, che nel sistema francese designa i delitti contro il patrimonio).

Anticipando sin d'ora un giudizio nel senso dell'inesattezza di tale collocazione, valutazione condivisa anche dalla dottrina francese che ha affrontato specificamente il punto<sup>5</sup>, per via della riconducibilità di gran parte delle fattispecie contenute nel predetto capo III al novero dei delitti contro il patrimonio, come avremo modo di verificare nel prosieguo del presente lavoro, spostiamo ora la nostra attenzione sulle singole norme incriminatrici.

<sup>2</sup> Del disegno di legge diretto a reprimere alcune figure di *computer crime* sono riportati gli elementi essenziali, relativi alla tipologia delle condotte incriminate, da « Il Sole-24 Ore » del 27 ottobre 1989. Un disegno di legge presentato il 27 novembre 1989 prevede poi l'estensione ai programmi per elaboratore elettronico della tutela penale predisposta dall'art. 171 della legge 633/1941 (legge sul diritto d'autore) a favore delle opere dell'ingegno, con correlativo inasprimento delle sanzioni ivi contemplate. Precisiamo, comunque, che quest'ultima tematica esula dall'oggetto del presente lavoro.

<sup>3</sup> Nel primo senso era chiaramente orientato il progetto Godfrain; per una ricostruzione, nelle sue diverse fasi, dell'*iter* che ha condotto all'emanazione della legge n. 88-19 si veda comunque CROZE, *L'apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l'informatique (a propos de la loi n. 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique)*, in *La Semaine Juridique*, 1988, n. 18, p. 1 dell'estratto.

<sup>4</sup> L'osservazione è appunto di CROZE, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

<sup>5</sup> Cfr. ancora CROZE, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

## 2. L'ACCESSO FRAUDOLENTO.

La prima delle nuove fattispecie create in materia informatica, l'art. 462-2, contempla il fatto di chi « fraudolentemente avrà avuto accesso ovvero si sarà mantenuto in tutto o in una parte di un sistema automatizzato di dati ». Trattasi, come si vede, di una norma volta a sanzionare due condotte strutturalmente diverse: la prima, ossia l'accesso, consistente in un'introduzione abusiva, in quanto priva di qualsiasi autorizzazione, in un elaboratore altrui, penetrazione realizzabile dall'agente a mezzo di *modem* ovvero del proprio *personal computer* e per il tramite delle reti di telecomunicazione, secondo quelle che sono le indicazioni dell'esperienza nel settore<sup>6</sup>; la seconda, cioè la permanenza nell'altrui sistema di elaborazione-dati, concretantesi nella protrazione del proprio collegamento con l'elaboratore altrui quando tale collegamento sia avvenuto in modo non fraudolento ma fortuito, o, più frequentemente, sia stato previamente autorizzato (ad es. per contratto) dal proprietario di tale elaboratore, ma oltrepassi i limiti della predetta autorizzazione.

In tema di accesso, uno dei nodi centrali su cui si sono addensate le riflessioni della dottrina francese è stato indubbiamente quello dell'esigenza o meno, ai fini dell'integrazione del reato *de quo*, della presenza di un dispositivo di sicurezza a presidio del sistema a danno del quale viene attuata l'introduzione abusiva. Tanta attenzione non è casuale, essendo il punto oggetto di un'evidente sfasatura fra contenuto dei lavori preparatori<sup>7</sup> e testo definitivo della legge n. 88-19: nei primi la protezione del sistema è requisito espressamente richiesto affinché possa configurarsi il delitto di accesso fraudolento nel medesimo; nella seconda, viceversa, non v'è testualmente traccia alcuna della necessità di tale presupposto. Nel tentativo di superare tale discrasia, non è mancato fra i commentatori della legge in parola chi<sup>8</sup>, poggiandosi anche su un passo dei lavori preparatori<sup>9</sup>, ha ritenuto

<sup>6</sup> Per la puntualizzazione delle modalità di realizzazione della condotta di accesso abusivo si veda, ad opera del Consiglio d'Europa, l'interessante « Rapporto finale d'attività sulla criminalità in relazione al computer » (Progetto di raccomandazione e rapporto sulla criminalità in relazione al computer contenente principi direttivi per i legislatori nazionali), Strasburgo, 1989, p. 40.

<sup>7</sup> In particolare, postula la presenza di un dispositivo di sicurezza ai fini della configurabilità del delitto di accesso fraudolento il « Rapport André », più volte richiamato da LUCAS DE LEYSSAC, *Fraude informatique: protection des systèmes de traitement automatisé de données, répression de la falsification de documents informatisés, et mesures de prévention* — loi du 5 janvier 1988, in

*Droit de l'informatique & des télécoms*, 1988/2, p. 21.

<sup>8</sup> DEVEZE, che tratta dei problemi connessi alle nuove disposizioni introdotte dalla legge n. 88-19, in *Droit pénal des affaires*, « *La Semaine Juridique* », 1988, Ed. E. n. 7, p. 125.

<sup>9</sup> Il Rapport André, nel non far menzione — nella descrizione della fattispecie di accesso abusivo — del requisito relativo alla presenza di un dispositivo di sicurezza a presidio del sistema in cui si è verificato l'ingresso fraudolento, afferma che esso non è necessario « dès lors que l'on exigeait que le délinquant ait agi frauduleusement », « la violation du dispositif de sécurité révélant la fraude » (Rapport André, n. 1087, p. 5).

che la necessaria presenza, nella prospettiva dell'art. 462-2, di un dispositivo di protezione del sistema debba inferirsi dalla circostanza che la disposizione espressamente richiede che l'accesso sia avvenuto « fraudolentemente ». L'impiego di tale avverbio nella costruzione dell'elemento soggettivo dell'illecito in questione postula nell'agente la consapevolezza del carattere indebito del proprio ingresso nel sistema altrui. Tale consapevolezza, stando all'indirizzo ora segnalato, potrebbe radicarsi in capo a chi s'introduce senza autorizzazione (da parte del rispettivo proprietario) nell'elaboratore di altri solo per effetto della predisposizione degli adeguati strumenti di protezione: soltanto a seguito del loro apprestamento si renderebbe inequivoca la volontà del proprietario di escludere dall'ingresso nel proprio sistema i soggetti sprovvisti della relativa autorizzazione (ossia della password richiesta, dell'apposito codice, ecc.); e, correlativamente, solo l'adozione di tali misure potrebbe far sorgere nell'agente la coscienza del carattere indebito del proprio accesso e, insieme, l'esigenza di realizzarlo mediante la forzatura di tali dispositivi, sicché proprio in tale forzatura potrebbe ravvisarsi la prova dell'intenzione fraudolenta dell'agente<sup>10</sup>.

Di tale tesi, invero piuttosto fragile, è stata agevole la critica.

Su un piano generale può intanto rilevarsi l'arbitrarietà di un procedimento ermeneutico che tende a ricavare elementi materiali della fattispecie, come la protezione mediante dispositivo di sicurezza del sistema nel quale si verifica l'accesso abusivo, dall'intenzione fraudolenta, che nella fattispecie svolge soltanto un ruolo di connotazione specifica dell'elemento soggettivo<sup>11</sup>.

Sul versante specifico della volontà del proprietario del sistema di escludere dall'accesso i soggetti non autorizzati, nulla vieta, nel silenzio della legge, che essa possa risultare anche in modi diversi dalla predisposizione di strumenti di protezione del sistema stesso<sup>12</sup>. Richiederne la presenza significa introdurre un elemento non solo estraneo alla formula della fattispecie di cui all'art. 462-2, ma anche ultroneo rispetto alla sua *ratio*.

Quanto alla natura dell'incriminazione contenuta nell'art. 462-2, comma 1, l'interpretazione dominante qualifica l'accesso fraudolento come classica ipotesi di *delit-obstacle*<sup>13</sup>. Trattasi in sostanza dell'espressione di una tecnica legislativa ben nota anche al nostro sistema penale<sup>14</sup>, in forza della quale vengono puniti determinati fatti, in sé non immediatamente lesivi di alcun bene giuridico, in quanto questi

<sup>10</sup> V. quanto riportato alla nota precedente.

<sup>11</sup> Cfr. LUCAS DE LEYSSAC, *op. ult. cit.*, p. 21.

<sup>12</sup> LUCAS DE LEYSSAC, *ibidem*.

<sup>13</sup> Cfr., in tal senso, DEVEZE, *op. ult.*

*cit.*, p. 125; CROZE, *op. ult. cit.*, p. 2 dell'estratto.

<sup>14</sup> Per una definizione dei « *délits-obstacles* » (o reati ostativi) previsti dal nostro ordinamento cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, II ed., Padova, 1988, p. 229.

costituiscono la premessa per la commissione di determinati reati<sup>15</sup>. In quest'ottica, la repressione penale dell'accesso rappresenterebbe un'anticipazione della tutela offerta a quegli interessi giuridici che risultano lesi da un complesso di reati informatici, quali il sabotaggio informatico *lato sensu* inteso, la falsificazione e in genere la manipolazione di dati e di programmi, di cui l'accesso rappresenta una necessaria premessa.

Da ultimo, è opinione comune, in quanti si sono occupati del contenuto della legge n. 88-19, che l'art. 462-2, nella parte in cui reprime l'accesso e — ancor più — in quella concernente la permanenza abusiva nel sistema, sia idoneo a ricomprendere nella propria sfera applicativa i casi di c.d. « furto di tempo-macchina »<sup>16</sup>. Con tale espressione si allude alle ipotesi, tutt'altro che infrequenti nella pratica, di uso non autorizzato dell'elaboratore altrui, *rectius* di uso non autorizzato del *computer-time* di tale elaboratore. La gamma di comportamenti riportabili a questo fenomeno è sicuramente molto ampia: basti pensare, per rimanere a quelli più comuni, all'uso dell'elaboratore da parte del dipendente dell'impresa per fini personali suoi propri; o, ancora, all'utilizzazione dell'elaboratore ad opera del cliente per un tempo superiore a quello concessogli per contratto. Per giudizio concorde dei commentatori della legge in esame tali condotte, anteriormente all'approvazione di essa, sfuggivano all'applicazione delle norme incriminatrici esistenti e segnatamente a quella dell'art. 408 in tema di abuso di fiducia, figura corrispondente — con le fondamentali differenze che evidenzieremo in seguito — alla nostra appropriazione indebita.

### 3. ELEMENTI DI COMPARAZIONE CON LA LEGISLAZIONE PENALE ITALIANA VIGENTE.

Proprio il c.d. furto di tempo-macchina può costituire un ideale punto di approccio per la verifica delle soluzioni che, con riguardo a tale specifica forma di reato informatico, risultano sperimentate o sperimentabili in Italia alla stregua delle norme penali vigenti. L'argomento presenta notevole interesse anche perché consente immediatamente di fissare alcune differenze fondamentali della nostra esperienza rispetto a quella francese.

<sup>15</sup> Per la nozione di *délit-obstacle* nell'esperienza francese, STEFANI-LEVASSEUR, *Droit pénal général*, X ed., 1978, p. 27.

<sup>16</sup> Così DEVEZE, *op. ult. cit.*, p. 125; CROZE, *op. ult. cit.*, p. 5 dell'estratto; LUCAS

DE LEYSSAC, *op. ult. cit.*, p. 20; CHAMOUX, *La loi sur la fraude informatique: de nouvelles incriminations*, in *La Semaine Juridique*, 1988, Ed. G., n. 9, il quale ultimo sviluppa più diffusamente il punto a p. 2 e ss. dell'estratto.

Appunto a proposito dell'uso non autorizzato del *computer* si prospetta il problema, oggetto di un saggio pubblicato su questa Rivista<sup>17</sup>, dell'applicabilità della norma sul furto quale risulta delineata dall'art. 624 cod. pen. Fermo restando il carattere di materialità che deve contrassegnare la cosa mobile costituente oggetto materiale della sottrazione e dell'impossessamento richiesti dalla norma *de qua*<sup>18</sup>; ed indubbio essendo che nei casi di uso non autorizzato dell'elaboratore l'unica cosa mobile cui compete l'attributo della materialità, cioè precisamente il *computer*, resta ben fermo nella fisica disponibilità del suo titolare, limitandosi l'abusivo utente a fruire delle sue prestazioni senza operare sottrazione od impossessamento alcuni della macchina nella sua corporalità; se ne evince quindi che il furto di tempo-macchina, riguardato sotto lo specifico profilo della sua incidenza sull'elaboratore nella sua materialità, resta comunque al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 624 cod. pen.<sup>19</sup>.

Altra e assai meno pacifica questione è se il furto di tempo-macchina possa ugualmente integrare gli estremi di tale figura delittuosa, *sub specie* però di furto di energie per effetto di quanto statuisce il capoverso dell'art. 624 cod. pen. Questo introduce infatti una clausola generale di equiparazione, « agli effetti della legge penale » e non del solo furto (precisazione che non è di poco momento ai fini degli sviluppi che — come vedremo successivamente — se ne possono trarre riguardo ad altri reati informatici), alla cosa mobile dell'energia elettrica e di ogni altra energia avente un valore economico. L'interrogativo intorno alla possibilità di sussunzione del furto di tempo-macchina all'interno della fattispecie delineata dall'art. 624 cpv. cod. pen., nasce dal rilievo che l'abusiva fruizione delle prestazioni dell'elaboratore implica necessariamente l'altrettanto abusiva utilizzazione dell'energia elettrica che serve ad alimentarlo. A tale quesito, nel saggio che più sopra abbiamo ricordato<sup>20</sup>, si è data una recisa risposta negativa, sulla base di argomentazioni che non ci sembrano assolutamente persuasive. Le obiezioni che vengono mosse all'inquadramento dell'uso non autorizzato del *computer* nell'alveo del furto di energia elettrica *ex art.* 624 cpv. attengono primariamente all'oggetto materiale di tale ultima fattispecie e all'impossibilità di ravvisarne la presenza nel furto di tempo-macchina: in esso, si dice, non vi è sot-

<sup>17</sup> Trattasi della ricerca di PELLEGRINI, *Uso non autorizzato del computer. Limiti e prospettive della tutela penale*, in questa Rivista, 1987, p. 289 ss.

<sup>18</sup> Per l'esclusione dei beni immateriali dall'ambito di applicazione dell'art. 624 cod. pen., v. PECORELLA, voce *Furto comune (diritto penale)*, in *Enc. del dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 334; F. MANTOVANI, voce

*Furto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, 1961, p. 696; Id., *Diritto penale, Parte speciale - Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, p. 20 ss., 64.

<sup>19</sup> Cfr. PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 295 ss.

<sup>20</sup> Il problema della configurabilità del furto di servizi in termini di furto di energie è affrontato da PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 297 ss.

trazione di energia ma di servizi, « non venendo l'energia elettrica sottratta ma solo consumata ». Poi, instaurando un parallelismo per rafforzare l'assunto, si nota come « non è infatti il consumo di benzina che fa definire furto la sottrazione di un'automobile ma l'impossessamento e la sottrazione della vettura stessa »<sup>21</sup>. Si afferma così una sostanziale autonomia del furto di servizi rispetto al furto di energia elettrica e si esclude che la realizzazione del primo possa integrare gli estremi del secondo. Con la conseguenza che, non essendo il furto di servizi previsto come reato a sé stante nel nostro ordinamento, esso resterebbe come tale esente, *de iure condito*, da qualunque sanzione penale.

Paradossalmente, proprio il paragone cui si ricorre per avvalorare l'asserzione si traduce in una spia rivelatrice della sua infondatezza. Il consumo della benzina necessaria per spostare la macchina rubata non dà luogo all'applicazione autonoma della norma sul furto di energia non già perché di questo non sono configurabili gli estremi, ma perché il furto della benzina resta assorbito in quello dell'autovettura.

La ragione di tale assorbimento, a sua volta, è che il concorso fra furto dell'automobile e furto di energia *ex art. 624, cpv.*, insito nel consumo della benzina necessaria a spostarla, va risolto nel senso dell'apparenza in base al principio di consunzione<sup>22</sup>, con la conseguente applicazione della sola norma riguardante il furto della vettura<sup>23</sup>. Rispetto a tale fatto, il furto di energia dato dal consumo della benzina si atteggia come fatto tipico contestuale non punibile perché il suo autonomo disvalore viene ricompreso nell'applicazione della norma sul furto della vettura. Ergo, l'applicazione soltanto di quest'ultima norma rappresenta l'attuazione di un'esigenza equitativa che impedisce l'addebito plurimo di uno stesso fatto a carico del medesimo agente (c.d. *ne bis in idem* sostanziale)<sup>24</sup>. Ma questa soluzione, che impone l'applicazione della sola norma che esaurisce l'intero disvalore del fatto (c.d. norma « consumante ») in adesione alla segnalata istanza equitativa, non significa affatto che nel fatto stesso non siano ravvisabili anche gli estremi della norma (c.d. « norma consumata ») la cui operatività rimane contingentemente bloccata (nel caso esaminato, il furto di energia *ex art. 624 cpv. cod. pen.*). Questa puntualizzazione apparentemente superflua, che inerte al meccanismo di funzionamento del principio di consunzione e, prima ancora, dello stesso concorso apparente di norme, è viceversa molto importante: essa consente di evitare l'equivoco — in cui sembra essere incorsa la ricerca più volte menzionata<sup>25</sup> — che porta a scambiare la non applicazione del furto di energia, per effetto del suo assorbi-

<sup>21</sup> Così PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 297.

<sup>22</sup> Esaurientemente sul principio di consunzione v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, Milano, 1987, p. 154 e dottrina, italiana e straniera, ivi richiamata.

<sup>23</sup> Così M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 155.

<sup>24</sup> Su tale esigenza generale, M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 149 ss.

<sup>25</sup> Trattasi appunto del segnalato lavoro di PELLEGRINI.

mento ad opera della norma consumante, con la non configurabilità in assoluto del medesimo. Ad onta della sua contingente non applicazione dovuta alla consunzione, la fattispecie dell'art. 624 cpv., cod. pen., resta comunque configurabile. Sicché, secondo la regola generale in materia di consunzione<sup>26</sup>, ove la norma consumante, che esaurisce l'intero disvalore del fatto, risulti per qualsiasi ragione inapplicabile, il fatto potrà nondimeno riportarsi nello schema della norma consumata, che per tale via riattiva quindi la propria originaria efficacia.

Trasferendo questi concetti sul terreno del furto di tempo-macchina e dei suoi rapporti con il furto di energia elettrica di cui all'art. 624 cpv., cod. pen., è agevole riscontrare come si pervenga a risultati diametralmente opposti a quelli raggiunti dalla ricerca segnalata. In effetti, vero che il tempo-macchina non è un'energia, ma un servizio; altrettanto vero che una norma sul furto di servizi — se effettivamente esistesse — « consumerebbe » (nel senso sopra indicato) il contestuale furto dell'energia elettrica necessaria al funzionamento dell'elaboratore nel tempo in cui l'utente abusivo ne fruisce; è tuttavia nondimeno vero che, non potendosi oggi come oggi applicare — per il semplice fatto che non esiste — l'ipotetica norma consumante, la sottrazione del *computer-time* ricade nel furto di energia elettrica di cui all'art. 624 cpv. cod. pen. Questa norma infatti conserva (e non riacquista, giacché non l'ha mai perduta) la propria portata applicativa, idonea a ricomprendere anche sottrazioni di servizi purché comportanti una contestuale sottrazione di energia elettrica, in assenza di una specifica norma che la assorba.

Credendo di avere superato quella che è la principale obiezione alla riconducibilità del furto di tempo-macchina al paradigma dell'art. 624 cpv. cod. pen., obiezione che attiene alla (presunta) mancata integrazione dell'elemento oggettivo di tale fattispecie sotto il profilo dell'oggetto materiale che questa postula, occorre ora affrontarne un'altra, prospettata in subordine alla precedente sempre nel medesimo studio<sup>27</sup>. Si fa notare come, quand'anche si reputasse che l'uso non autorizzato dell'altrui elaboratore sia iscrivibile nell'art. 624 cpv. quanto agli aspetti materiali della fattispecie, la responsabilità dell'agente dovrebbe pur sempre escludersi sotto il profilo della colpevolezza per mancanza del dolo richiesto da tale disposizione. Nel fuoco della volontà dell'agente, si osserva, non vi sarebbe la sottrazione di energia elettrica, bensì quella di tempo-macchina, cioè di un servizio che in quanto tale esula dalla norma *de qua*.

Anche questo ulteriore ostacolo non sembra peraltro insormontabile: indubbiamente in chi sottrae tempo-macchina si può ammettere

<sup>26</sup> Cfr. M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 154.

<sup>27</sup> PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 297.



vi siano la consapevolezza e la volontà di sottrarre servizi e non energia elettrica. L'eventuale presenza di un dolo il cui oggetto consiste nella sottrazione di servizi non può tuttavia trasformare in reato ciò che non lo è: chi agisce sorretto dalla consapevolezza e volontà di realizzare un furto di servizi commette, allo stato attuale delle cose, un reato putativo per errore di diritto. In piena aderenza alla concezione oggettiva del reato accolta dal nostro codice, l'art. 49, comma 1, cod. pen. esclude in tali casi la responsabilità dell'agente. Nondimeno, l'ovvia esclusione della responsabilità del soggetto per furto di servizi non implica un esonero dalla medesima anche in relazione al furto di energia elettrica *ex art. 624, cpv. cod. pen.*; stando alla previsione dell'art. 49, comma 3, cod. pen., nel caso di reato putativo « se concorrono nel fatto gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per il reato effettivamente commesso ». Ergo, se si accoglie la tesi, che più sopra abbiamo esposto, della sussistenza, nell'ipotesi di furto di tempo-macchina, degli estremi del furto di energia elettrica di cui all'art. 624 cpv. cod. pen., se ne deve inferire, in forza dell'art. 49, comma 3, cod. pen., la permanenza a carico dell'agente di una responsabilità a tale titolo.

Sempre in tema di costruzione dell'uso non autorizzato del *computer* in termini di sottrazione di energia elettrica può prospettarsi sin d'ora un'altra critica, fondata questa sulla misura del danno risarcibile in sede civile a favore del soggetto passivo del reato *de quo*. Si potrà cioè obiettare che il danno cagionato dal predetto furto di servizi è certamente maggiore di quello insito nella sottrazione della mera energia elettrica necessaria a fornirli, essendo ben superiore a quello di quest'ultima, il valore del tempo macchina utilizzato. A conferire uno specifico e consistente spessore a questa obiezione è l'orientamento della prevalente giurisprudenza in tema di danno risarcibile nascente da reato *ex art. 185, comma 2, cod. pen.*: agli effetti di tale disposizione si considera danno risarcibile solo quello costituente conseguenza diretta ed immediata del reato<sup>28</sup>. Nel caso di specie, quindi, suscettibile di essere risarcito sarebbe soltanto l'importo pari al consumo dell'energia elettrica impiegata in costanza dell'utilizzazione abusiva dell'elaboratore; e non già il valore intrinseco del servizio, *id est* del tempo macchina, di cui si è illecitamente fruito. In realtà, anche quest'ulteriore impasse può essere superata, sol che si tenga presente la più recente e diversa tendenza giurisprudenziale incline a ricomprendere nella nozione di danno risarcibile ai sensi dell'art. 185, comma 2, cod. pen. ogni evento dannoso causalmente collegato al fatto di reato<sup>29</sup>. Ne discende, in ordine al furto di servizi

<sup>28</sup> In questa linea di tendenza si iscrive, fra le altre, Cass. pen. 15 maggio 1980, in *Riv. pen.*, 1981, 102.

<sup>29</sup> V. Cass. civ. 21 dicembre 1984, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 12.

analizzato, la sufficienza — ai fini della sua risarcibilità — di un mero nesso di causalità fra la sottrazione dell'energia elettrica necessaria a far funzionare l'elaboratore (fatto di reato *ex art.* 624, cpv., cod. pen.) e il danno consistente nella sottrazione al proprietario dei servizi forniti da questo; nesso che incontestabilmente c'è e vale a rendere risarcibile tale evento dannoso in virtù dell'art. 185, comma 2, cod. pen.

Le soluzioni che già sul piano del diritto positivo abbiamo ritenuto idonee a ricomprendere nel nostro ordinamento il furto di tempo macchina segnano già un importante punto di stacco rispetto all'esperienza francese. In quest'ultima emerge l'assenza di norme incriminatrici capaci di attrarre nella propria orbita applicativa il c.d. furto di servizi. Tale impotenza delle norme tradizionali, che è alla base della volontà di colpire tale figura di abuso a mezzo del nuovo art. 462-2 alinea del Code pénal, si spiega in ragione di alcune fondamentali differenze fra la struttura delle fattispecie francesi e quella delle omologhe fattispecie italiane che risultano viceversa adattabili al caso *de quo*.

Preliminare è il rilievo — peraltro di minimo conto nell'economia del discorso — circa la mancata inclusione delle energie fra i possibili oggetti materiali della condotta di furto, quale risulta delineata dall'art. 379 del Code pénal. A tale lacuna ha provveduto comunque a supplire la prassi giurisprudenziale la quale, sin dai suoi indirizzi più risalenti<sup>30</sup>, ha ritenuto che la sottrazione di energia elettrica integrasse gli estremi del furto, stante il carattere di ricchezza appropriabile che a questa compete. Il tema che fa risaltare nel modo più evidente le sostanziali differenze intercorrenti fra il sistema penale francese e quello italiano è tuttavia quello della disciplina dell'ipotesi statisticamente più frequente di furto di tempo-macchina: quella dell'uso per fini personali dell'elaboratore dell'impresa da parte del dipendente della medesima.

Nel nostro ordinamento, tale caso si presta ad essere ricondotto senza eccessive difficoltà nello schema del furto, precisamente di quello di energia elettrica di cui all'art. 624 cpv., cod. pen., in assenza di una specifica norma sul furto di servizi. Non c'è infatti spazio per configurare in capo all'agente una situazione di autonomo possesso efficiente a realizzare il presupposto oggettivo dell'appropriazione indebita. Il prolungato dibattito sulla nozione penalistica del possesso, nella prospettiva dell'art. 646 cod. pen., registra ormai un consolidato consenso intorno alla maggiore ampiezza di questa rispetto alla corrispondente figura civilistica *ex art.* 1140 e ss. cod.

<sup>30</sup> Per la ricostruzione dell'*iter* dottrinale e giurisprudenziale che ha condotto all'inclusione delle energie nel concetto di « cosa » cui fa riferimento l'art. 379 del Code pénal nella

descrizione del furto, DEL TUFO, *I reati contro le proprietà: il sistema francese*, ricerca a cura del C.I.R.S., p. 180.

civ.; e tende ad identificarla in un'autonoma disponibilità di fatto della cosa svolgentesi al di fuori della sfera di controllo di chi ha sulla medesima un potere giuridicamente prevalente<sup>31</sup>. Né si discosta sostanzialmente da questo concetto l'indirizzo recente che ravvisa nella condotta di appropriazione, accanto all'elemento positivo dato dalla c.d. « impropriazione » (cioè dall'instaurazione di un potere di fatto sulla cosa), quello negativo, antecedente, dell'« espropriazione » del proprietario della cosa, ossia dell'esclusione di quest'ultimo dal rapporto con la stessa<sup>32</sup>.

Tale requisito negativo finisce con il coincidere con quella mancanza del potere di controllo sulla cosa in capo al proprietario, cui è necessariamente correlata quella disponibilità autonoma della stessa ad opera dell'agente che rappresenta il fulcro della nozione penalistica dominante di possesso che in precedenza abbiamo illustrato.

Ora, non sembra davvero che siffatta posizione di signoria sulla cosa, cioè sul tempo macchina dell'elaboratore, *rectius* — in coerenza con la configurazione penalistica che ne abbiamo patrocinato — sull'energia elettrica necessaria ad alimentarlo, sia ravvisabile in capo al dipendente dell'impresa proprietaria del *computer*<sup>33</sup>. Il potere del primo può esercitarsi solo entro e non oltre i limiti fissati dalla seconda, la quale ha comunque la possibilità di verificarne l'osservanza: a ciò in concreto l'azienda provvede dotando i propri operatori di una password che li abilita ad utilizzare l'elaboratore solo per il tempo da essa determinato. Ergo, la persistenza di questo potere di controllo da parte dell'impresa impedisce il sorgere in capo al dipendente di una situazione di possesso rilevante *ex art.* 646 cod. pen. Di conseguenza, l'utilizzazione del *computer* ad opera del dipendente per un tempo superiore a quello per cui è abilitato si tradurrà non in un'appropriazione, ma in una sottrazione in danno di un soggetto, l'impresa, che del tempo macchina in questione ha mantenuto il possesso (inteso in senso penalistico). La fattispecie di cui sono presenti gli elementi costitutivi è dunque il furto.

Tutt'al più, potrà versarsi nell'ipotesi dell'art. 646 cod. pen. nel caso in cui un soggetto, abbia stipulato un contratto per l'utilizzazione dell'elaboratore di proprietà di un altro soggetto (verosimilmente il rapporto correrà fra società) e protragga il proprio uso oltre i termini contrattualmente pattuiti. Qui peraltro, ferma restando l'astratta configurabilità dell'art. 646 cod. pen. per la presenza di una disponibilità autonoma della cosa da parte del fruitore delle prestazioni erogate dal *computer*<sup>34</sup>, le ragioni che consigliano l'applicazione delle

<sup>31</sup> In tal senso ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Milano, 1982, p. 226 ss., 273; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 835.

<sup>32</sup> PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, in *Digesto (penale)*, I, Torino, 1987, p. 226 ss.; per una ridefinizione del concetto

penalistico di possesso, con le correlative implicazioni in ordine al rapporto fra furto e appropriazione indebita, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale - Delitti contro il patrimonio*, cit., p. 44 ss., 98 ss.

<sup>33</sup> Così anche PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 303.

<sup>34</sup> Cfr. PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

sanzioni civili collegate all'inadempimento contrattuale in luogo di quella penale prevista dall'art. 646 sono le stesse che stanno a fondamento del principio di sussidiarietà della norma penale<sup>35</sup>. L'esigenza, quindi, di limitare l'intervento della sanzione penale ai soli casi in cui quelle apprestate dagli altri rami dell'ordinamento si rivelino inadeguate alla preservazione dei beni che si intende tutelare, impone di rinunciare alla sua applicazione in quest'ipotesi. In essa, la prospettiva del risarcimento del danno conseguente all'inadempimento del contratto di utilizzazione del *computer* appare mezzo di efficacia deterrente sufficiente a scoraggiare un uso dell'elaboratore non conforme alle statuizioni negoziali intervenute a tal riguardo fra le parti<sup>36</sup>.

Come abbiamo anticipato più sopra, l'uso dell'elaboratore per fini personali ad opera del dipendente rimaneva invece senza soluzione in Francia, alla stregua delle norme tradizionali. La norma che si prestava a sussumere la condotta in questione era senz'altro quella, corrispondente alla nostra appropriazione indebita, sull'abuso di fiducia. Le incertezze insorte da noi intorno alla definizione del possesso, che della condotta appropriativa contemplata dall'art. 646 cod. pen. costituisce il presupposto, non hanno motivo di essere nell'esperienza francese. L'art. 408 del Code pénal, infatti, identifica il presupposto necessario e sufficiente per la realizzazione della condotta appropriativa nella semplice « consegna » della cosa all'agente. Dunque la semplice detenzione della cosa, senza che siano richiesti requisiti ulteriori, è condizione bastevole a far rientrare il fatto di chi se ne appropria nella previsione dell'art. 408, anziché in quella dell'art. 379 del Code pénal concernente il furto.

L'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 408 incontra peraltro un limite nella elencazione tassativa dei titoli che di tale detenzione possono essere fonte. Trattasi, nella specie, di un'applicazione di quella tecnica casistica nella formulazione della fattispecie di cui la legislazione penale francese conosce non pochi esempi<sup>37</sup>.

Resta il fatto — ritornando al problema della qualificazione della sottrazione, da parte del dipendente, della cosa avuta in consegna dall'impresa per l'espletamento delle proprie mansioni — che tale condotta si iscrive in via generale nel contesto dell'art. 408 del Code pénal. Questo menziona infatti, fra i contratti costituenti il titolo della detenzione della cosa oggetto della successiva sottrazione o dissipazione, anche il contratto di lavoro. Senonché, a rendere comunque inapplicabile questa norma alle ipotesi di uso dell'elaboratore per fini

<sup>35</sup> Sul principio di sussidiarietà e sul suo fondamento costituzionale, BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di DE ACUTIS e PALOMBARINI, 1984, p. 3 ss.; sempre sul principio di sussidiarietà M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 23 e Autori ivi richiamati.

<sup>36</sup> Orientato, in questa direzione, a circoscrivere il ricorso alla sanzione penale per i ca-

si di utilizzazione abusiva dell'elaboratore, privilegiando per quanto possibile le sanzioni predisposte dagli altrui rami dell'ordinamento, appare anche il predetto « Rapporto finale » del Consiglio d'Europa, di cui *sub* nota 6, pp. 54-55.

<sup>37</sup> Su tale canone di costruzione della fattispecie seguito in genere dal legislatore francese, v. DEL TUFO, *I reati contro le proprietà: il sistema francese*, cit., p. 167 ss.

personali ad opera del dipendente, gioca l'elencazione, anche questa tassativa, che l'art. 408 fa riguardo ai possibili oggetti materiali della condotta appropriativa; vengono in tal sede menzionati, nel quadro di quella (esasperata) tendenza casistica che più sopra abbiamo segnalato, « effetti, danari, merci, biglietti, ricevute o ogni altra scrittura contenente o operante una quietanza ». Ora, appare del tutto evidente l'irriducibilità del tempo macchina, nella cui sottrazione si traduce l'uso abusivo dell'elaboratore altrui, ad alcuna di queste categorie, se non a prezzo di evidenti forzature del dato normativo. Proprio tale difficoltà, avvertita dalla dottrina più sensibile al problema<sup>38</sup>, nel ricondurre questi casi di furto di tempo macchina al paradigma dell'art. 408, è alla base del pressoché concorde orientamento dottrinale incline oggi a vederli ricompresi nella sfera di operatività del nuovo art. 462-2 alinea, introdotto con la legge n. 88-19.

#### 4. IL PROBLEMA DEGLI « HACKERS ».

Non tutte le forme di accesso concretano ipotesi di furto di servizi, ricadendo come tali, per quanto sopra esposto, nella previsione dell'art. 624 cpv. Ne restano fuori non soltanto quelle in cui l'accesso costituisce un atto prodromico alla commissione di ulteriori reati (come ad es. il sabotaggio informatico, come più innanzi vedremo); ma anche quelle in cui l'agente si sia introdotto nell'elaboratore per finalità comunque diverse dalla fruizione delle prestazioni dal medesimo erogate. Nel novero di queste finalità si colloca anche quella consistente nella mera soddisfazione scaturente dall'elusione delle barriere informatiche poste a difesa del sistema. Questo è l'intento che ispira gli « hackers », gruppi di giovani e giovanissimi — le cui imprese hanno goduto di ampia risonanza ad opera dei « mass media » — che si servono del proprio *personal computer* per inserirsi, neutralizzandone ogni meccanismo di protezione, in sistemi di elaborazione dati, pubblici e privati, pervenendo così a conoscenza di dati, talvolta di importanza essenziale, destinati a rimanere assolutamente riservati<sup>39</sup>.

Che un impiego, pur minimo, di tempo macchina dell'elaboratore in cui avviene l'accesso, vi sia, da parte dell'agente, anche in questo

<sup>38</sup> Cfr. CHAMOUX, *La loi sur la fraude informatique: de nouvelles incriminations*, cit., p. 2 ss. dell'estratto.

<sup>39</sup> Sulle specifiche connotazioni crimino-

logiche degli autori di questi atti di « pirateria informatica », si veda il citato « Rapporto finale » del Consiglio d'Europa, p. 41.

caso, non può mettersi in discussione: quanto meno al fine di prendere visione dei dati in esso contenuti, il soggetto dovrà attivare i meccanismi di funzionamento dell'elaboratore e sottrarre quindi un servizio del medesimo. Ciò che osta alla configurabilità del furto attiene peraltro al profilo soggettivo del fatto. Anche ad ammettere il dolo generico di sottrazione, manca nell'agente, agli effetti dell'integrazione del dolo specifico richiesto dall'art. 624 cod. pen. il fine di profitto, almeno nell'accezione che a noi pare più consona a tale nozione.

È noto, infatti, come il concetto di profitto nei delitti contro il patrimonio sia non da oggi oggetto di vivaci dispute; sostenendosi, dalla dottrina prevalente<sup>40</sup> e da una parte della giurisprudenza<sup>41</sup>, che esso si identifichi in qualunque utilità, patrimoniale o meno, in qualunque soddisfazione di un bisogno perseguita dall'agente<sup>42</sup>; replicandosi, da parte di altri<sup>43</sup>, che il profitto, nella prospettiva del dolo specifico postulato dall'art. 624 cod. pen., debba necessariamente avere natura patrimoniale. Posto che questa seconda soluzione ci pare preferibile, la prima facendo perdere, come è stato esattamente osservato<sup>44</sup>, al dolo specifico di cui all'art. 624 cod. pen. qualsiasi funzione delimitativa della fattispecie, sotto questo preciso profilo di fatto degli « hackers » non realizza gli estremi del furto. La finalità ludica che connota gli autori di questi atti di « pirateria » informatica impedisce di riportare l'eventuale sottrazione di tempo macchina da questi posta in essere nel contesto dell'art. 624 cod. pen.

Esclusa la configurabilità del furto, pare assai difficile rinvenire altre fattispecie penali in grado di ricomprendere l'illecito ora visto, in sé e per sé considerato. Infruttuoso risulta, fra gli altri, il ricorso alla violazione di domicilio<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 220 ss. (sulla nozione di profitto in generale nei delitti contro il patrimonio) e 247 (in tema di furto); DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951, p. 40 ss.; F. MANTOVANI, *Furto*, cit., p. 712; lo stesso Autore, nondimeno, in *Diritto penale, Parte speciale - Delitti contro il patrimonio*, cit., al fine di evitare gli eccessi di una nozione troppo ampia di profitto e di svuotare il medesimo di ogni funzione delimitatrice delle fattispecie a tutela del patrimonio, lo definisce come « ogni incremento della capacità strumentale del patrimonio di soddisfare un bisogno umano, materiale o spirituale » (*ibidem*, p. 38).

<sup>41</sup> Cass. pen. 17 marzo 1975, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1976, 1039; Cass. pen. 13 gennaio 1976, in *Giust. pen.*, 1976, II, 651; sul punto dell'integrazione del fine di profitto ad opera della sottrazione commessa per fine

di vendetta, rappresaglia, ritorsione, v. la giurisprudenza richiamata da ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 220, nota 16; più in generale, sulle oscillazioni giurisprudenziali intorno alla possibilità di ricondurre la finalità di vendetta entro il fine di profitto, F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 38, nota 44.

<sup>42</sup> Cfr., per tutti, su tale nozione di profitto, ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 220.

<sup>43</sup> LEONE, *Per una revisione del concetto di profitto nel delitto di furto*, in *Scritti in onore di Manzini*, Padova, 1954, p. 285 ss.; PECORELLA, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, 1965, p. 634 ss.; nella stessa direzione BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, p. 52.

<sup>44</sup> Cfr. PECORELLA, *Furto comune (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 352.

<sup>45</sup> Per un rapido cenno al problema, SARZANA, *Note sul diritto penale dell'informatica*, in *Giust. pen.*, 1984, I, c. 28.

A determinarne l'inapplicabilità è certamente l'assenza di un ingresso « fisico » dell'agente all'interno dell'elaboratore; ma, ancor prima della condotta, è la stessa idea di « domicilio informatico »<sup>46</sup> ad essere di problematica riconducibilità nel quadro dell'oggettività giuridica dell'art. 614 cod. pen. Alla ricostruzione del bene tutelato da questa norma incriminatrice la dottrina oggi prevalente<sup>47</sup> perviene attraverso un necessario collegamento con la nozione di domicilio che è accolta dalla Costituzione (art. 14) e che ne valorizza l'imprescindibile strumentalità alla libertà personale dell'individuo. Per tale via, si identifica l'interesse protetto dall'art. 614 nell'ambito di libera esplicazione, da parte del soggetto, della propria personalità. L'individuazione in questi termini dell'oggetto di tutela, se da un lato impone l'inclusione nella sfera di operatività della norma *de qua* dell'abitazione e delle sue appartenenze, in quanto luoghi costituenti la sede primaria dell'estrinsecazione della personalità individuale; dall'altro, fa sorgere ampie perplessità sulla possibilità di estendere la sua portata agli stabilimenti industriali<sup>48</sup>. Ora, se si prende atto della difficoltà a far rientrare questi ultimi nel concetto di « luogo di privata dimora » di cui all'art. 614 cod. pen., proprio perché in essi non si ravvisa quella funzionalità all'esplicazione della personalità individuale che si assume come nota caratterizzante dei luoghi ricadenti nella previsione dell'art. 614 cod. pen., in ragione dell'interesse da tale norma tutelato; *a fortiori* non sembra possibile ritenere che la protezione accordata da detta norma operi anche per l'interno dell'elaboratore: l'interno di un *computer*, cioè di una macchina, non può essere considerato in sé e per sé luogo di esplicazione della personalità individuale. Tale qualità, con la correlativa tutela penale *ex* art. 614 cod. pen., potrà semmai competere ai locali in cui l'elaboratore si trova, non a questo avulso da quelli.

Inapplicabile la norma sulla tutela delle comunicazioni e conversazioni telefoniche o telegrafiche di cui all'art. 617 cod. pen., supponendo questa un rapporto fra persone, e non fra persone e macchine<sup>49</sup>, non resta che concludere nel senso che l'accesso abusivo nell'al-

<sup>46</sup> Tale denominazione è impiegata dal più volte citato « Rapporto finale » del Consiglio d'Europa, p. 41 ss.

<sup>47</sup> SINISCALCO, voce *Domicilio (violazione di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p. 872 ss.; FLICK, *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1975, p. 548 ss.

<sup>48</sup> Contro tale possibilità, infatti, SINISCALCO, *op. ult. cit.*, p. 874; e, per la giuris-

sprudenza, Trib. Milano, 30 ottobre 1973, in *Foro it.*, 1974, II, 244; Trib. Bologna, 31 ottobre 1972, in *Giur. it.*, 1974, II, 541. A favore, invece, ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 178; GRISPIGNI, *Ingresso arbitrario in stabilimenti industriali*, in *Sc. pos.*, 1949, 573; per la giurisprudenza, fra le altre, Cass. pen. 3 aprile 1969, in *Mass. giur. lav.*, 1969, 359.

<sup>49</sup> Cfr. SARZANA, *Note sul diritto penale dell'informatica*, cit., *ibidem*.

trui elaboratore, almeno nella forma che contraddistingue i comportamenti degli « hackers », si presenta privo di sanzione penale alla stregua dell'ordinamento vigente<sup>50</sup>.

## 5. PROFILI DI TECNICA SANZIONATORIA.

Constatata la lacuna normativa, quel che rimane ora da verificare è se la soluzione offerta dalla legge francese n. 88-19 riguardo a questo specifico atto di « pirateria » informatica rappresenti un modello cui anche la nostra legislazione conviene s'ispiri. La questione finisce inevitabilmente con l'involgere opzioni di fondo in materia di politica criminale, sulle quali sembra qui emergere un profondo scarto fra la nostra esperienza e quella francese. L'art. 462-2 alinea, infatti, prevede come sanzione per l'accesso abusivo, non solo alternativamente ma anche — giova sottolinearlo — cumulativamente alla pena pecuniaria, una pena detentiva che va da due mesi ad un anno. Trattasi, con tutta evidenza, di una reazione punitiva che si traduce nell'irrogazione di una pena detentiva breve. In proposito, è appena il caso di ricordare come questa specie di pene sia stata e sia tuttora oggetto, da noi come pure nella tendenza internazionale del diritto penale, di reiterate critiche; ne sono stati in particolare segnalati gli effetti solo desocializzanti, anziché rieducativi, quando non addirittura criminogeni<sup>51</sup>. Effetti ancor più gravi, aggiungiamo, nel caso *de quo*, se si considera che gli atti di « pirateria informatica » sono espressione tipica di una criminalità giovanile e che proprio nei confronti di tale criminalità — non ristretta ai soli minori, ma comprensiva anche dei « giovani-adulti » — si è da sempre avvertita l'esigenza di predisporre strumenti sanzionatori alternativi alla detenzione, in ragione delle ripercussioni nefaste che questa può avere su personalità in piena fase evolutiva<sup>52</sup>. In Italia, le istanze dirette all'eliminazione di questo tipo di sanzione hanno trovato un primo positivo riconoscimento nella legge 689 del 1981, la quale ha appunto introdotto le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (art. 53 ss.). A fronte di questa chiara presa di posizione del nostro ordinamento, del resto perfettamente in linea con le indicazioni del movimento internazionale del diritto penale, il tipo di trattamento sanzionatorio approntato dal legislatore francese pare del tutto inaccoglibile.

D'altra parte, nella ricerca di sanzioni per questo specifico illecito informatico, infecondo si rivela il ricorso alle sanzioni diverse da

<sup>50</sup> A questa conclusione pare pervenire anche SARZANA, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

<sup>51</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 167 e Autori ivi richiamati.

<sup>52</sup> Su questa istanza, emergente a livello internazionale, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 646.



quelle penali *stricto sensu* intese; versandosi nella lesione di un diritto soggettivo privato — quello facente capo al proprietario del *computer* nel quale si verifica l'introduzione abusiva — non c'è spazio per la configurabilità di un illecito amministrativo<sup>53</sup>. Resta naturalmente aperta la prospettiva di una tutela civilistica, ma i mezzi di cui questa dispone si presentano come verosimilmente inefficaci. Lo strumento sanzionatorio di cui essa si avvale, cioè il risarcimento del danno, non offre in questo caso garanzie di efficienza: ciò non tanto per la difficoltà, pur esistente, di quantificare esattamente il danno cagionato dall'ingresso abusivo nel sistema; quanto perché, al cospetto di un danno il più delle volte ingente — il superamento delle barriere informatiche a presidio del sistema da parte del « pirata » costringerà il più delle volte il proprietario del medesimo ad addossarsi i costi dell'apprestamento di un nuovo sistema di sicurezza in luogo di quello vulnerato — si colloca la pressoché certa insolubilità dell'autore del fatto che ne è causa. Proprio la giovane età degli autori di questi fatti escluderà, nella massima parte dei casi, la possibilità da parte loro di risarcire il pregiudizio patrimoniale da essi determinato.

Accertata da un lato l'inefficacia della sanzione civile del risarcimento del danno e la correlativa necessità di ricorrere alla sanzione penale<sup>54</sup>; verificata, dall'altro, l'inaccogliabilità delle indicazioni che sul versante penalistico provengono dall'esperienza francese; s'impone allora, *de lege ferenda*, per soddisfare esigenze di prevenzione generale nei confronti di questo reato informatico senza per questo sacrificare (come invece ci sembra faccia la legge francese n. 88-19) quelle collegate alla prevenzione speciale, la scelta di una risposta diversa dalla pena detentiva. Una soluzione di questo genere postula inevitabilmente un ampliamento della tipologia delle pene principali previste attualmente dal nostro ordinamento.

A suggerirci un'indicazione così drastica non è peraltro — a scanso di equivoci — la mera difficoltà di rinvenire una sanzione penale che si attagli al singolo reato informatico di cui qui ci occupiamo, ma piuttosto una generale considerazione di politica criminale. Sin dagli anni '70 era stata avvertita l'insufficienza, sotto il profilo afflittivo, delle pene principali positivamente previste dal nostro ordinamento; e da autorevole indirizzo<sup>55</sup> ne era stato auspicato un rafforzamento

<sup>53</sup> Cfr. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., p. 81.

<sup>54</sup> Per questo fondamento del ricorso all'impiego della sanzione penale, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XI ed., Milano, 1989, p. 149.

<sup>55</sup> In tal senso NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., 1982, p. 471; BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA.VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, 1974, p. 61.

attraverso il potenziamento delle pene accessorie. Altro orientamento si era spinto oltre, propugnando un innalzamento delle pene accessorie al rango di pene principali, con il correlativo ampliamento della tipologia di queste ultime<sup>56</sup>. Sensibile alle istanze espresse dai fautori della prima delle due tesi ora ricordate si è mostrato il legislatore del 1981, il quale con la legge 689 ha introdotto tre nuove pene accessorie: due per i delitti (quelle di cui agli artt. 32-*bis* e 32-*ter*, quest'ultimo da coordinarsi con l'art. 32-*quater*); una per le contravvenzioni (quella di cui all'art. 35-*bis*).

Questo processo di valorizzazione delle pene accessorie trova il proprio fondamento nella peculiare afflittività che le connota; afflittività che, specie con riferimento a quelle interdittive, poteva concretamente conferire loro un'attitudine generalpreventiva maggiore di quella delle stesse pene detentive, se ed in quanto queste ultime fossero rientrate nel raggio di operatività della sospensione condizionale della pena *ex art.* 163<sup>57</sup>: ciò in base alla vecchia formulazione dell'art. 166 cod. pen., che escludeva le pene accessorie dall'ambito di estensione della sospensione condizionale, che su di esse non incidere.

Senonché, oggi come oggi questo processo corre il rischio non semplicemente di arrestarsi, quanto piuttosto di essere completamente vanificato *ab origine*. Le cause di ciò sono da ricercarsi in due direzioni. Da una parte si colloca la modifica della disciplina della sospensione condizionale della pena, apportata dall'art. 4 della legge 7 febbraio 1990, in forza della quale l'art. 166, nel testo riformato, stabilisce l'estensione della sospensione condizionale anche alle pene accessorie (art. 166, comma 1). Dall'altra, l'introduzione nel nostro sistema penale, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, dell'istituto del patteggiamento. La sentenza con la quale il giudice dispone, nel concorso delle condizioni di cui all'art. 444, comma 2, cod. proc. pen., l'applicazione della pena concordata fra le parti, comporta l'esclusione dell'applicazione delle pene accessorie (art. 445, comma 1, cod. proc. pen.). Data la presumibile (se non già accertata) frequenza dei casi in cui si ricorrerà a questo procedimento speciale, non è difficile ipotizzare una paralisi del ricorso alle pene accessorie, con buona pace delle cennate istanze che miravano ad un loro potenziamento in chiave generalpreventiva e repressiva.

Di fronte a tale modifica della disciplina concernente la sospensione condizionale della pena ed a questo effetto del patteggiamento sul

<sup>56</sup> Per questa soluzione, fra gli altri, MARINUCCI-ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 692; nonché PADOVANI, *Evoluzione storica ed aspetti di diritto comparato nelle misure alternative*, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1979, p. 499, per altre indicazioni bibliografiche nella medesima direzione, v.

M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 179.

<sup>57</sup> Critiche in merito alla disciplina legislativa ed alla prassi applicativa della sospensione condizionale, con specifico riferimento alla caduta di efficacia generalpreventiva del sistema da esse indotta, in F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 806.

piano del diritto sostanziale, non resta altra possibilità, a nostro avviso, se si vuole salvaguardare l'efficacia dissuasiva delle pene accessorie e conferire loro in tale funzione un ruolo autenticamente indipendente da quello delle pene principali, che quella di elevarle al rango di pene principali. Tale ampliamento della tipologia delle pene principali, correlativo all'inquadramento nel loro ambito delle sanzioni interdittive, sortirebbe certamente il risultato di salvaguardare l'efficacia generalpreventiva di queste ultime dagli effetti esiziali cui, quali pene accessorie, esse sarebbero esposte per via di una sicura disapplicazione in sede di patteggiamento e di sospensione condizionale della pena. Anche sotto altri profili, peraltro, la diversa collocazione di tali sanzioni presenterebbe aspetti assai significativi.

In primo luogo, l'arricchimento delle pene principali consentirebbe quell'affinamento della reazione punitiva che è essenziale alla realizzazione di un'effettiva proporzionalità della sanzione irrogata rispetto al disvalore del fatto commesso. Proprio la necessità di questo adeguamento postula da parte del sistema penale — e sempre che le sanzioni predisposte dagli altri rami dell'ordinamento si rivelino inidonee allo scopo — risposte sanzionatorie più articolate e, come tali, più duttili di fronte alla diversificazione delle forme dell'illecito. Fra breve vedremo come, precisamente in relazione all'atto di « pirateria informatica » di cui ci stiamo occupando, l'applicazione di una sanzione interdittiva a titolo di pena principale permetterebbe di conseguire gli obiettivi di prevenzione generale e speciale che l'attuale assetto delle pene principali tradizionali, risultante dall'art. 17 del nostro codice, non garantisce realmente. In secondo luogo, la previsione già in sede edittale delle predette sanzioni interdittive come pene principali, eviterebbe le ambiguità che hanno contrassegnato l'introduzione nel nostro ordinamento, a mezzo della legge 24 novembre 1981, delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. In effetti, non è mancato in dottrina chi ha sostenuto che già per effetto della previsione delle sanzioni sostitutive di cui agli artt. 53 ss. della legge 689/1981, sarebbe stato attuato l'auspicato ampliamento della tipologia delle pene principali<sup>58</sup>. È stato tuttavia esattamente osservato che una completa equiparazione di tali sanzioni alle pene principali non pare sostenibile: vero che esse partecipano della stessa natura delle pene principali nella loro fase irrogativa, è nondimeno vero che a queste ultime non sono assimilabili nella componente generalpreventiva; non si riscontra nelle predette sanzioni la fase della minaccia, non essendo le medesime edittalmente previste<sup>59</sup>. D'altra parte, contro l'opinione che attribuisce alle sanzioni sostitutive carattere autonomo rispetto alle pene principali<sup>60</sup> gioca il rilievo della loro ri-

<sup>58</sup> Così DOLCINI, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ, 1986, p. 47 e 49 ss.

<sup>59</sup> Cfr. M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 167.

<sup>60</sup> Questa è l'opinione di FIANDACA-MU-

sco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 1985, p. 428; GRASSO, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 1423.

convertibilità, ricorrendo le condizioni di cui agli artt. 66 e 72 della legge 689, nella pena detentiva (originaria) sostituita; proprio tale possibilità dà ragione del disposto dell'art. 61 legge cit., in base al quale il giudice, nel dispositivo della sentenza con cui applica la sanzione sostitutiva, deve indicare la pena detentiva sostituita<sup>61</sup>.

## 6. (SEGUE) LO SVILUPPO DELLE SANZIONI INTERDITTIVE.

Problemi analoghi a quelli sollevati dalle sanzioni sostitutive si prospettano, per le sanzioni interdittive innalzate a pene principali che qui abbiamo ipotizzato, quanto al rapporto con l'istituto della sospensione condizionale. Il dibattito sulla sospensibilità delle pene sostitutive si è svolto su due piani distinti; su quello del diritto positivo vigente, dottrina<sup>62</sup> e giurisprudenza<sup>63</sup> hanno risposto affermativamente al quesito sulla loro sospensibilità, quanto meno nelle ipotesi in cui siano applicate d'ufficio dal giudice, basandosi sulla (tuttaltro che chiara) formulazione dell'art. 57, comma 3, della legge 689. *De lege ferenda* si è invece auspicata l'eliminazione della concorrenza fra sanzioni sostitutive e sospensione condizionale<sup>64</sup>; posto che entrambi gli istituti sono sorretti da identica *ratio*, quella cioè di sottrarre il condannato agli effetti criminogeni e comunque desocializzanti delle pene detentive brevi, non si vede per quale ragione debba beneficiare anche della sospensione condizionale *ex art.* 163 cod. pen. chi da tali nefasti effetti è già escluso in forza dell'applicazione della sanzione sostitutiva. Vero ciò, la conclusione non può essere diversa riguardo alle sanzioni interdittive che proponiamo di elevare al rango di pene principali. La ragion d'essere di queste ultime dovrebbe parimenti essere individuata nell'esigenza di scongiurare al condannato l'applicazione di pene detentive brevi, cui però si aggiungono rispetto alle sanzioni sostitutive, la forza generalpreventiva maggiore derivante dall'essere edittalmente previste e la specifica afflittività scaturente dal fatto di colpire il soggetto, precludendogliene temporaneamente l'esercizio, proprio nell'attività nella cui esplicazione ha posto in essere il reato. Ergo, poiché nel caso della loro applicazione il condan-

<sup>61</sup> Cfr. M. ROMANO, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

<sup>62</sup> DOLCINI, *Le « sanzioni sostitutive » applicate in sede di condanna*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 1415; PANAGIA, in *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 355.

<sup>63</sup> Cass. pen. 5 ottobre 1982, in *Cass.*

*pen.*, 1983, 1998; Pret. Napoli, 5 gennaio 1982, in *Giust. pen.*, 1982, II, c. 361.

<sup>64</sup> Per questo indirizzo, M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 169; nonché F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 806-807, traendo argomento anche dal disegno di legge n. 2609/85, che espressamente esclude la sospensibilità delle sanzioni sostitutive.

nato sarebbe *ab initio* esentato dall'irrogazione di pene detentive brevi, nemmeno contemplate in sede edittale, non si vede quale altro effetto potrebbe sortire la concessione della sospensione condizionale se non quello, solamente negativo, di vanificare le finalità di prevenzione speciale che si mirerebbe a conseguire con l'introduzione di questo particolare tipo di sanzione. Di qui una sicura risposta negativa in merito al quesito sulla sospendibilità delle stesse<sup>64-bis</sup>.

Affermata la necessità, su un piano di politica criminale, dell'elevazione al rango di pene principali delle sanzioni interdittive, resta ora da vedere in concreto quale fra esse possa essere concepita ed utilizzata al fine di prevenire e reprimere l'accesso abusivo nell'elaboratore altrui, in sé e per sé considerato. In questo senso, data l'imponente crescita dell'industria informatica e la capillare diffusione dell'informatica nelle più svariate attività, non ci sembra possibile sottovalutare l'efficacia deterrente e afflittiva insieme che sul « pirata » informatico potrebbe esercitare, quale conseguenza del suo illecito, un'incapacità temporanea di contrattare con un'azienda informatica; e, più in genere, l'incapacità di contrattare con qualunque azienda — non escluda tale incapacità nei confronti della P.A. — quando

<sup>64-bis</sup> Ci rendiamo conto delle perplessità che, indubbiamente, può sollevare la tesi della non sospendibilità della sanzione interdittiva, che andiamo a proporre nel prosieguo della trattazione. La prevalenza delle istanze di recupero sociale del condannato, sulla base della sua personalità, su quella (meramente retributiva) dell'applicazione della pena minacciata, che sta a fondamento dell'istituto della sospensione condizionale, mal si concilia con l'esclusione dal suo raggio di operatività degli autori del reato informatico di cui qui specificamente ci occupiamo. Proprio perché si tratta di fatti che si prestano ad essere commessi da gruppi giovanili, nei cui confronti da sempre è avvertita la necessità di approntare un trattamento sanzionatorio che risparmi da effetti desocializzanti personalità in piena via di sviluppo, l'inderogabilità dell'applicazione della sanzione penale nei loro confronti, correlata all'esclusione dei medesimi dal beneficio di cui all'art. 163 cod. pen., parrebbe porsi in contrasto con la finalità rieducativa che l'art. 27, comma 3, Cost., assegna alla pena.

Tali perplessità non ci sembrano comunque insuperabili. Basti pensare come, a fronte della non applicabilità della sospensione condizionale della pena, sarebbe pur sempre possibile il ricorso al perdono giudiziale. Tale alternativa potrebbe « prima facie » ritenersi

inappagante in quanto — essendo tale istituto clemenziale destinato, alla stregua di quanto positivamente dispone l'art. 169 cod. pen., ai soli minori — varrebbe ad escludere dall'applicazione della sanzione penale (interdittiva) soltanto una parte degli autori di questi atti di « pirateria informatica ». Al proposito, deve tuttavia osservarsi come — muovendosi in una prospettiva *de lege ferenda*, il che del resto riguarda anche la sanzione interdittiva proposta nel presente lavoro — non possano sottacersi le tendenze miranti a ricomprendere nella sfera di operatività del perdono giudiziale anche determinate categorie di adulti (v. in tal senso il Progetto di riforma citato da F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 807). Ammessa tale estensione, è evidente che, data la *ratio* del perdono giudiziale, non possano non beneficiarne i c.d. « giovani-adulti ». Ora, posto che la categoria dei minori e quella dei « giovani-adulti » sono quelle che, nella stragrande maggioranza dei casi, ricomprendono i « pirati informatici » di cui qui ci occupiamo, l'applicazione ad entrambe le categorie, sempre che ne ricorrano le condizioni, del perdono giudiziale, consentirebbe di conseguire gli stessi obiettivi di prevenzione speciale (*in primis* assicurare al reo un'adeguata possibilità di reinserimento sociale) cui si tende attraverso la sospensione condizionale.

l'assunzione abbia ad oggetto mansioni per il cui espletamento sia comunque richiesto l'impiego di strumenti informatici. Quanto alla sorte dei contratti eventualmente stipulati in violazione di detta incapacità, questa non potrebbe essere diversa dalla nullità dei medesimi per contrarietà ad una norma imperativa (art. 1418, comma 1, cod. civ.), ossia alla norma penale che sanzioni appunto con l'incapacità di contrattare l'autore di un accesso fraudolento. Ed eventualmente, per scongiurare probabili elusioni del divieto, potrebbe prospettarsi — soltanto come *extrema ratio* — l'applicazione di una pena detentiva a carico del condannato che lo infranga.

Ad orientare verso questo tipo di sanzione induce un'analisi criminologica concernente gli autori di questi atti di pirateria informatica. A realizzare queste introduzioni abusive in un altrui sistema di elaborazione dati, nella maggior parte dei casi, sono giovani che possiedono un *personal computer* e sono muniti di tutte le cognizioni tecniche per sfruttarne al massimo le potenzialità; oltre a ciò, trattasi di soggetti dotati di un particolare grado di abilità nell'uso di tali strumenti informatici, posto che l'accesso in un sistema protetto, con la correlativa elusione dei dispositivi di sicurezza, richiede capacità non comuni. Un siffatto bagaglio di conoscenze e capacità, lungi dal costituire il mero supporto di imprese a finalità ludiche, come appunto quelle degli « hackers », può giocare un ruolo assai importante, in un'era in cui l'informatica investe ambiti di attività sempre più estesi, nella futura collocazione sul mercato del lavoro. Risulta dunque spiegata la ragione per cui, al di là del suo indubbio contenuto afflittivo nel momento irrogativo, una sanzione di tal genere può, a nostro sommo avviso, svolgere una decisiva funzione nella fase della « minaccia »: la prospettiva dell'esclusione, anche se temporanea, da una sempre più ampia area » del mercato del lavoro può rappresentare per il potenziale « pirata » informatico una valida « contropinta » rispetto alla commissione di questo *computer crime*.

D'altronde, la necessaria temporaneità della sanzione interdittiva più sopra proposta ci sembra valga a superare la possibile obiezione fondata sull'ostacolo alla risocializzazione del condannato, derivante dalla preclusione della possibilità di lavorare<sup>65</sup>.

Anche l'esperienza di altri ordinamenti indica casi in cui si è provveduto all'elevazione delle sanzioni interdittive al rango di pene principali; in questa direzione si è mossa proprio la Francia, con l'apposita legge del 1975.

<sup>65</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 737.

## 7. (SEGUE) L'ARRETRAMENTO DELLA SOGLIA DI PUNIBILITÀ.

In realtà, la ragione per cui il legislatore francese ha inteso colpire l'accesso, cumulativamente o alternativamente alla pena pecuniaria, con pena detentiva sembra essere ben diversa dalla mera volontà di erigere e proteggere il c.d. « domicilio informatico ». Dalla stessa univoca interpretazione che della disposizione in esame hanno dato i commentatori della legge n. 88-19 — su ciò assolutamente concordi — si evince come l'intento sia stato viceversa quello di creare un reato-ostacolo; di assoggettare a siffatta penale l'accesso, in quanto esso costituisce la premessa idonea per la commissione di ben più gravi *computer crimes*, la cui prevenzione era ciò che avevano effettivamente di mira i compilatori della legge. Incriminando l'accesso, si sottopone cioè a pena un atto che, ad es., esula, perché ancora non vi rientra, dalla sfera del tentativo punibile del sabotaggio nelle sue differenti specie contemplate dai successivi art. 462-3 e 462-4; ma che, nondimeno, ne è necessario presupposto, dato che non c'è sabotaggio che possa essere realizzato senza una previa introduzione nel sistema in cui è destinato poi ad essere consumato. Vero ciò, siamo evidentemente ad una tutela anticipata di quei medesimi interessi che risultano salvaguardati dalle incriminazioni del sabotaggio.

Ora, tale arretramento della soglia della punibilità ad una fase anteriore al tentativo dei delitti ora detti, che è l'inevitabile « pendant » della creazione di un reato-ostacolo, appare ancora comprensibile in Francia, alla luce dei principi che in quell'esperienza informano l'istituto del tentativo. Imperniandosi qui la costruzione del delitto tentato sulla distinzione fra atti preparatori ed atti esecutivi; evidenti essendo i contrasti dottrinali e giurisprudenziali<sup>66</sup> intorno all'individuazione dell'« inizio dell'esecuzione »; e — non si dimentichi — versandosi in una materia, quella informatica, in cui la natura dei mezzi, tanto quelli costituenti l'oggetto materiale della condotta quanto quelli che sono strumenti per la realizzazione di questa, implicano difficoltà ancora maggiori nell'accertamento dell'estremo di cui sopra; la scelta, operata dalla legge 88-19, di enucleare un'autonoma incriminazione per l'accesso, pare sorretta da esigenze di semplificazione più che condivisibili.

Egual fondamento istanze di tale genere non possono avere nel nostro sistema. Nella descrizione della struttura del delitto tentato il legislatore del '30, identificandola, all'art. 56, nella realizzazione di

<sup>66</sup> Sul problema della determinazione del « commencement d'exécution », con i correlativi criteri, quello oggettivo e quello soggettivo (cui aderisce la giurisprudenza

prevalente), per distinguerlo dagli atti preparatori, STEFANI-LEVASSEUR, *Droit pénal général*, cit., p. 192 ss.; in particolare, p. 197 ss.

atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, ha inteso appunto superare le difficoltà della distinzione fra atti preparatori (non punibili) e atti esecutivi (punibili), alla quale il codice Zanardelli subordinava l'individuazione del tentativo. La formula dell'art. 56 rappresenta il mezzo per dirimere le dispute intorno al concetto di « inizio dell'esecuzione », alla cui determinazione il codice previgente ancorava la configurabilità del tentativo. Ma tale nuova formula, oltre ad eliminare le incertezze intorno alla nozione di « inizio di esecuzione », contribuisce in modo decisivo a provocare il rigetto delle teorie che, sulla base della precedente formula, erano state prospettate in ordine alla delimitazione del tentativo punibile. In particolare, ad essere neutralizzata dalla definizione che del tentativo dà il codice Rocco è la c.d. teoria dell'azione tipica, in base alla quale costituivano inizio di esecuzione, e come tali tentativo punibile (soltanto) gli atti che davano inizio all'azione tipica descritta dalla norma incriminatrice<sup>67</sup>. La nozione di tentativo fornita dall'art. 56, sganciata com'è dal riferimento all'azione delineata dalla fattispecie incriminatrice, conduce ad un ampliamento della sfera di applicabilità della norma sul tentativo, atteso che in esso possono farsi rientrare anche atti che ancora non corrispondono a quelli nei quali si sostanzia l'azione descritta dalla norma incriminatrice<sup>68</sup>.

Anche al di là di questa sensibile differenza con l'esperienza francese, la figura del delitto-ostacolo, in sé e per sé considerato, incontra da noi forti resistenze ad essere ammessa, specie se si ha riguardo alla specifica materia di cui qui si tratta.

Da una parte, l'introduzione di un reato-ostacolo non può certo tranquillare quanti ritengono operante nel nostro ordinamento, perché recepito al rango di principio costituzionale in forza del combinato disposto degli artt. 25 e 27 della Costituzione<sup>69</sup> e ribadito a livello di legge ordinaria dall'art. 49, comma 2<sup>o</sup>, il principio di necessaria offensività dell'illecito penale. Questo postula che ogni reato si sostanzi nell'offesa (nella forma della lesione o, quantomeno, dell'esposizione a pericolo) di un bene giuridico. La struttura del *délit-obstacle*, dal canto suo, prevede l'incriminazione di una data condotta, in sé inoffensiva di qualsivoglia interesse, in quanto costituente la premessa per la commissione di determinati (più gravi) reati. Il contrasto con il principio di offensività deriva allora dalla mancanza, in questa tipologia di reati, non solo e non tanto dell'offesa, quanto dello stesso bene giuridico oggetto di tutela. Sullo sfondo di queste incri-

<sup>67</sup> Per questa ricostruzione storica del significato della nuova formula del tentativo, quale risulta dall'attuale art. 56 cod. pen., M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 508.

<sup>68</sup> Cfr. M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 508 ss.

<sup>69</sup> Cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale*

*del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 82; F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 200 ss.

<sup>70</sup> Cfr. M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p. 786; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, 1965, p. 199 ss.; BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 72; F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 202 ss.



minazioni — per ciò comprensibilmente definibili come reati di scopo<sup>71</sup> — vi è bensì un interesse, cioè quello dello Stato ad evitare che siano tenute condotte che sono il presupposto per la realizzazione di altri reati; ma questo non rappresenta l'interesse protetto dalla norma incriminatrice, *id est* il suo oggetto giuridico, quanto piuttosto la *ratio* della fattispecie stessa<sup>72</sup>. Di conseguenza il fatto conforme a tale norma, vale a dire il fatto tipico, si presenterà inevitabilmente come inoffensivo, mancando un interesse suscettibile di essere leso, e colliderà pertanto con il principio di necessaria offensività del reato.

D'altra parte, non si può neppure sottacere la circostanza che, anche fra i fautori del suddetto principio, non manca chi riconosce la necessità di derogarvi<sup>73</sup>, quando ciò sia imposto dalla prioritaria e peculiare rilevanza degli interessi tutelati dalla norma incriminatrice, per prevenire la violazione delle quali sorge l'interesse dello Stato a forgiare il delitto-ostacolo (o reato ostativo). Per tale via si giustifica l'incriminazione del possesso non autorizzato di armi ed esplosivi, tipico reato ostativo in sé non offensivo — facendo in esso difetto lo stesso oggetto giuridico — di alcun interesse, in ragione della rilevanza costituzionale dei beni (vita, incolumità fisica) che risultano offesi dai reati, per prevenire i quali lo Stato provvede a sanzionare penalmente quello che ne è un presupposto idoneo: il possesso (non autorizzato) di armi ed esplosivi.

Proprio a proposito di tali deroghe e segnatamente del loro fondamento, peraltro, si delinea quello che è il quesito centrale sollevato dalla costruzione dell'accesso all'elaboratore altrui in termini di *délit-obstacle*: sono il regolare funzionamento del sistema e l'integrità dei dati in esso contenuti interessi di rilevanza costituzionale tale da legittimare, nei loro confronti, un'anticipazione di tutela oltre la soglia del tentativo punibile, quale quella che si realizza attraverso lo schema del reato-ostacolo?

La risposta al quesito di cui sopra involge un giudizio sull'opportunità di munire di una tutela penale avanzata interessi di natura esclusivamente patrimoniale, quali quelli che qui vengono in considerazione. Ad orientare in senso negativo nella soluzione di tale interrogativo, che coinvolge tanto la meritevolezza degli interessi protetti quanto, soprattutto, la determinazione del grado di tutela che ad essi compete, inducono significative prese di posizione del nostro legislatore in materia penale, con specifico riguardo ai delitti contro il patrimonio. La legislazione più recente appare permeata dalla tendenza a scavare un solco divisorio sempre più profondo, nell'ambito dei reati contro il patrimonio, fra fattispecie plurioffensive e fattispecie monooffensive. Si punta infatti ad un sensibile inasprimento del rigore

<sup>71</sup> Così F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 219 ss.; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 242 ss.

<sup>72</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, *ibidem*; NUVOLONE, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

<sup>73</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 229 ss.

sanzionatorio riguardo alle prime, come comprovano specifiche modifiche legislative, a mezzo delle quali si è inasprito il trattamento sanzionatorio in materia di rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, ricettazione; e come attesta, altresì, l'introduzione di una nuova fattispecie, quale quella del riciclaggio di cui all'art. 648-bis cod. pen., anch'essa a carattere plurioffensivo<sup>74</sup>. Per converso, le indicazioni normative segnalano un'evidente attenuazione dell'interesse statale a perseguire i reati patrimoniali di stampo monooffensivo; inequivoca in tal senso è l'adozione della regola della perseguibilità a querela di parte, in luogo di quella precedente della perseguibilità d'ufficio, operata dall'art. 98 della legge 689/1981 riguardo alla truffa, tipico reato patrimoniale monooffensivo. Analogo regime, in sostituzione di quello precedente fondato sulla perseguibilità d'ufficio, è stato poi fissato anche per i delitti di cui agli artt. 627, 631, 632 e 636 cod. pen.

Se da questi dati emerge con estrema chiarezza l'affievolimento dell'interesse statale alla repressione dei delitti di questa specie lesivi di soli interessi patrimoniali; e se si ammette che tanto l'interesse al regolare funzionamento del *computer*, quanto quello alla conservazione dell'integrità dei dati, hanno natura esclusivamente patrimoniale; la conclusione non potrà che essere nella direzione del rigetto dell'ipotesi concernente la creazione di un reato-ostacolo a presidio avanzato dei predetti interessi. Non può darsi avanzamento di tutela in un campo in cui la parte dello Stato si manifesta piuttosto la volontà di attenuarla.

Rinviamo ad altra parte del presente lavoro per la determinazione dei casi in cui potranno ravvisarsi gli estremi del c.d. « sabotaggio informatico » nella sua forma tentata e alla disciplina ivi applicabile. Qui basti sottolineare come non sia sufficiente ad integrarlo il mero accesso. Questo, in sé considerato, pur essendo connotato dall'idoneità a realizzarlo, non è indirizzato in modo non equivoco alla sua commissione, potendo tendere a finalità diverse (come dimostra il caso degli « hackers »). Né può d'altronde convenirsi sulla configurazione dell'accesso in termini di reato-ostacolo, quale risulta patrocinata in Francia dalla legge n. 88-19. Per quanto comprensibili istanze preventive e di semplificazione probatoria possano orientare in tale direzione, crediamo di avere dimostrato quali siano le obiezioni, primariamente di ordine costituzionale, che rendono improponibile la recezione di tale soluzione nel nostro ordinamento.

È appena il caso di segnalare come questi rilievi, svolti tutti nella prospettiva *de lege ferenda* dell'introduzione nel nostro ordinamento

<sup>74</sup> Segnalano questa tendenza del legislatore SCUBBI, voce *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 1982, p. 331

ss.; G.V. DE FRANCESCO, in *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 1023 ss.

di un'incriminazione autonoma dell'accesso abusivo nell'elaboratore altrui, non escludono che già *de iure condito* determinate forme di accesso possano ricadere nella sfera applicativa di fattispecie vigenti. In particolare, ove in un elaboratore siano contenuti dati qualificabili come segreti di Stato, alla stregua della nozione che ne è stata fornita dall'art. 12 della legge 801/1977; ed in esso si verifichi un'ingresso abusivo; tale accesso potrà integrare, ricorrendone il correlativo coefficiente psicologico, il delitto di cui all'art. 256 cod. pen., quanto meno nella sua forma tentata. Ciò in base all'ampiezza della formula che individua la condotta di procacciamento, in cui si sostanzia il delitto *de quo*; si allude infatti ad ogni comportamento attivo<sup>75</sup> attraverso il quale l'agente venga a conoscenza<sup>76</sup> delle notizie munite del carattere di segreto di Stato. Poiché l'accesso abusivo nell'elaboratore che le contiene costituisce una condotta che permette indubbiamente di prendere conoscenza di tali notizie, esso è sicuramente riportabile al paradigma dell'art. 256 cod. pen.; ovvero, concorrendo il dolo specifico dello scopo di spionaggio politico o militare, a quello più grave di cui all'art. 257 cod. pen.

<sup>75</sup> Cfr. GRASSO, in *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 475 ss.

<sup>76</sup> Per l'esigenza che l'agente prenda effettiva conoscenza della notizia segreta o

riservata di cui all'art. 256 cod. pen., ANTO-  
LISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, cit., p. 986; nonché GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 476.